



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

العلماء



رسالة
عليكم يا صابرين

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

مِفْتَاحُ الْإِسْلَامِ

فِي تَرْجُومَةِ أَحْوَادِ 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 القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٧
١٢	اشارة
١٢	[تتمة كتاب الغصب و توابعها]
١٢	[المقصد الثالث فى إحياء الموات]
١٢	اشارة
١٣	[الفصل الأول الأراضى]
١٣	اشارة
١٦	[أسباب الاختصاص ستة]
١٦	اشارة
١٦	[الأول العمارة]
٢٢	[الثانى البىء]
٢٣	[الثالث حريم العمارة]
٣٢	[الرابع أن لا يكون مشعرا للعبادة]
٣٣	[الخامس التحجير]
٣٧	[السادس إقطاع الإمام]
٤١	[الفصل الثانى المنافع]
٤٩	[الفصل الثالث المعادن]
٤٩	اشارة
٤٩	[أما الظاهرة]
٥٣	[أما الباطنة]
٥٧	[الفصل الرابع فى المياه و أقسامها سبعة]
٥٧	اشارة

- ٥٧ [الأول المحرز]
- ٥٨ [الثاني البئر]
- ٦٢ [الثالث مياه العيون]
- ٦٣ [الرابع مياه الأنهار الكبار]
- ٦٣ [الخامس الأنهار الصغار غير المملوكة]
- ٦٩ [السادس الجارى من نهر مملوك]
- ٧١ [السابع النهر المملوك الجارى من ماء مملوك]
- ٧٣ [تتمة]
- ٧٧ [كتاب الإجارة و توابعها و فيه مقاصد]
- ٧٧ اشارة
- ٧٧ [المقصد الأول فى الإجارة]
- ٧٧ اشارة
- ٧٧ [الفصل الأول فى الماهية]
- ٨٧ [الفصل الثانى فى أركانها]
- ٨٧ اشارة
- ٨٨ [المطلب الأول المحل]
- ١٠٦ [المطلب الثانى فى العوض]
- ١٣٦ [المطلب الثالث فى المنفعة و شروطها ثمانية]
- ١٣٦ اشارة
- ١٣٧ [الأول أن تكون مباحة]
- ١٣٩ [الثانى أن تكون مملوكة]
- ١٤٠ [الثالث أن تكون مقومة]
- ١٤٣ [الرابع انفرادها بالتقويم]
- ١٤٧ [الخامس إمكان وجودها]

- ١٤٨ [السادس القدرة على تسليمها]
- ١٤٢ [السابع إمكان حصولها للمستأجر]
- ١٤٩ [الثامن أن تكون معلومة]
- ١٤٩ اشارة
- ١٧١ [الأول الآدمي]
- ٢٠١ [الثاني الدواب]
- ٢١٥ [الثالث الأرض]
- ٢٣٤ [الفصل الثالث في الأحكام]
- ٢٤٥ [الفصل الرابع في الضمان]
- ٢٧٢ [الفصل الخامس في التنازع]
- ٢٨٨ [المقصد الثاني في المزارعة و فيه فصلان]
- ٢٨٨ اشارة
- ٢٨٨ [الفصل الأول في أركانها و هي أربعة]
- ٢٨٨ اشارة
- ٢٨٨ [الأول العقد]
- ٢٩٧ [الثاني تعيين المدة]
- ٣٠٣ [الثالث إمكان الانتفاع بالأرض في الزرع]
- ٣٠٧ [الرابع الحصه]
- ٣١٠ [الفصل الثاني في الأحكام]
- ٣٣١ [المقصد الثالث في المساقاة و فيه فصلان]
- ٣٣١ اشارة
- ٣٣١ [الفصل الأول في أركانها و هي خمسة]
- ٣٣١ اشارة
- ٣٣١ [الأول العقد]

- ٣٣٥ [الثاني متعلق العقد]
- ٣٤١ [الثالث المدة]
- ٣٤٥ [الرابع العمل]
- ٣٥١ [الخامس الثمار]
- ٣٥٩ [الفصل الثاني في أحكامها]
- ٣٧٤ [المقصد الرابع في الشركة و فيه فصلان]
- ٣٧٤ اشارة
- ٣٧٤ [الفصل الأول في الماهية]
- ٣٧٤ اشارة
- ٣٧٨ [أقسامها أربعة]
- ٣٧٨ اشارة
- ٣٧٨ [شركة العنان]
- ٣٧٨ [شركة الأبدان]
- ٣٧٩ [شركة المفاوضة]
- ٣٧٩ [شركة الوجوه]
- ٣٨٠ [أركانها ثلاثة]
- ٣٨٠ اشارة
- ٣٨١ [المتعاقدان]
- ٣٨٢ [الصيغة]
- ٣٨٣ [المال]
- ٣٨٥ [الفصل الثاني في الأحكام]
- ٣٨٦ اشارة
- ٤٠٠ [فروع]
- ٤٠٠ اشارة

- ٤٠١ [الأول لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها]
- ٤٠٣ [الثاني لو دفع دابة إلى سقاء]
- ٤٠٥ [الثالث لو صاد أو احتطب أو احتش أو حاز بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية]
- ٤٠٧ [المقصد الخامس في القراض]
- ٤٠٧ اشارة
- ٤٠٨ [الفصل الأول في أركانه و هي خمسة]
- ٤٠٨ اشارة
- ٤٠٨ [الأول العقد]
- ٤١٥ [الثاني المتعاقدان]
- ٤٢٣ [الثالث رأس المال و شروطه أربعة]
- ٤٢٣ اشارة
- ٤٢٣ [الأول أن يكون نقدا]
- ٤٢٦ [الثاني أن يكون معيناً]
- ٤٣٠ [الثالث أن يكون معلوماً]
- ٤٣١ [الرابع أن يكون مسلماً]
- ٤٣٢ [الرابع العمل و هو عوض الربح]
- ٤٣٤ [الخامس الربح و شروطه أربعة]
- ٤٣٤ اشارة
- ٤٣٤ [الأول أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين]
- ٤٣٦ [الثاني أن يكون مشتركاً]
- ٤٣٧ [الثالث أن يكون معلوماً]
- ٤٣٩ [الرابع أن يكون الربح مقدرًا]
- ٤٤١ [الفصل الثاني في الأحكام و مطالبه أربعة]
- ٤٤١ اشارة

- ٤٤١ [المطلب الأول العامل]
- ٤٥٨ [المطلب الثاني ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك]
- ٤٦٢ [المطلب الثالث ليس للعامل وطء أمه القراض]
- ٤٦٩ [المطلب الرابع العامل يملك الحصه من الربح بالشرط]
- ٤٨٣ [الفصل الثالث في التفاسخ و التنازع]
- ٥٠٣ [المقصد السادس في الوكالة و فصوله ثلاثة]
- ٥٠٤ اشارة
- ٥٠٤ [الفصل الأول في أركانها و هي أربعة]
- ٥٠٤ اشارة
- ٥٠٤ [الأول العقد]
- ٥١١ [الثاني الموكل]
- ٥٢٠ [الثالث الوكيل]
- ٥٣١ [الركن الرابع في متعلق الوكالة و شروطه ثلاثة]
- ٥٣١ اشارة
- ٥٣١ [الأول أن يكون مملوكا للموكل]
- ٥٣٥ [الثاني أن يكون قابلا للنيابة]
- ٥٤٢ [الثالث أن يكون معلوما نوعا ما]
- ٥٤٨ [الفصل الثاني في أحكامها]
- ٥٤٨ اشارة
- ٥٤٨ [المطلب الأول في مقتضيات التوكيل]
- ٥٥٧ [المطلب الثاني في تنصيب الموكل]
- ٥٦٨ [المطلب الثالث في حكم المخالفه]
- ٥٧٨ [المطلب الرابع في الضمان]
- ٥٨٩ [المطلب الخامس في الفسخ]

- 601 [الفصل الثالث فى النزاع و فيه بحثان]
- 601 اشارة
- 601 [البحث الأول فيما يثبت به الوكالة]
- 607 [البحث الثانى فى صورة النزاع و هى ستة مباحث]
- 607 اشارة
- 607 [الأول لو اختلفا فى أصل الوكالة]
- 612 [الثانى أن يختلفا فى صفة التوكيل]
- 620 [الثالث أن يختلفا فى التصرف]
- 623 [الرابع أن يختلفا فى الرد]
- 626 [الخامس أن يختلفا فى التلف]
- 628 [السادس أن يختلفا فى التفريط و التعدى]
- 629 تعريف مركز

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٧

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

[تتمه كتاب الغصب و توابعها]

[المقصد الثالث في إحياء الموات]

إشارة

(المقصد الثالث) في إحياء الموات (١)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ بِهِ نَسْتَعِينُ
الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المعصومين و رضى الله عن
علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن رواتنا المحدثين الراشدين (و بعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد العلامة أعلى الله
سبحانه مقامه تصنيف العبد الأقل الأذل محمد الجواد الحسينى العاملى عامله الله سبحانه بلطفه الجلى و الخفى بمحمد و آله
صلى الله عليه و آله و سلم
المقصد الثالث في إحياء الموات

هذا المقصد من توابع الغصب لأن له شبهة في الجملة به و بالشفعة و الموات كسحاب و غراب الأرض التي لا مالك لها و لا ينتفع بها
أحد كما في الصحاح و المصباح و اقتصر في القاموس على الأول و في (النهاية) أنها الأرض التي لم تزرع و لم تعمر و لا جرى عليها
ملك أحد و في (المصباح) أيضا أنها التي لم يجر عليها إحياء فإن كان معنى قوله في القاموس لا مالك لها أنها لم تملك أصلا لم
يكن بين كلمتهم مخالفة و ذلك يقضى بأن الأرض لا تكون مواتا إذا علم أنها كانت معمورة و إن اندرس رسمها و باد أهلها و هو
معنى قوله في المذهب لم يجر عليه ملك أحد و قوله في المبسوط الذى لم يجر عليه ملك مسلم فتأمل و قال في (التذكرة) هي
الأرض الخربة الدارسة التي باد أهلها و اندرس رسمها انتهى و عليه لو بقيت آثار الأنهار و السواقي أو المروز لم تكن مواتا و في
(الشرائع و النافع و جامع الشرائع و التحرير و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و الكفاية) أن الموت هو ما لا ينتفع به لعطلته إما
لاستيجامة أو لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه إلى آخر ما قالوه و هو مأخوذ من العرف لأنه لا يعرف ما اعتبر في التذكرة و
كتب اللغة بل الضابط عنده العطللة و ذهاب الملاك بحيث لا يعرف أحد منهم و إن بقيت رسوم العمارة و آثار الأنهار بل في صحيحة
الكابلي تصريح بعدم اعتبار ذهاب الملاك كما يأتى و العرف يقضى بذلك (و عساك تقول) إن بعض ما ذكر من المروز و آثار
الأنهار لو وقع ابتداء كان تحجيرا و كافيا في ثبوت الأولوية لمن يريد الإحياء فليكن هنا كذلك فلا يصح إحياء هذه كما لا يصح
إحياء تلك و إن صدق عليهما أنهما موات عرفا فما الوجه في التفرقة بينهما في الحكم (لأننا نقول) أنها إنما أفادت «١» ذلك في تلك

لمكان وجود الشرطين و هو بقاء اليد و قصد العمارة و هما منتفیان هنا على أن التحجير عرفا مخصوص بابتداء الإحياء فلا يكون بقاء الرسوم تحجيرا عرفا على أن الظاهر من المحقق و غيره أن التحجير منصوص حيث

(١) أى الأولى و المنع من إحياء غير المحجر لها (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣

المشتركات أربعة ينظمها أربعة فصول (١)

[الفصل الأول الأراضى]

إشارة

(الأول) الأراضى (١) و الميِّت منها يملك بالإحياء (٣)

يبينون كيفيته و يصرحون فى رجوع الإحياء إلى العرف و العادة و لعل مستندهم فى التحجير و كيفيته إلى الإجماع إذ لا ذكر له أصلا فى الأخبار و كيف كان فحال الموات كحال الإحياء لعدم وجود «١» نص فى بيان معناه و قد قال فى التذكرة و أما الإحياء فإن الشرع ورد به مطلقا و لم يعين له معنى يختص به و من عادة الشرع فى ذلك رد الناس إلى المعهود عندهم المتعارف بينهم كالقبض و الحرز و النظائر كثيرة فيكون المراد به فى نظر الشارع ما يعد إحياء فى العرف و ذلك يختلف باختلاف ما تقصد عمارته من الموات انتهى و بمثل ذلك صرح فى المبسوط و السرائر و التحرير و الدروس و غيرها و بمثل ذلك نقول فى الموات (قوله) (المشتركات أربعة تنظمها أربعة فصول)

قد طفحت عبارات جماعة منهم أن المشتركات أربعة و هى الأراضى و المعادن و المنافع و المياه و فى (جامع المقاصد) لا شك أن بحث المياه استطرادى لعدم صدق رسم الموات عليها و نحوه الحواشى قال فى (الحواشى) لكنها تشابه الأرض و ما يخرج من أجزائها باعتبار الاشتراك و الاختصاص (قلت) بل هى أقرب إلى صدق اسم الموات عليها من المنافع كالمساجد و الطرق فإن البئر و القناة إذا استولى عليها الخراب و العطله كانا أشبه شىء بالأرض الخراب حيث لا ينتفع بهما فيما يراد منهما و وجه كونها مشتركات أنه لما كان الإحياء عبارة عن إخراجها عن الموات و كانت متساوية النسبة إلى كل من يصلح للإخراج بالقوة أو الفعل صدق الاشتراك و فى (حواشى الشهيد) أن حكمه بأن الأراضى من المشتركات فيه ما فيه لأنه إن أراد المحياة فكل مختص بما أحياه و إن أراد الميِّتة فهى للإمام عليه السلام و على الوجهين لا تعد من المشتركات و تتمكن الشبهة بقوله فى آخر المقصد و لا يفتقر الإحياء إلى إذن الإمام فإن المراد به الإحياء المعهود الذى سبق ذكره مرارا أعنى ما يترتب عليه الأثر (و الجواب) أن المراد الأراضى الميِّتة فى حال غيبته أو حال عدم بسط يده فهذه المشتركة و لا يفتقر فى إحيائها إلى إذنه و إلا لامتنع الإحياء فى حال الغيبة فحال الغنيمه بغير إذنه و الخمس فإنهما فى يد الكافر و المخالف على وجه الملك حال الغيبة و لا يجوز انتزاعه منه فهنا أولى و أما فى حال الحضور و بسط اليد فلا بد من إذنه كما ستمتع ثم إنه سيأتى أن الكافر الحربى إذا أحيى فى بلاد الكفر ملك فهذا إحياء و تملك من دون إذن (قوله) (الأول الأراضى)

فى الحواشى المنسوبة إلى الشهيد أن جمع الأرض على الأراضى غلط (قلت) فى الصحاح و القاموس أنه جمع على غير القياس و قال فى (المصباح) قال أبو زيد سمعت العرب تقول فى جمع الأراضى و الأروض مثال فلوس و جمع فعل فعلى فى أرض و أراضى و أهل و أهالى و ليل و ليالى على غير قياس

(قوله) (و الميِّت منها يملك بالإحياء)

يأجمع الأمة إذا خلت عن الموانع كما في المذهب البارع و بإجماع المسلمين كما في التنقيح و عليه عامة فقهاء الأمصار و إن اختلفوا في شروطه و الأخبار به كثيرة من طريق الخاصة و العامة كما في التذكرة و لأن الحاجة تدعو إلى ذلك و تشتد الضرورة إليه لأن الإنسان ليس كالبهائم بل هو مدني بالطبع لا بد له من مسكن يأوى إليه و موضع يختص به فلو لم يشرع لزم الحرج العظيم بل تكليف ما لا يطاق فهذه الإجماعات على أنها بالإحياء تملك في الجملة و قد صرحت عبارات أصحابنا و إجماعاتهم و أخبارهم بأنها تملك بالإحياء إذا كان يأذن الإمام كما ستمتع

(قوله)

(١) ورود خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤

و نعى بالميت ما خلا عن الاختصاص و لا ينتفع به إما لعطلته لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيغامه أو لغير ذلك (١) و هو للإمام خاصة لا يملكه أحد و إن أحياء ما لم يأذن له الإمام (٢) فيملكه إن كان مسلماً بالإحياء و إلّا فلا (٣)

(و نعى بالميت ما خلا عن الاختصاص و لا ينتفع به إما لعطلته لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيغامه أو لغير ذلك) و في (الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس) أنه ما لا ينتفع به لعطلته إما لانقطاع الماء عنه إلى آخره و هو أجود مما في الكتاب و مما في اللمعة من قوله لعطلته أو لاستيغامه إلى آخره (أما الأول) فلعدم المعادل تاماً (و أما الثاني) فلأن هذه الثلاثة من أفراد العطله و احترز بما خلا عن الاختصاص عما كان مختصاً لكونه حريماً أو نحوه كما يأتي

(قوله) (و هو للإمام خاصة لا يملكه الآخذ و إن أحياء ما لم يأذن له الإمام)

أما أن الميِّت للإمام عليه السلام فقد طفحت به عباراتهم في الباب و غيره و حكى عليه الإجماع في الخلاف و الغنية و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر المبسوط و التذكرة و التنقيح و الكفاية و به صرح في صحيح الكابلي المروي في الكافي و التهذيب مضافاً إلى الأخبار المستفيضة و فيها الصحيح و القوي الدالة على أنه من الأنفال و أما أن إذنه شرط في تملك المحيي عندنا و في (المسالك) لا شبهة في اشتراط إذنه في إحياء الموات فلا تملك بدونه اتفاقاً و في (جامع المقاصد) لا يجوز لأحد إحياء الموات إلّا بإذن الإمام و إنّه إجماعي و في (التنقيح) الإجماع على أنها تملك إذا كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام و في (الروضة) الإجماع على افتقار الإحياء إلى إذنه إذا كان حاضراً انتهى و عليه تنزل معاهد بقية الإجماعات و إطلاق أكثر العبارات و ستمتع الأخبار فإنها ظاهرة في الإذن في الإحياء للمسلمين بل للناس كافة و تملكهم لها به في الحضور و الغيبة و الصحاح مستفيضة إلّا أنهم خصوها بحال الغيبة

(قوله) (فيملكه إن كان مسلماً بالإحياء و إلّا فلا)

لما بين أن إذنه شرط في الإحياء بين أنه يشترط في تملك المحيي كونه مسلماً فلو أحياء الكافر لم يملك و إن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام و بذلك كله صرح في الشرائع في أول كلامه و التذكرة و جامع المقاصد بل ظاهر الأخيرين الإجماع على ذلك قال في (التذكرة) لا يملكها الكافر بالإحياء و لا- يأذن له الإمام فإن أذن له الإمام فأحيائها لم يملك عند علمائنا و قال في (جامع المقاصد) فلو أحياء الكافر لم يملك عند علمائنا و إن كان الإحياء بإذن الإمام و قال إن الذي يفهم من الأخبار و كلام الأصحاب أن الإمام لا- يأذن له انتهى و في (المسالك) أنه لا- نزاع في اختصاص جواز الإحياء حال الحضور بالمسلم (قلت) الخلاف موجود في صريح الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و التحرير و ظاهر المذهب و النافع و اللمعة قال في (المبسوط) الموات عندنا

للإمام لا يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له الإمام فأمأ الذمي فلا يملك إذا أحيأ أرضا في بلاد الإسلام إلا أن يأذن له الإمام انتهى و بعينه عبر في السرائر بل إنما نسب الخلاف في الخلاف إلى الشافعي قال إنه قال لا يجوز للإمام أن يأذن له فإن أذن له فيه فأحيأها لم يملك فنظر صاحب جامع المقاصد في إجماعه إلى ما في التذكرة و إلى ما في الدروس حيث قال فلو أحيأها الذمي بإذن الإمام ففي تملكه نظر من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين و النظر في الحقيقة في صحة إذن الإمام له في الإحياء للملك إذ لو أذن كذلك لم يكن بد من القول بملكه و إليه ذهب الشيخ نجم الدين انتهى فقد جعل مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥

.....

إذن الإمام للذمي على قسمين إذن في الإحياء فقط و إذن له في إحيائه لها و تملكها بالإحياء و نزل قول المحقق و لو قيل يملكه إلى آخره كما ستسمعه على هذا الأخير لأنه كان من الضروريات عندنا لأنه معصوم لا يأذن له في ذلك إلا أن يكون مما يصح له ذلك فيكون قائلاً- بأن الإذن له في الإحياء فقط لا يقضى بالملك و كأنه لم يلحظ الخلاف و المبسوط و المهذب و الجامع و التحرير و إلا لما قصر ذلك على المحقق مع تنزيل كلامه على البعيد فليس لك أن تقول إنه لحظها و نزلها على ما نزل عليه كلام المحقق على أن كلام الخلاف في نسبه الخلاف إلى الشافعي يأبى ذلك و لعل نظره في التذكرة إلى الشرائع حيث قال و إذنه شرط فمتى أذن ملكه المحيي إذا كان مسلماً و لا يملكه الكافر و لو قيل يملكه مع إذن الإمام كان حسناً إذ قضيته أنه لا قائل به و كأنهما لم يلحظا المبسوط و الخلاف و السرائر و إنما لحظا الأخبار كقوله صلى الله عليه و آله و سلم موتان الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون و قول أمير المؤمنين عليه السلام في صحيح الكابلي من أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الإمام (إمام المسلمين خ ل) و لم يلحظا الصحاح المستفيضة عن الشراء من أرض اليهود و النصرارى قال ليس به بأس إلى أن قال و أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروه فهم أحق به و نحوه الصحيحان الآخرا مع زيادة في أحدهما فهي لهم و الصحاح من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له و الصحيح عن شراء الأرضين من أهل الذمة فقال لا بأس بأن يشتري منهم إذا عمروها و أحيوها فهي لهم إلا أن تقول إنه يحمل هذه الأخبار على حالة الغيبة (و أعجب من ذلك) ما في المسالك حيث جعل النزاع في حال الغيبة قال و أما في حال غيبته فيملكه من أحياء مطلقاً و قيل يختص جواز الإحياء بالمسلم و قال كما حكينا عنه آنفاً أنه لا نزاع في اختصاص جواز الإحياء حال الظهور بالمسلم و قال بعد ذلك إذا كان الإمام حاضراً فلا شبهة في اشتراط إذنه و من أذن له في الإحياء ملك لكن هل إذنه مختص بالمسلم أم يجوز له الإذن للمسلم و الكافر قولان انتهى و أنت قد عرفت أن النزاع في ملك الكافر إنما هو حال الظهور و لم نجد لهم نزاعاً في ذلك حال الغيبة بل من تعرض لذلك كالمحقق في النافع و كذا الشرائع و المصنف في التحرير و كذا التذكرة و الشهيد في حواشيه في باب الخمس و اللعنة و المحقق الثاني قالوا إنه يملك كما يملك الخمر و الخنزير و كما أن المخالف و الكافر يملكان في زمان الغيبة حقهم عليهم السلام من الغنيمه و لا يجوز انتزاعه من يد من هو في يده إلا برضاه كحقهم من الخمس عند من لا يرى إخراجهم و حق باقي أصناف المستحقين بشبهه اعتقاد حل ذلك و كذا ما يأخذه الكافر و المخالف من بطون الأودية و الآجام و رءوس الجبال لا يجوز انتزاعه منهما عندنا فالأرض الموات أولى و من ثم لا يجوز انتزاع أرض الخراج من المخالف و الكافر و لا يجوز أخذ الخراج المقاسمه إلا بأمر سلطان الجور و هذه الأمور متفق عليها كما في جامع المقاصد و قد بينا ذلك في باب البيع و قلنا إنه يصح بيع أرض الخراج باعتبار ما ملك فيها و إن كان البائع كافراً و حينئذ فنجرى بعمومات الباب على ظواهرها في حال الغيبة كقولهم من أحيأ أرضاً ميتة فهي له و نقصر التخصيص عليه حال ظهوره ثم إن ما حكاه من القولين حال الحضور من أن إذنه يختص بالمسلم أم يجوز له يأذن للكافر غير صحيح (هذا الشيخ) و من وافقه يقولون يأذن للكافر و يملك و هذا المصنف في التذكرة و المحقق الثاني ظاهرهما الإجماع على أنه لا يملك و إن أذن له و لعل صاحب المسالك أخذ ذلك من قوله في جامع المقاصد و الحق أن الإمام لو أذن له

فى الإحياء للتملك قطعنا بحصول الملك له و إنما البحث فى أن الإمام هل يفعل ذلك أم لا يعنى الإذن فى الإحياء مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦

[أسباب الاختصاص ستة]

إشارة

و أسباب الاختصاص ستة (١)

[الأول العمارة]

(الأول) العمارة فلا يملك معمور (٢) بل هو لمالكة و إن اندرست العمارة فإنها ملك لمعين أو للمسلمين (٣)

للملك و هذا غير الإذن فى الإحياء مطلقا فيترتب عليه التملك على التملك على أن هذا أول من ذكره الشهيد و نزل عليه عبارة الشرائع كما عرفت و القوم لا يعرفونه على أنه اعترف فى جامع المقاصد بأنه تنزيل و أن عبارة الشرائع مطلقه و إن قلت إن هذا النزاع المذكور فى المسالك يرجع بالأخرة إلى أن الكافر يملك بالإحياء حال الحضور أم لا فمن قال إن الإمام يأذن قال يملك و من قال بالعدم قال بالعدم (قلنا) على تقدير التسليم فلا معنى لنفيه النزاع عن اختصاصه بالمسلم كما تقدم مع أنه قال فى الروضة و فى ملك الكافر مع الإذن إذا لم يكن غائبا قولان و لا إشكال فيه لو حصل و إنما الإشكال فى جواز إذنه له نظرا إلى أن الكافر هل له ذلك أم لا- انتهى فكيف يجتمع قوله فى الروضة فيه قولان مع نفيه النزاع فيه فى المسالك بل كيف يجتمع القولان مع عدم الإشكال فيه لو حصل مع أن النزاع واقع فيه على تقدير حصوله كما عرفت إلّا أن يريد الإذن الذى ذكره فى الدروس فإنه لا إشكال فيه لو حصل و قد اقتفى فى الكفاية صاحب المسالك فى بعض ذلك و شيخنا صاحب الرياض حكى ما فى المسالك و الروضة و لم يتضح لديه الحال حيث لم يتبع الأقوال (و اعتراض) صاحب التنقيح على عبارة النافع فى المقام بأن فيها مناقضة (غير صحيح) و أغرب منه ما أجاب به عنه فليحظه من أراد معرفة الحال (قوله) (و أسباب الاختصاص ستة)

لما ذكر أن الميت ما خلا عن الاختصاص و أنه يملك بالإحياء أراد أن يبين أسباب الاختصاص التى تمنع عن الإحياء فجعلها ستة و قد جعل انتفاؤها فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح من شروط الإحياء على اختلافهم فى عددها فرقيت فى الدروس إلى تسعة و فى الشرائع و التذكرة إلى خمسة و فى التحرير و اللعة إلى ستة فهى للاختصاص أسباب و للإحياء موانع فانتفاؤها شرط لأن كل مانع عدمه شرط (قوله) (الأول العمارة فلا يملك معمور)

المعمور فى بلاد الإسلام عبارة عن المحيا سواء كان ببيان و عمارة كالدار و القرية و العين و البئر أو زرع أو غرس أو عضد الأشجار و قطع الأشجار و قطع المياه و بالجملة ما كان خارجا عن الموات بحيث تدخل فيه الأرض المفتوحة عنوة إذا كانت محياة قبل الفتح فالأرض التى أسلم عليها أهلها مملوكة لأربابها المعينين المخصوصين ولأعقابهم إلى يوم القيامة اندرست آثارها أو بقيت و كذلك الأرض التى صولح أهلها على أن تكون الأرض لهم و أما الأرض المفتوحة عنوة المحياة قبل الفتح فهى ملك لجميع المسلمين فمن

أذن له الإمام بأن يبنى أو يغرّس فيها و أن يكون عليه خراجها اختص بملكيتها فيملك رقبتهأ أصالة أو تبعا على الخلاف فإذا زالت آثاره زال ملكه و عادت كما كانت ملكا لجميع المسلمين كما إذا ماتت كانت للمسلمين أيضا و لا يكون مواتها هذا للإمام فليحفظ (فلتحفظ خ ل) هذا فإنه ينفع فيما ستسمع عن الشهيد و المحقق الثاني و هذا السبب قد عدّوا انتفاؤه من الشروط فبعضهم عبر عنه بأن لا يكون عليه يد مسلم و آخرون بأن لا يكون ملكا لمسلم كما ستعرف ذلك و بيانه

(قوله) (بل هو لمالكة و إن اندرست العمارة فإنها ملك لمعين أو للمسلمين)

معناه أنه لا- يملك المعمور و إن اندرست عمارته لأن الأرض المعمورة بتنزيل المعمور على الأرض المعمورة أو لأن العمارة ملك لمعين كما في الأرضين الأوليين أعنى من أسلم عليها أهلها و من مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧

إلا أن تكون عمارة جاهلية و لم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين بطريق الغنيمة فإنه يصح تملكها بالإحياء (١) و لا- فرق في ذلك بين الدارين إلّا أن معمور دار الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم (٢)

صولحوا عليها أو للمسلمين كما في الأرض المفتوحة عنوة كما عرفت و قال في (جامع المقاصد) كون الملك المعين من واحد و جماعة مخصوصين ظاهر و كونه للمسلمين يتحقق في المفتوحة عنوة أما غيرها فإنها مع موت مالكة المعين تكون حقا لورثته و مع عدمهم لا تنتقل إلى المسلمين بل إلى الإمام كما صرح به الشيخ في المبسوط و المصنف في التحرير و التذكرة انتهى و قد اعترضه قبله الشهيد في حواشيه قال يشكل بأنه ينبغي أن يكون للإمام لأنه وارث من لا وارث له و قد صرح به في التحرير و المبسوط انتهى و أنت (قد عرفت) أن غرض المصنف هنا أن المعمور مع بقاء صاحبه و العلم به لا يصح إحياءه و لا يملك و إن اندرس و مات لأن مالكة المسلمون أو الأشخاص المعينون و الذي حكيه عن المبسوط و التحرير إنما هو فيما إذا جرى عليها ملك مسلم ثم انقرض أو جهل و هذا سيذكره المصنف قريبا بقوله و ما جرى عليها ملك مسلم فهي له و بعده لورثته و إن لم يكن لها مالك معين فهي للإمام و بذلك طفحت عباراتهم من المبسوط إلى الكفاية و ظاهر التذكرة الإجماع سلمنا أن الغرض بيان حال المعمور مطلقا سواء بقي صاحبه أو فقد لكن المالك هنا معين و هو الإمام و لم يقل المصنف إنه للمسلمين (ثم إن) قوله في جامع المقاصد كون الملك لمعين أو جماعة مخصوصين ظاهر فيه أنه لا يتم في المفتوحة عنوة بعد اندراس العمارة أعنى البنيان و الغرس لأنها تخرج بذلك عن ملك مالكة كما قدمنا نعم يتم في الأرضين الأخريين لأن الأرض المفتوحة عنوة المحيية لا تملك إلّا بإيجاد الآثار فيها نعم يملك مواتها بالإحياء فإذا ماتت بعد ذلك (ففيه) الخلاف في أنها تبقى على ملك المحيي الأول أو لا كما يأتي إن شاء الله تعالى (قوله) (إلا أن تكون عمارة جاهلية و لم يظهر أنها دخلت في أيدي المسلمين بطريق الغنيمة فإنه يصح تملكها بالإحياء)

هذه أرض كانت معمورة في جاهلية قريبة من الإسلام ثم إنها خربت و لم نعلم كيفية استيلاء المسلمين عليها و دخولها تحت أيديهم إذ الأصل حينئذ عدم استحقاق جميع المسلمين و الأصل عدم الصلح و القتال و الأخذ بالسيف فيملكها المحيي لعموم من أحيا أرضا فتكون كالركاز أو موات بلاد الإسلام (و قد يجاب) بأن الركاز مما يخاف تلفه و لا كذلك الأرض و بأن الموات من المعلوم عدم المالك له و لا كذلك هذه فإنها لمكان العمارة يحتمل أن تكون لكافر لم تبلغ الدعوة أو لمسلم ورثه عنه فليلاحظ ذلك (و أما) إذا علم دخولها في أيديهم بطريق الغنيمة كانت ملكا لجميع المسلمين و الاستثناء منقطع فكأنه قال لا يملك معمور في حال من الأحوال إلّا في هذه الحال فلا يقضى «١» بأن هذه المسائل مفروضة فيما إذا انقرض المالك فلا يناسب ما تقدم و ما يأتي و على ما ذكرناه أخيرا يكون متصلا فتأمل

(قوله) (و لا فرق في ذلك بين الدارين إلّا أن معمور دار الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم)

قال في المبسوط العامر في بلاد الإسلام ملك لأهله لا يجوز التصرف فيه إلا بإذن صاحبه و قال إن مرافقه في معناه و مثل ذلك قال

فى عامر بلاد الشرك ثم قال لا فرق بينهما أكثر من أن العامر فى بلاد الإسلام لا يملك بالقهر و العامر فى بلاد الشرك يملك بالقهر و الغلبة و بذلك عبر فى

(١) كذا فى النسخ و لعل الصواب ينقض (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨

و مواتها التى لا يذب المسلمون عنها فإنها تملك بالإحياء للمسلمين و الكفار بخلاف موات الإسلام فإن الكافر لا يملكها بالإحياء (١) و لو استولى طائفة

السرائر و مثله ما فى الشرائع و فى (التحرير) أنه لا فرق بين البلادين فى العامر و الغامر إلا أن بلاد الشرك تملك بالقهر و بلاد الإسلام لا تملك بذلك و هو كذلك أيضا فيما حاوله من أن عامر البلادين للإمام (و قد عرفت) أن غرض المصنف فى هذه المسائل كما هو الظاهر من غيره أن المعمور مع بقاء مالكه و العلم به لا يصلح إحياءه و إن اندرس و مات و لا تعرض فى كلامه لما إذا انقرض المالك حتى تكون للإمام أو لم يعرف مع وجوده حتى يكون مالا- مجهول المالك و لا يفرق فى ذلك بين المفتوحة عنوة و غيرها مما أسلم أهلها أو صولحوا فما اعترض به الشهيد و المحقق الثانى على عبارة المصنف غير متوجه قال فى (الحواشى) إن أراد بالمعمور الأرض المفتوحة عنوة فمسلم و إن أراد غيرها فالأولى أنه للإمام مع عدم الوارث و قال فى (جامع المقاصد) لا ريب أن المعمور فى دار الحرب تأتى فيه الأقسام الأربعة (الأول) أن يكون معمورا فى الحال (الثانى) أن يجرى عليه أثر العمارة ثم يخرب و مالكة موجود (الثالث) أن يكون كذلك و ينقرض المالك و وارثه (الرابع) أن يكون كذلك و لا يعرف المالك فإن أراد بالمعمور المعمور فى الحال دخلت الأقسام الثلاثة الباقية فى أحكام الموات و إن أراد ما جرت عليه العمارة شمل القسمين الأخيرين فيخرجان من حكم الموات و قال إن الأرض فى الثالث و الرابع للإمام لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بإذنه عند علمائنا (و قد عرفت) أن المراد ما جرت عليه العمارة و كان المالك موجودا معلوما (و يعلم) أنه قال فى المسالك إن معمور بلاد الشرك يجوز التصرف فيه فى الجملة و قال ما فى الشرائع من أنه لا يجوز التصرف فى معمور دار الإسلام مع قولهما بعدم الفرق بين المعمورين غير تام و الظاهر أن كلامه غير تام لمكان استثنائه ملكه بالقهر و عبارة المبسوط كعبارة الشرائع

(قوله) (و مواتها الذى لا يذب المسلمون عنه فإنها تملك بالإحياء للمسلمين و الكفار بخلاف موات الإسلام فإن الكافر لا يملكها بالإحياء)

موات دار الحرب على قسمين موات لا- يذب الكفار المسلمين عنه و لا يمنعونهم عنه و الآخر عكسه و يأتى بيان حال الاستيلاء عليه فالأول يملكه المسلم بالإحياء إذا كان يذن الإمام فالقيد مراد قطعا كما يدل عليه الإجماع الظاهر من التذكرة و أما الكافر فقضية كلام المصنف أنه يملكه بالإحياء من دون إذن الإمام لأن قضية قوله بخلاف موات الإسلام فإن الكافر لا يملكها بالإحياء أن موات الكافر يملكه الكافر بدون إذن و ظاهر كلام الخلاف و المبسوط أن الكافر لا يملكه إلا بإذنه قال فى (الخلاف) الأرضون الغامرة فى بلاد الشرك التى لم يجر عليها ملك أحد للإمام خاصة لا يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له ثم ادعى إجماع الفرقة و أخبارهم و نحوه ما فى المبسوط حيث حكم فيه بأن الموات للإمام سواء ذب عنه الكفار أم لا و حكى عن المخالفين أنه يملكه بالإحياء المسلم و الكافر و هو ظاهر كلام التحرير أيضا و قضية إطلاق كلام التذكرة قال و إن لم تكن معمورة أى أرض بلاد الكافر فهى للإمام لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بإذنه عند علمائنا فيحمل على موات من بلغته الدعوى و أما من لم تبلغه الدعوى فإن إحياءه بثمر الملك قطعا و إلا لما ملك الكفار ما ملكناه منهم بالأخذ قهرا و فى (الدروس) أن ما لم يذبوا عنه كموات الإسلام قطعا و هذا يجرى مجرى الإجماع و بذلك صرح فى موضع من المبسوط

(قوله) (و لو استولى طائفة) (٢)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩

من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء نظر ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك (١) و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام (٢) و ما جرى عليها ملك مسلم فهي له و بعده لورثته (٣)

من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء نظر ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك) هذا هو القسم الآخر من الموات و هو الذي يذب الكفار عنه المسلمين فإذا استولى عليه طائفة من المسلمين بالغلبة و القهر فإن كان بإذن الإمام فهي أرض مفتوحة عنوة و مواتها عندنا للإمام و إن كان بغير إذنه فهو للإمام أيضا إجماعا من لأنه غنيمه من غزا بغير إذنه فالنظر ليس في محله و جزم في التحرير بعدم الملك و الأولوية و قال في (المبسوط) فأما الموات الذي قاتلوا عنه فعندنا أنه للإمام انتهى و تعليقه بأنه غنيمه من غزا بغير إذنه ليس في محله لأن الموات على كل حال للإمام عليه السلام و الشافعية ذكروا فيه ثلاثة وجوه ذكرها في التذكرة (الأول) أنه يفيد اختصاصا كاختصاص التحجير لأن الاستيلاء أبلغ منه (الثاني) أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور لأنهم حيث منعوا عنه فكأنهم ملكوه على أنه يجوز أن يملك بالاستيلاء ما لم يكن مملوكا كالذراري و النسوان (الثالث) أنه لا يفيد الملك و لا التحجير لأنه لم يوجد عمل يظهر في الموات فعلى هذا هو كموات دار الإسلام من أحياء ملكه و الأولان ضعيفان لأن المدار في حصول الملك و الاختصاص على حصول الأثر في الموات و هو منتف هاهنا و هو معنى قوله لانتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك و لأن الاستيلاء سبب في تملك المباحات المنقولة و الأرضين المعمورة و الأمران منتفیان هنا و قال في (الدروس) موات الشرك كموات الإسلام فلا يملك الموات بالاستيلاء و إن ذب عنه الكفار بل و لا تحصل به الأولوية و ربما احتل الملك أو الأولوية

(قوله) (و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام)

كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد و في (التذكرة) الإجماع عليه و هذا إذا كانت الأرض في بلاد الإسلام كما في التحرير و غيره لأن أراضي بلاد الكفر إذا جرى عليها ملك الكافر فهي له و إن كان بالإحياء و لا تكون للإمام عليه السلام بل تعتبر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوة أو صلحا أو أسلموا عليها طوعا و لا فرق في هذه الأرض بين أن تكون مواتا و أن تكون قابله للانتفاع بغير إحياء

(قوله) (و ما جرى عليها ملك مسلم فهي له و بعده لورثته)

كما صرح بذلك في المبسوط و المهذب و السرائر في باب الزكاة و الشرائع و الجامع و التحرير و اللمعة و الدروس و جامع المقاصد و قد فرضت المسألة في هذه كلها فيما إذا جرى ملكه عليها و هي معمورة ثم خربت عدا الشرائع و الكتاب فإن ظاهرهما ذلك و هو ظاهر إذ لو كانت باقية على الحياة و العمارة كانت ملكا له و لورثته و إن ترك الانتفاع بها أصلا بلا إشكال (و في المسالك و المفاتيح) الإجماع عليه (و في الكفاية) أنه لا خلاف فيه و قد اختير في المبسوط و ما ذكر بعده أن حكم هذا الموات حكم العامر لا يجوز إحياءه و لا التصرف فيه إلا بإذن أربابه و أنه باق على ملكهم تصريحاً في بعضها بجميع ذلك و ظهوراً في البعض الآخر ففي (المبسوط و المهذب) أنها في حكم العامر و في الجامع (الخلاف خ ل) أنها لا تملك و في (التحرير و اللمعة) أنها لا تخرج بإحياء الغير عن ملك الأول و بالثلاثة صرح في السرائر و في (جامع المقاصد) أنه لا يجوز إحياءها مطلقاً و لا تملك بالإحياء فهي كالمنتقلة بالشراء و الظاهر اتفاق الكلمة على أن المحيي الثاني لا يملكها و به صرح في النهاية و جهاد الشرائع و النافع و الكتاب و التحرير و الإرشاد و المختلف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠

و جامع المقاصد و هو الظاهر من السرائر في موضعين و في (المسالك) نسبه هذا إلى الأكثر (قلت) لم نجد الخلاف نحن من أحد قبل المصنف في التذكرة فإنه نقل عن مالك أن المحيي الثاني يملك و قال لا بأس بهذا القول عندى و حكاه عنه في بعض فتاويه في المسالك و اختاره هو في موضعين منه و الروضة و في (الكفاية) أنه أقرب و في (المفاتيح) أنه أوفق بالجمع بين الأخبار و قد تشعر به عبارة الوسيلة و من الغريب أنه قال في جامع المقاصد إنه المشهور و لعله أراد في الرواية فتأمل و ذهب في الدروس إلى أنه يجب عليه أحد الأمرين إما الإذن لغيره أو الانتفاع فلو امتنع فللحاكم الإذن و للمالك طسقتها على المأذون فإن تعذر الحاكم فالظاهر جواز الإحياء مع الامتناع من الأمرين و عليه طسقتها و قد حكى هذا القول عنه في المسالك و الكفاية على غير وجهه فقد تحصل أن القائلين ببقائها على ملك المالك على أنحاء (الأول) أنه لا يجوز إحيائها و لا التصرف فيها أصلاً إلا بإذن المالك كما هو صريح جامع المقاصد و ظاهر المبسوط و المهذب و غيرهما (الثاني) خيرة الدروس (الثالث) أنه يجوز إحيائها لكن المحيي الثاني لا يملكها كما هو خيرة النهاية و ما ذكر بعدها ما عدا جامع المقاصد و هو أى الجواز و إن لم يصرح به في النهاية و بعض ما ذكر لكنه معلوم من كلامهم قطعاً و قد أنكر في السرائر قوله في النهاية أن ليس للمالك انتزاعها من يد المحيي الثاني ما دام راعياً فيها لأن الإنسان مسلط على ماله فلا يحجر عليه فيه و لا فرق على الثالث بين ما يدخل في ملكه بالإحياء أو غيره من الأسباب المملكة إذا صار مواتاً و محل البحث في المسألة ما إذا ملكها بالإحياء ثم تركها حتى رجعت مواتاً و أما إذا ملكها بالبراءة أو شبهه فإنها لا تملك بالإحياء عند جميع أهل العلم كما حكاه في التذكرة عن ابن عبد البراءة و قد حكى الجماعة حكايته عنها ساكتين عليه بل استظهره بعضهم إلا صاحب الكفاية و صاحب المفاتيح (أما الأول) فإنه قال إن الإجماع المذكور غير ثابت و أما صاحب المفاتيح فإنه قال إن الظاهر من الأخبار أنها للإمام ثم للمحيي ثانياً مطلقاً إلا أنهم نقلوا الإجماع على أنه إن كان ملكها بغير الإحياء ثم خربت و كان صاحبها معروفاً لم يزل ملكه عنها انتهى فقد جعل ناقل الحكاية كالناقل و إلا فالناقل له واحد بل هو ناقل حكايته عن ابن البراءة «١» فقد تساهل كما تساهل الجماعة في حكايته عن التذكرة و إطلاق معقد الإجماع و كلام من حكم بأن الملك بالبراءة و نحوه يقتضى عدم الزوال يشمل ما إذا علم استناد ملك البائع بالإحياء أو بالبراءة من الإمام و لعل قصره على الأخير أجود لما عرفت و لما يأتي فيما إذا أحيها حال الغيبة و خربت هذا تمام الكلام في تحرير محل البحث في نقل الأقوال فيه و تحريرها و إن كان بعضهم ذكرها في الأرض الذى انقرض أهلها و أحيها إنسان في حال الغيبة ثم خربت و أحيها آخر كما يأتي في الكتاب و غيره (حجة التذكرة) و ما وافقها عموم صحيح حتى (صحيحه خ ل) محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحق بها و هى لهم و عموم حسنة زراراً من أحياء مواتاً فهو له و مثلها حسنة زراراً و محمد و أبى بصير و فضيل و بكير و حمران و البصرى و خصوص صحيحه معاوية بن وهب قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أيما رجل أتى خربةً بائرةً فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فإن عليه فيها الصدقة فإن كانت أرضاً الرجل قبله فغاب عنها و تركها و أخربها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله عز و جل و لمن عمرها و حسنة الكابلى أو صحيحته على الأصح فيه عن أبي جعفر عليه السلام قال وجدنا في كتاب على عليه السلام أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبة للمتقين أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الله الأرض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا فمن أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤد

(١) كذا في نسختين و فى نسخة ابن البراءة و فى التذكرة ابن عبد البر و كان الصحيح ابن عبد البراءة و ابن البراءة (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١

و إن لم يكن لها مالك معين فهى للإمام (١) و لا يجوز إحيائها إلا بإذنه

خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل منها و إن تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحيها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و منعها إلما ما كان في أيدي شيعة فإنه يقطعهم عليها و يترك الأرض في أيديهم و نقلناه على طوله لنفعه فيما يأتي و للتبرك به و أن أصل هذه الأرض مباح فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة كما لو أخذ ماء من دجلة ثم رده إليها و أن العلة في تملكها الإحياء و العمارة فإذا زالت العلة زال المعلول و هو الملك فإذا أحيها الثاني فقد أوجد سبب الملك له و العمومات قابلة للقولين و يمكن حمل الصحيح على صريح الحسن بأنه أحق بها من الذي تركها لكنه لا يملكها و عليه أن يؤدي طسقتها للأول لمكان اتفاق الكلمة قبل التذكرة على عدم الملك على الظاهر و لمكان الأدلة الآخر كالأصل بمعنى الاستصحاب معتصدا بالعمومات لأنك قد عرفت أنها صالحة للاستدلال على هذا القول و مؤيدا بالقواعد القطعية و هو أن الملك إذا ثبت دام حتى يقوم الدليل القاطع على زواله لأن الظاهر من جماعة منهم كالمصنف و المحقق كما ستعرف أنه أذن له الإمام في الإحياء و الملك و أن الثاني أحيها من دون إذن من المالك و الإمام و حينئذ فيمكن أن يقال إنا نحمل هذه الأخبار على حال الغيبة أو حال عدم انبساط يده فيكون الحاصل أنه إذا أذن له الإمام فأحيا ملك إلى يوم القيام بقيت الحياة أو زالت ما دام المحيي معروفا هو و ورثته و إن كان الإحياء بدون إذنه لعدم انبساط يده أو غيبته ثم خربت و جاء الآخر و أحيها جاءت فيه الأقوال و الاحتمالات المذكورة و لذلك خص ذلك في الشرائع و الكتاب و التحرير في حال الغيبة بل خصوا ذلك في الأرض التي باد أهلها فخربت كما ستسمع من أدلة الأصحاب و صحيحة (و من أدلة الأصحاب صحيحة خ ل) سليمان بن خالد على الصحيح أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها فماذا عليه قال الصدقة (قلت) فإن كان يعرف صاحبها قال فليؤد إليه حقه و المراد بالحق الأرض و طسقتها و ربما استدل بأنها أرض يعرف مالکها فلا تملك بالإحياء كالتى ملكت بالشراء و أن أسباب الملك مضبوطة و ليس منها الخراب و أن ما ملك ببيع أو إرث أو نحوه لا يخرج عن الملك لخرابه فكذا ما هنا للاستواء في الملك على أن مطلق الملك لا بد و أن ينتهي إلى الإحياء و بقوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس لعرق ظالم حق و قد فر هشام بن عروة العرق الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميئة لغيره فيغرس فيها و ربما حمل صحيح سليمان على ما إذا كان قد ملكها بغير الإحياء جمعا بين الأدلة و لا شاهد عليه و ربما جمع بحمل خبرى الكابلى و ابن وهب على ما إذا لم يعرف صاحبها و خبر سليمان على ما إذا عرف و أنت خير بأن خبر سليمان صريح في ذلك كما أن خبر ابن وهب قد يقال إنه نص في ذلك أيضا و كيف كان فالترجيح لما عليه الأصحاب من أنه يجوز إحيائها للثاني لكنه لا يملكها لما عرفت بل الأوفق بالضوابط قول المحقق الثاني و تفصيل الشهيد قوى جدا

(قوله) (و إن لم يكن لها مالك معين فهي للإمام)

أى فإن لم يكن مالك معين للأرض الميئة التى كان قد أحيها مالکها الذى قد جهل الآن أو باد فهي للإمام إجماعا كما فى ظاهر السرائر فى باب الزكاة و التذكرة و جامع المقاصد و صريح المفاتيح فيما إذا باد و كذا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢

فإن بادر و أحيها بغير إذنه لم يملكها (١) فإن كان غائبا كان أحق بها ما دام قائما بعمارتها فإن تركها فبادت آثارها فأحيها غيره كان الثانى أحق و للإمام بعد ظهوره رفع يده (٢)

الخلافا فيما إذا جهل فإذا أذن فى إحيائها ملكها فإذا ماتت صار حكمها كالسابقة لأن مالکها حينئذ معروف و أما إذا كانت حية فهي مال مجهول المالك كما فى المسالك و الكفاية لكن ضابطه لا ينطبق عليه

(قوله) (فإن بادر و أحيائها بغير إذنه لم يملكها)

كما في المبسوط و غيره كغيره من الموات المتقدم

(قوله) (و لو كان غائبا كان أحق بها ما دام قائما بعمارتها فإن تركها فبادت آثارها فأحيائها غيره كان الثاني أحق و للإمام بعد ظهوره رفع يده)

كما صرح بذلك كله في التحرير و بمثله عبر في الشرائع و التذكرة في موضع منها و الكفاية من دون تفاوت إلما أنه قيل فيها أي الثالثة ملكها الثاني و قال في موضع آخر من التذكرة و لو كان غائبا كان أحق بها و لا يملكها فقد صرح بما هو الظاهر من بقیه هذه الكتب و هو أن المحيي الأول و الثاني لا يملكان بل لهما أحقية بقرينة قولهم و للإمام رفع يده بعد ظهوره و صاحب المسالك فسر عبارة الشرائع بأنهما لا يملكان ملكا تاما قال و لو ملكاها ملكا تاما لم يكن للإمام رفع يدهما (و الحاصل) أن للإمام رفع يد المحيي عنها سواء وجدها في يد الأول أو الثاني و ظاهر الدروس التأمل في أصل الحكم قال و في غيبة الإمام يكون المحيي أحق بها ما دام قائما بعمارتها فإن تركها فزالت آثارها فلغيره إحيائها على قول فإذا حضر الإمام فله إقراره و إزالته يده و لعله يذهب إلى التفصيل الذي سلف له و قد قالوا في هذه الأرض الذي جرى عليها ملك المسلم أنها له و لورثته من بعده ما دامت عامرة و اختلفوا فيما إذا خربت و أحيائها غيره في أنه هل يملكها الثاني أم لا كما تقدم مفصلا و ظاهرهم أن الملك تام بل ظاهر جماعة أن ذلك في حضور الإمام فإن كان الأول قد أحيأ و ملك بإذن الإمام كما استظهرناه فيما سلف و إن المحيي الثاني لم يكن إحيائه بإذن من الإمام و لا من المالك فالقائلون بأنه يملك حينئذ به ملكا تاما يسألون عن الفرق بينه و بين المحيي في حال الغيبة حيث قالوا إنه لا يملك أو إن ملكه متزلزل بل كان المحيي في الغيبة أولى بكون ملكه تاما لأنه لا يقدر على الاستئذان و إن كان المحيي الأول في تلك ملك الملك التام من دون استئذان من الإمام فبالأولى أيضا أن يملك من أحيأ في حال الغيبة الملك التام (و بالجملة) هذا الموات في الأصل للإمام فإن كان إحيائه حال ظهوره فلا- بد من إذنه ليملكه المحيي و قضيته أنه إذا خرب لا- يملكه الآخر إذا أحيأه لأذن المفروض أن الأول ملكه بإذن الإمام و الآخر لم يستأذنه و إن كان إحيائه حال غيبته فقضية قولهم إنه ملك الإمام أن لا يملكه أحدا خصوصا الثاني (و الحاصل) أنه إن كان الموت سببا في التملك بالإحياء فهو قائم في الموضوعين و إن كان المانع حق الإمام عليه السلام فهو موجود في الموضوعين ثم إنه قد يظهر من كلام هؤلاء أن هذا التفصيل مختص بالأرض التي انقرض أهلها أو جهلوا فخرت دون غيرها من الموات و النصوص دالة على أن الجميع للإمام و على أن من أحيأ ميتة في غير حق مسلم فهي له و لعلهم يقولون إن السبب في التملك زمن الحضور مركب من أمرين الموت و إذن الإمام «١» فإذا وجدا ملك و لا يزول بالخراب و خلاف التذكرة الذي وافق فيه مالكا منزل على حال الغيبة كما صرح به في موضعين آخرين منها كما عرفت

□

(١) أما الأول فللأخبار و الإجماع و أما الثاني فللإجماع و إن خالف ظواهر الأخبار كما تقدم بيان ذلك كله (منه عفا الله تعالى عنه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣

و ما هو بقرب العامر من الموات يصح إحيائه إذا لم يكن مرفقا للعامر و لا حريما (١)

[الثاني اليد]

(الثاني) اليد (٢)

و إلما فهو شاذ نادر و أما السبب فيه حال الغيبة فهو الموات و دليله و دليل التفصيل المذكور فيه عموم الأخبار السابقة و خصوص

صحيحة أبي خالد الكابلي و ليس في الرواية ظهور في حال الظهور كما توهم ذلك صاحب المسالك لقوله عليه السلام فيها حتى يظهر القائم و قد سمعتها آنفا و يفهم منها أن القائم عليه السلام يتركها في أيديهم إذا قاموا له بالمقاطعة و قد تقدم بيانه في باب البيع و التخصيص بالأرض الذي انقضى أهلها لعله لا- وجه له كما أن ترتب الحكم في الأخبار و الفتاوى على المحيي في إقرار يده و إزالتها ليس قصرا للحكم بل من ترتب يده على يده كوارثه ملحق به لمكان الاشتراك في المقتضى و هو التصرف في ملك الغير و هو الإمام (و يبقى الكلام) في المشتري منه و المتهم و نحوهما فإن ظاهرهم هنا عدم خروجها عن ملكهما و يمكن قصر ذلك على المشتري فنجعل رقبته الأرض في مقابلة بذل الثمن دون المتهم فيلحق بالوارث بل يمكن قصره على المشتري من الإمام في حال حضوره و من الجائر في غيبته و لعل هذا أجود لأنك قد عرفت حال الإجماع المحكي في التذكرة

(قوله) (و ما هو بقرب العامر من الموات يصح إحياءه إذا لم يكن مرفقا للعامر و لا حرما)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و الكفاية و جامع المقاصد و في الأخيران هذا كالمستدرك لأنه سيأتي أن من أسباب الاختصاص المانع من الإحياء كون الموات حرما لعامر فإن المرفق و هو ما يرتفق به من جملة الحریم (قلت) قد ذكر ذلك في الكتب الثلاثة على نحو ما ذكر في الكتاب من كونه بعد المسألة المتقدمة و قد نبها بذلك على خلاف أبي حنيفة و غيره لأنه قد استفيد من الأدلة السابقة عدم الفرق في إحياء الموات بين القريب من العامر و البعيد عنه إذا كان صالحا للإحياء لأنه موات لم تتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياءه كالبعيد و لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق و هو يعلم أنه قريب من عمارة المدينة (و قال أبو حنيفة و الليث) لا يجوز إحياءه أي القريب لأنه في مظنة تعلق المصلحة فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب في حائط إلى قناته فيجعله طريقا أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء عليه فلم يجز تفويت ذلك عليه و ليس بشيء لأنه يقضى بتقديم الموهوم على المعلوم لأنه يستلزم أن يمنع من توهم الحاجة من هو في الضرورة و الحاجة و الفاصل بين القريب و البعيد إنما هو العرف فليس لأهل القرية المنع من الموضع البعيد الذي لا- يطرقونه إلما نادرا للحطب و المرعى و لا- المنع مما لا- يضرهم مما يتطرقونه و إن قرب (و حدّ) أبو حنيفة البعيد بأنه الذي إذا وقف الرجل في أذناه و صاح بأعلى صوته لم يسمع المصغى إليه (و حدّه) الليث بغلوة و هذا التحديد مختص بما قرب من المصر و القرية و لا يجوز أن يكون حدا لكل ما قرب من عامر لأنه يقضى إلى أن من أحيا أرضا في موات حرم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد (و أما الحریم) فقد عرفه الشهيد بأنه الموضع القريب من موضع معمور يتوقف تمام انتفاع ذلك المعمور عليه و لا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا (و المرفق) كمسجد و مقعد و منبر من جملة الحریم كما صرح به جماعة فيكون عطف الحریم عليه من عطف العام على الخاص و ربما قيل إن الحریم مختص و إن المرفق عام و لعله عرفا غير تام

(قوله) (الثاني اليد)

يعنى من أسباب الاختصاص اليد التي هي من موانع الإحياء فيكون انتفاؤها من شرائطه كما صنع جماعة كما عرفت فيما سلف و كما ستعرف و على كل حال لا يشترط في الحكم لها العلم بالسبب الموجب لها بل يكفي عدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤

فكل أرض عليها يد مسلم لا يصح إحياءها لغير المنصرف (١)

[الثالث حریم العمارة]

(الثالث) حریم العمارة (٢)

العلم بكونها ليست عن سبب مملك و لو علم إثبات اليد بغير سبب مملك و لا موجب أولوية فلا عبرة بها كما إذا استندت إلى مجرد تغلب على الأرض أو سبب «١» اصطلاح أهل القرية على قسمة بعض المباحات الأصلية كما يتفق كثيرا كما صرح بذلك كله في المسالك و الكفاية و كذا الروضة و الرياض و قد نبه عليه في الدروس و جامع المقاصد و ترك الباقي لهذا القيد لوضوحه لأنه من الضروريات أن اليد المتغلبة و نحوها لا عبرة بها و إنما قالوا يكفي في هذا الشرط أو السبب عدم العلم بكونها ليست عن سبب مملك لأنهم لو اشترطوا العلم بالسبب لاستغنى عن هذا الشرط لأن أسباب الاختصاص ترجع إلى باقي الشرائط ففائدة هذا الشرط مع الاشتباه و منه يظهر الحال في عدم ذكر اليد في الشرائط كما صنع جماعة مستندين إلى أن اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور فلا معنى لها لأن الفائدة تظهر مع الاشتباه كما عرفت و الضابط (فالضابط خ ل) في هذا الشرط مجرد ثبوت يد محترمة و إن لم يعلم وجود سبب الملك و هو أي الشرط مبني على ما سبق من عدم بطلان الملك بالموت مطلقا أي في زمن الغيبة أو الحضور سواء كان الملك بالشراء أو الإحياء كما في الروضة لكن في الحواشي أن المراد باليد اليد المصاحبة للإحياء أو للعمارة و لو بالتلقى ممن فعل ذلك أو أرض أسلم عليها أهلها طوعا لا مطلق اليد و قال في (التذكرة) في هذا الشرط أنها لو اندرست العمارة لم يجز إحيائها لأنها ملك لمعين على خلاف تقدم فجعل الحال في هذا الشرط مع الاندراست مبني على الخلاف السالف و نحوه ما في الدروس (و ليعلم) أن في التحرير و الدروس التعبير عن هذا الشرط بأن لا يكون مملوكا لمسلم إلى آخره و قد جمع بينهما في اللمعة و الروضة كالكتاب لأن العمارة في عبارة الكتاب عبارة عن أن لا تكون مملوكة لمسلم فيفرق بينهما بالأولوية كالتهجير إذ لا ملك هنا (قوله) (فكل أرض عليها يد مسلم لا يصح إحيائها لغير المتصرف)

كما في الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا الإرشاد و اللمعة و الكفاية و المفاتيح مع جعل انتفاؤها شرطا في التملك بالإحياء في الجميع عدا جامع المقاصد و قد عبر عن هذا الشرط في التحرير و الدروس بأن لا يكون مملوكا لمسلم كما عرفت و لم يذكر هذا الشرط بمعنييه فيما عدا ما ذكر و في حكم المسلم المسالم كما في الإرشاد و الدروس و المسالك و المفاتيح و الكفاية حيث قيل فيها لمسلم أو مسالم و هو معنى قوله في الروضة يد محترمة (قوله) (الثالث حريم العمارة)

هذا هو السبب الثالث من أسباب الاختصاص المانعة من إحياء الموات و قد عد عدمه شرطا في التملك بالإحياء في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الدروس و سائر ما تأخر و هو معنى ما في المبسوط و المهذب و الجامع من أنه في حكم العامر و في (جامع المقاصد) الإجماع عليه و في (المسالك و المفاتيح و كذا الرياض و الكفاية) لا خلاف فيه و قال في (التذكرة) لا نعلم خلافا بين علماء الأمصار أن كل ما يتعلق بمصالح العامر كالطريق و الشرب و مسيل ماء العامر و مطرح قمامته و ملقى ترابه و آلاته أو بمصالح القرية كقناتها و مرعى ماشيتها و محتطها و مسيل مياهها لا يصح لأحد إحياءه و لا يملك بالإحياء و كذا حريم الآبار و الأنهار و الحائط و العيون و كل مملوك لا يجوز إحياء ما يتعلق بمصالحه لقوله عليه السلام من أحيأ ميتة في غير حق مسلم فهي له إذ مفهومه أن ما يتعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء و لأننا لو جوزنا إحياءه أبطل الملك في العامر على أهله و هذا مما لا خلاف فيه انتهى و الخبر و إن لم نجده في أخبارنا لكنه قد استدل به أصحابنا و مبني الاستدلال

(١) بسبب خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥

حق مسلم و أما الكبرى فمسلمة و أشار بالأخير إلى لزوم الضرر (و قد يستدل) عليه بالأصل و اختصاص النصوص الدالة على تملك الأرض بالإحياء بغير هذه الأراضي لمكان التبادر و قد يقضى كلامهم في هذا الشرط أن أهل البلدان الكبار و المدن المتسعة نزلوا فيها دفعة واحدة و أن القرية الصغيرة لا يتصور اتساعها و ذلك غير معلوم الوقوع و لا الحكم بل الحكم الواقع في الوقوع على خلاف ذلك يأتي الرجل فيحيى ما يقرب من القرية و يجعلون الحريم من ورائه و هلم جزاً و لعله لذلك قال في المفاتيح قيل الحريم للقرى ما حوالها إلى آخره و التوجيه بأنه إنما يمنع المحيى من القدر الذى تتوقف عليه الحاجة و تندفع به و أما ما زاد على ذلك فيجوز إحياءه لا يجدى لأنه يقضى بأن يكون بين المحلّة و المحلّة فى البلدان الكبار مقدار مرعى الماشية و محتطب أهلها و هو قد يبلغ الفرسخ أو يزيد عنه و الواقع خلافه فلا بد أن يقال إن الإحياء بالبناء قد يكون مبنيًا على المنع و الاقتصاد كما فى القرى الصغار التى ليس لها إلا أراض يسيرة لا ينتفع بها إلا أهلها الذين نزلوا بها دفعة فهؤلاء حريم قريتهم مرعى ماشيتهم و نحوه و قد يكون مبنيًا من أول الأمر على خلاف ذلك كما فى المدن الكبار يأتي الرجل فيجعل الحريم المتعلق بالاحتطاب و الاحتشاش و مرعى المواشى و نحو ذلك من ورائه و يجعل ما عدا ذلك كمطرح القمامة و ملقى التراب بين ذلك لأنهم وقت الإحياء ما قصدوا تملك الحريم و لا كذلك أهل القرى الصغار إذ الحريم الذى تتوقف عليه الحاجة مملوك عندنا كما صرح به فى المبسوط و المهذب و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و التحرير و الإيضاح فى آخر كلامه فى مسألة حريم الشرب و فى (المسالك و الكفاية) أنه الأشهر لكن ظاهر جماعة أنه غير مملوك و إنما هو حق من الحقوق بل كاد يكون صريحهم خصوصاً المبسوط فى عدة مواضع غير ما ذكرنا بل يظهر من الإيضاح فى أول كلامه فى مسألة الشرب أن ذلك من المسلمات بل قد يظهر ذلك أيضاً من الحواشى (و قد يستدل) على الأول بإطلاق الأخبار الواردة بثبوت الشفعة بيع الطريق المشترك كما نبه عليه فى المسالك و استدل عليه فى التذكرة بأنه مكان استحققه بالإحياء فملك كالمحيى و أن معنى الملك موجود فيه لأنه يدخل مع المعمور فى بيعه و ليس لغيره إحياءه و لا التصرف فيه بغير إذن المحيى و الأولى الاحتجاج عليه بما رواه ثقة الإسلام و الشيخ عن أحمد عن البنزطى عن محمد بن أحمد بن عبد الله و الظاهر أنه ابن مهران بن خانبه الثقة فيكون الحديث صحيحاً قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة و يكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً و أقل و أكثر يأتيه الرجل فيقول له أعطنى من مراعى ضيعتك و أعطيك كذا و كذا درهما فقال إذا كانت الضيعة له فلا بأس و مثله صحيحة إدريس بن يزيد إن كان متحداً مع ابن زياد و إلا فهو مجهول (و قد استدل) بعض العامة على الثانى حيث ذهب إليه بأن الملك يحصل بالإحياء و لم يوجد فيها إحياء (و أجاب) عنه فى التذكرة بمنع المقدمتين لأنه لا يشترط فى تحقق الإحياء مباشرته كل جزء من المحكوم بإحيائه ألا ترى أن عرصه الدار تملك ببناء الدار و إن لم يوجد فى نفس العرصه إحياء فالإحياء تارة يكون بجعله معموراً و أخرى بجعله تبعاً للمعمور و تظهر فائدة القولين فى بيع الحريم منفرداً فيجوز على الأول دون الثانى و كيف كان فالملك فى الحريم ليس نحو سائر الأملاك لأن كثيراً من لوازم الملك منتفية فيه و لأنه تارة يوجد و تارة يذهب كما أوضحنا ذلك فى الطريق المرفوع فى باب الصلح مع أنه أقرب إلى سائر الأملاك من مرعى الماشية و المحتش و المحتطب و نحو ذلك من الحريم فى الباب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦

فإذا قرر البلد بالصلح لأربابه لم يصح إحياء ما حواله من الموات من مجتمع النادى و مرتكض الخيل و مناخ الإبل و مطرح القمامة و ملقى التراب و مرعى الماشية و ما يعد من حدود مرافقهم و كذا سائر القرى للمسلمين (١) و الطريق و الشرب و حريم البئر و العين (٢) و يجوز إحياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحته (٣) و حد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه فى الأرض المباحة خمس أذرع و قيل سبع فيتباعد المقابل ذلك (٤)

(قوله) (فإذا قرر البلد بالصلح لأربابه لم يصح إحياء ما حواله من الموات من مجتمع النادى و مرتكض الخيل و مناخ الإبل و مطرح

القمامة و ملقى التراب و مرعى الماشية و ما يعد من حدود مرافقهم و كذا سائر القرى للمسلمين)
 ذكر أولا- عدم صحة إحياء حريم البلد المقرر بالصلح لأنه إذا ثبت الحكم هاهنا ثبت بالأولى فى قرى المسلمين و المراد بمجتمع
 النادى مجتمع القوم قال فى (الصحاح) الندى على فعيل مجلس القوم و متحدتهم و كذلك الندوة و النادى و المنتدى فإن تفرقوا
 فليس بندى فعلى هذا إذا أضيف إليه مجتمع أريد بالنادى نفس القوم و مما يعد من المرافق المحتطب و المحتش اللذان جرت العادة
 بالوصول إليهما و ملعب الصبيان و مطرح الرماد و الثمار

(قوله) (و الطريق و الشرب و حريم البئر و العين)

أى من حريم العامر و حدود مرافقه الطريق إليه و شربه و حريم بئره و عينه

(قوله) (و يجوز إحياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحته)

قد تقدم الكلام فيه فى آخر الكلام فى السبب الأول

(قوله) (و حد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه فى الأرض المباحة خمس أذرع و قيل سبع فيتباعد المقابل ذلك)

أى حد الطريق الثابت لمن ابتكر شيئا يحتاج إلى الطريق من مسكن و نحوه فى أرض مباحة خمس أو سبع فيجب على من يأتى بعد
 هذا المبتكر يريد إحياء ما حوله أن يتباعد عنه هذا المقدار و إن لم يكن حصل استطراق فيكون تقدير الطريق أنما هو بالنسبة إلى
 الذى أتى بعد المبتكر و تأخر إحياءه عن إحيائه و قد عبر عنه المصنف و غيره بالمقابل و مثلها عبارة الشرائع و قد تعطيان أن هذا حد
 طريق خاص و هو طريق المبتكر فى الأملاك و نحوها و فى (جامع المقاصد) أنه غير مراد قطعاً من عبارة الكتاب لأنه بصدد بيان حد
 الطريق مطلقاً و لا يستقيم معنى فيتباعد المقابل ذلك إلا بتكلف كثير و قال فى (المسالك) إن فى الإرشاد حد الطريق المبتكر فجعل
 الابتكار صفة للطريق لا لشيء يحتاج إلى الطريق و ليس بجيد إذ لا يشترط فى الطريق أن يكون مبتكراً بل لو كان هناك طريق فى
 أرض متسعة فعلى من يريد إحياء ما حوله استثناء ذلك القدر انتهى (قلت) إذا أراد إحياء ما حول الطريق فى الأرض المتسعة كان
 مبتكراً بل يصح إحياءه و تغييره و التوصيف المذكور أنما هو فى النافع و التبصرة لا- فى الإرشاد إذ الموجود فيه فى نسخ كثيرة
 صحيحة حد الطريق فى المبتكر و قد شرح فى الرياض عبارة النافع فقال المراد بالطريق المبتكر الملك المحدث كما فى نسختين منه
 و الطريق يذكر فى لغة نجد و يؤنث فى لغة الحجاز و هذا فيما إذا لم يتفق المبتكر و المقابل على أقل من النصابين فى الطريق الخاص
 المنحصر و إلا جاز كما هو المشاهد فى بعض الأرزقة و القول بالخمس خيرة الشرائع و النافع و الإرشاد و المقتصر و فى (كشف الرموز
 و المهذب البارع و المفاتيح) أن روايته أصح طريقاً و فى (الحواشى و الإرشاد) نسبته إلى الأكثر و فى (الإيضاح) إلى كثير و المفتى
 به من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧

.....

عرفت و ما حكى فى المختلف و الدروس عن أحد و إنما قال فى الأول قيل و قال فى الثانى أنه ضعيف و القول بالسبع خيرة الشيخ
 فى النهاية و القاضى و التقى فيما حكى عنهما و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و التبصرة و المختلف و الإيضاح و
 الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الرياض و حكاية الشهيد فى حواشيه عن المبسوط و قد نسب إلى الشيخ و أتباعه
 فى التنقيح و الكفاية و لم أجدهم فى المهذب و الوسيلة و لا ترجيح فى الحواشى و التنقيح (حجّة الخمس) ما رواه فى التهذيب فى
 الموثق عن البقباق عن أبى عبد الله عليه السلام قال إذا تشاح قوم فقال بعضهم سبع أذرع و قال بعضهم أربع أذرع فقال أبو عبد الله
 عليه السلام بل خمس أذرع و لا- يخفى ما فى متن و ربما استدلل عليه بأصالة البراءة معتضداً بالعمومات الدالة على جواز تملك
 الموات بالإحياء خرج عنه الخمس بالإجماع و بقى الباقي و معنى أصالة البراءة أن الأصل براءة ذمة المحيى من وجوب اجتناب إحياء

ما زاد على الخمس و المستدل بالأصل صاحب المسالك و قد سهى القلم فى الرياض فى بيان معناه و فى الاستدلال بالعمومات «١» و مستند السبع رواية مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام قال الطريق إذا تشاح عليه أهله فحده سبع أذرع و مثله رواية السكونى الذى حكى الإجماع على العمل بروايته الشيخ فى العدة و ليس فى الطريق من يتأمل فيه غيره و رواه العامة عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قالوا إنه قال إذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبع أذرع فهذه الأخبار معتضدة بالشهرة المعلومة و عمل من لا يعمل إلّا بالقطعيات مع موافقة الاعتبار لأن الضرورة تدعو غالباً إلى السبع فلا ينبغي فى الحكمة تحديدها بالخمس و لم يذكر فى الخلاف و لا التذكرة قولاً للعامة فى المسألة و قد عرفت أن الشهيد روى القول الأول بالضعف و لعله لعدم اتساق متن خبره و قوة أدلة السبع فى نظره و قد قال فى (جامع المقاصد) و قد ينزل خبر البقباق على ما إذا لم تدع الحاجة إلى أزيد من الخمس إن لم يلزم من ذلك إحداث قول ثالث فإن لزم فالعمل على السبع و قد مال إليه الشهيد الثانى فجعل الطريق للأملاك الخمس و للقوافل السبع جمعاً بين الأخبار و زاد فقال و قد يفرض احتياج بعضها إلى أزيد من السبع كالطريق الذى يمر عليه الحاج بالكنايس و نحوها فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة إلى الزائد على المقدار أما النقصان عنه فلا و نفى عنه البعد فى الكفاية و مال إليه صاحب المفاتيح (و فيه) أنه إذا لم تدع الحاجة و لم يتشاح فإنه يجوز جعله ابتداءً أنقص من الخمس فى المنحصر و القول الثالث أنما يجيء فيما إذا تشاح و إن لم تدع الحاجة أو دعت الحاجة و إن لم يتشاح فى غير المنحصر إلى الأزيد و هذا إنما يرد به ما فى جامع المقاصد و أما ما فى المسالك ففيه مع ما يلزمه على إطلاقه من إحداث القول الثالث لأنه قد استقر الخلاف على القولين و كأنه مما لا ريب فيه أنه لا شاهد على هذا الجمع هذا و فى (المسالك) لو زادوها على السبع و استطرقت صار الجميع طريقاً فلا يجوز إحداث ما يمنع المارة فى الزائد (قلت) الظاهر الجواز كما هو نص الدروس و فى (الموتق) عن أبى عبد الله عليه السلام قلت له الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء إذا لم يضر بالطريق قال لا و لا يمكن حمله على ما إذا كان سبعا و لا نزول حرمتها باستيغامها

(١) لأنه قال المراد أصالة براءة ذمة المانع للآخر عن الزائد عن تحريم المنع فيجوز له دفعه عنه و هو كما ترى سهو فاحش على أن أصل البراءة أنما يتمسك به فى رفع الوجوب لا فى رفع التحريم و أنما ذلك أصل الإباحة و قال فى بيان الاستدلال بالعمومات إنها دالة على جواز تملك الموات بالإحياء خرج عنها الزائد على السبع فيما لا يحتاج إليه بالإجماع و بقى الباقي و هو أفحش من الأول (منه عفا الله عنه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨

و حريم الشرب مقدار مطرح ترابه و المجاز على طرفيه (١) و لو كان النهر فى ملك الغير فتداعيا الحريم قضى له مع يمينه على إشكال (٢)

و انقطاع المرور عليها لأنه يتوقع عوده نعم لو استطرقت و أدى ذلك إلى الإعراض عنها بالكلية أمكن جواز إحياء الأولى خصوصاً إذا كانت الثانية أخصر و أسهل و لا فرق بين الطريق العام و ما يختص به أهل قرية فى ذلك كله نعم لو انحصر أهل الطريق فانفقوا على اختصاره أو تغييره أمكن الجواز و الوجه المنع لأنه لا ينفك عن مرور غيرهم عليه و لو نادرا كما نص على ذلك كله فى الدروس و لا ينافى ما تقدم لأن هذا مفروض بعد تقريره و استطرقة فتأمل و قد قال أيضاً فى الدروس إنه لو جعل المحيون الطريق أقل من سبع فلإمام إلزامهم بالسبع و الملزوم إنما هو صاحب الإحياء ثانياً و لو تساويا ألزما انتهى و هذا فى الطريق الغير المنحصر فلا تنافى بين كلاميه و لا ينافى المختار و التقييد بالأرض المباحة لتخرج الأملاك المعمورة لأنها متعارضة إذ ليس جعل موضع حريماً لدار أو غيرها أولى من جعله حريماً للآخرى فلكل من الملاك التصرف فى ملكه كيف شاء لأن من الممكن شروعهم فى الإحياء دفعة فلم يكن لأحدهم على الآخر حريم

(قوله) (و حریم الشرب مقدار مطرح ترابه و المجاز على طرفيه)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو معنى ما فى المبسوط و المهذب و جامع الشرائع و قد روى الكلينى فيما رفعه أن حریم النهر حافظه و ما يليهما و وجهه بأنه يحتاج إلى تنقيه ليجرى فيه الماء فيحتاج إلى إخراج ترابه فيحتاج إلى موضع يوضع فيه التراب و يحتاج مالكة إلى المشى على حافظه للانتفاع به و لإصلاحه إما فوق التراب المرفوع أو بدونه على قدر ما يحتاج إليه الحال عادة و الشرب بكسر أوله الخط من الماء و المراد به هنا النهر و القناة و نحوهما مما يجرى فيه الماء

(قوله) (و لو كان النهر فى ملك الغير قضى له مع يمينه على إشكال)

أى قضى لصاحب النهر على إشكال أيضا و تردد عند المصنف فى التذكرة و التحرير و عند المحقق فى الشرائع و الخراسانى فى الكفاية قال فى (الشرائع) قضى له به لأنه يدعى ما يشهد به الظاهر و فيه تردد و مثله ما فى التذكرة من دون تفاوت فينبغى أن تكون عبارة الكتاب كذلك فيكون الضمير فى له فيها راجعا إلى صاحب النهر و قد أرجعه فى جامع المقاصد إلى الغير الذى هو صاحب الملك و بين المعنيين فرق لأنه على ما فسرناها به يكونون مائلين إلى أنه لصاحب النهر و على ما فى جامع المقاصد يكون المصنف فى الكتاب مائلا إلى أنه لصاحب الملك و قد قواه هو و الشهيد فى حواشيه و فى (المسالك) أنه لا يخلو من قوة و (قد احتج عليه) فى المسالك بأن يد مالك الأرض على ملكه الذى من جملته موضع الحریم و هو مانع من إثباته و من ثم لم يثبت الحریم للأملاك المتجاوزة (و احتج) فى جامع المقاصد بأن ثبوت الحریم للنهر موقوف على التقدم فى الإحياء أو المقارنة و كلاهما غير معلوم و احتج أيضا فى جامع المقاصد بأن سبب استحقاق الحریم غير معلوم و لا يد لصاحب النهر إلا على النهر و إنما اليد لصاحب الأرض و هو أقوى من اقتضاء النهر الحریم على بعض الحالات فلا يترك المعلوم بالمحتمل و هو الذى عناه فى المسالك (و استدل عليه) فى الإيضاح و الحواشى بأنه قد تعارض الحق و الملك و الملك أقوى «١» و زاد فى الأول أن الأصل عدم استحقاق حق فى ملك لغير مالكة

(١) و هذا يقضى بأن الحریم غير مملوك (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩

و حریم بئر المعطن أربعون ذراعا (١)

فكلام مالك الملك يوافق الأصل فهو المنكر و قال فى توجيه الوجه الآخر أن الحریم لازم للنهر لا ينفك عنه غالبا و ثبوت الملزوم يستلزم ثبوت اللازم فمالك الأرض يخالف الظاهر قال فالإشكال ينشأ من تفسير المدعى (قلت) إن قلنا بأن الحریم مملوك كانت يد صاحب النهر عليه فيقدم قوله لأن كان ذا يد كما فى الإيضاح و إن قلنا إنه حق فكذلك لتوقف غاية ملكه للنهر على تنقيه ترابه و إخراج و المشى على حافظه فيساوى الملك و تمتع ثبوت اليد لصاحب الأرض على الحریم فى أكثر المحالات و لعله لذلك ميل إليه فى الشرائع و التذكرة و التحرير و هو قوى جدا فتأمل

(قوله) (و حریم بئر المعطن أربعون ذراعا)

عند علمائنا كما فى التذكرة و عليه عمل الأصحاب كما فى التنقيح و هو المشهور كما فى المختلف و التنقيح أيضا و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و الرياض و فى (الشرائع) أنه أشهر و فى (الخلاف) الإجماع على أن حریم البئر أربعون ذراعا فيتناوله إطلاقه و قال فى (الغنية) روى أصحابنا أن حد ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون و ما بين بئر العين إلى بئر العين فى الأرض الصلبة خمس مائة ذراع و فى الرخوة ألف ذراع و على هذا لو أراد غيره حفر بئر إلى

جانب بثره ليسوق «١» منها الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف ولا يجوز له الحفر إلا أن يكون بينهما الحد الذي ذكرناه انتهى و به أى الحكم صرح فى النهاية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة و حكى فى المسالك عن بعضهم جعل حريم البئر ما يحتاج إليه و كأنه مال إليه فيه و فى (المفاتيح) أنه أظهر و نسبه فى الكفاية إلى أبى على و المحكى عنه فى المختلف أنه قال و لو كان بقرّب المكان الذى يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عادية محفورة قبل الإسلام و ماؤها مانع «٢» يمكن شربه بالنزع فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال حريم البئر إذا كانت حفرت فى الجاهلية خمسون ذراعا و إن كانت حفرت فى أول الإسلام فحريمها خمس و عشرون ذراعا و ستسمع ما حكى فى المختلف عنه فى بئر الناضح و ما حكاها فى المسالك عن بعضهم على طوله فإنما «هو ظ» مذهب الشافعى بتمام كلامه و ليس لأحد منا و الباعث على هذا القول الجمع بين الأخبار ففى (الصحيح) أن حريم البئر العادية أربعون ذراعا حولها و فى رواية أخرى خمسون ذراعا إلا أن تكون إلى عطن أو طريق فتكون أقل من ذلك إلى خمس و عشرين ذراعا و ستسمع خبر السكونى و مرسل الفقيه (وفيه) أنه لا- شاهد عليه من نص و لا- أماره على أن الجمع فرع التكافؤ و هو منتف هنا من وجوه و لم يتعرض لهذه البئر فى المقنعة و المبسوط و المهذب و المراسم و الوسيلة لكن فى المبسوط و المهذب ما له نفع تام فى المقام كما ستسمعه (سمعتة خ ل) قريبا و دليل ما عليه الأصحاب الخبر الذى فى طريقه سهل و السكونى فىكون قويا على رأى عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ما بين بئر المعطن إلى بئر الناضح أربعون ذراعا و ما بين بئر الناضح إلى بئر ستون ذراعا و ما بين العين إلى العين خمسمائة ذراع و حكى عن قرب الإسناد أنه روى مثل ذلك إلا أنه زيد فيها و حريم البئر المحدثة خمسة و عشرون ذراعا و قد سمعت ما فى الغنية من نسبة ذلك إلى رواية أصحابنا و أرسل فى الفقيه أنه قضى رسول الله صلى الله عليه و آله أن

(١) ليرق خ ل

(٢) كذا وجد و لعل الصواب سائغ (مصححه) و فى نسخة تابع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠

و الناضح ستون (١) و العين ألف فى الرخوة و خمسمائة فى الصلبة (٢)

البئر حريمها أربعون ذراعا لا يحفر إلى جنبها بئر أخرى لمعطن أو غنم

(قوله) (و الناضح ستون)

عند علمائنا كما فى التذكرة و عليه عمل الأصحاب كما فى التنقيح و قد سمعت ما فى الغنية و هو المشهور كما فى المختلف و الكتب الستة المذكورة و فى (الشرائع) أنه أشهر و به صرح فى النهاية و ما ذكر بعدها و قد سمعت ما فى الخبرين و فى (المبسوط) قد روى أصحابنا أن حد البئر الناضح أربعون ذراعا و روى ستون و روى أن حد القناة ألف ذراع فى الرخوة و فى الحزنه خمس مائة ذراع و قول النبى صلى الله عليه و آله البئر أربعون ذراعا يوافق ما قلناه فإذا حفر بئرا فى موات ملكها فإذا أراد غيره أن يحفر بجنبها بئرا ليسرق «١» ماءها لم يكن له ذلك و منع منه بلا خلاف و نحوه ما فى المهذب من دون تفاوت إلا بقوله و روى ستون فإنه ليس فى المهذب و حكى فى المختلف عن أبى على أنه قال لو كان البلاد مما لا- يسقى الماء فيها إلا بالناضح كان حريم بئر الناضح قدر عمقها من الناضح و قد جاء فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه و آله أن حريم بئر الناضح ستون و قد يحتمل ذلك قدر عمق الآبار فى تلك البلاد التى حكم بذلك فيها ثم قال لا بأس بقول ابن الجنييد و تأويله و قد سمعت ما حكى فى المسالك عن بعضهم و ما فى الكفاية و المفاتيح و عرفت الحال فيه و الحريم لهذه البئر و بئر المعطن من جميع الجوانب كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين و

فائدة الحريم فيهما منع الغير من إحياء ذلك المقدار مطلقا حتى الزرع و الشجر لأن الغرض منه الانتفاع بالبر فيما أعد له و ما يحتاج إليه لكن ظاهر بعض النصوص و الفتاوى أن ذلك إنما هو للمنع من حفر بئر أخرى كما هو الشأن فى العين و الأظهر ما قلناه ثم إن ذلك فى الموات لا فى الأملاك لأن الملاك فى الأملاك مسطون على أموالهم كما يأتى فى كلام المصنف و فرق فى السرائر بين البئر بأن تلك يستقى منها باليد و لا يحتاج إلى الناضح لأنه قل ما يؤخذ منها و هذه يؤخذ منها ماء كثير يحتاج إليه للزرع فيستقى عليها بالناضح

(قوله) (و العين ألف فى الرخوة و خمس مائة فى الصلبة)

يأجمع الفرقه و أخبارهم كما فى الخلاف و عند علمائنا كما فى التذكرة و عليه عمل الأصحاب كما فى التنقيح و حكى عليه إطباق الأصحاب فى جامع المقاصد و نسبه فى المسالك تارة إلى إطلاق الأصحاب و أخرى إلى الأشهر و فى (الشرائع) أيضا أنه أشهر و هو المشهور كما فى المختلف و ما ذكر بعده فيما تقدم و قد سمعت ما فى الغنية و به صرح فى النهاية و ما ذكر بعدها أيضا مع زيادة المبسوط و المهذب (حجّه الأصحاب) بعد الإجماع و الأخبار المرسله فى الخلاف و أن التحديد أضبط و أقوى فى رفع النزاع ما رواه المشايخ الثلاثة عن أبى عبد الله عليه السلام قال يكون بين البئر إذا كانت أرضا صلبة خمسمائة ذراع و إن كانت أرضا رخوة فألف ذراع و عليه ينزل إطلاق ما دل على الفصل بالخمسمائة بأن يقيد بما إذا كانت صلبة و حده الإسكافى بما ينتفى معه الضرر و قد استجوده فى المختلف و استظهره فى المسالك و استقر به فى الكفاية و اعتمده فى المفاتيح جمعا بين ما دل على نفي الضرر و على جواز الإحياء من غير تحديد لضعف أخبار المشهور و لشهادة الصحيح الذى رواه الكلينى عن محمد بن يحيى العطار عن محمد بن الحسين قال كتبت إلى أبى

(١) كذا فى النسخ أعنى بالراء المهملة و كذا فى نسختى فى المبسوط أيضا و تقدم فى الشرح الذى قبل هذا نظير هذه العبارة عن الغنية و فيها هذه الكلمة بالواو و كذا فى نسختى من الغنية و لكن فى نسخة من هذا الكتاب كانت بالراء و الذى أظنه أن الصواب فى العبارتين ليسوق بالواو و الراء تصحيف (محسن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١

و حريم الحائط فى المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم (١) و للدار مطرح ترابها و مصب الميزاب و الثلج و الممر فى صوب الباب (٢) هذا فى الموات

محمد عليه السلام رجل كانت له قناة فى قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى إلى قرية أخرى كم يكون بينهما فى البعد حتى لا يضر بالأخرى فى أرض إذا كانت صلبة أو رخوة فوقع عليه السلام على حسب أن لا تضر إحداها بالأخرى إن شاء الله تعالى و نحوه ما فى التهذيب و الفقيه عن محمد بن على بن محبوب قال كتب رجل إلى الفقيه عليه السلام فى رجل الحديث بأدنى تفاوت فى الألفاظ مضافا إلى ما تضمنه ذيل خبر المشهور مع أنه إنما ورد فى البئر دون القناتين فإن ذيله يشعر بما ذكره أبو على و من وافقه قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى رجل احتفر قناة و أتى لذلك سنة ثم إن رجلا احتفر إلى جانبها قناة فقضى أن يقاس الماء بجوانب البئر ليلة هذه و ليلة هذه فإن كانت الأخيرة أخذت ماء الأولى عورت الأخيرة و إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأولى (وفيه) ما مر من أن أخبار المشهور أقوى من وجوه فكيف يعرض عنها بالكلية و يستند إلى غيرها و إعراض الأصحاب عن الصحيح المروى فى الكافى إلى صدر الضعيف معرضين أيضا عن ذيله فى الفقيه فقط مما يوهن الصحيح و يوجب عدم الالتفات إلى ذيل الضعيف و المراد بالبئر هنا العين بل هى معدودة فى باب المياه من أقسام البئر سلمنا لكن القرينة هنا موجودة على أن الشهرة تجبر الدلالة كما تجبر السند و كأن صاحب التنقيح لم يظفر إلّا بخبر ابن محبوب فطعن فيه بأنه مشتمل على

كتابة رجل مجهول قال و كل من الكتابة و جهالة الراوي موجب للضعف و قد عرفت أن خبر الكليني خال عن جهالة الكاتب و قد تقرر في محله أن جهالته لا تضر بعد نقل الثقة كتابته و التوقيع و فائدة الحريم هذا المنع من إحداث عين أخرى و لا يمنع من سائر الانتفاعات نعم يستثنى لها قدر ما نحتاج إليه للانتفاع بها عرفا بخلاف حريم البئر كما قد عرفت آنفا و قد نص على ذلك كله جماعة من المتأخرين و كله موافق للاعتبار و بعضه يستفاد من الأخبار

(قوله) (و حريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم)

عندنا كما في التذكرة و به صرح في الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح فبعض عبر كالكتاب و بعض عبر بمطرح آلاته من حجر و تراب و غيرهما و من خص التراب نظر إلى أن الحائط يكون منه غالبا و كيف كان فالوجه فيه أن الحاجة تمس إليه عند سقوطه و الحائط اسم مشترك بين الجدار و البستان و كلاهما مراد في كلامهم و ظاهر الدروس أن لا حريم لحائط لأنه لم يذكره و إنما ذكر أن لصاحب الدار أن يمنع من يحفر بقرب حائطه في المباح بئرا أو نهرا يضران بحائطه أو داره

(قوله) (و الدار مطرح ترابها و مصب الميزاب و الثلج و الممر في صوب الباب)

قد صرح في الدروس و جميع ما تقدم بإثبات حريم الدار عدا الشرائع و المسالك و الكفاية و المفاتيح فإن ظاهرها التردد حيث نسب ذلك فيها إلى القليل بل زيد في الثلاثة الأخيرة أن بعضهم منع من إثبات حريم للدور و لم نجد ذلك لأحد من أصحابنا و إنما هو لبعض الشافعية مع أن في المسالك و الكفاية أن القول بأن لها حريما هو المشهور بين الأصحاب بل كثير منهم لم يذكر فيه خلافا لأن ذلك مما تحتاج إليه الدار عادة و وجه القليل إن كان فينا أنه لا دليل على ذلك بل فعل الناس في سائر البلدان يدل على خلاف ذلك إذ يبعد انفاقهم على الإحياء دفعه فإذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢

و لا- حريم في الأملاك لتعارضها و لكل واحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء و لو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف العادة فلا منع (١)

أراد إنسان أن يحيى بجنبها لم يلزمه أن يبعد عن بنائها نعم له منع ما يضر بالحيطان كحفر بئر بقربها (و فيه) أنه لا دلالة في فعل الناس على أنه و غيره قد جزموا فيما يأتي بما استبعده و لا ينبغي لمن أثبت للحائط بأحد معنييه حريما أن يرتاب في ثبوته للدور و حينئذ فيضم إلى حريمها حريم حائطها و يكتفى في صوب الباب بما يمكن فيه التصرف في حوائجه فليس له منع المحيى عن كل الجهة التي في صوب الباب و إن افتقر أى الأول في السلوك إلى ازورار (و قال المحقق الثاني) و الشهيد الثاني و غيرهما ينبغي تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثير عادة كاستدعائه إفراط طول الطريق و نحوه و في التقدير هنا بنصاب الطريق نظر من التسمية و من توهم اختصاص التقدير بالطريق العام و قد تقدم الكلام في ذلك

(قوله) (و لا حريم في الأملاك لتعارضها و لكل واحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء و لو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف العادة فلا منع)

كما في المبسوط و المهذب و الغنية و السرائر و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و نحوه ما في الشرائع و الروضة و المفاتيح و الكفاية و في الأخير أنه المعروف من مذهب الأصحاب و في (المبسوط و الغنية و السرائر) أنه لا خلاف في أنه لا يمنع من جميع ذلك و قيد عدم المنع في التذكرة بما إذا احتاط و أحكم الجدران بحيث يليق بما قصده قال فلو فعل ما يغلب على الظن أنه يؤدي إلى خلل في حيطان جاره فأظهر الوجهين عند الشافعية الجواز كما إذا كان يدق الشيء في داره دقا عنيفا فيزعج منه الحيطان أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه الندوة إلى حيطان جاره ثم قال و الأقوى أن لأرباب الأملاك التصرف في أملاكهم

كيف شاءوا و تردد فى جامع المقاصد فى المنع و فى الضمان إذا فعل و كان يغلب على ظنه ذلك و وقع خلل فى حيطان جاره و قال فى (الكفاية) يشكل جواز ذلك بما إذا تضرر الجار تضررا فاحشا أى كما إذا حفر فى ملكه بالوعة و فسد بها بئر الجار و كما لو أعد حانوتة فى صف العطارين حانوت حداد أو جعل داره مطبخة للآجر أو مدبغة (و نحن نقول) لا معنى للتأمل و الإشكال بعد إطباق الأصحاب عليه تحصيلا و نقلا و الأصل و الخبر المعمول عليه بين المسلمين و هو الناس مسلطون على أموالهم بل هو متواتر و أخبار الإضرار على ضعف بعضها و عدم مكافئتها لهذه الأدلة تحمل على ما إذا كان لا غرض له إلا الإضرار بل فيها كخبر سمرة إيماء إلى ذلك سلمنا لكن التعارض بينها و بين الخبر المشهور تعارض العموم و الخصوص من وجه و الترجيح للخبر المشهور لاعتضاده بالأصل و الإجماع و بأنه قد يستلزم ذلك ضرر على المالك أشد ضرر من ضرر الجار أو مساويا و أقل و الضرر لا يزال بالضرر سلمنا ترجيح أخبار الإضرار لكن يجب العمل بها على عمومها و لا وجه لتخصيصها بما إذا كان فاحشا و تفصيل الكلام فى ذلك أن يقال إن كان غرضه الإضرار بذلك من دون أن يترتب له عليه جلب نفع أو دفع ضرر سواء قل ضرر الجار أو كثر فلا ريب فى أنه يمنع كما دل عليه خبر سمرة بن جندب قولا و فعلا حيث قال صلى الله عليه و آله و سلم إنك رجل مضار و أمر بقلع نخلته ورمى بها إليه و عليه بنوا الضمان فيما إذا أجاج نارا فى ملكه مع ظن الإضرار بجاره زيادة على حاجته أو من دون حاجة (و أما) إذا كان له نفع أو دفع ضرر و على جاره ضرر يسير فإنه جائز قطعاً و عليه بنوا رفع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣

و لو غرس فى أرض أحيائها ما يبرز أغصانه أو عروقه إلى المباح لم يكن لغيره إحياءه و للغارس منعه و إن كان فى مبدإ الغرس (١)

[الرابع أن لا يكون مشعرا للعبادة]

(الرابع) أن لا يكون مشعرا للعبادة كعرفة و منى و جمع (٢) و إن كان يسيرا لا يمنع المتعبدين (٣)

الجدار على سطح الجار و نحوه و أما إذا كان ضرر الجار كثيرا يمكن تحمله عادة فإنه جائز على كراهية شديدة و عليه بنوا كراهية الولاية من قبل الجائر لدفع ضرر يسير يصيبه إن تركها و بعض ما نحن فيه من هذا القبيل (و أما) إذا كان ضرر الجار كثيرا لا يتحمل عادة لنفع يصيبه فإنه لا يجوز له ذلك و عليه بنوا حرمة الاحتكار فى مثل ذلك على المشهور و عليه بنى جماعة كالمصنف فى التحرير و الشهيد فى اللمعة الضمان فيما إذا أجاج نارا بقدر حاجته مع ظنه التعدى إلى الغير (و أما) إذا كان ضرره كثيرا لا يحتمل عادة و ضرر جاره كذلك فإنه يجوز له دفع ضرره و إن تضرر جاره أو أخوه المسلم و عليه بنوا جواز الولاية من قبل الجائر إذا خاف الضرر على نفسه أو ماله الذى يضر بحاله قالوا فإنه يجوز له أن يتولى و يباشر مظالم الظالم جميعا (جميعها خ ل) غير القتل و قالوا إذا خاف على أخيه المسلم ضررا فى نفسه أو عرضه جاز له أن يتولى للجائر و لا كذلك إذا خاف الضرر على ماله و أما إذا خاف على مال نفسه الذى يضر بحاله فإنه يجوز له كما تقدم (و الحاصل) أن أخبار الإضرار نعمل بها فيما بعد إضرار معتدا به عرفا و الحال أنه لا ضرر بذلك على المضر لأن الضرر لا يزال بالضرر (و نقول) إن دفع الضرر عن نفسه الذى يعبد الله سبحانه و يبتغى لها (بها خ ل) رضوانه واجب إن عظم و جائز إن خف

(قوله) (و لو غرس فى أرض أحيائها ما تبرز أغصانه أو عروقه إلى المباح لم يكن لغيره إحياءه و للغارس منعه و إن كان فى مبدإ الغرس)

الغرس) كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح بل قد يظهر من المبسوط و المهذب أنه مما لا خلاف فيه لثبوت الأولوية للغارس بمقتضى العادة و لو كان سريان العروق و بروز الأغصان بعد

حين كما فى الأخبار منها حريم النخل طول سعتها و منها فى رجل له نخلة فى حائط الآخر فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها و إطلاق هذا الخبر و الفتاوى يتناول ما إذا كان المنع فى مبدأ الغرس و به صرح فى الروضة و مثله ما لو باع البستان و استثنى شجرة فإنه يتبعها مدى أغصانها فى الهوى و المدخل إليها و المخرج منها و هو صريح خبر السكونى و به عمل الأصحاب من دون خلاف و ينبغى أن لا يكون المخرج و المدخل إلّا لمصلحتها عملاً بالأصل و مقتضى العرف و استدلالهم على المدخل و المخرج بعد الخبر بأن ذلك مقتضى العرف يقتضى بالتعدى إلى استثناء البيت فى بيع الدار و تمام الكلام فى باب البيع

(قوله) (الرابع أن لا يكون مشعراً للعبادة كعرفة و منى و جمع)

عدم جواز إحياء هذه المواضع كلها أو الكثير منها كأنه من ضروريات الدين و إن لم يذكر ذلك أكثر المتقدمين (قوله) (و إن كان يسيراً لا يمنع المتعبدين)

كما فى التحرير و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و الروضة و هو قضية إطلاق الباقيين من المتأخرين و فى (المسالك و الكفاية) أنه المشهور و اسمه تارة أخرى فى المسالك بأنه الأشهر و لا ترجيح فى التذكرة و المفاتيح (حجّة الكتاب) و ما وافقه أن الشرع دل على اختصاصها موطناً للعبادة فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة كما فى الشرائع و غيرها و هذا التوجيه يقتضى بالمنع من إحياء الكثير منها الذى يؤدى إحياءه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤

[الخامس التحجير]

(الخامس) التحجير (١) و هو بنصب المروز أو التحويط بحائط أو بحفر ساقية محيطة أو إدارة تراب حول الأرض أو أحجار (٢)

إلى الضيق على الناسكين و يحتاج إليه غالباً و أما ما عداه فلا يدل على المنع فيه أصلاً و استدلال فى الدروس بأن فى المنع سد الباب مزاحمة الناسكين و أن حقوق الخلق كافة متعلقة به و لا بأس به مع إضافة الاستناد إلى الأصل و أن المشعريّة صادقة على المجموع المؤلف من الأجزاء و النهى عن الكل ليس من حيث كونه كلاً- بل من حيث اشتماله على المعنى الشائع و هو الاختصاص و هو حاصل فى كل جزء و أن المتبادر من أخبار الباب ما عدا هذه الأماكن الشريفة و لما وجهه فى الشرائع بما عرفت قال لو عمر فيها ما لا يضر و لا- يؤدى إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتعبدون كاليسير لم أمنع منه انتهى و ينبغى تمييزه بأنه ليس بمملوك و لا موقوف و بذلك يفارق المساجد و نحوها مما هو موقوف على مصالح خاصة و فى (حواشى الشهيد) أنه المنقول و نفى عنه البعد فى المسالك و الكفاية مع أنه قال فى الروضة إنه نادر و فى (جامع المقاصد) أنه ضعيف و على هذا القول لو عمد بعض الحاج فوقف به من غير إذنه فقد قيل إنه لا يجوز للنهى عن التصرف فى ملك الغير لأن الفرض أنه يملك و هو مفسد للعبادة التى هى عبارة عن الكون و من ضرورياته المكان و هو خيرة الحواشى و ربما قيل بالجواز جمعاً بين حقى الناسك فى أوقات الوقوف و المالك فى غيرها و ربما فصل بضيق المكان فيجوز و سعته فلا و إثبات الملك مطلقاً يأبى هذين الوجهين و قد ذكرهما الشهيد فى الحواشى نعم يتوجهان إذا قلنا إنه يملك فى غير أوقات النسك أو مع السعة لا مطلقاً و هما كما ترى إلّا أن تقول إنه يملك ملكاً مراعى بعدم الإضرار فيكون التفصيل متوجهاً فتأمل

(قوله) (الخامس التحجير)

مما صرح فيه أن عدم التحجير شرط فى التملك بالإحياء أو أنه مانع منه أو سبب فى الاختصاص المبسوط و المهذب و الوسيلة

بمفهومها و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمة و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح من دون خلاف و لا تأمل و يأتى عند ذكر خلاف ابن نما ظهور دعوى الإجماع من التذكرة و ظاهر الدروس أن عدمه ليس شرطا فى التملك بالإحياء لأنه لم يعده فى الشرائع كما ستسمع و ليس له أى التحجير فى أخبارنا ذكر و لعلمهم أخذوه من فحوى ما دل على الأولوية فى السابق إلى مكان من المسجد أو السوق أو من الخبر النبوى العامى الذى تداوله أصحابنا و استدلوها به من أحيا ميتة فى غير حق مسلم فهى له و لا ريب فى حصول الحق بالتحويط و نصب المروز أو مما رواه سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال من أحاط حائطا على أرض فهى له و لعله إليه استند ابن نما فى أنه يفيد الملك كما يأتى و قد قالوا كما ستسمع أن التحجير أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط و فى (الرياض) أن الظاهر اتفاهم على أصل التحجير و أن جمعا منهم ادعوا الإجماع عليه صريحا و قد نسب قبل ذلك دعواه إلى المسالك و نحن لم نجد التصريح بالإجماع لا- من المسالك و لا- غيرها إلا- المفاتيح نعم هو محصل معلوم و ظاهر التذكرة كما عرفت و فى (مجمع البرهان) كأنه إجماعى

(قوله) (و هو نصب المروز و التحويط بحائط أو بحفر ساقية أو إدارة تراب حول الأرض أو أحجار)

و نحوه ما فى المبسوط قال التحجير أن يؤثر فيها أثرا لم يبلغ به حد الإحياء مثل أن ينصب فيه المروز أو يحوط عليها حائطا و ما أشبه ذلك من آثار الإحياء و اقتصر فى جامع الشرائع على التمثيل بالحائط و فى (الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥

و لا يفيد ملكا فإن الملك يحصل بالإحياء لا بالشروع فيه و التحجير شروع فى الإحياء بل يفيد اختصاصا و أولوية (١)

و الإرشاد) أن التحجير هو أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط و فى (التحرير) أنه يكون بنصب المروز و حفر الخندق و قد اتفقت هذه الكتب الخمسة على تفسير التحجير على اختلافها فيه أو فى التعبير و لم يحلوه إلى العرف و وجه اختلافها فيه أن التحجير إن كان مشروعا فى الإحياء كما صرح به المصنف فى ما يأتى و الجماعة فنصب المروز و القصب و الشوك أمارات على إرادة الإحياء و ليست شروعا فيه فلا ينبغى جعلها منه بل ينبغى الاقتصار على الحائط كما فى جامع الشرائع و نحوه من الخندق و غيره و إن كان المراد الأعم كما هو الظاهر من خلطهم الأمثلة فلا معنى لقولهم إنه شروع فى الإحياء إلا أن يراد بالشروع فى الإحياء ما هو أعم منه و من إرادته و اتفقت أى الكتب الخمسة على عدم تفسير الإحياء و على أن المرجع فيه إلى العرف و العادة و ذلك قد يقضى بأمرين (الأول) أن النص قد ورد بالإحياء و لم يبين فيه فوجب الرجوع فيه إلى العرف (و الثانى) قيام الدليل على تفسير التحجير و لعلمهم أرادوا الإجماع إذ لا نص عندنا على أصل التحجير فضلا عن تفسيره و الظاهر عدم تحقق الإجماع فى الأمثلة لما عرفت و قال فى (جامع المقاصد) إن فى عد التحويط بحائط من التحجير نظرا بل هو إحياء فى نحو الحظيرة (قلت) و به صرح فى المبسوط و غيره كما ستسمع فإن قصدتها بالتحويط فلا بحث و إلّا ففيه نظر و مال فى التذكرة إلى أنه إحياء و إن قصد به السكنى نعم الظاهر تحقق الإجماع على أنه الذى يؤثر أثرا لم يبلغ به حد الإحياء و المروز جمع مرز و هو جمع تراب حوالى الموات فىكون قوله أو إدارة التراب مستدركا و الظاهر أنه أراد به المسناة بضم الميم و هى نحو المرز و ربما كان أزيد ترابا و مثله نصب القصب و الشوك و التحجير فى النهر أن يحفر فيه و لا- يصل إلى منزع الماء و فى المعادن أن يعمل عملا لا يبلغ نيلها كما يأتى و لا معنى لاقتصارهم على ذلك فى هذين و كيف كان فالذى يظهر أن كلامهم فى المقام غير محرر فليتدبر

(قوله) (و لا يفيد ملكا فإن الملك يحصل بالإحياء لا بالشروع و التحجير شروع فى الإحياء بل يفيد اختصاصا و أولوية)

قد صرح فى الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و ما تأخر عنها من غير نقل خلاف بأنه لا يفيد الملك و إنما يفيد الاختصاص إلا ما حكاه المحقق عن شيخه و إلّا ما ستسمعه عن المبسوط و المهذب و السرائر و ظاهر المبسوط ففى (الخلاف) عن كونه أحق به من

غيره و فى (المفاتيح) الإجماع على أنه يفيد الأولوية مطلقا و ظاهر التذكرة الإجماع على أنه لا يفيد ملكا و قال فى (المبسوط) بعد أن فرق بين التحجير و الإحياء و عرف التحجير بما سمعت و أنه بالتحجير يكون أحق و أن إقطاع السلطان بمنزلة التحجير و أنه إن أخرج الإحياء بعد التحجير قال له السلطان إما أن تحييها أو تخلى بينها و بين غيرك ما نصه إذا حجر أرضا و باعها لم يصح بيعها و فى الناس من قال يصح و هو شاذ فأما عندنا لا (فلا خ ل) يصح بيعه لأنه لا يملك رقبه الأرض بالإحياء و إنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى للإمام ما يلزمه عليها و عند المخالف لا يجوز لأنه لا يملك بالتحجير قبل الإحياء فكيف يبيع ما لا يملك انتهى و نحوه ما فى المذهب فى آخر كلامه فى هذا المقام و الظاهر من عبارة المبسوط أن التحجير إحياء و الإحياء عنده مطلقا لا يملك رقبه الأرض و قد حكى هذه العبارة عن المبسوط فى السرائر فى باب أحكام الأرضين و قال هذا يدل لك أرشدك الله أن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦

فإن نقله إلى غيره صار أحق به (١)

التحجير عند المخالف غير الإحياء و أن الإحياء غير التحجير و شيخنا أبو جعفر عنده أن التحجير مثل الإحياء (قلت) يحتمل أن يكون أراد أنه مثله فى الحكم أو الموضوع فتأمل و قد ذكر قبل ذلك فى السرائر عند نقل كلام الشيخ و العامة و التعريض بالقاضى فى المذهب و أنه خبط خبط عشواء حيث عرف الإحياء بتعاريف للعامة ذكرها الشيخ فى المبسوط فظن أنها لنا و قال إن الشيخ إنما أرجعه إلى العرف ما يعطى أيضا عدم الفرق بين الإحياء و التحجير فعدم التعرض لما فى المبسوط و المذهب و السرائر و تعرضهم لكلام ابن نما مع أن ما حكوه عنه من أن التحجير إحياء هو الذى سمعته من كلامهم لعله لعدم الظفر بذلك أو لأن الشيخ لا يقول بملك رقبه الأرض بالإحياء و إنما يملك التصرف بالأولى أن يكون التحجير كذلك لكن هذه العبارة ليست خاصة به بل وافقه عليها جماعة فى الأرض المفتوحة عنوة و ليست على ظاهرها كما بيناه فى باب البيع فالشيخ إن كان قائلا بأن الإحياء يفيد ملكا للأرض كان التحجير عنده كذلك و إن كان يقول إنه إنما يملك تصرفه من غرس و بناء و نحوه ما لم تكن التحجير بكل أقسامه عنده مثل الإحياء إذ ليس فى بعض التحجير تصرف يملك أو يباع فتأمل و قال فى (الدروس) إنه يمكن حمل كلام ابن نما على أرض ليس فيها استيجام و لا ماء غالب و تسقيها الغيوث غالبا فإن ذلك يعد إحياء و خصوصا عند من لا يشترط الحرث و لا الزرع و الغرس لأنهما انتفاع و هو معلول الملك فلا يكون سببا له كالسكنى و الحاكم فى هذا كله العرف لعدم نص الشرع و اللغة على ذلك انتهى و نحوه ما فى الحواشى مثل تلك الأرض بأرض الشام و هذا التأويل جيد بالنسبة إلى كلام ابن نما حيث لم يذكروا كلامه برمته و إلا فإن كان كلامه فى تفسير التحجير ككلام المبسوط و المذهب و السرائر فالتأويل بعيد «١» و الرجوع إلى العرف فيهما لا يقضى بأن الإحياء يفيد الملك دون التحجير إذ للشيخ و أتباعه أن يقولوا إنهما غيران عرفا و إنهما لا يفيدان ملكا أو إنهما معا يفيدان الملك لكن الفارق أن الحجر إذا أخرج خيره السلطان كما عرفت فيما تقدم و يأتى فى جامع المقاصد أن القائل بأن التحجير إحياء لا يقول بأن المرجع فى الإحياء إلى العرف كما يأتى فى التتمة و دليل إفادته الملك قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى الخبر العامى من أحاط حائطا على أرض فهى له أو الإجماع الظاهر من المبسوط على أن الإحياء مثل التحجير حكما أو موضوعا حيث ذكر ذلك فى مقابلة العامة إن قلنا إنه يقول إن الإحياء مملك فليحظ ذلك و ليتأمل فى كلامهم فى المقام فكأنه غير محرر و الذى يقضى به النظر و ملاحظة العرف أنه إذا كان العرف يحكم بالإحياء فيما تسقيها الغيوث غالبا بمجرد وضع المرز عليها أو القصب أو الشوك فبالأولى أن يكفى عرفا فى غيرها مما يراد زرعه سوق الماء إليه إن لم يكن فيه شجر يحتاج إلى عضد و إلا فلا بد معه من عضد الشجر بل قد نقول إن العرف يحكم بالإحياء بكل ما فيه تأثير و شروع فى الإحياء فكفى عضد الشجر وحده و سوق الماء وحده و إن احتاجت إليهما فى الزرع و كذلك حفر البئر و النهر قبل بلوغ النيل و النهر إن لم يقم إجماع على خلافه نعم التحجير الذى يدل على إرادة الإحياء كوضع القصب أو الشوك فى مثل الأرض التى تحتاج إلى عضد الشجر أو سوق الماء أو قطعه لا يعد إحياء عرفا فليحظ ذلك

و يأتى فى آخر الباب تمام الكلام
 (قوله) (فإن نقله إلى غيره صار أحق به)

(١) و لك أن تقول إنه جار فى كلام المبسوط و ما وافقه و إن فسر التحجير بما تقدم (منه قدس سره)
 مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧

و كذا لو مات فوارثه أحق به (١) فإن باعه لم يصح بيعه على إشكال (٢) و يملك به التصرف (٣) و له منع من يروم إحياءه (٤) فإن قهره فأحيائها لم يملك (٥) ثم المحجر إن أهمل العمارة أجبره الإمام على الإحياء أو التخليه عنها (٦) فإن امتنع

قال فى (جامع المقاصد) إنما يكون ذلك بالصلح و الهبة و كذا الحكم فى كل ما يفيد أولوية و اختصاصا و هو منقوض بالشفعة و الخيار فالإقتصار على الصلح كما فى الدروس و الحواشى و الروضة أصح
 (قوله) (و كذا لو مات فوارثه أحق به)

كأنه مما لا ريب فيه كسائر الحقوق
 (قوله) (فإن باعه لم يصح بيعه على إشكال)

أصح عدم الصحة كما فى جامع الشرائع و التحرير و الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد و الروضة و التذكرة فى أول كلامه لأنه لم يملك و إنما ملك أن يملك و قد سمعت ما فى المبسوط و المهذب و السرائر و احتمال فى التذكرة الصحة لأن الأرض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الأولوية تبعا للآثار و لأنه حق يقابل بمال فتجوز المعاوضة عليه «١»

(قوله) (و يملك به التصرف)

هذا مما لا ريب فيه أصلا على كل حال و به صرحت عباراتهم و يدل عليه العقل مباشرة و الأصل بمعنييه
 (قوله) (فله منع من يروم إحياءه)

كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و المسالك و الروضة و هو قضيه كلام غيرها كما ستعرف و فى (مجمع البرهان)
 كأنه مما لا خلاف فيه و يدل عليه العقل مباشرة
 (قوله) (فإن قهره و أحياءه لم يملك)

كما فى الوسيلة و الشرائع و الإرشاد و المسالك و المراد أنه قهره قبل الإهمال و قبل مخاطبة السلطان له بشيء بقرينه ما سياتى و لعله ينطبق عليه ما فى المبسوط و المهذب و التذكرة فإن بادر غيره قبل أن يخرجها السلطان من يده فأحيائها لم يملك و ما فى التحرير و الدروس فإن اعتذر بشاغل أمهل مدة يزول فيها و لو أحيائها آخر فى مدة الإهمال لم يملك و يملك بعدها و هو ظاهر كل من جعل عدمه شرطا و الوجه فيه أن عدم التحجير شرط فى التملك بالإحياء و سبب فى الاختصاص و يجيء على جعله فى الدروس الشرط وجود ما يخرجها عن الموات أنه يملك لو قهره لأن عده التحجير ليس شرطا عنده و كأنه يفرق بين الإحياء فى مدة إهمال الحاكم فلا يملك و بين قهره فى غيرها فيملك لما سمعته الآن من كلامه فتأمل و اختار فى جامع الشرائع أنه يملك و يكون قد أساء (قلت) فيكون عنده كالدخل فى سوم غيره إذا اشترى و لا ترجيح فى التذكرة فى موضع آخر و هو ما إذا كان للمحجر عذر فى التأخير لأنه نقل ثلاثة أقوال للعامه يملك و لا يملك و التفصيل بما إذا انضم إلى المحجر إقطاع السلطان فلا يملك و لا (أو لا خ ل) ينضم فيملك حجة الجماعة قوله صلى الله عليه و آله من أحياء ميتة فى غير حق مسلم فهى له

(قوله) (ثم المحجر إن أهمل العمارة أجبره الإمام على الإحياء و التخليه عنها)

كما فى المبسوط و المهذب و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و المسالك و الروضة و مجمع البرهان لأن

تعطيلها قبيح لأن عمارتها منفعه لدار الإسلام فإن ذكر عذرا فى التأخير أمهله السلطان بمقدار العذر فإن طلب التأخير من غير عذر أمهله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه السلطان كما صرح بذلك جماعة من هؤلاء وهذا إذا بقيت آثار التحجير وإلا عادت مواتا كما كانت كما فى التذكرة و جامع المقاصد و لافرق بين السلطان وغيره من حكام الشرع كما صرح به جماعة (قوله) (فإن امتنع أخرجها

(١) و فى الحواشى أنه تجوز الصلاة فيه بغير إذن المحجر قلت لو كان مملوكا لكان كذلك (منه عفى عنه) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨
أخرجها السلطان من يده (١) فإن بادر إليها من أحيائها لم يصح ما لم يرفع الإمام يده أو يأذن فى الإحياء (٢)

[السادس إقطاع الإمام]

□ (السادس) إقطاع الإمام (٣) و هو متبع فى الموات فلا- يجوز إحياءه و إن كان مواتا خاليا من التحجير (٤) كما أقطع النبى صلى الله عليه و آله بلال بن الحارث العقيق فلما ولى عمر قال له ما أقطعته لتحجبه فأقطعته الناس و أقطع أرضا بحضرموت و أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوته (٥)

السلطان من يده)

كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و هو قضية كلام الباقيين و لو لم يرفع أمرها إلى السلطان و لا خاطبه بشيء و طالت المدة فقد قال فى التذكرة قيل تبطل حذرا من التعطيل و قيل لا تبطل ما لم يرفع الأمر إلى السلطان و يطالبه بالترك و لعل ذلك إذا بقيت الآثار لما تقدم

(قوله) (فلو بادر إليها من أحيائها لم يصح ما لم يرفع الإمام يده أو يأذن فى الإحياء)

يريد أنه لو بادر إليها من أحيائها بعد إهماله لها و مخاطبة الإمام له بأحد الأمرين و قبل رفعه يده عنها و قبل إذنه للناس فى عمارتها لم يصح إحياءه و لا يملك به كما لو أحيائها قبل طلب الإمام منه أحد الأمرين و به يفرق بينه و بين ما تقدم و كأن الطريق فى المسألتين متحد إلما على ما احتملناه من كلام الدروس آنفا و بما فى الكتاب صرح فى الشرائع و المسالك و قد سمعت ما فى المبسوط و المهذب و التذكرة و ما فى التحرير و الدروس و الوجه فى ذلك هو ما تقدم من أنه أحياء ما هو باق فى حق غيره هذا و قد قال فى (الحواشى) فائدة قال ضياء الدين إذا استولى على شجرة مباحة لا يملكها إلّا بقطعها و بدونه يكون أولى ما دام مستوليا عليها فإن فارقها كان لغيره قطعها و قال فى (الدروس) لو نصب بيت شعر أو خيمة أو خشبة فليس إحياء بل يفيد أولوية (قلت) قد يتأمل فى ذلك إذا عضد الشجر و تسمدت الأرض

(قوله) (السادس إقطاع الإمام)

قد صرح بأن عدمه شرط أو أنه سبب فى الاختصاص أو أنه مانع فى المبسوط و المهذب و الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و فى (المبسوط) أنه لا خلاف فى جواز ذلك للسلطان

(قوله) (و هو متبع فى الموات فلا يجوز إحياءه و إن كان مواتا خاليا من التحجير)

لأن الموات ملك الإمام عليه السلام فيجوز له أن يفعل به ما يشاء من إقطاع و نحوه فإذا أقطعته و جب اتباع إقطاعه بمعنى أن المقطع

يصير أولى من غيره في الإحياء كما يصير المحجر أولى من غيره فيما يحجره و لا- يزاحمه الغير و لا- يصح رفع هذا الاختصاص بالإحياء و الإقطاع وحده كاف في حصول الأولوية و الاختصاص و إن لم يحصل تحجير

(قوله) (كما أقطع النبي صلى الله عليه و آله و سلم بلال بن الحارث العتيق فلما ولي عمر قال ما أقطعته لتحجبه فأقطعته الناس و أقطع أرضا بحضرموت و أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه)

العتيق واد بظاهر المدينة و الحضر بالحاء المهملة المضمومة و الضاد المعجمة و هو عدوه و إنما رمى بسوطه طلبا للزيادة و في الحديث أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال أقطعوا الزبير من (عن خ ل) سوطه و قال في (التذكرة) قد أقطع النبي صلى الله عليه و آله و سلم وائل بن حجر أرضا بحضرموت و قال في (القاموس) حضرموت بضم الميم بلد يقال هذا حضرموت أى فتبنى الأول على الفتح و تعرب الثاني إعراب ما لا ينصرف و إن شئت أضفت الأول إلى الثاني فقلت هذا حضرموت أعربت حضرا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩

و هو يفيد الاختصاص (١) و ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه كالمعادن الظاهرة على إشكال (٢)

□

و خفضت موتا و هو واد دون اليمن أرسل الله فيه سيلا على أناس من أهل الفيل أفلتوا من طير أبابيل فهلكوا فسمى حضرموت حين ماتوا فيه و فيه بئر يقال لها بئر برهوت تردها هام الكفار

(قوله) (و هو يفيد الاختصاص)

كما هو صريح الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قضية كلام الباين و قال في (المبسوط) صار أحق به بلا خلاف أى بين المسلمين ثم إن قام بعمارتها و إلّا فكما سبق في التحجير

(قوله) (و ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه كالمعادن الظاهرة على إشكال)

و على تردد كما في الشرائع و قال في (الإيضاح) منشأ الإشكال من وجوه (الأول) اختلاف الأصحاب هنا فقال بعضهم إنها مملوكة للإمام عليه السلام و هو اختيار المفيد و سلار فإذا كانت له فله أن يقطعها و قال آخرون المسلمون فيها مشتركون و لا يجوز منع بعضهم عن حقه و قال ابن إدريس المعادن التي في ملكه له فله إقطاعها و غيرها لا «فلا خ ل» (الثاني) قوله تعالى خَلَقَ لَكُمْ أَضَافَ الكَلِّ إِلَى الكَلِّ بالاستحقاق فالأصل في المباحات الاشتراك إلّا أن يقوم نص و ليس هنا و من أن الاستحقاق بحسب المصلحة و الاحتياج فهو منوط بنظر الإمام عليه السلام فجاز له التخصيص و اقتصر على الوجه الثاني من الإيضاح في جامع المقاصد و المسالك كما اقتصر الشهيد في الحواشي على الوجه الأول و عليه بنى المصنف عدم جواز إحيائها و تحجيرها و إقطاعها فيما يأتي قال في (الحواشي) منشؤه هل هي للإمام أم لا فعلى الأول له الإقطاع و على الثاني هل هي بحكم الموات أو لا فإن قلنا بالأول كانت له أيضا و إلّا فلا و كيف كان فقد قوى الجواز المصنف في التذكرة فيما يأتي «١» إذا لم يتضرر بها المسلمون و الشهيد في الحواشي و اختير عدمه له في المبسوط و المهذب و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الكتاب فيما يأتي و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو ظاهر الوسيلة و الإرشاد بل قد يظهر أو يلوح من المبسوط و السرائر نفى الخلاف عن ذلك فإن فيهما ليس للسلطان أن يقطع مشاريع الماء بلا خلاف و كذلك المعادن الظاهرة و قد صرح بأن الناس فيها شرع في المبسوط و المهذب و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و اللمعة في موضعين منها و جامع المقاصد و المسالك و الكتاب فيما يأتي و هو ظاهر الشرائع و التذكرة و نفى عنه البعد في الكفاية و في (الدروس) نسبته إلى المتأخرين و في (جامع المقاصد) أنه المشهور بين المتأخرين و في (الكفاية) أنه المشهور و في (المسالك و الكفاية و المفاتيح) أنه مذهب الأكثر و لعل مستندهم عموم خلق لكم ما في الأرض جميعا و أن فيه زيادة مشقة بالتوقف في الأخذ منها على إذنه عليه السلام إذا كان ظاهرا و أنه لا دليل على الاختصاص و في (التحرير) المعادن التي في ملكه له و غيرها للمسلمين و قد استحسنته في خمس الروضة و هو الذي حكاه في الإيضاح عن السرائر و الذي وجدنا

فيها هو ما سمعته و حكى في

(١) لعل صواب العبارة هكذا. فقد قوى المصنف الجواز فيما يأتي و في التذكرة. فإن الذي حضرنا الآن نسختان هي في أحدهما هكذا. فقد قوى الحوائط المصنف في التذكرة فيما يأتي. و في الأخرى هكذا. فقد قوى الجواز المصنف في التذكرة فيما يأتي. و كلاهما خطأ (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠

و في حكم الإقطاع الحمى و هو منع الإمام الناس عن رعى كلاء ما حماه في الأرض المباحة ليختص به دونهم (١)

في الكفاية اختصاصها بالإمام عن الشيخين و لم نجد ذلك في النهاية و قد سمعت ما في المبسوط نعم هو خيرة المقنعة و المراسم و قال في (الكفاية) إنه قول الكليني و شيخه على بن إبراهيم (قال) و قال المحقق في المعتبر بعد نقل ذلك عن الشيخين فإن كانا يريدان ما يكون في الأرض المختصة به أمكن أما ما يكون في أرض لا تختص بالإمام عليه السلام فالوجه أنها لا تختص به لأنها أموال مباحة تستحق بالسبق إليها و الإخراج لها و الشيخان يطالبان بدليل ما أطلقاه (قلت) و نحن نطالبه بدليل ما فصله مائلا إليه إذ لا يلزم من اختصاصه بالأرض اختصاصه بما فيها و قال في (جامع المقاصد) و زعم بعض المتأخرين أن المعادن التي في ملكه لا خلاف في أنها له قال و ليس كما زعم (قلت) و هو كذلك و قال في (الدروس) قال بعض علمائنا تختص المعادن بالإمام عليه السلام سواء كانت ظاهرة أو باطنة فتوقف الإصابة منها على إذنه في حضوره لا مع غيبته و قيل باختصاصه في الأرض المملوكة له و الأول يوافق فتوهم بأن موات الأرض للإمام فإنه يلزم من ملكها ملك ما فيها و المتأخرون على أن المعادن للناس شرع إما لأصالة الإباحة و إما لطعنهم في أن الموات للإمام و إما لاعترافهم به و تخصيص المعادن بالخروج عن ملكه و الكل ضعيف انتهى و لعل مستند الشيخين و سلازم ما رواه على بن إبراهيم في تفسيره عن إسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال فقال هي القرى التي خربت إلى أن قال و المعادن منها (و قد يقال) لا- يتصور الإقطاع في المعادن الظاهرة و إن قلنا إنها له عليه السلام لأن الإقطاع إذا كان بمنزلة التحجير و لا- يتصور الإحياء فيها فلا يتصور التحجير و هو الظاهر من الدروس (و عساك تقول) إن الإقطاع قد يتصور في المجالس المتسعة عند جماعة فلم لا- يمكن هنا (لأننا نقول) الإقطاع فيها للارتفاق في الجلوس و ذلك لا يتصور في المعادن إذ لا يراد منها إلا التملك فينتفى

(قوله) (و في حكم الإقطاع الحمى و هو منع الإمام الناس عن رعى كلاء ما حماه في الأرض المباحة ليختص به دونهم)

قد جعل في التذكرة و التحرير و الدروس عدم الحمى شرطا في الإحياء المملك و مثله جعله في حكم الإقطاع و من ذكره مستقلا و بين أحكامه أفاد كلامه ذلك و قد عرفه المصنف بما سمعت و بمعناه ما في التذكرة هو أن يحمي بقعة من الموات لمواش بعينها و يمنع سائر الناس من الرعى فيها و كلاهما غير المعنى اللغوي و العرفي و إنما أراد بهما بيان المراد منه في كلام الفقهاء و التعريف الموافق للغة و العرف ما في المبسوط قال و هو أن يحمي قطعة من الأرض للمواشى ترعى فيها و قد روى أصحابنا و العامة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لا- حمى إلا لله و لرسوله و الظاهر أن الخبر عامي لأنه ليس موجودا في الجوامع العظام من كتبنا و لكنهم أخذوه مسلما و في (التذكرة) و غيرها أنه صلى الله عليه و آله و سلم قصد منع العامة من الحمى و ذلك لأن العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا مخصبا وافي بكلب على جبل أو على نشز إن لم يكن به جبل ثم استعوى الكلب و وقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه و يرعى مع العامة فيما سواه فهي رسول الله صلى الله عليه و آله عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس و قد نبه المصنف بقوله و هو منع الإمام على خلاف الشافعي حيث منع على غير النبي صلى الله عليه و آله و سلم الحمى لنفسه و اختلف كلامه على قولين إذا حمى للمسلمين لأن الأئمة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١

كما حمى النبي صلى الله عليه وآله النقيع (١) وللإمام أن يحمى لنفسه (٢) و لنعم الصدقة و الضوال (٣) و ليس لغيره ذلك (٤) و لا يجوز نقض ما حماه الإمام و لا تغييره (٥)

صلوات الله عليهم بمنزلة النبي صلى الله عليه وآله و سلم عندنا و هو من ضروريات مذهبنا و نحوه ما فى السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و التحرير و الدروس حيث قيل فيها و لإمام الأصل ذلك عندنا و كيف كان فمشروعية الحمى ثابتة بإجماع المسلمين و ستسمع إجماعهم على بعض الخصوصيات
(قوله) (كما حمى النبي صلى الله عليه وآله و سلم النقيع)

كما ذكر ذلك الخاصة و العامة و قد روى فى الكافى و التهذيب بسند ضعيف بجماعة عن أبى الحسن عليه السلام قال سألته عن بيع الكلاء و المرعى فقال لا بأس قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم النقيع لخيلى المسلمين و هذا الخبر يستشتم منه رائحة التقية لأن الجواب غير مطابق للسؤال و النقيع بالنون موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء و منه أول جمعة جمعت فى الإسلام فى المدينة فى نقيع الخضعات بالمعجمتين و فى (الحواشى) أنه بكسر النون
(قوله) (و للإمام أن يحمى لنفسه)

لأن الموات ملك له و من ملك أرضاً فله حمايتها بلا خلاف كما فى الخلاف و الغنية و قد روى العامة أن النبي صلى الله عليه وآله و سلم قال لا حمى إلا لله و لرسوله و لأئمة المسلمين و فى (المبسوط) أن للنبي صلى الله عليه وآله و سلم أن يحمى لنفسه و لعامة المسلمين بلا خلاف و فى (التذكرة) لكنه لم يحمى لنفسه و إنما حمى النقيع لإبل الصدقة و نعم الجزية و خيل المجاهدين و غرض المصنف هنا بيان أن الإمام كالنبي صلى الله عليه وآله و سلم و أن له و للنبي صلى الله عليه وآله و سلم أن يحمى لنفسه و لغيره و مما ذكر فيه أنه له أن يحمى لنفسه المبسوط و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التحرير لكن فى المبسوط و السرائر عند بيان ما يحمى له لم يذكر الحمى لنفسه و إنما ذكر الأربعة الآتية و لم يذكره فى الوسيلة أصلاً و ظاهره الحصر فى الأربعة و لعله لأنه لم يفعل صلى الله عليه وآله و سلم إلا فالمعصوم قوله و فعله حجة على أنه مالك و للمالك أن يفعل فى ملكه ما يشاء
(قوله) (و لنعم الصدقة و الضوال)

و الخيل المعدة لسبيل الله و نعم الجزية كما فى المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و غيرها و زاد فى التذكرة مواشى الضعفاء
(قوله) (و ليس لغيره ذلك)

ليس لغير النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام و هو المراد من العبارة من آحاد الناس أن يحمى لنفسه و لعامة المسلمين بلا خلاف كما فى المبسوط و إجماعاً كما فى التحرير و لا يجوز لغيرهما الحمى إجماعاً كما فى المسالك و هو كذلك لأن عبارات من تعرض له قد طفت بذلك و هو من العامة إجماع كما فى التذكرة و إن خالف الشافعى فى أحد قوليه لأن عمر بن الخطاب قد حمى موضعاً و لى عليه هنى و أمره أن يدخل رب الصريمة و رب الغنيمه و نهاه أن يدخل فيه نعم ابن عفان و ابن عوف و هل لولاته فى النواحي فيه و جهان عند العامة و الوجه المنع إلا بإذنه كما فى التذكرة و منه يعلم حال الفقهاء فى زمن الغنية و لم يذكر المصنف قدر المحمى و قد قدر فى المبسوط و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير بما لا يعود بضرر على المسلمين و لا يضيق مراعيهم و لعل من ترك تركه لظهور أن المعصوم لا يحمى إلا الأقل الذى لا يبين ضرره على المسلمين
(قوله) (و لا يجوز نقض ما حماه الإمام و لا تغييره)

أى اعتباطاً من دون إذن منه و لا زوال مصلحة و هو مما لا ريب فيه و إنما الخلاف فيما إذا زالت المصلحة كما يأتى لكنه قال فى

المبسوط و الخلاف فأما ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه و حله لأن مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢
و من أحيا منه شيئا لم يملكه ما دام الحمى مستمرا (١) فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالواجب جواز الإحياء (٢)

فعله حجة يجب اتباعه فيه و ما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره و إن غيره هو أو من بعده من الأئمة أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميت فأحياه فإنه يملكه و لعله إليه أشار المحقق في الشرائع بقوله و قيل ما يحميه النبي خاصة لا يجوز نقضه لأن حماه كالنص انتهى و على رده نبه في الدروس بقوله و لا فرق بين ما حماه النبي صلى الله عليه وآله و الإمام لأن حماهما نص إذ لا يحكم الإمام بالاجتهاد عندنا و النقض هو الإبطال من رأس و التغيير قد يكون للبعض و قد يكون لكل (قوله) (و من أحيا شيئا منه لم يملكه ما دام الحمى مستمرا)

كما هو صريح جماعة و قضية كلام الباقيين و هو مما لا ريب فيه أيضا عندنا و عند العامة (قوله) (فإن كان لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء)

و جواز نقضه كما جزم به في الشرائع و التذكرة و التحرير و الحواشي و المسالك و في (الدروس) أنه أقرب و في (جامع المقاصد) أن القول بالعدم ضعيف و لا ترجيح في الإيضاح و في (المسالك) أنه في حمى الإمام موضع وفاق و في حمى النبي صلى الله عليه وآله وجهان أحدهما أنه كذلك للاشتراك في المقتضى و الآخر المنع مطلقا لأن حماه إنما كان لمصلحة مقطوعة فكان كالنص لا يجوز تغييره انتهى و قد سمعت ما في المبسوط من أن ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله و سلم خاصة لا يجوز نقضه و ما في الشرائع من نسبه إلى القليل و هذا القول لم نجده لأحد من طائفتنا غير الشيخ في ظاهر المبسوط و إنما هو قول للعامة قالوا لأنه نص فلا ينقض بحال و منهم من قال إن بقيت الحاجة لم يغير و إن زالت فوجهان أحدهما و به قال أبو حنيفة الجواز لزوال العلة و أظهرهما عند الشافعي عدم لأن التغيير إنما يكون بالاجتهاد و نحن نقطع أن ما فعله مصلحة فلا يرفع القطع بالظن و يبقى الكلام في هذا الذي يجوز له الإحياء و النقض و التغيير فقد فرض في الدروس و جامع المقاصد و ظاهر التحرير في غير الوالي من آحاد الناس و قد فرضه في التذكرة في نفسه تارة بمعنى أن الإمام ينقض ما حماه إذا زالت المصلحة و هو الذي ذكره في المسالك أولا و تارة في الإمام الثاني و أخرى في آحاد الناس و هو الذي ذكره في المسالك أخيرا و في احتياج خروجه عن الحمى حيث يكون المحيي آحاد الناس إلى حكم الحاكم نظر من تبعية المسبب لأنه شرع لمصلحة و علة خاصة فإذا زالت العلة زال المعلول فيرجع إلى أصله من الإباحة و من أن التغيير إنما يكون بالاجتهاد و لا يجوز تغيير ما فعله الإمام عليه السلام بالاجتهاد و هو كما ترى يمنع ذلك على الحاكم أيضا و أن المحمي لا يثبت بمجرد المصلحة بل يحكم الإمام فلا يزول إلّا به لامتناع مناطية الأحكام بالمصالح بل بالوصف و هو كما ترى أيضا و أنه قد تعين لتلك الجهة كالمسجد و المقبرة فلا يتغير إلّا بالنص و لا ترجيح في الدروس و الإيضاح و ربما قيل إنما يجوز الإحياء بإذن الإمام و إذا أذن زال فلا حاصل لهذا الفرع (و أجيب) بأنه نفرض أنه أذن عليه السلام مطلقا فيكون شمول الإطلاق لهذا الفرد فرع زوال الحمى و عدمه فرع عدمه و هل للإمام الثاني إزالة ما حماه السابق لمصلحة زائدة مع بقاء مصلحة المحمي لها وجهان من أنها إنما تعينت لجهة مستحقة فهي كالمسجد و من زوال الملك في المسجد بخلاف الحمى فإنه تابع للمصلحة و قد يكون غيرها أصلح منها (قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣

[الفصل الثاني المنافع]

(الفصل الثاني المنافع) و هي الطرق و المساجد و الوقوف المطلقة كالمدارس و الربط و المشاهد (١) و فائدة الطرق الاستطراق و

الجلوس غير المضر بالماراة (٢) فإذا قام بطل حقه و إن كان بنية العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق إلى مكانه (٣)

الفصل الثانى المنافع (و هى الطرق و المساجد و الوقوف المطلقة كالمدارس و الربط و المشاهد)

قال فى التذكرة كل رقبه أرض فإما أن تكون مملوكة و منافعها تتبع الرقبه فلما لكها الانتفاع بها دون غيره إلاً بإذنه بالإجماع و إما أن لا تكون مملوكة فإما أن تكون محبوسه على الحقوق العامه كالشوارع و المساجد و الربط أو تكون منفكه عن الحقوق الخاصه و العامه و هى الموات

(قوله) (و فائدة الطرق الاستطراق و الجلوس غير المضر بالماراة)

فائدة الطرق و المراد منها المنافع الأصلية المقصوده منها الاستطراق و التردد فيها بالذهاب و العود كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و غيرها و المقصود الآخر منه بالأخره الوقوف لأنه من مرافق التردد لأن الماشى قد يحتاج إلى الوقوف لكلام أو انتظار رفيق فهو من موضوعات الطريق و عليه بنوا ضمان الواقف على الماشى فيما إذا تعثر بواقف غير مضر بالماراة و ماتا و قالوا إن دم الماشى هدر لأنه باشر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف مستندين إلى ما ذكر من أن الوقوف من موضوعات الطريق لأن الماشى قد يحتاج إلى الوقوف و قالوا فيما إذا تعثر الماشى بالقاعد الغير المضر بالماراة إن ضمان الماشى على القاعد لأنه بجلوسه مفطر لوضع الطريق للمشى و قالوا إنه لو تلف القاعد أو شىء منه كان الضمان على العاثر أو إنه هدر فليس الجلوس عندهم فى باب الديات من موضوعات الطريق و لذلك قيل فى الإرشاد و غيره لا يجوز إلاً الاستطراق إلاً بما لا يفوت معه منفعتة فلو جلس غير مضر إلى آخره و يجوز الجلوس إذا لم يضر بالماراة إلى غير ذلك

(قوله) (و الجلوس غير المضر بالماراة فإن قام بطل حقه و إن كان بنية العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق إلى مكانه)

أما جواز الجلوس الغير الضار فلاجماع الناس عليه فى جميع الأمصار كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و الكفاية و نحوه ما فى المبسوط و ستسمع كلامه و قضيه إطلاق الإجماعات و الفتاوى كما هو صريح جماعة أنه لا فرق فى الجلوس بين كونه للاستراحة أو للمعاملة أو لغيرهما و لا- يتقدر إلاً بعدم الإضرار و التضيق على المارة سواء أذن الإمام أم لا بل هذا كله منصوص عليه فى معقد إجماع التذكرة (و قضيه) ذلك أيضاً أن الحكم ثابت للمسلمين و لأهل الذمه و قد نص عليه فى التذكرة و جامع المقاصد و الروضه و الكفاية و لا تصغ إلى ما فى المفاتيح من قوله قيل لا يجوز الانتفاع فى الطريق بغير الاستطراق إلاً ما لا يضر به كالوقوف و الجلوس للاستراحة و المعاملة و نحوه ما إذا لم يتضيق على المارة إلى أن قال (وقيل) بالمنع من ذلك مطلقاً و الأول أشهر انتهى لأن هذا القول لم نجده لأحد من الخاصه و العامه و أما أنه إن قام بطل حقه و إن كان بنية العود إذا لم يكن له فيه رحل فقد توافقت عليه فتوى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعه و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و مجمع البرهان و الكفاية و اختير فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و كذا الكفاية و الكتاب فيما يأتى بقاء حقه مع بقاء رحله و يأتى بيان وجهه و لا ترجيح فى المسالك و المفاتيح و كذا جامع المقاصد و أطلق فى الكتب الباقية بطلان حقه بحيث يتناول صورته بقاء رحله بل فى بعضها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤

و لو جلس للبيع و الشراء فى الأماكن المتسعه فالأقرب الجواز (١) للعادة

التصريح بذلك لاختصاص ذلك بالمسجد و حكى الشهيد عن المصنف فى التحرير فى كتاب الصلاة أنه لا تحصل الأولوية بالرحل فى المسجد و لم نجده فى التحرير و قد جمع أى الشهيد بين الكلامين بحمل الأول على تقدم رحله عليه من غير استقرار عليه و كلامه هنا على الاستقرار ثم الخروج بعد ذلك و الأولى حملة على ما إذا بعث رحله و لم يأت هو لأن من وصل إلى مكان فهو أحق و قال

فى (التذكرة) لو قام عنه بنية العود إليه فى ذلك النهار و كان له فيه بساط أو متاع أو شبهه لم يكن لأحد إزالته و كان صاحب البساط و المتاع أولى إلى الليل لقول الصادق عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام) سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل و كان لا يأخذ على بيوت السوق كرى قال فى (جامع المقاصد) أراد أى فى التذكرة توجيه الرواية بأن هذا لا يثبت فى غير السوق المباح و ما جرى مجراه من الأسواق المرفوعة و المأذون فيها عاما و ظاهر الرواية الاستحقاق مطلقا من غير تقييد ببقاء متاع بعد المفارقة و عدمه بل ليس للمفارقة فيها ذكر و الذى يفهم من مفهوم كلام التذكرة أن بقاء المتاع فى الليل لا يفيد أولوية و هو مشكل خصوصا إذا جلس فى الليل للبيع و الشراء و الظاهر أن الخبر دليل القول ببقاء حقه مع بقاء رحله و بيانه أنه قد جعل فيه السوق بمنزلة المسجد و الطريق على هذا الوجه بمنزلة السوق و قد ثبت حكم الرحل فى المسجد فيكون هنا كذلك ثم إن قضية الإطلاقات من الطرفين أنه لا فرق بين قيامه بنية العود قبل استيفاء غرضه أو بعده فالقائل ببقاء حقه مع بقاء رحله لا يفرق بين أن يكون قد استوفى غرضه أم لا و كذلك القائل بعدم بقاء حقه لعدم رحله أو مطلقا لا يفرق كذلك و قد صرح المصنف هنا بعدم بقاء حقه بقيامه بنية العود و إن كان قبل استيفاء غرضه و إنه لو سبقه أحد حينئذ إلى ذلك المكان ليس له دفعه عنه و هو خيرة التحرير و ظاهر الشرائع حيث قال فيها و قيل كان أحق بمكانه إذ فى نسبه إلى القيل ساكتا عليه إشعار بضعفه لثبوت الاشتراك فى الجملة و زوال ما يقتضى بقاء الأولوية مع الشك فى كون غيره موجبا للاستحقاق و كأنه قال به أى بطلان حقه أو مال إليه فى المسالك و لا ترجيح فى الكفاية و قد سمعت ما فى التذكرة و يأتى الكلام فيما إذا فارق لا بنية العود مع بقاء رحله و أن الظاهر سقوط حقه إذ الرحل لا مدخل له فى الاستحقاق بمجردة كما يأتى بيانه فى المسجد و حيث يجوز له التظليل كما فى التذكرة و الدروس و المسالك و الروضة و الكفاية و الكتاب فيما يأتى و فى (المبسوط و التذكرة و الدروس) أنه ليس له بناء دكة و زاد فى الدروس و لا تسقيف قال فى (المبسوط) إذا سبق إلى موضع كان أحق به من غيره لأن بذلك جرت عادة أهل الأمصار يفعلون ذلك و لا ينكره أحد غير أنه لا يجوز أن يبنى دكة و لا ينصب مستندا

(قوله) (و لو جلس للبيع و الشراء فى الأماكن المتسعة فالأقرب الجواز)

و نحوه ما فى الشرائع قال و لو جلس للبيع و الشراء فالوجه المنع إلا- فى المواضع المتسعة كالرحاب نظرا إلى العادة و مثله ما فى التحرير غير أنه قال احتمال المنع مكان قوله فى الشرائع الوجه المنع و نحوه ما فى الإرشاد قال و لو كان أى الجلوس للبيع و الشراء فى الرحاب فكذلك و أنت خبير بأن الرحاب المتسعة التى ليست طريقا لا ريب فى جواز الجلوس فيها للبيع و الشراء كما أن الزائد على النصاب فى الطريق إذا جلس فيه أى الزائد لا- ريب فى جوازه لأنه ليس بطريق فلا معنى لقولهم الأقرب و الوجه و احتمال فلا بد أن يراد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥

فإن قام و رحله باق فهو أحق به (١) فإن رفعه بنية العود فالأقرب بطلان حقه و إن استضر بتفريق معاملته (٢)

بالأماكن و الرحاب فى هذه العبارات ما كانت من الطريق مع عدم الإضرار بالمارة كما صرح بذلك بقية العبارات كعبارة التذكرة و الإيضاح و الدروس و اللمعة و الحواشى و جامع المقاصد و الروضة فيكون المراد بالمتسعة فى العبارة و الشرائع و الرحاب فى عبارة الإرشاد غير الضارة بالمارة و ذلك لانتفاء التضييق فإن الطريق حينئذ متسع للمرور و الجلوس لأن العادة مستمرة بذلك قالوا و ليس للمار تخصيص ممره بموضع جلوسه إذا كان له عنه مندوحة لثبوت الاشتراك على هذا الوجه فوجه احتمال العدم حينئذ هو أنه غير المنفعة المرادة من الطريق و هو ضعيف جدا لأن المحكم فى ذلك العادة و العرف و هو مطرد فى ذلك و المفروض انتفاء الضرر فلا مانع مضافا إلى إجماع التذكرة الذى قد نقل على جواز الجلوس للمعاملة كما سمعته آنفا و قد استند فى الروضة إلى إطباق الناس على الجلوس للبيع و الشراء حيث لا ضرر على المارة فما فى المسالك و الكفاية و كذا المفاتيح من أنهم اختلفوا فى جواز الجلوس

لبيع و الشراء فمنعه بعضهم مطلقا لأنه انتفاع بالبقعة فى غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالوقوفات الخاصة فى غير ما عينت له من الجهة و أن الأشهر كما فى الأول و المشهور كما فى الثانى التفصيل و هو المنع من ذلك فى الطريق المسلوكة الذى لا يؤمن تأذى المارة به غالبا و جوازه فى الرحاب المتسعة فى خلاله بحيث يؤمن تأذى المارة به لا وجه (له ظ) لأن هذا التفصيل على هذا النحو ما ألم به أحد فضلا عن أن يكون مشهورا كما تقدم بيانه و الذى أوقعهم فى هذا الوهم عبارة الشرائع و هى لا تكاد تتوجه لأن قوله فالوجه المنع إن أراد به أنه يمنع فيما إذا جلس فى الطريق فى نصابه و أضر بالمارء فالواجب القطع بالمنع عقلا و إجماعا و يجيء فى المستثنى أعنى الرحاب ثلاثة أوجه (الأول) نصاب الطريق من دون ضرر (و الثانى) ما زاد على النصاب (الثالث) الرحاب فى غير الطريق و إن أراد به أنه يمنع إذا جلس فى نصاب الطريق و إن لم يضر فقد سمعت الإجماعات على الجواز و أن الناس مطبقون على ذلك و إنما احتمال المنع احتمالا فى التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و إليه أشار المصنف بقوله الأقرب و قد وسمه فى جامع المقاصد بالضعف و حينئذ فالمراد بالمستثنى الوجهان الأخيران و إن أراد أن الوجه أنه يمنع فيما إذا جلس فى الزائد على النصاب فلا وجه له أصلا فى المستثنى منه و المستثنى لأنه لا خلاف فى الجواز فيهما

(قوله) (فإن قام و رحله باق فهو أحق به)

كما صرح به فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و غيرها و قد سمعت ما فى التذكرة و هو قضية إطلاق المبسوط و قد عرفت وجه الاستدلال عليه بالخبر

(قوله) (فإن رفعه بنىء العود فالأقرب بطلان حقه و إن استضر بتفريق معامليه)

كما فى الشرائع و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و الروضة و هو قضية إطلاق كلام الإرشاد و كذا المبسوط و قال فى (الدروس) قاله جماعة و يحتمل بقاء حقه لأن أظهر المقاصد أن يعرف مكانه ليقصده المعاملون نعم لو طالت المفارقة زال حقه لأن الإضرار استند إليه انتهى (قلت) أما الزوال مع طول المدء ففى (المسالك) أنه لا إشكال فى زوال حقه و على هذا الاحتمال فتقدر المفارقة بزمان ينقطع فيه عنه الذين ألفوا معاملته لتحصل (لتحصيل خ ل) الفائدة المطلوبة منه كما قدره بذلك الجوينى و عليه فلا يبطل حقه بأن يرجع فى الليل إلى بيته و ليس لغيره مزاحمته فى اليوم الثانى و كذلك الأسواق التى تقام فى كل أسبوع أو فى كل شهر إذا اتخذ فيها مقعدا كان أحق به فى النوبة الثانية و إن تخللت بينهما أيام كما حكى ذلك كله فى التذكرة عن الجوينى و قال إنه ليس بشيء (قلت) لانتفاء الملك و الأولوية قد زالت بقيامه و رفع متاعه و تضرره بتفريق معامليه (فيه) أن الضرر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦

و لو ضاق على المارة أو استضر به بعضهم منع من الجلوس (١) و ليس للسلطان إقطاع ذلك و لا إحيائه و لا تحجيره (٢) و له أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه من باريه و ثوب و ليس له بناء دكة (٣) و لو استبق اثنان فالأقرب القرعة (٤) (و أما المسجد) فمن سبق إلى مكان فهو أحق به (٥) فإذا قام بطل حقه و إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو نوى العود إلا أن يكون رحله باقيا فيه (٦)

لا- يزال بالضرر و الضرر المنفى أنما هو غير المستحق و الضرر مستحق لأنه منسوب إلى فعله حيث فارق موضعا الناس فيه شرع و عرضه لحلول غيره فيه من مستحقه (و بتوجيه آخر) و هو أن الضرر المنفى هو الذى لم يدل الدليل على عدم اعتباره و هذا قد دل الدليل على عدم اعتباره لأن منفعة الطريق مشتركة بين المسلمين و السابق أحق بإزعاجه ضرر غير مستحق و الضرر لا يزال بالضرر و الرواية لا تدل على شيء بخصوصه فتقيد بمقتضى غيرها من الأدلة و مع ذلك كله فقول الجوينى قوى فى النوبة الثالثة لا الثانية

(قوله) (و لو ضاق على المارة و استضر به بعضهم منع من الجلوس)

كما هو صريح التذكرة و هو المفهوم من كلام الباين بل العقل يدل عليه

(قوله) (و ليس للسلطان إقطاع ذلك و لا إحيائه و لا تحجيره)

أما أنه ليس له إقطاع ذلك فقد صرح به فى الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و الدروس و المسالك و فى (الأخير و الكفاية) أنه المشهور لكنه إنما نسب الخلاف فى الأخير إلى بعض العامة فلا يناسبه نسبه إلى المشهور لأن ذلك لا يجوز تملكه فلا يجوز تحجيره و لا ما هو فى معنى التحجير و قال فى (التذكرة) فى خاتمة شروطه شروط الإحياء أن للسلطان أن يقطع الجلوس فى المواضع المتسعة فى الشوارع و فائدة ذلك الارتفاق بحيث إذا قام لم يكن لغيره الجلوس فيه و فى (جامع المقاصد) أنه لا ريب أن جواز ذلك محتمل و إن لم ينقل مثله و مما ذكر يعلم أنه ليس لأحد تحجيره و إحيائه و به صرح فى الشرائع و التحرير

(قوله) (و له أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية و ثوب و ليس له بناء دكة)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله

(قوله) (و لو استبق اثنان فالأقرب القرعة)

كما هو خيرة المبسوط و التذكرة و الإرشاد و الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد و به صرحوا فى مثله كالمسجد لأن الحق الآن دائر بينهما لانحصار الأولوية فيهما و لا يمكن الجمع بينهما و لا منعهما لأنه باطل قطعاً فهو لأحدهما فيقرع لأن القرعة لكل أمر مشكل و احتمال فى التذكرة لبعض العامة التعيين إلى الإمام بحسب المصلحة من أحوجية و نحوها و احتمال فى الحواشى تقديم الأوج لأن القرعة لتبيين المجهول عندنا إذا كان متعيناً فى نفس الأمر و ليس كذلك هنا و ليس بشيء قطعاً لأنه قد طفحت كلمات الأصحاب من غير تكبير إلا من الشهيد الثانى فى بعض المقامات بجريانها فى كل أمر مشكل و إن لم يكن معيناً فى نفس الأمر و عموم الحديث يدل على ذلك

(قوله) (و أما المسجد فمن سبق إلى مكان فهو أحق به)

ما دام فيه إجماعاً محصلاً بل كاد يكون ضرورياً و فى (المبسوط) أنه لا خلاف فيه و فى (المسالك و مجمع البرهان) لا إشكال فيه و قضية إطلاق المعظم كما هو صريح جماعة أنه لا فرق بين كون جلوسه للصلاة أو لعبادة غيرها من قراءة قرآن أو تدريس علم أو إفتاء و نحو ذلك و فى معنى المسجد المشهد كما صرح به جماعة

(قوله) (و إن قام بطل حقه و إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو نوى العود إلا أن يكون رحله باقياً فيه)

لا خلاف فى زوال حقه مع مفارقتة بنية عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧

.....

العود و عدم بقاء رحله و فى (المسالك و الكفاية و مجمع البرهان) أنه لا إشكال فيه كما أنه لا خلاف فى بقاء حقه مع بقاء رحله مع نية العود و قصر الزمان و قال فى (المبسوط) فمن سبق إلى مكان فى المسجد كان أحق به فإن قام و ترك رحله فيه فحقه باق و إن حول رحله منه انقطع حقه منه و لا خلاف فيه و فيه نص لنا عن الأئمة عليهم السلام انتهى و نحوه ما فى الشرائع قال فلو قام مفارقاً بطل حقه و لو عاد و إن قام ناوياً للعود فإن كان رحله باقياً فيه فهو أحق به و إلا - كان مع غيره سواء فكلامه ككلام المبسوط إلا أنه لم يذكر فيه نية العود و عبر بتحويل رحله و عرض بالمبسوط بقوله فلو قام مفارقاً إلى آخره و مثل عبارة الشرائع عبارة التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و الروضة إلا أن فى عبارة التحرير و الروضة التصريح بما تضمنه إطلاق الباقيين من عدم الفرق بين كون قيامه لضرورة كتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو غيرها كالكتاب و الدروس و فى (جامع المقاصد) أنه المشهور و لكن لا تصريح بنية العود فيما إذا بقى رحله فى الإرشاد و الدروس كما سمعته عن المبسوط فى (الإرشاد) و لو قام و رحله فيه فهو أولى عند العود و إلا فلا و فى (الدروس) فإذا فارقه بطل حقه إلا أن يكون رحله باقياً فهذه العبارات الثلاث تقضى ببقاء حقه بقاء رحله نوى العود أم لا طال

الزمان أم قصر و عدمه مع عدم بقائه كذلك في الأمرين و يأتي بيان الحال في ذلك مفصلا و لم يفرق في جميع العبارات المذكورة بين طول الزمان و قصره و حكي في المسالك عن الذكري تقييد بقاء حقه مع بقاء رحله بأن لا يطول زمان المفارقة و إلا بطل حقه و نفى عنه البأس خصوصا مع حضور الجماعة و استلزام تجنب موضعه و جمود فرجه في الصف للنهي عن ذلك قال بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا «١» و حكم بسقوط حقه حينئذ و لا بأس به انتهى و نحن نقول قد علمت أن الخلاف منفي عن بقاء حقه مع بقاء رحله من دون تقييد في المبسوط و الظاهر نفيه بين المسلمين و إن الشهرة معلومة و محكمة على ذلك و ذلك يجبر النص المرسل في المبسوط كما عرفت و الخبر إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد فهو أحق به إذا عاد إليه و الخبر الآخر سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل بل إطلاقهما يشمل صورة ما إذا لم يكن هناك رحل مع موافقة الاعتبار فلا يحسن الخروج عن ذلك كله و القول بإبطال حقه لمكان طول الزمان فضلا عن قصره و لوجود الفرجة التي قد نهى عنها نهى كراهية إذا بقيت باختيار المصلين لا- مع وجود حق لآخر فيها نعم إذا احتاج المصلون إليه صلى فيه إلى أن يأتي صاحبه و يكون بعد مجيئه أحق به بل يجب إخلاؤه له و لو في أثناء الصلاة بالخطوة و الخطوتين بل يجوز الجلوس فيه بشرط عدم التصرف في الرحل فإذا جاء قام عنه ثم قال في المسالك ثم على تقدير سقوط حقه يجوز رفع رحله إذا استلزم شغل موضعه التصرف فيه و توقف تسوية الصف عليه و يضمه الرفع إلى أن يوصله إلى صاحبه جمعا بين الحقين مع احتمال عدم الضمان للإذن فيه شرعا انتهى و في الاحتمال نظر إذ جواز التصرف في مال الغير لا يرفع الضمان إذ لا يزيد عن أكل المضطر طعام الغير فالأصل في التصرف في مال الغير من دون إذنه الضمان إلا أن يلجئه المال إلى إتلافه كما إذا صال عليه البعير المغتلم فقتله هذا و قال في (الشرائع) و قيل إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة و ما أشبهه لم يبطل حقه يعني مع عدم بقاء رحله و لم نجده لأحد منا ممن تقدمه نعم هو للمصنف في التذكرة و الشافعي في أحد قولييه و قد استند في التذكرة إلى الرواية السابقة سوق المسلمين كمسجدهم (و فيه)

(١) أي طال الزمان أم قصر (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨

.....

أن الرواية متروكة الظاهر لأنها تناول من فارق لا بنية العود و لا متاع له فتحمل على ما إذا لم يفارق أو إذا بقي رحله فالمخصص لها مع عدم الضرورة مخصص لها معها و من الغريب أنه نسب في المسالك و تبعه صاحب الكفاية إلى المحقق في الشرائع خلاف ما هو موجود فيها قال في (المسالك) و إن كان قيامه لضرورة كتجديد طهارة ففي بطلان حقه وجهان أحدهما و هو الذي قطع به المصنف عدم البطلان لمكان الضرورة و قد سمعت ما في الشرائع في نسخ متعددة و مثله قوله و إن لم يكن رحله باقيا فإن كان قيامه لغير ضرورة سقط حقه مطلقا في المشهور و فرقوا بينه و بين مقاعد الأسواق بأن غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد و الصلاة في بقاع المسجد لا تختلف و فيه نظر بمنع عدم اختلاف بقاع المسجد في الفضيلة لأن ثواب الصلاة في الصف الأول أكثر و قد يألف الإنسان بقعة من المسجد يتضرر بفواتها كتضرره بفوات المعاملين انتهى (و فيه نظر من وجوه) أغربها أن كلامه هذا يقضى بل هو صريح أو كالصريح بأن المشهور يفرقون و يقولون إن المفارق مقعده من السوق من دون رحل لغير ضرورة أحق به من غيره مع أنك قد علمت أن الفتاوى قد تطابقت على سقوط حقه و أن قول الجويني ليس بشيء و هذا الفرق إنما يتأتى على مذهبه (و ثانيا) أن هذا الفرق ما ألم به أحد من أصحابنا أصلا فكيف ينسب إلى المشهور و إنما ذكره في التذكرة دفعا لقياس المسجد على السوق لو قلنا بمقالة بعض الشافعية و لعله أراد الجويني ثم إنه في المسالك ما زاد في المفارق مقعده للبيع من دون رحل لغير ضرورة على قوله في بطلان حقه وجهان و لم ينسب عدم البطلان إلى المشهور فتأمل (و ثالثا) أن الظاهر أن كثرة الثواب لا- يعد في العرف مرجحا و قال في

(المسالكة) أيضا ظاهر الأصحاب عدم الفرق أى فيما إذا لم يكن رحله باقيا بين من يألف بقعة ليقراً عليه القرآن و يتعلم منه الفقه و نحو ذلك و غيره لعموم قوله سواء العاكف فيه و الباد و فرق بعضهم فأوجب أولوية المذكورين كمقاعد الأسواق خصوصاً فى الجوامع الكبار لأن له غرضاً فى ذلك الموضوع ليألفه الناس انتهى و فيه نظر من وجهين (الأول) أن هذا الفرق ليس لأحد من أصحابنا بعد ملاحظه كتبهم من المقنع إلى المسالك و إنما هو لبعض الشافعية (الثانى) أن قضية كلامه أن الأمر فى مقاعد الأسواق مسلم عندنا و قد عرفت الحال فيه نعم ظاهر الأصحاب كما قال لمكان الإطلاق و فيه شهادة على ما قلناه و مناقضة لما نسبته إلى بعضهم من الفرق على مذاقه لأنه إذا رأى أحداً خالف أو تردد فى حكم و الباقيون على خلافه و لا «١» ينسب ذلك الحكم إلى الأصحاب بل ينسبه إلى المشهور أو الأكثر هذا و ظاهر الأصحاب أنه لا فرق فى العذر بين أن يطرأ قبل الشروع فى الصلاة و بعده و فرق فى الدروس فى فرع ذكره بين المفارق فى أثنائها اضطراراً و غيره فحكم بأولوية الأول إلا أن يجد مكاناً مساوياً للأول محتجاً بأنها صلاة واحدة فلا يمنع من إتمامها (و فيه نظر) لأن حقه تابع لاستقراره و المفروض أنه لا رحل و إتمامها لا يتوقف على مكان الشروع و عدم بقاء أولويته لا يستلزم المنع من إتمامها و لعله نظر إلى أن مشى المصلى حينئذ منوط بالرخصة للضرورة ففى العود يراعى الأقرب لا المشى إلى الأبعد إذ لا- رخصة فيه اختياراً فتبقى أولويته مع عدمها و إن لم يتوقف إتمامها على مكان الشروع و أولى منه ما لو فعل المنافى للإتمام فهو و غيره سواء إلا- مع بقاء رحله و المراد بالرحل المتاع من أمتعته و قضية إطلاقهم أنه لا- فرق فيه بين الكبير و الصغير كالسبحة و التربة إذا أتى به بنفسه أو خادمه أو ولده أو وكيله و استقر

(١) كذا فى النسخ و الظاهر لا (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩

و لو استبق اثنا و لم يمكن الاجتماع أقرع (١) و لا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءة القرآن أو لتدريس العلم أو لا (٢) (و أما المدارس و الربط) (٣) فمن سكن بيتاً ممن له السكنى لم يجز إزعاجه (٤)

عليه كما هو الظاهر من مطاوى كلماتهم و هو الذى فهمه الشهيد عند تأويل كلام التحرير كما تقدم و الذى فهمه منه المحقق الثانى أنه إذا أتى به بنفسه استحقه بوضوئه و لا يحتاج إلى استقراره (هذا) و قد عرفت أن عبارة المبسوط و الإرشاد و الدروس تقضى ببقاء حقه ببقاء رحله و إن لم ينو العود و لعلهم يستندون إلى إطلاق النص و أن بقاء عبارات على أنه لا بد من نية العود لأن الجلوس يفيد أولوية فإذا فارق بنية رفع الأولوية سقط حقه منها و الرحل لا مدخل له فى الاستحقاق بمجرد و تظهر الفائدة على الثانى إذا كان رحله صغيراً كسجدة لا تشغل من المسجد مقدار صلاته أو جلوسه للتدريس أو نحو ذلك و لم تظهر منه نية العود فإنه يجوز رفعه على الثانى لأنه لم يظهر من نية العود التى هى شرط الاستحقاق و أما على الأول و هو عدم الاشتراط فإنه لا يجوز رفعه و إن كان صغيراً لأنه يدل على بقاء حقه بمقدار الحاجة لأنه لم يعتبر فيه نية العود أما لو كان كبيراً فإنه يظهر منه نية العود بالقرينة فلا يجوز رفعه على التقديرين ففائدة القولين أنما تظهر فى الصغير و يحتمل عدم سقوط حقه مطلقاً أى صغيراً كان أو كبيراً على الثانى لأن بقاء الرحل مطلقاً علامة على النية فلا ثمره للاختلاف إلا مع التصريح و العود و يحتمل السقوط مطلقاً لأن المدار على العلم بالنية و لا علم بها مع بقائهما لاحتمال الغفلة و النسيان فلا بد من أن يقول مع بقاء الرحل إنى ناو للعود إذ الشرط فى منع الغير فى كلام الأصحاب نية العود و يرجع إلى العلم بها و ليس الشرط فى جلوس غيره فيه العلم بعدمها حتى يشكل الحال فيها إذا جهل الحال فتأمل و على تقدير بقاء الحق لبقائه أو بقاء رحله فلو أزعجه مزعج فلا شبهة فى إثمه و هل يصير أولى منه بعد ذلك يحتمل لسقوط حق الأول بالمفارقة و عدمه للنهي عنه فلا- يترتب عليه حق و يتفرع على ذلك صحة صلاة الثانى و عدمها و فى (جامع المقاصد و الكفاية) أن الثانى هو الوجه و أن الأول بعيد و قال فى (جامع المقاصد) و لم أجد به تصريحاً (قلت) قد صرح الأصحاب جميعاً ببقاء حقه مع بقاء رحله إما

مع نية العود أو بدونها و معناه كما قدمنا أنه لو أزعجه مزعج كان له دفعه و منعه و ما تقدم في باب الصلح من أنه ذكر في التذكرة و غيرها أن الثاني يصير أولى فغفلة عما ذكره هنا و في (الروضة و الكفاية) أن الوجهين آتيان في رفع كل أولوية (قلت) قد تقدم أن المشهور أن حق أولوية التحجير لا تسقط بتغلب غيره و لا يملك المتغلب بالإحياء (و ليعلم) أنه ليس في الباب إلا الخبران اللذان قد ذكرناهما آنفا و النص المرسل في المبسوط و الأصحاب جروا بالخبرين على القواعد فقيدهما بما (لما خ ل) عرفت (قوله) (و لو استبق اثنان و لم يمكن الاجتماع أقرع)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و قد تقدم الكلام في مثله آنفا و قد قرب القرعة هناك و جزم بها هنا و لا نجد فرقا بين المقامين (قوله) (و لا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءة القرآن أو لتدريس العلم أو لا) قد تقدم الكلام في ذلك (قوله) (و أما المدارس و الربط)

و في حكمها الخانات كما في التذكرة و غيرها و الربط بضم الباء الموحدة جمع رباط ككتاب و كتب (قوله) (فمن سكن بيتا ممن له السكنى لم يجز إزعاجه)

كما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و قال في (المفاتيح) قالوا و به صرح في التذكرة مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠

و إن طال زمانه ما لم يشترط الواقف مدة معينة فيلزم بالخروج عند انقضائها (١) و لو شرط على الساكن التشاغل بالعلم أو قراءة القرآن أو تدريسه فأهمل أخرج (٢) و له أن يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفة (٣) فإن فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه (٤)

في الربط و احتمال في الدروس في المدرسة و دار القرآن الإزعاج إذا تم غرضه و قال في (التحرير) لو طال الاستيطان و صار كالمملك الذي يبطل به أثر الاشتراك ففي الإزعاج إشكال و احتمال جواز إزعاجه في جامع المقاصد و قضية إطلاق جماعة كما هو صريح آخرين كالمصنف في الكتاب كما ستسمع أنه لا يزعم لا أن يشترط الواقف مدة معينة و المراد بمن له السكنى في كلامهم أن يكون متصفا بالوصف المعبر في الاستحقاق إما في أصله بأن يكون مشتغلا بالعلم في المدرسة أو بحسب الشرط بأن تكون موقوفة على قبيل مخصوص أو نوع من العلم أو المذهب و يتصف الساكن به

(قوله) (و إن طال زمانه ما لم يشترط الواقف مدة معينة فيلزم بالخروج عند انقضائها)

كما في الشرائع و التذكرة و الإرشاد و التحرير و الدروس و مجمع البرهان و المسالك و في الأخير أنه يلزمه الخروج بعده بلا فصل و إن لم يؤمر به

(قوله) (و لو شرط على الساكن التشاغل بالعلم أو قراءة القرآن أو تدريسه فأهمل أخرج)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و احتمله في الدروس و الأولى أن يقال إنه يلزمه الخروج بلا فصل و إن لم يؤمر كما تقدم و المراد أنه ممن له السكنى لكنه تشاغل عن التشاغل بالعلم أحيانا و إلا كان تكرارا (قوله) (و له أن يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفة)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و القيد مراد من عبارة الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لما فيه من الضرر و الأمور المكروهة إذا كان المسكن الذي أقام به معدا لواحد فلو أعد لما فوّه لم يكن له منع الزائد إلى أن يزيد عن

النصاب المشروط كما فى الروضة وغيرها

(قوله) (فإن فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه)

هنا أمران خروج و مفارقة أما الخروج فلا يبطل حقه كما إذا خرج لشراء مأكول أو ملبوس أو قضاء حاجة أو زيارة مؤمن و لا يلزمه تخليف أحد مكانه و لا إبقاء رحله لأنه قد لا يجد غيره و قد لا يأمن على متاعه كما فى التذكرة و مجمع البرهان و الكفاية و الظاهر أنه لا فرق حيثئذ بين قصر المدة و طولها إلا أن يخرج عن المعتاد لكن بعض ما يأتى من احتمالات الجماعة و أقوالهم يخالفه و أما المفارقة بمعنى أنه يخرج منه خروجاً يسمى به مفارقاً فإن كانت لعذر فقد قرب فى الشرائع سقوط حقه و به جزم فى الإرشاد و قد نسبته فى الروضة إلى الأكثر و فى (التذكرة) أنه لو فارق لعذر أياماً قليلة فهو أحق إذا عاد و فى (جامع المقاصد) أنه لو قصر الزمان جداً كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عادة و لا يخرج فى العادة عن كونه ساكناً ففى بقاء حقه قوة فهو موافق للتذكرة و قد قواه فى الروضة و استحسنته فى المسالك و مال إليه فى مجمع البرهان و مثله بمن يخرج من النجف لأخذ الزكاة من القرى أو لزيارة الحسين عليه السلام و يبقى أياماً قلائل للزيارة و بمن يروح (يمضى خ ل) إلى أهله فى القرى و يبقى عندهم أياماً و استشكل فى التحرير فى بقاء حقه حيث يفارق لعذر و نحوه ما فى الكفاية و فى (تعليق الإرشاد) فيما إذا لم يبق رحله و قصر الزمان وجهان و المفهوم من عبارة اللمعة أنه لا يسقط حق المفارق لعذر مطلقاً و قال فى (الدروس) لو فارق ساكن المدرسة و الرباط ففیه أوجه زوال حقه كالمسجد و بقاءه مطلقاً لأنه باستيلائه جرى مجرى الملك و بقاءه إن قصرت المدة دون ما إذا طالت لثلاثين بالمستحقين و بقاءه إن خرج لضرورة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١

و هل يصير أولى ببقاء رحله إشكال (١)

[الفصل الثالث المعادن]

إشارة

(الفصل الثالث) المعادن (٢) و هى قسمان ظاهرة و باطنة

[أما الظاهرة]

أما الظاهرة و هى التى لا- تفتقر فى الوصلة إليها إلى مثنوئة كالمح و النفط و الكبريت و القار و الموميا و الكحل و البرام و الياقوت فهذه للإمام يختص بها عند بعض علمائنا و الأقرب اشتراك المسلمين فيها (٣)

كطلب مأرب مهمة و إن طالت المدة و بقاءه إن بقى رحله و خادمه و الأقرب تفويض ذلك إلى ما يراه الناظر صلاحاً (و اعترضه) فى المسالك و الروضة بأنه يشكل الرجوع إلى رأى الناظر مع إطلاق النظر إذ ليس له إخراج المستحق اقتراحاً فرأيه فرع الاستحقاق و عدمه نعم لو فوض إليه الأمر مطلقاً فلا إشكال (قلت) مراده فى الدروس أن الناظر إن كان يرى أن ترك المنزل فى هذه المدة بهذه المفارقة لا يعد تعطيلاً منافياً لغرض الواقف أبقاه له و حفظه عليه و إن كان يرى أنه خارج عن عرفه منافياً لغرضه و أن الأولى إسكان غيره أسكن غيره و أسقط حقه و إن كانت المفارقة لغير عذر ففى (الكفاية) أن الأشهر أنه يبطل حقه مطلقاً أى سواء كان رحله باقياً أم لا- و سواء طال زمان المفارقة أم قصر و بذلك كله صرح فى المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو بطلان حقه المفهوم بالأولوية من عبارة الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و قد سمعت وجوه الدروس

(قوله) (و هل يصير أولى ببقاء رحله إشكال)

قال فى (الإيضاح) الإشكال فى المدرسة من أنه موضوع بحق فلا يزال و من أنها لم توضع المدرسة لوضع الرحل فيه بل كون الرحل فيه تابع لكونه فيه فإذا زال المتبوع عادة لم يبق أثر للتابع و قد حكى عنه ذلك فى جامع المقاصد قال و من أن المدرسة للسكنى لا لوضع الرحل و إنما جار وضعه تبعاً للسكنى و قد زالت فيزول التابع (ثم قال) و فيه نظر لأن المتنازع فيه هو زوال السكنى بالخروج مع بقاء الرحل و من خرج عن بيت مع بقاء رحله فيه لغرض لا- يخرج عن كونه ساكناً فيه عادة انتهى و كأنه لم يلاحظ الأثر فى قوله فى الإيضاح لم يبق أثر للتابع فحكى عنه خلاف الواقع و خلاف المراد لأنه لم يقل إذا زالت زال التابع بل قال زال أثر التابع فلم يخرج عن محل النزاع و لعله نظر إلى قوله من أنه موضوع بحق فلا- يزال و لعله نظر إلى ما زاده الشهيد من قوله فكان به أولى و اختير فى الحواشى و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد بقاء حقه إن لم تطل المدة بحيث يؤدي إلى التعطيل و لا ترجيح فى الإيضاح و قد سمعت ما فى الدروس و إطلاق بعض العبارات

الفصل الثالث المعادن (٢) قد تقدم الكلام فى بيان معنى المعدن فى باب الصلاة فى المطب الثالث فيما يجوز السجود عليه من كلام اللغويين و الفقهاء و أن المجتمع من الجميع أنه ما استخرج من الأرض مما كانت أصله و اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها (قوله) (و هى قسمان ظاهرة و باطنة أما الظاهرة فهى لا تفتقر فى الوصلة إليها إلى مئونة كالمح و النفط و الكبريت و القار و الموميا و الكحل و البرام و الياقوت فهذه للإمام عليه السلام يختص بها عند بعض علمائنا و الأقرب اشتراك المسلمين فيها) قد تقدم الكلام فى ذلك مسبقاً عند الكلام على الإقطاع و زاد جماعة أحجار الرحي و طين الغسل و غيرها و قال فى (الحواشى) الموميا هو ما يتقاطر من صخر من أرض مختصة نفعه تقوية القلب قيل بممازجة لحم آدمى و قيل خالصاً (قلت)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢

فحينئذ لا تملك بالإحياء و لا يختص بها المحجر و لا يجوز إقطاعها و لا يختص المقطع بها (١) و السابق إلى موضع

يأتينا به الأكراد من جبل الكرد (١) و يقولون إنه ماء أسود يتقاطر من الصخر و يجمد و له نفع تام فى الرض و الكسر و نحو ذلك و تفسير الظاهرة بما ذكر قد طفحت به عباراتهم من دون خلاف و لا تأمل كما طفحت عباراتهم بأن الباطنة هى التى لا تظهر إلا بالعمل و المئونة و المراد بالعمل و المئونة ما يعد كذلك عرفاً كما ستسمع

(قوله) (فحينئذ لا تملك بالإحياء و لا يختص بها المحجر و لا يجوز إقطاعها و لا يختص المقطع بها)

هذا قد تقدم فيه الكلام أيضاً فى ذلك المقام و مراده أنه حين إذ كان الأقرب اشتراك المسلمين فيها لا تملك بالإحياء و لا يختص المحجر بها ليلاً- يبطل حق الباقيين لأن الناس فيها شرع و قد تقدم أنه لا يتصور إحيائها لأن الإحياء فيها عبارة عن إظهارها بالعمل و المفروض أنها ظاهرة و إذا لم يتصور إحيائها لم يتصور تحجيرها لأنه شروع فى الإحياء فلا يتصور إقطاعها لأنه بمنزلة التحجير لأنه لا يكون إلا- فى الموات فلا- حاصل لقوله لا- تملك بالإحياء و لا- يختص بها المحجر لكن هاتين الكلمتين قد وقعتا فى المبسوط و المذهب و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى المبسوط و السرائر و الإيضاح لا خلاف فى أنها لا تملك و قد صرح بأنه لا يختص بها المقطع و أنه لا يجوز إقطاعها فى المبسوط و المذهب و السرائر و التحرير و الدروس و اللمعة و الروضة و غيرها و قد تقدم أن المصنف فى التذكرة و الشهيد فى الحواشى جوز إقطاع المعدن و قد عرفت من تردد و قد يكونون أرادوا بقولهم لا تملك بالإحياء أنها لا تملك المعادن بإحياء الأرض التى هى فيها دفعا لتوهم أن تملكها مستلزم لتملكها و هذا ظاهر فيما إذا كانت ظاهرة غير مستورة بنحو تراب يسير قبل إحيائها و أما إذا كانت مستورة بنحو ذلك قبل إحيائها فقد صرحوا كما يأتى بأنه يملكها بإحيائها تبعاً و إن لم يعد إحياء عرفاً أو أرادوا أنها لا تملك بالإحياء فيما إذا كان المعدن الظاهر فى الأرض الموات التى لم تحى مستورا بشىء قليل جداً محتاجاً إلى عمل قليل لأن هذا وحده من دون

إحياء الأرض معه لا- يعد عندهم إحياء عرفا و ليس مرادهم بالظاهر ما لا يحتاج إلى عمل و مؤنثة أصلا كما قد يفهم من مجمع البرهان لأنه قد صرح في جامع المقاصد و الروضة بأن ما كان مستورا بتراب يسير يعد ظاهرا و لا يملك إلا بالحيازة كما سيأتى نعم قد يكون السعى و العمل في تحصيله بسهولة أو تعب كالجواهر الموجودة في ظاهر الأرض بحيث لا يتوقف الشروع فيها على حفر شئ من الأرض خارج عنها كما هو صريح التذكرة و غيرها و يأتى تحرير هذه المباحث و فى (جامع المقاصد) أن فى العبارة مناقشة أخرى و هى أن تفرغ عدم تملكها بالإحياء على اشتراك المسلمين لا- يستقيم لأن الاشتراك غير مانع من التملك بالإحياء كما لو حفر بئرا و أجرى فيها الماء من نهر مباح انتهى و هو غريب لأنه ما ملك الماء المشترك بالإحياء لأنه ظاهر و إنما ملكه بحيازته فى البئر الذى ملكه بالإحياء حيث أنه بلغ حدّ الوصول إلى النهر المباح كما سيصرح به هو و غيره عند قوله السادس الجارى من نهر مملوك بل سيعترف بمثله قريبا عند شرح قوله و لو كان إلى جنب المملحة أرض موات كما ستسمع (قوله) (و السابق إلى موضع (٢)

(١) و الظاهر أن اسمه بوان (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣

منه لا يزجج قبل قضاء وطره (١) فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجمع و يحتمل القسمة و تقديم الأوج (٢)

منها لا يزجج قبل قضاء وطره)

كما فى التحرير و قضية إطلاقهما أنه لا فرق بين طول الزمان و قصره و بين ما إذا أخذ قدر حاجته أو زاد عليها كما صرح بذلك كله فى جامع المقاصد و الروضة و الكفاية و بالأخير صرح فى المبسوط و التحرير و التذكرة و الدروس قالوا إذا أقام لأخذ الزيادة عن حاجته لا يمنع و إن له ذلك و هو الظاهر من كلام المسالك بل هو صريحه و الوجه تقييده بما إذا لم يصدق أنه مقيم فإنه يزجج إذا منع غيره على الظاهر كما فى جامع المقاصد و فى كلام التذكرة و مجمع البرهان تنبيه عليه كما ستسمع و فى (جامع الشرائع و الإيضاح) أنه لو أقام لأخذ الزيادة عن حاجته منع و هو ظاهر السرائر و المبسوط فى أول كلامه قالا من سبق أخذ قدر حاجته و انصرف و هو الظاهر أيضا من الشرائع و الإرشاد و اللمعة و المفاتيح حيث قالوا من سبق أخذ قدر حاجته و قد نسب هذا فى التذكرة إلى أكثر أصحابنا قال و لم يبينوا لنا حاجة يومه أو سنته فالأولى الرجوع فى ذلك إلى العرف فى أخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله و لو أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السابق فالأقرب أن له ذلك رفعا للحاجة مطلقا و لقوله عليه السلام من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق و يحتمل أن لا- يمكن و يزجج عنه لأنه عكوفه عليه كالتحجير المانع للغير و الفرق بينه و بين مقاعد الأسواق شدة الحاجات (الحاجة خ ل) إلى نقل المعادن بخلاف مقاعد الأسواق انتهى و لعل الأولى أن يوجه الاحتمال بأن عكوف غيره عليه يفيد أولوية فى الجملة و لعل مرادهم بقولهم أخذ حاجته و قدر بغيته أنه يأخذ ما شاء و إن زاد عما يحتاج إليه لأنه بغيته و حاجته فيحصر الخلاف فى الجامع و الإيضاح و ينبغى أن تلحظ عبارة التذكرة لأن فيها مواقع للنظر (و فى مجمع البرهان) لعل الأمر راجع إلى العادة بحيث لا يقال إنه صار أولى و إن الأخذ منه ظلم و كيف كان فالسابق يقدم إجماعا كما فى الإيضاح هذا و لو تغلب اللاحق على السابق و أخذ من المكان الذى يأخذ منه أثم و هل يملك وجهان أحدهما أنه لا- يملك كما لو أزال التحجير و ليس هذا بأقل منه كما فى مجمع البرهان (قلت) بل ينبغى الجزم بعدم ملكه إذا كان المعدن يقدر حاجة السابق أو دونها لأنه فى الواقع للسابق لأنه يقال له إنه حازه عرفا فتأمل كما ينبغى الجزم بملكه إذا زاد عن مطلوبهما كما هو الشأن لو سبق إلى الفرات الأعظم من مكان ضيق لا يسع إلا واحدا فتغلب عليه اللاحق و إنما يتأتى الوجهان فيما إذا كان بقدر حاجة أحدهما و نصف حاجة الآخر فتدبر هذا و ظاهر الفتاوى أنه لا سبق فى المعادن للذمى و المسالم

(قوله) (فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجمع و يحتمل القسمة و تقديم الأوج)

فى الخلاف و المبسوط و السرائر فإن تسابق اثنان أقرع بينهما الإمام عليه السلام و يجب تقييده بمثل ما فى جامع الشرائع قال فإن ضاق أقرع إذ معناه أنه إذا لم يمكن الجمع بينهما للأخذ فى زمان واحد من مكان واحد أقرع و هو المراد من تعذر الجمع فى عبارة الكتاب و التحرير و التذكرة لقوله فى الثلاثة بعد ذلك و يحتمل القسمة و قيل بالقسمة فيتعين أن يكون المراد بتعذر الجمع الجمع فى الأخذ بل ذلك هو المراد من قوله فى الشرائع فإن تسابق اثنان و أمكن أن يأخذ كل منهما بغيته فلا بحث و إلا أقرع و قيل يقسم و هو حسن و أما قوله فى الإرشاد أقرع مع تعذر الاجتماع فيحتمل الاجتماع على القسمة و يحتمل الاجتماع على الأخذ و كلاهما لأنه لم يذكر احتمال القسمة و القرعة فى هذه العبارات المطلقة يحتمل أن تكون لتقديم أحدهما فى الأخذ إذا زاد المعدن عن حاجتهما أو لتقديمه فى الاستحقاق إذا لم يف بحاجتهما و تحتمل إرادتهما معا كما يأتى تفصيل ذلك و قوى فى الإيضاح القسمة و فى (الدروس و اللعة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤

و لو كان إلى جنب المملحة أرض موات فحفر فيها بئرا و ساق الماء إليها فصار ملحا صح

و إن تعذرت القسمة أقرع فقد جعل القرعة بعد تعذر القسمة و هو يخالف ما فى الكتاب و الشرائع و التذكرة و التحرير و مراده أنه إن أمكن القسمة بينهما و جبت قسمة الحاصل لتساويهما فى سبب الاستحقاق و إمكان الجمع بينهما فيه بالقسمة و إن لم يمكن الجمع بينهما للأخذ من مكان واحد باعتبار عدم إمكان قسمة المكان فإن تعذرت القسمة أقرع و يجب تقييده بما إذا لم يزد المعدن عن مطلوبهما و إن كثر لأنه إذا زاد لا معنى للقسمة لعدم اختصاصهما به و أما تعذر القسمة فهو إما لقله المطلوب كما قيل و لا نرى له وجه أو لعدم قبوله للقسمة كقطعة من الياقوت و الذى ينبغى تحصيله فى الباب أنه إذا اتسع بمطوبهما و زاد عن حاجتهما و لم يمكن أخذهما دفعة لضيق المكان القاضى بالتعاقب المانع من الاشتراك و جبت القرعة و إن أمكنت قسمة الحاصل و فائدتها أى القرعة حينئذ تقديم من أخرجته فى أخذ حاجته كما لو ازدحما على الفرات الأ-عظم من مشرعة ضيقة لا- تسع إلا واحدا و إن لم يتسع بمطوبهما و لم يف بحاجتهما فإن أمكنت قسمة الحاصل و جبت لما عرفت و إلا- فالقرعة لاستوائهما فى الأولوية و عدم إمكان الاشتراك و القسمة و استحالة الترجيح فأشكل المستحق فعين بالقرعة فمن أخرجته أخذ الجميع «١» و هذا غير حاصل جامع المقاصد مع أنه بظاهره لا حاصل لآخره قال فتحصل أنه مع السعة بمطوبهما المرجع إلى القرعة فى التقديم (التقدم خ ل) و مع عدمه فالقسمة فإن تشاحا فى التقدم أقرع و قد قال إن هذا هو التحقيق هذا و قد سمعت أنه فى الشرائع استحسن القول بالقسمة و حكاها فى التذكرة عن بعض علمائنا قال إنه قال إن الحاكم ينصب من يقسم بينهما لكننا لم نجد هذا القائل بعد فضل التتبع من المقنعة إلى المختلف و إنما هو أحد وجوه الشافية و أما تقديم الأوج فهو الوجه الثالث للشافية قالوا إن الإمام يجتهد و يقدم من يراه أوج و أحق لأن سبب الاستحقاق الحاجة و متى كان سببه أقوى استحق التقديم و هو ضعيف جدا لأن الحق لجميع الناس من محتاج و غيره و عند الازدحام يمتاز هذان عن سائر الناس بالأولوية بالسبق و الأوجية لا أثر لها و يأتى للمصنف فيما إذا استبق اثنان للانتزاع من ماء العيون و الآبار أنه يقرع بينهما و لم يذكر احتمالى القسمة و تقديم الأوج مع أنه إن كانت حاجة المحتاج هناك الخوف على نفس محترمة قدم قطعا كما أن الماء إذا كان قليلا لا يسعهما كان القول بالقسمة قويا جدا هذا و لو أن أحدهما قهر الآخر و أخذ مطلوبه أثم قطعا ثم إن كان المعدن و اسعا ملك بالأخذ لأنه لم يملك ما استحقه الآخر و إلا فإن لم يقبل القسمة لم يملك أصلا إلا بالقرعة لأنه فى الواقع ملك لأحدهما و هو الذى تخرجه القرعة و إن كان قبلها لم يملك ما تقتضى القسمة استحقاقه إياه و عبارة جامع المقاصد قاصرة عن أداء تمام هذا المعنى كعبارتى المسالك و الروضة فإن فيهما لو تغلب أحدهما على الآخر أثم و ملك بخلاف تغلبه على أولوية التحجير و الماء الذى لا- يفى بغرضهما و الفرق أن الملك مع الزيادة لا- يتحقق بخلاف ما لو لم يزد و من الغريب قوله فى

الكفاية أن المشهور أنه إذا تغلب أحدهما على الآخر أثم و ملك و فيه إشكال انتهى

(قوله) (و لو كان إلى جنب المملحة أرض موات فحفر فيها بئرا و ساق (١)

(١) و ينبغى التأمل فى عدم إمكان القسمة و الاشتراك (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥

ملكها و لم يكن لغيره المشاركة و لو أقطع الإمام هذه الأرض جاز (١)

[أما الباطنة]

(و أما الباطنة) و هى التى تظهر بالعمل (٢) كالذهب و الفضة و الحديد و النحاس و الرصاص و البلور و الفيروزج (٣) فقيل إنها للإمام

أيضا خاصة و الأقرب عدم الاختصاص (٤) فإن كانت ظاهرة لم تملك بالإحياء أيضا (٥)

الماء إليها فصار ملحا صح ملكها و لم يكن لغيره المشاركة و لو أقطع الإمام هذه الأرض جاز)

أما أنه يصح ملكها أى البئر و أن للإمام إقطاعها فقد صرح به فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الكفاية و المسالك و فى الأخير أن الأخير لا خلاف فيه و أما أنه ليس لغيره مشاركته فقد صرح به فى جامع المقاصد و هو قضية كلام الباين لتصريحهم بملكه له و اختصاصه به و الوجه أن ذلك إحياء للأرض يحفر البئر و أما المملحة فإنها على حكمها و هذا ما أشرنا إليه فيما عارضنا به المحقق الثانى و قد صرح فى المبسوط و غيره أن المحجر لها يختص بها أيضا

(قوله) (و أما الباطنة فهى التى تظهر بالعمل)

بمعنى أنه لا يوصل إليها إلا بعد المعالجة و المثونة كما طفحت بذلك عباراتهم فالمحتاجة إلى العمل اليسير لأن كانت مستورة بنحو التراب القليل من المعادن الظاهرة إذا كانت فى أرض موات غير محياة لأن إحياءها وحدها بكشف نحو هذا التراب عنها لا يعد إحياء عرفا كما تقدم و يأتى بخلاف المستورة كذلك فى الأرض الموات إذا أحيائها أحد فإنه يملكها بكشف ذلك عنها و إن لم يكن إظهارها كذلك بحيث يعد إحياء و الفارق التبعية فى هذه لما يملك بالإحياء دون الأولى كما ستسمع

(قوله) (كالذهب و الفضة و الحديد و النحاس و الرصاص و البلور و الفيروزج)

و الياقوت و سائر الجواهر المبنوثة فى طبقات الأرض كحجارة البرام و غيرها مما يكون فى بطون الأرض و الجبال و أما الموجودة فى ظاهر الأرض بحيث لا يتوقف الشروع فيها على حفر شئ من الأرض خارج عنها فمعدودة من المعادن الظاهرة بقول مطلق تملك بالحيازة و كذا لو ظهرت الجواهر الباطنة كقطعة ذهب أو حجر فيروزج بالسييل و نحوه فإنها من الظواهر أيضا كما صرح به جماعة

(قوله) (فقيل إنها للإمام خاصة و الأقرب عدم الاختصاص)

و قد تقدم الكلام فى ذلك و قال فى (الإيضاح) و إنما قال فى الظاهرة أنها مشتركة و قال هنا بعدم الاختصاص لأن هذه ملحقة بالموات فمن أحيأ شيئا منها فهو أحق به و قال فى (جامع المقاصد) إنه لا تفاوت بين العبارتين إلا التفضن و فى استفادة ما قاله فى الإيضاح من هذا اللفظ نظر فإن الاشتراك فى الأول لا يراد به إلا عدم الاختصاص فإن أراد الاشتراك الحقيقى فمعلوم البطلان لأن الناس فى المعادن الظاهرة سواء (قلت) قد عبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى مثل المعادن الظاهرة بالاشتراك و كذلك الإمام عليه السلام و فى الموات بالأحقية أى الأولوية و الاختصاص فى النبوى الناس شركاء فى ثلاث الماء و النار و الكلا (و قال الكاظم عليه السلام) إن المسلمين شركاء فى الماء و النار و الكلا لكن كلام الإيضاح على ظاهره لا يكاد يتجه إلا أن يكون أراد أن المعادن الباطنة كالموات لا يتحقق فيها الاشتراك حقيقة و لا مجازا فلا يصح أن يقال فيها الأقرب الاشتراك لأنها ليست كالمعادن الظاهرة و

الفرات الأَعْظَم لكل أحد أن يتناول منها و إنما يتصور الاشتراك فيها بمعنى أن لكل أحد أن يحييها و يملكها ملكا حقيقا و ليس كالموات و هذا لا- يقال فيه بالاشتراك حقيقة و لا مجازا إلا على بعد شديد و مجاز بعيد و أما المعادن الظاهرة و الفرات الأعظم فالاشتراك فيها مجاز قريب معتبر
(قوله) (فإن كانت ظاهرة لم تملك بالإحياء أيضا)
قد عرفت الظاهرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦

و إن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان و أظهرها أحياء فإن كانت فى ملكه ملكها و كذا فى الموات (١) و لو لم يبلغ بالحفر إلى النيل فهو تحجير

و ما هو معدود منها و ملحق بها و هو ثلاثة أقسام و المراد هنا المستورة بنحو تراب يسير و قد تقدم أنها إذا أحياء وحدها لا تملك بكشفه عنها لأن ذلك لا يعد إحياء فكان حاصل كلامه أن المعادن الباطنة لغه إن كانت ظاهرة شرعا و اصطلاحا لم تملك
(قوله) (و إن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان أحياء فإن كانت فى ملكه ملكها و كذا فى الموات)

مما صرح فيه بأن الباطنة تملك بالإحياء و العمل و هو بلوغ نيلها المبسوط و المهذب و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و ظاهر المبسوط و المهذب و التذكرة و السرائر فى موضعين من الأخير الإجماع على ذلك فلا معنى لقوله فى الكفاية أنه المشهور فإن كان نظره إلى من قال إنها للإمام (ففيه) أنه قد اتفقت كلمة الفريقين على أنها تملك بالإحياء لكن القائلين بأنها للإمام يقولون بتوقف ذلك على إذنه حال حضوره لا غيبته و لا- خلاف فى ذلك إلا- من الشافعى فى أحد قوليه حيث قال إن المعدن لا يملك بحال ثم عد إلى العبارة قال فى (جامع المقاصد) قد يفهم من قوله إذا كانت فى ملكه ملكها أنه يملك ما فى ملكه بالإحياء و ليس كذلك بل هو مملوك لكونه من أجزاء أرضه و لهذا لو أراد أحد الحفر من خارج أرضه لم يكن له الأخذ مما كان داخلا فى أرضه لأنه من أجزاء الأرض المملوكة إنما يأخذ ما خرج صرح به فى التذكرة قال لكن يمكن أن تنزل العبارة على معنى صحيح و هو أن من أحيأ معدنا فى أرض ملكه على حسب ما يقتضيه الحال و إن خرج بعضه عن أرضه إلى موات فليس لأحد حينئذ أن يحفر فى الموات بحيث يأخذ مما استحققه الأول و إن لم يكن فى أرضه فقوله ملك بالإحياء يفيد ذلك لأنه يملك إحياءه و يستحق حريمه و إن لم يكن فى ملكه قال و استشكل فى التحرير (قلت) و جزم فى التذكرة بعدمه و لا- يخفى عليك الفرق بين ملكه بالإحياء و بين أنه ملك أن يملك بالإحياء فكان الأولى أن يقول كما يأتى إنه يملك المكان و حريمه بمعنى أنه له أن يمنع غيره و يملك إحياءه فيصح قوله إن كانت فى ملكه ملكها لأن كلامه فى جامع المقاصد مفروض فيما إذا أراد الآخر الأخذ مما فى حريم الأول و به يفارق كلام المصنف و الجماعة فيما يأتى فى قوله و لو حفر فبلغ المعدن فإنه مفروض فى أن الآخر حفر فيما خرج عن الحريم و المرفق كما ستسمع قال فى (التذكرة) لو ظهر فى ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر إنسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما يخرج عن أرضه لأنه لا يملك بل يملكه ما هو من أجزاء أرضه و ليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلا- فى أرضه من أجزاء الأرض انتهى و نحو ذلك ما فى المسالك و موضع آخر من التذكرة بل فى موضع آخر من التحرير ستسمعه و مراده بقوله (فى التذكرة) يخرج النيل عن أرضه خروج بعضه بقريته ما بعده (و قال فى التحرير) و لو ظهر فى ملكه معدن بحيث يخرج عن أرضه فحفر إنسان من خارج أرضه فهل له الأخذ مما خرج عن أرضه إشكال و أنت خبير بأنه لا حاجة إلى تجشم ذلك إذ أقصى ما هناك الظهور و هو لا يضر مع وضوح الحكم و لعل الغرض من التنصيص على ذلك بيان أن المعدن ليس كالكتر لا يملك و إن كان فى ملكه لأن الكتر مودع فى الأرض ليس جزءا منها بخلاف المعدن كما ذكر ذلك فى التذكرة أو يكون الغرض بيان أن الإحياء فى المعادن الباطنة لا يتصور إذا كانت فى ملك الغير و إن لم

يعلم بها الغير و إنما يتصور ملكها و إحياءها فى غير ملك الغير

(قوله) (و لو لم يبلغ بالحفر النيل فهو تحجير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧

لا- إحياء و يصير حينئذ أخص و لا يملكها بذلك فإن أهمل على إتمام العمل أو الترك و ينظره السلطان إلى زوال عذره ثم يلزمه أحد الأمرين و يجوز للإمام إقطاعها قبل التحجير و الإحياء (١) و لا يقتصر ملك المحيى على محل النيل بل الحفر التى حواليه و تليق بحريمه يملكها أيضا (٢) و لو أحيا أرضا ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعها لها (٣)

لا إحياء و يصير حينئذ أخص و لا يملكها فإن أهمل على إتمام العمل أو الترك و ينظره السلطان إلى زوال عذره ثم يلزمه أحد الأمرين و يجوز للإمام إقطاعه قبل التحجير و الإحياء)

قد صرح بذلك كله فى المبسوط و المهذب متفرقا و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و لم يذكر فى الدروس إنظار السلطان له إلى زوال عذره و لعله لتقدم ذكره فى التحجير كما تقدم لنا بيان حال ما إذا أهمل هناك و لو اعتذر بالإعسار فطلب الإمهال إلى اليسار فقد احتمل فى جامع المقاصد عدم إجابته و هو كذلك لأنه لعدم الأمد يستلزم التطويل فيفضى إلى التعطيل و الظاهر أنه لا خلاف فى أنه إذا لم يبلغ بالحفر النيل يكون تحجيرا و ليس بإحياء لكن قال فى السرائر هذا عند المخالف أما عندنا فلا فرق عندنا بين التحجير و الإحياء ذكر ذلك فى باب الجزية و قد استنهض ذلك قبل ذلك من كلام المبسوط كما تقدم بيانه و حيث تحجر يكون أحق به و بمرافقه على قدر الحاجة فى العمل عليه كما فى البئر و به صرح فى التذكرة و غيرها و أما أنه للإمام إقطاع هذا النوع من الموات فلأنه بمعناه و لعموم ولايته و لو قلنا إنه يملكه فأولى بالجواز و فى (التذكرة) عن الشافعى أنه لا يقطعه إلا- بقدر ما يتمكن المقطع من العمل عليه و الأخذ منه لأن الزائد عليه يضيق على الناس قال و قال علمائنا للإمام أن يقطعه الزائد (قلت) هو ظاهر المبسوط أو صريحه و ظاهر إطلاق الباقيين لكنه اختار فى التحرير مذهب الشافعى

(قوله) (و لا يقتصر ملك المحيى على محل النيل بل الحفر التى حواليه و تليق بحريمه يملكها أيضا)

فى المبسوط و المهذب أنه إذا أحيا المعدن فهو أحق به و بمرافقه التى لا بد منها على حسب الحاجة إليه إن كان يخرج ما يخرج منه بالأيدى و إن كان يخرج بالأعمال فكما ذكرناه فى الموات و قد ذكرنا معا فى الموات أن المدار على الحاجة مما يتوقف عليه الدواب و الدولاب و المستقى و نحو ذلك و قال فى (التذكرة) كما يملكه يملك ما حواليه مما يليق بحريمه و هو قدر ما يقف الأعوان و الدواب و وافقه على ذلك صاحب المسالك و فى (الدروس و الروضة و الكفاية) من ملك معدنا ملك حريمه و هو منتهى عروقه و مطرح ترابه و طريقه و ما يتوقف عليه عمله أن عمله عنده و فى (جامع المقاصد) لعله يريد بمنتهى عروقه إذا كانت غير بعيدة أما مع البعد فهو غير ظاهر لأنه من المعلوم أن المعدن إذا طال كثيرا لا يملك جميعه بالإحياء من بعض أطرافه (قلت) و هو كذلك كما يأتى فى كلام المصنف و غيره و كيف كان فالمدار فى ذلك على العرف لأنه المحكم فى ذلك و المراد بالحفر التى حواليه ما يريد أن يحفرها فهى الحفر بالقوة لا بالفعل

(قوله) (و لو أحيا أرضا ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعها لها)

كما فى مثل المبسوط و السرائر و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان إلا أنه قد خليت الثلاثة الأول و الدروس و غيره عن ذكر التبعية و هو فى محله كما تقضى به قواعد الباب و تعليهم الآتى و فى الأولين أنه لا خلاف فيه و ظاهر الأول بل و الثانى نفيه بين المسلمين و فى (الكفاية) أنه المشهور و ليس فى محله لأنه لم ينقل فيه خلاف عن أحد من الخاصة و العامة لأنه جزء من أجزائها و مخلوق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨

ظاهرا كان أو باطنا بخلاف ما لو كان ظاهرا قبل إحيائها (١) و لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية أخرى فإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه لأنه يملك المكان الذى حفره و حریمه (٢) و لو حفر كافر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمَةٌ أو للمسلمين إشكال (٣)

منها و كذا لو اشترى أرضا و فيه معدن فإنه له كما فى المبسوط و المهذب و السرائر و الجامع و التذكرة و التحرير و المسالك بخلاف الكنز الذى من دفن الإسلام فإنه لقطعة و إن كان ركازا من دفن الجاهلية ملكه كما صرح بذلك فى المبسوط و المهذب و السرائر و التذكرة و المسالك و لا فرق بين أن يعلم به حين إحيائها و عدمه كما هو الظاهر من إطلاق الفتوى و صريح المسالك (قوله) (ظاهرا كان أو باطنا بخلاف ما لو كان ظاهرا قبل إحيائها)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و الروضة و المراد بالظاهر الأول ما لا يحتاج فى إظهاره إلى عمل معتد به بحيث يعد إحياء كما تقدم بيانه و بالثانى ما لم يكن مستورا كأن يكون ظاهرا منكشفاً و لا يكون لإحياء الأرض دخل فى ظهوره

(قوله) (و لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية أخرى فإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه لأنه يملك المكان الذى حفره و حریمه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه لو جاء غيره و تجاوز ما يليق بحریمه و مقدار حاجته و حفر لم يكن له منعه من الحفر و إذا وصل إلى العرق و الحال أنه خارج عن الموضع الذى هو ملكه و حریمه لم يكن له منعه منه أى العرق و قد علل المصنف الحكمين فى الثلاثة بأنه يملك المكان الذى حفره و حریمه أى و لا يملك العرق الذى فى الأرض بذلك و هو كذلك صالح لكل من الحكمين و قد قال بعد ذلك فى التحرير بلا فاصلة أما إذا وصل الأول إلى العرق فهل للثانى الأخذ منه من جهة أخرى الوجه المنع فإن الأول يملك حریم المعدن و الظاهر أنه يريد أن أخذ الثانى ممنوع منه إذا كان موضع الأخذ حریماً للأول و إلا لم يطابق الدليل الدعوى و بما حررناه يعرف الفرق بينه و بين ما تقدم من كلام التذكرة و التحرير و جامع المقاصد عند شرح قوله فإن كانت فى ملكه ملكها كما نبهنا عليه هناك

(قوله) (و لو حفر كافر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمَةٌ أو للمسلمين إشكال)

ينشأ من أن الإحياء يقتضى ملك المعدن فيكون غنيمَةٌ لأنه ليس من جنس الأرض لأنه يعد غيرها و يخالفها فى الماهية و لأنه فى حكم المنقول أو هو منقول بالقوة القريبة و هو الذى قواه فى الإيضاح و استظهره فى جامع المقاصد و هو أيضا خيرة المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير مستندين جميعاً إلا أنه لا يعلم أن من أظهره هل قصد التملك أم لا فلا يدرى أنه كان ملكه فيغنىم أم لا فيكون على أصل الإباحة فيجرى مجرى من حفر بئراً فى البادية ثم ارتحل عنها و هو ضعيف جداً لأنك قد عرفت الوجه فى ذلك مضافاً إلى أن القرائن فى بئر البادية دلت على أنه إنما أراد دفع حاجة حاضره إذ لا يقصد أحد غالباً ملك بئر فى البادية بخلاف ما نحن فيه فإن القرائن فيه دالة على قصد التملك لأن الفعل الذى لا يكون إلا للتملك بحسب الغالب كاف فى حصول الملك و لا يعتبر العلم بنية التملك و إن شرطناها عملاً بالظاهر و إلا لكان الحافر لمعدن إلى أن يبلغه لا يختص به لعدم العلم بكونه نوى التملك فلا يمنع من أراد الأخذ و هو باطل و الوجه الآخر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩

و من ملك معدنًا فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك و لا أجره للغاصب (١) و لو أباحه كان الخارج له (٢) و لو قال له اعمل و لك نصف الخارج بطل لجهالة العوض إجاره و جعله فالحاصل للمالك و عليه الأجره (٣)

من الإشكال أنه إما جزء من الأرض التى لا تنقل أو مشابه لها فى ذلك و هو ضعيف جدا لما عرفت و لذلك اتفقت كلمة المتعرض لهذا الفرع على خلافه و إن اختلفوا فى المآخذ

(قوله) (و من ملك معدنا فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك و لا أجره للغاصب)

كما هو واضح لأنه عاد و قد نص عليه فى المبسوط و غيره و المراد أن غيره عمل فيه باستخراج الجوهر منه بعد ملك المالك له (قوله) (و لو أباحه كان الخارج له)

يريد أنه لو أباحه المالك صح تصرفه و لا يملك إلا الخارج و لا يخرج بذلك عن ملك المالك ما دامت العين باقية

(قوله) (و لو قال اعمل و لك نصف الخارج بطلت لجهالة العوض إجاره و جعله فالحاصل للمالك و عليه الأجره)

كما فى المبسوط و التذكرة و كذا جامع المقاصد أما بطلان الإجاره فظاهر ليس محل تأمل لأحد للجهالة و أما الجعالة فقد احتل فى الدروس و الحواشى صحتها بناء على أن الجهالة التى لا تمنع من تسليم العوض غير مانعة من الصحة (و اعترضه فى جامع المقاصد) بأنه قد يقال إن هذه مانعة من التسليم إذ لا يعلم متعلق المعاملة لعدم وقوف الحفر عند حد تقع المعاملة عليه فلا يكون الذى بذل العوض فى مقابلته معلوما متعينا بحيث إذا تحقق إتيانه به استحق و يلزم من جهالته جهالة العوض إذ لا يتعين قدر الخارج بمعين بخلاف من رد عبدى فله نصفه و المطابق لهذا أن يقال من أخرج كذا و كذا فله نصفه انتهى و هو تفصيل تلخيص ما أجاب به فى الحواشى عن هذا الاحتمال (و أجاب) أيضا بفرق آخر و هو أن صحة الجعالة فى الأعيان متوقفة على ملك الجاعل لتلك العين و الشرط مقدم على المشروط فيلزم ملك الجاعل للعين قبل الجعالة و هنا الملك متأخر انتهى و هو غريب لأن المفروض أن الجاعل مالك للمعدن بالإحياء ثم إنه قد تقدم أنه لنا جوابان لفظى و حكمى أما الأول فقد تقدم لنا فى باب الجعالة أن المانع من جهالة العوض لا يقول إنه يبطل أصل العقد و إنما يبطل المسمى فلو جعل له جعلاً مجهولاً صحت الجعالة و كانت له أجره المثل لأن ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض فيصح من رد عبدى أو ثوبى فله مال أو شىء أو أرضيه أو أعطيه و الثانى أن العادة مطردة فى أعمال كثيرة مجهولة بجزء منها مجهول و تنقيح ذلك فى باب الجعالة و لو قال اعمل فما أخرجت فهو لك و لنفسك فقد قال فى المبسوط لا يصح لأنه هبة مجهول و المجهول لا يصح ملكه فكل ما يخرج له فلصاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبة بعد الإخراج و يقبضه إياه و لا أجره للعامل لأنه عمل لنفسه و يجرى ذلك مجرى أن يهب إنسان زرعه و هو مجهول فينقله الموهوب من موضع إلى موضع آخر يريد به تبيته ثم يتبين أن الهبة كانت فاسدة فلا يكون للموهوب له شىء من الزرع و لا له أجره المثل لأنه إنما عمل لنفسه و على أنه مالكة انتهى و قد وافقه على ذلك كله القاضى فى المهذب و قد حكاه فى التذكرة عن الشيخ و الشافعى مختاراً له و قال إنه ليس كالقراض الفاسد لأن العامل فيه عمل للمالك لا لنفسه و لما لم يسلم له المشترك رددناه إلى أجره المثل و قد حكى فى جامع المقاصد عن التذكرة حكايته عن الشيخ ساكتاً عنه و ظاهره اختياره و قد حكى ذلك فى الدروس عن الشيخ و قال يشكل الحكم بأن لا أجره للعامل مع جهالته بالحكم و لعله مال إلى أنه تجب له الأجره لأن عمله فى الواقع وقع للمالك و هو غير معتد به و لا متبرع و قال فى (التحرير) يكون ذلك إباحة للإخراج و التملك و إن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠

[الفصل الرابع فى المياه و أقسامها سبعة]

إشارة

(الفصل الرابع فى المياه) و أقسامها سبعة (١)

[الأول المحرز]

(الأول) المحرز في الآنية أو الحوض أو المصنع وهو مملوك لمن أحرزه و إن أخذ من المباح و يصح بيعه (٢)

[الثاني البئر]

(الثاني) البئر إن حفرت في ملك أو مباح للتملك اختص بها كالمحجر (٣)

للمالك الرجوع في العين مع بقائها و لا- أجره له و لو قال له المالك استخرجه لي و لم يشرط له أجره فحكمه حكم ما لو قال له اغسل ثوبي فغسله

الفصل الرابع المياه (قوله) (و أقسامها سبعة)

و قد جعلها في التذكرة و التحرير ثلاثة المحرز و ماء الأنهار و ماء الآبار ثم قسم كلا من الأخيرين إلى أقسام و لكل وجه و قد نسج في المبسوط على منوال آخر تبعه عليه في السرائر و كيف كان فالأصل في الماء الإباحة عقلا مباشرة و حكما كأصلي الإباحة و البراءة و نقلا- من إجماع و نص من عامي كقوله صلى الله عليه و آله و سلم الناس شركاء في ثلاث النار و الماء و الكلا و خاصي كقول الكاظم عليه السلام إن المسلمين شركاء في الماء و النار و الكلا و لعل المراد بالنار الحطب أو أنه لا يجوز لصاحب النار و المصباح منع الناس من أن يشعلوا من ناره بل يجب عليه تمكينهم من ذلك و قد يعرض له الملك بأمور ثلاثة الإحراز و الاستنباط من بئر أو عين و الإجراء من نهر مباح و إن كان في الأخيرين خلاف كما ستسمع إن شاء الله تعالى

(قوله) (الأول المحرز في الآنية أو الحوض أو المصنع وهو مملوك لمن أحرزه و إن أخذه من المباح و يصح بيعه)

أما أنه مملوك لمن أحرزه في إجماع العلماء كما في التحرير و بالإجماع كما في التذكرة و المسالك و المفاتيح و في (جامع المقاصد) أنه لا- خلاف في حكم هذا القسم و في (الكفاية) أنه لا خلاف في اختصاصه بالمحرز له و أن له أنواع التصرفات فيه كبيع و هبة و نحوهما و لا- يجوز لأحد الأخذ إلا- بإذنه و نحو ذلك إجماع آخر في المسالك و هو كذلك بل هو ضروري و في (التذكرة) لا خلاف في جواز بيعه و كان غرضه بأن الوصلية الرد على بعض الشافعية حيث قال من أخذ من المياه العامة شيئا في إناء لا يملكه بل يكون أولى به من غيره و المسلمون على خلافه و إن عضده عموم النبوي و يمكن أن يكون رفعا للشك بناء على أن المباح يبقى على أصل الإباحة للاستصحاب و للتنبه على أن المباح لا يحتاج في تملكه إلى نية إذ نية عين إحرازه عند بعضهم و لا فرق في ذلك بين المسلمين و غيرهم عملا بعموم النبوي و عمومات الفتاوى و به صرح في التذكرة و لا يجب عليه بذل الفاضل عن حاجته من هذا الماء المحرز بلا خلاف كما في المبسوط و الخلاف و جامع الشرائع و ليس كالفاضل من ماء البئر و العين فإن فيه خلافا كما ستسمع و كان الأولى أن يقول في إناء أو حوض أو آنية و حياض لأن الآنية جمع إناء و الأنسب التساوي في الأفراد أو الجمعية

(قوله) (الثاني البئر إن حفرت في ملك أو مباح للتملك اختص بها كالمحجر)

أما أنه إذا حفرها في مباح و لم يبلغ الماء يختص بها و يكون تحجيرا فقد صرح به في المبسوط و جامع الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و به صرح في العين و النهر في الدروس و قد عبر بأنه إذا حفرها في ملك أو مباح للتملك في الشرائع و التذكرة و التحرير فيحتمل أن يكون قولهما للتملك قيدا للمباح فقط كما هو صريح المبسوط و السرائر قالا في البئر ضرب يحفره في ملكه و ضرب يحفره في الموات ليملكها و ضرب يحفره في الموات لا للتمليك فما يحفره في ملكه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١

فإذا بلغ الماء ملكه (١)

فإنما هو نقل ملكه إلى ملكه لأنه ملك المحل قبل الحفر انتهى و هو الظاهر من غيرهما و قد فهم فى المسالك من عبارة الشرائع أنه قيد لهما قال إنه يفهم من قيد التملك الاحتياج إليه فى ملكه و فى المباح لجعله علة لهما ثم قال إن الأظهر أن ما يخرج من المملوك من الماء مملوك تبعاً له كما تملك الثمرة الخارجة منه و ربما قيل بعدم ملكه انتهى و لا ريب أن قوله اختص بها جواب عنهما و معنى اختصاصه بها فيما إذا حفرها فى ملكه و لم يبلغ الماء أنه يختص بمائها فلو أن أحداً غلبه عليها و تم حفرها لم يملك ماءها و لا كذلك لو حفرها غاصب فى ملكه ابتداء فإنه يملك أو يكون أولى به فليتأمل

(قوله) (فإذا بلغ الماء ملكه)

كما فى المبسوط و المهذب و الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و الكتاب فى البيع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و هو مذهبنا كما فى السرائر و التذكرة و مذهب الأصحاب كما فى المسالك و الكفاية و الأصح عند الشيخ و الأصحاب كما فى جامع المقاصد و هو المشهور كما فى المفاتيح ذكروا ذلك فى البيع و الباب لأنه نماء ملكه فأشبهه الثمرة و اللبن و لأنه معدن ظاهر كسائر المعادن و على ذلك استمرت طريقته المسلمين فى الأعصار و الأمصار و لا مخالف إلا الشافعى فى أحد قوليه لظاهر قوله صلى الله عليه و آله و سلم الناس شركاء فى ثلاثة النار و الماء و الكلا و بأن من استأجر داراً كان له الانتفاع بماء بئرها و لو كان مملوكاً للمالك لم يكن له التصرف فيه إلا أن يأذن له المالك و الخير على تقدير صحته و عدم ضرر ترك ظاهره و أراد على الماء المباح الذى لم يعرض له وجه مملك مع أنه عامى من ذلك الفج و لعل الأولى بصاحب هذا القول أن يستدل بأن الماء يتجدد آناً فآناً و ليس ماؤه موجوداً بتمامه حتى يملك و ستسمع تحرير القول فى ذلك و البئر يدخل فى إجارة الدار تبعاً ثم إنه قال فى المبسوط و كل موضع قلنا فيه أنه يملك البئر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه و شرب ماشيته و سقى زرعه فإذا فضل بعد ذلك شىء و جب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه و شرب ماشيته إلى أن قال أما لسقى زرعه فلا يجب عليه لكنه يستحب (و استدلى على ذلك) بما رواه ابن عباس أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال إن الناس شركاء فى ثلاث الخبز (و بما رواه جابر) أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع فضل الماء قال فإذا ثبت أنه يلزمه البذل فإنه لا يلزمه بذل آتته من البكرة و الدلو و الجبل لأن ذلك يلبى و يفارق الماء لأنه ينبع و مثله ما فى الخلاف مع زيادة الاحتجاج بخبر أبى هريرة عنه صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال من منع فضل الماء ليمنع به الكلا منعه الله فضل رحمته و مراده أن الماشية ترعى بقرب الماء فإذا منع من الماء فقد منع من الكلا و قد حكى ذلك فى المختلف عن أبى على و قال فى (الغنية) إذا كانت البئر فى البادية فعليه بذل الفاضل لغيره لنفسه و ماشيته فخص ذلك فى بئر الموات لا بئر داره و قد عرفت حال خبر ابن عباس و حال خبرى جابر و أبى هريرة و قد أطبق المتأخرون عنه و عن أبى المكارم على خلافهم كما هو صريح ابنى سعيد و المصنف و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم و هو الظاهر من القاضى و ابن إدريس و غيرهما و قد نزلت هذه الأخبار على كراهية المنع و استحباب البذل فى الجامع و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية (إذا عرفت هذا) فتحرير القول فى باطن الأرض و ما علاها أن الأرض إذا كانت مملوكة ملك و وجهها الظاهر و لو كان قعر بئر و أما الباطن و ما علا على ملكه فالظاهر أنه مملوك لأنه حریم و مرفق له و الأكثرون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢

و لا- يحل لغيره الأخذ منه إلا بإذنه (١) و يجوز بيعه كيلاً- و وزناً و لا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه (٢) و البئر العادية إذا طمت و ذهب ماؤها فاستخرجه إنسان ملكها (٣)

على أن الحریم مملوك كما تقدم (و إن قلنا) إنه غير مملوك كان له فيه الأحقية و الأولوية فإذا كشفه ملكه و كذا إذا بنى فوقه و معنى الأولوية أن له أن يمنع غيره من الحفر تحت داره ليعمل ذلك سرداباً أو يستخرج الماء منه

(قوله) (و لا يحل لغيره الأخذ إلا بإذنه)

كما في المبسوط وغيره و هو مما لا ريب فيه عندنا

(قوله) (و يجوز بيعه كيلا و وزنا و لا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها و في (المسالك) أنه الأشهر و وجه تعذر تسليمه أنه ينبع شيئا فشيئا فيختلط المبيع و لا- يمكن التمييز و لا- منع الاختلاط و قال في (الدروس) يباع كيلا- و وزنا و مشاهدة إذا كان محصورا أما ماء البئر و العين فلا- إلا- إذا أريد على الدوام فالأقرب الصحة سواء كان منفردا أو تابعا للأرض و كأنه مال إليه في المسالك و نفى عنه البعد في الكفاية و استدل عليه (بصحيحه) سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أبيع شربه قال نعم إن شاء باعه بورق و إن شاء بكييل حنطة (و مثله رواية سعيد) ابن يسار و في حسنة الكاهلي يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء و الضمير في بيعه راجع إلى شربه و في (موثقة) إسماعيل بن الفضل إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء و يبيعه بما أحب و قد يقال أن لا دلالة في هذه الأخبار على جواز بيعه أجمع لاحتمال أن يكون المراد أنه يبيع شربه كيلا أو وزنا و لذلك استدلت بها في التذكرة على جواز بيع الماء المملوك الغير المحرز و قد صرح فيها قبل ذلك بما حكينا هنا عنها و في (موثقة) أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع النطاف و الأربعاء إلى أن قال و النطاف أن يكون له الشرب فيستغني عنه فقال لا تبعه أعره أخاك و جارك و في (موثقة) عبد الرحمن البصرى عن أبي عبد الله عليه السلام نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المحاقلة إلى أن قال و النطاف شرب الماء ليس لك إذا استغيت عنه أن تبيعه جارك تدعه له و ينبغى حمل هاتين على الاستحباب جمعا بين الأدلة و قد حمل في الإستبصار و التذكرة و غيرهما النهى في موثقة أبي بصير على الكراهية (و الأربعاء) جمع ربيع و هو جدول أو ساقية تجرى إلى النخل أو الزرع (و النطاف) جمع نطفة و هو الماء الصافي و المراد به هنا فضل الماء و أما الصلح عليه فينبغى أن يجزم في الدروس بجوازه لأنه أوسع دائرة من المبيع (و قضية) تقييدهم عدم جواز بيعه بجميعه و أجمعه أنه يجوز بيع بعضه و لا- بد من أن يكون هذا البعض مقدرا بكييل أو وزن أو بطول إصبع مثلا في عرض ذراع أو نحو ذلك و الظاهر أن العين التي لا تجرى كالبئر كما نص عليه في المبسوط و التذكرة و غيرهما و قال في (التذكرة) لو باع من الماء أصواعا معلومة فإن كان جاريا كالقناة لم يصح إذ لا يمكن ربطا لقدر بقدر مضبوط لعدم وقوفه و إن لم يكن جاريا كماء البئر فالوجه الجواز كما لو باع من صبرة قدرا معلوما ثم احتمل العدم لتجدد الماء الموجب لاختلاط المبيع فإن صاعا من ماء معين مغاير لصاع من ذلك الماء إذا صب عليه بعد العقد ماء آخر فتعذر التسليم كما لو باع صاعا من صبرة ثم صب عليها صبرة أخرى قبل التسليم و الفرق بينهما واضح بالعلم بالتجدد في البئر و عدمه في الصبرة و عدم الفرق المعتد به بين المائين و لا كذلك الصبرتين

(قوله) (و البئر العادية إذ طمت و ذهب ماؤها فاستخرجها إنسان ملكها)

لأنها قد ماتت فأحيها و العادية القديمة و هي منسوبة إلى عاد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣

و لو حفرها في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو أحق به مدة مقامه (١) عليها و قيل يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته و فيه نظر (٢)

و العرب ينسبون القديم إليه

(قوله) (و لو حفرها في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو أحق به مدة مقامه)

كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأنه لا ينقص

عن التحجير و قد قصد بالحفر أخذ الماء فيكون أحق فتأمل و أما أنه لا يملكهما فلأنه لم يقصد الملك و المحيي إنما يملك بالإحياء إذا قصد الملك فإذا تركها حل لغيره الانتفاع بها فلو عاود الأول بعد الإعراض فالأقرب أنه يساوى غيره كما فى التحرير و الدروس و غيرهما

(قوله) (و قيل يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته و فيه نظر)

و قد حكى هذا القول فى الشرائع أيضا و نسب فى الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و غيرها إلى الشيخ و لعله لأنه يلزمه القول به بالأولوية و إلا- فهو لم يتعرض له أصلا (و قال) فى موضع آخر من التذكرة لو حفر البئر و لم يقصد التملك و لا- غيره فالأقوى اختصاصه به لأنه قصد بالحفر أخذ الماء فيكون أحق و هنا ليس له منع المحتاج عن الفاضل عنه لا فى شرب الماشية و لا الزرع انتهى و هو يوافق ما نسبوه إلى الشيخ و يجيء فيه نظر الكتاب لكن المفروض فى كلام التذكرة أنه خلى عن قصد التملك و غيره (و فى كلام الشيخ) أنه قصد عدم التملك و لا يخفى ما فى كلام التذكرة من المنافرة و وجه نظر الكتاب فيما نسب إلى الشيخ من وجوب بذل الفاضل حيث نوى عدم التملك أن تملك المباحات إن لم يحتج إلى نية فقد ملك هذا الماء فلا يجب عليه بذل فاضله كسائر الأموال و إن احتج إلى نية فهو كالتحجير يفيد الأولوية و كيف كان فلا دليل على وجوب بذل الزائد و بذلك وجه فى الإيضاح و جامع المقاصد و الوجه الأول لعله غير متجه لأن الملك القهري خاص بالإرث و كذا الثانى لأنه إذا احتج الملك إلى نية ملك منه القدر المحتاج إليه لأنه لا بد و أن ينويه و الزائد معرض عنه فلا حجر و لا تحجير بعد أخذه القدر المحتاج إليه بل قبله أيضا إذا كان زائدا على حاجته كثيرا (و قال فى التذكرة) أيضا بعد ما حكيناه عنها بثلاث قوائم ما نصه هل يعتبر القصد إلى الإحياء فى تحقق الملك للمحیی (الوجه) أن نقول إن كان الفعل الذى فعله للإحياء لا- يفعل فى العادة مثله إلا للتملك كبناء الدار و اتخاذ البستان ملك به و إن لم يوجد منه قصد التملك (و إن كان) مما يفعله الممتلك و غير الممتلك كحفر البئر فى الموات و زراعة قطعة من الموات اعتمادا على ماء السماء افتقر تحقق الملك إلى تحقق قصده فإن قصد أفاد الملك و إلا فإشكال ينشأ من أن المباحات هل تملك بشرط النية أم لا و ما لا يكتفى به الممتلك كتسوية موضع النزول و تنقيته الحجارة لا يفيد الملك و إن قصده و هذا كنصب الحبولة فى طرق الصيد فإنه يفيد الملك فى الصيد و إغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك يفيد الملك و بدونه و جهان و توحل الصيد فى أرضه التى سقاها لا بقصد الصيد لا يقتضى التملك و إن قصده انتهى (و لا يخفى) ما عنون به المسألة فإنه لا يوافق ما عنونه له لكن الأمر سهل و قضية كلام التذكرة أنه إذا بنى البناء الذى لا يفعل إلا للتملك و لم يقصده أنه يملك و ليس كذلك (و قال فى جامع المقاصد) بعد نقل هاتين العبارتين عن التذكرة إن إشكاله الذى ذكره ينافى الجزم الذى تقدم و قد عرفت أن الإشكال إنما هو فى الملك و الذى تقدم إنما هو تقوية الاختصاص من دون جزم إلا أن تقول أن تقوية الاختصاص تدل على عدم الملك هذا و قال (فى جامع المقاصد) الذى يقتضيه النظر عدم اشتراط النية فى تملك المباحات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤

فإذا فارق فمن سبق فهو أحق بالانتفاع و لا يختص بها (١) أحد و لو حفرها جماعة ملكوها على نسبة الخرج (٢)

للأصل و لعموم قولهم عليهم السلام من أحيأ أرضا ميتة فهي له و اشتراط النية يحتاج إلى مخصص و الإحياء فى كل شىء بحسبه فحفر البئر إلى أن يبلغ الماء إحياء و ليس فى الباب ما يدل على الاشتراط مما يعتد به و غاية ما يدل عليه ما ذكره أن قصد عدم التملك مخرج للإحياء عن كونه سببا للملك إذ الملك القهري هو الإرث كما صرح به (فى التذكرة) فإنه قال فى جملة كلام له إن الإنسان لا- يملك ما لم يملك إلا فى الميراث فعلى هذا إن نوى التملك بالإحياء ملك و كذا ينبغى إذا لم ينو شيئا بخلاف ما لو نوى العدم فلا يملك و حينئذ فيتصور التوكيل فى حيازة المباحات و إحياء الموات (ثم قال) و الأصح فى مسألة الكتاب عدم الملك و عدم وجوب بذل الفاضل (و قال فى التذكرة) فى مثله إن قلنا إنه غير مملوك فالأقرب الوجوب دفعا لحاجته الغير و قد تقدم فى باب

اللقطة أن جماعة قالوا بأنها تدخل فى ملك الملتقط بعد التعريف قهرا إن كانت درهما أو فوكة و بدونه إن كانت دونه و قد استدللنا هناك بالأخبار و الإجماعات على أنه لا بد من النية فى تملكها كسائر المباحات (قوله) (فإذا فارق فمن سبق فهو أحق بالانتفاع و لا يختص بها)

قد صرح بأنه أحق بالانتفاع بها فى المبسوط و السرائر و التذكرة و الشرائع و التحرير و قد سمعت فيما سلف ما فى التحرير أيضا و الدروس و غيرهما و زيد فى الثلاثة الأول أنه كالمعادن الظاهرة (قلت) فلا يزعم حينئذ قبل قضاء وطره طال الزمان أو قصر أخذ قدر حاجته أو زاد ما لم يصدق عليه أنه مقيم فإنه يزعم إذا منع غيره (و لعله) إلى ذلك أشار بقوله و لا- يختص بها و قد خلت بقيه العبارات عن ذلك

(قوله) (و لو حفرها جماعة ملكوها على نسبة الخرج)

كما فى التحرير و جامع الشرائع و يجب تقييده بما إذا اشتركوا فى جميع الحفر بحيث يكون كل جزء من الحفر لهم و أجرته عليهم لأنه يكون اشتراكهم حينئذ على نسبة الخرج و كذا إذا اختص كل منهم بحفر بعض و كان الخرج للجميع مطابقا للعمل و لم يكن سعر العمل لبعضهم أزيد من سعر عمل البعض الآخر إذ نسبة العمل و الخرج حينئذ مستوية فى الجميع و إن تفاوتت السعر فالاشتراك على نسبة العمل لأن خرج أحدهم لو كان الربع و عمله فى الحفر الخمس لزيادة السعر فى نوبته لم يكن له فى سبب الإحياء إلا الخمس و لا يجوز أن يعطى الربع لأن ذلك ظلم كما ذكر ذلك كله فى جامع المقاصد و هو معنى ما فى الدروس فى النهر و البئر و الساقية من أنهم يملكونها على نسبة عملهم لا على نسبة خرجهم إلا أن يكون الخرج تابعا للعمل و بذلك عبر فى الروضة فى العين و قد نسب فى المفاتيح فى النهر أنه يملك على نسبة العمل إلى الأكثر (قلت) قد صرح بذلك فى الدروس كما سمعت و فى جامع المقاصد و المسالك و قيد فى الآخرين قوله فى الكتاب الملك فى القناة المشتركة بحسب الاشتراك فى العمل و الخرج و قوله فى الشرائع فى النهر على قدر النفقة على عمله بما إذا تساوى العمل و الخرج و قال و إلا- فالعبرة بالعمل و فى (الحواشى) عن إمام المصنف أنه قال إن كلامه فى الكتاب فى القناة يختص بما إذا اشتركوا فى الحفر كله أما لو حفر بعضهم شيئا و الآخر بعضا آخر ملك كل واحد بقدر عمله لا خرجة إذا لم يكن لصعوبة الأرض بل لتفاوت سعر الأجرة و هو تنبه جيد جدا و عبارة التحرير فى النهر كعبارة الشرائع (و قال فى التذكرة) فى النهر إنهم يملكونه على قدر عملهم و نفقتهم و الأمر فى ذلك ظاهر و هذه التقييدات لبيان الحكم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥

و إذا حفر بئرا فى ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق فى ملكه و إن كان يسرى الماء إليها (١) و الملك فى القنوات المشتركة بحسب الاشتراك فى العمل أو الخرج (٢)

[الثالث مياه العيون]

(الثالث) مياه العيون و العيون و الآبار فى الأرض المباحة لا للملك شرع لا يختص بها أحد (٣) فمن انتزع منها شيئا فى إناء و شبهه ملكه (٤) و يقدم السابق مع تعذر الجمع (٥) فإن اتفقا أقرع (٦)

و للتنبه على إطلاق المبسوط على أنه خالف فيه حيث ذهب إلى أنهم يملكون النهر و لا- يملكون ماءه قال إنهم يملكون النهر على قدر نفقاتهم فإن أنفقوا على السواء كان النهر بينهم بالسوية و إن تفاضلوا كان ملكهم على ما اتفقوا فالماء إذا جرى فيه لم يملكوه لكن يكون أهل النهر أولى به لأن يدهم عليه و لأن النهر ملك لهم و لكل واحد منهم أن ينتفع به على قدر الملك فإن كان الماء كثيرا يسعهم أن يسقوا من غير قسمة سقوا و إن لم يسعهم فإن تهايثوا و تراضوا على ذلك جاز لهم و إن لم يفعلوا و اختلفوا نصب

الحاكم فى موضع القسمة خشبةً مستوية الظهر محفورة بقدر حقوقهم فإن كان لأهل ساقية مائة جريب و للآخرين ألف جريب كانت الحفر إحدى عشرة حفرة فتكون حفرة منها لساقية من له مائة جريب و الباقي للباقي انتهى (و فى المسألة قول ثالث) محكى عن أبى على و هو أن حافر النهر إنما يملك ماءه إذا عمل له ما يصلح لسده و فتحه من المباح و كأنه جعل الحيازة سبب الملك فهى من فعل المكلف فلا بد أن يكون مقدورا عليها كما يقدر على تركها و إنما يتحقق بذلك

(قوله) (و إذا حفر بئرا فى ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق فى ملكه و إن كان يسرى الماء إليها)

قد تقدم الكلام فى مثله عند قوله و لكل أحد أن يتصرف فى ملكه كيف شاء و لو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد فلا منع

(قوله) (و الملك فى القنوات المشتركة بحسب الاشتراك فى العمل و الخرج)

تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (الثالث مياه العيون و الغيوث و الآبار فى الأرض المباحة لا للملك شرع لا يختص بها أحد)

يريد أن الناس شرع سواء فى ماء العيون و الغيوث و الآبار لا يختص بها أحد إذا كانت العيون و الآبار فى الأرض المباحة لا للملك أما لو حفر عينا أو بئرا أو مصنعا للملك فإنه يملك ملكه فقوله فى الأرض المباحة قيد للجميع و قوله للملك قيد فى العيون و الآبار أو فى الجميع و هو الأولى و قوله مياه العيون مبتدأ خبره قوله شرع و قضية كلامه هذا أنه لو نوى عدم التملك أو لم ينو شيئا إنه لا يملك و هو كذلك كما تقدم بيانه

(قوله) (فمن انتزع منها شيئا فى إناء و شبهه ملكه)

كما تقدم الكلام فيه

(قوله) (و يقدم السابق مع تعذر الجمع)

لثبوت الأحقية له بالسبق و هو مما لا ريب فيه كما تقدم الكلام فى السابق إلى المعدن و عنه صلى الله عليه و آله من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به و هو يقضى بأن لا سبق للمسالمة و ليس كذلك هنا بل هو كذلك فى المعدن عملا بظاهر الفتاوى كما تقدم

(قوله) (فإن اتفقا أقرع)

قد تقدم لنا التنبه على هذا فى ما إذا استبقا إلى معدن و لم يمكن الجمع بينهما فإن المصنف هناك احتمل القرعة و القسمة و تقديم الأحوج و قلنا إنه هنا لم يذكر الاحتمالين الأخيرين مع أن حاجة الأحوج إن كانت الخوف على نفس محترمة فلا ريب فى تقديمها كما أن القول بالقسمة إذا كان الماء قليلا لا يسعهما قوى جدا و قد تقدم لنا فى باب التيمم فى جماعة انتهوا إلى ماء مباح و استووا فى إثبات اليد عليه ما له نفع تام فى المقام و قد قيل هناك فى المعبر و التذكرة أن المانع القاهر آثم و يملكه لسبقه و فى (التحرير) التصريح بصحة طهارته حينئذ و استشكله فى الذكرى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦

[الرابع مياه الأنهار الكبار]

(الرابع) مياه الأنهار الكبار كالفرات و دجلة و الناس فيها شرع (١)

[الخامس الأنهار الصغار غير المملوكة]

(الخامس) الأنهار الصغار غير المملوكة التي يزدحم الناس فيها و يتشاحون في مائها أو مسيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه و لا يفي بسقى ما عليه دفعة (٢) فإنه يبدأ بالأول و هو الذي يلي فوهته (٣)

و جامع المقاصد و لعل الأصح عدم الصحة

(قوله) (الرابع مياه الأنهار الكبار كالفرات و دجلة و الناس فيها شرع)

كما في المبسوط و المهذب و السرائر و غيرها قال في (المبسوط) إن ماء البحر و النهر الكبير مثل دجلة و الفرات و جيحون و سنجار و العيون النابعة في موات السهل و الجبل مباح لكل أحد أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء بلا خلاف لخبر ابن عباس المتقدم و فيه أيضا و فيما ذكره بعده و غيره أن هذا الماء لو دخل إلى أملاك الناس و اجتمع فيها لم يملكوه كما لو نزل مطر و اجتمع في ملكهم أو ثلج فمكث في ملكهم أو فرخ طائر في بستانهم أو توحل ضبي في أرضهم أو وقعت سمكة في سماريتهم لم يملكوه و كان ذلك لمن حازه بلا خلاف انتهى ما في المبسوط و قالوا لكن لا يحل لغير المالك الدخول إلى الملك بغير إذن مالكة فلو فعل أثم و ملكه و في حكم هذه الأنهار و العيون كل بئر عادي

(قوله) (الخامس الأنهار الصغار غير المملوكة يزدحم الناس فيها و يتشاحون في مائها أو مسيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه و لا يفي لسقى ما عليه دفعة)

إذا اجتمعت الأملاك متعددة على ماء واحد و لم يكن مملوكا بل كان مباحا و لم يف بالجميع في وقت واحد و لم يتفقوا على التقدم و التأخر بل تشاحوا في ذلك فالحكم ما ستسمع و أما إذا كان ملكا لهم فإنه يقسم على قدر أنصباهم إما بقسمة الماء أو المهياة (قوله) (فإنه يبدأ بالأول و هو الذي يلي فوهته)

كما في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و هو معنى ما في المبسوط و السرائر من أنه يبدأ بالأقرب فالأقرب و قوله في الغنية و من قرب إلى الوادي أحق بالماء المجتمع فيه ممن بعد عنه و في (الدروس) أنه يبدأ بالأول فإن جهل فيمن يلي فوهته و هو معنى قوله في جامع المقاصد يبدأ بالأول إذا سبق بالإحياء أو جهل الحال فيكون المراد بالأول عندهما الأول إحياء و معناه أنه إنما يتقدم الذي يلي فوهة النهر إذا كان سابقا في الإحياء أو اشتبه التقدم أما لو علم المتقدم في الإحياء بدئ به أولا و إن كان أبعد الجميع لأن حق السابق بالإحياء سابق على الماء و قد اختاره في المسالك و استوجهه في الكفاية و قال في الأول و إطلاق النصوص بتقديم الأقرب منزل على ذلك بل أظهر تنزيهه على حالة الاشتباه و قال في الثاني إن النصوص الدالة على تقديم الذي يلي فوهة النهر لا عموم لها بحيث تشمل هذا القسم (و فيه) أن أخبار الباب و هي أربعة تضمنت أن يحبس الأعلى على الأسفل و أن الأعلى يشرب قبل الأسفل و هذا الإطلاق يرجع إلى العموم إذا لم يظهر له فرد شائع و لهذا تأمل فيه شيخنا صاحب الرياض و صاحب المفاتيح لكن الشيخ في المبسوط و المصنف في التذكرة و التحرير و الكتاب فيما يأتي و المحقق الثاني و غيرهم صرحوا بأنه إذا أحيا إنسان أرضا ميتة على هذا الوادي لم يشارك السابقين و إنما تردد فيه المحقق في الشرائع و لعله لما عرفت من عموم الرواية و من سبق الاستحقاق و لعله تردد في أنه هل يصلح لهذا المتأخر مع ضيق الماء الإحياء من دون إذن السابقين لاحتمال اشتباه الحال على طول الزمان خصوصا إذا كان إحياء في رأس النهر كما يأتي إن شاء الله تعالى و قد صرح في التحرير و التذكرة و الكتاب فيما يأتي بأنه لو سبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتا ثم أحيا آخر مواتا فوقه ثم أحيا ثالث فوقهما كان للأول و هو الأسفل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧

و يحبس على من دونه حتى ينتهي سقيه للزرع إلى الشراك و للشجر إلى القدم و للنخل إلى الساق (١)

السقى أولا ثم الثاني ثم الثالث و قد تقدم لنا نحو ذلك فكانت المسألة إجماعية ممن تعرض لها فيخصص الإجماع الإطلاق فلا معنى

للتأمل و ذلك لضعف التتبع

(قوله) (و يحبس على من دونه حتى ينتهي سقيه للزرع إلى الشراك و للشجر إلى القدم و للنخل إلى الساق)

هذا رواه أصحابنا كما في المبسوط و السرائر و ظاهر السرائر العمل به و قد نسبه إليهما صاحب الرياض و نسبه إلى المبسوط في جامع المقاصد و التنقيح و به أفتى في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و في (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح) أنه المشهور و في (الرياض) نسبه إلى الأكثر و ينبغي التأمل في الشهرة قبل التذكرة لأن الشيخ في النهاية ظاهره الخلاف كما ستسمع و هو صريح المحقق في النافع و أما الشيخ في المبسوط فإنه بعد أن ذكر أخبار العامة الدالة على السقي إلى الجدر و على السقي إلى الكعبين قال و روى أصحابنا أن الأعلى يحبس إلى الساق للنخل و للشجر إلى القدم و للزرع إلى الشراك فإذا ثبت هذا فالأقرب يسقى و يحبس الماء عن دونه فإذا بلغ الماء الكعبين أرسله إلى جاره و هكذا فلم يظهر منه العمل بما حكاه عن أصحابنا نعم هو ظاهر السرائر و قال في (النهاية) قضى رسول الله صلى الله عليه و آله في سبيل وادي مهزور أن يحبس الأعلى على الذي هو أسفل منه للنخل إلى الكعب و للزرع إلى الشراك ثم يرسل الماء إلى من هو دونه ثم كذلك يعمل من هو دونه و هو متن خبر غياث بن إبراهيم و به أفتى في النافع و قال في (الغنية) قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن الأقرب إلى الوادي يحبس الماء للنخل إلى أن يبلغ في أرضه إلى أول الساق و إلى الزرع إلى أن يبلغ الشراك و يظهر من التذكرة و التحرير حيث استدل فيهما بالأخبار العامة و الخاصية على ما في المتن أنه لا-اختلاف بين القولين كما يظهر ذلك أيضا من المسالك و الكفاية و المفاتيح إلا بالتعرض للشجر و عدمه حيث استدل في المسالك للمشهور بخبر غياث ثم قال لا يخفى ضعف السند و عدم تعرضه للشجر غير النخل و نحوه ما في الكفاية و المفاتيح و هذا منهم جميعا إما مبنى على أنه إذا بلغ الكعب أعنى قبة القدم بلغ أول الساق كما سمعته من عبارة الغنية و قد يكون المراد منها المعنى الثاني أو على أن الكعب هو المفصل بين القدم و عظم الساق و يرد بالساق مبدؤه لا- الزائد فقولهم إلى الساق كناية عن منتهى الكعب (و يبقى الكلام) في الفرق بين تحديد الشجر إلى القدم و بين تحديد النخل إلى الكعب أو إلى الساق لتقارب التحديد على التقديرين في النخل تقاربا كاد يقضى بالاتحاد و احتمال أن يرد بالساق غير مبدئه يقضى بالجهالة و الاختلاف و لعله لذلك ترك ذكر الشجر في الخبر و النافع فيكون حاله حال النخل فتأمل و ما في التذكرة و التحرير من الاستدلال بما رواه العامة مبنى على أن الرجوع إلى الجدر في قوله صلى الله عليه و آله يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر كناية عن بلوغ الماء إلى الكعبين في الأخبار العامة و الخاصية أو الكعب في بعض أخبار الخاصة لأنه إذا بلغهما بلغ أصل الجدر (و قد يقال) لا مجال للاحتمال الثاني لأن الكعب عندنا إنما هو قبة القدم (لأننا نقول) قد يكون المراد بالكعبين في خصوص المقام في أخبار الطرفين العظمان النائتان في مجمع القدم و أصل الساق لأنه يكفي التقدير برجل واحدة فالتثنية باعتبار أنهما اثنتان في الرجل الواحدة و لا كذلك الحال في آية الوضوء (و فيه) مع ما فيه أنه قد ثنى الشراكان و الساقان في مرسل الفقيه فلم يكن في تثنية الكعبين دلالة على ذلك و كيف كان فلا تعرض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨

ثم يرسل إلى من دونه و لا يجب الإرسال قبل ذلك و إن تلف الأخير (١) فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني فلا شيء للباقيين (٢)

في أخبار الطرفين للشجر غير النخل إلا ما أرسله الشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر كما سمعت و لا تصريح فيهما بكون السقي للنخل إلى الساقين إلا المرسل المذكور و ما أرسله في الفقيه بقوله و في خبر آخر للزرع إلى الشراكين و للنخل إلى الساقين و قد حملة جماعة من الشراح على قوة الوادي فقد فهموا الاختلاف بين الأخبار و المراد بالوصول إلى الشراك الوصول إلى ما فوق الأصابع و بالوصول إلى القدم الوصول إلى ظهره فقد تحصل أن الأخبار و الفتاوى قد اتفقت على تقدير سقي الزرع بالشراك فلا

إشكال فيه و أما الشجر فإن كان حاله حال النخل و إن تحديد سقى النخل فى الأخبار المسندة بالكعبين و الكعب يوافق تحديده بالساق فى الأخبار المرسله كان تحديد سقى الشجر بالقدم فى الأخبار المرسله إما موافقا لهما أو مستدركا بل موهما خلاف المراد و إن قلنا بالفرق بين تحديده بالكعبين و الكعب و بين تحديده بالساق كانت المسانيد مخالفة للمراسيل اتحد الشجر مع النخل أو اختلف و الترجيح للمراسيل لمكان إعراض الأكثر عن المسانيد مع استفاضتها و وجودها فى الجوامع الثلاثة العظام و فيها الصحيح إلى ابن أبى عمير الملحق بالصحيح و انجبار المراسيل بالشهرة المحكية فى التذكرة و غيرها إن تحققت و إلا فالشهرة بالنسبة إلينا معلومة لأن المخالف إنما هو المحقق فى النافع و الشيخ فى ظاهر النهاية و لا- ترجيح فى التنقيح و قد فهم فيه الخلاف بين كلامى النهاية و المبسوط (و لك أن تقول) إنه فى التذكرة و التحرير لم يستند فى الاستدلال على المشهور إلى المراسيل و إنما استند إلى المسانيد و الأخبار العامية الموافقة للمسانيد و قد قلت إن ظاهره أن لا خلاف فى الأخبار و لا خلاف بين الأصحاب (قلت) يدفع ذلك نسبه فيها ما فى الكتاب إلى المشهور بين الأصحاب و هو يقضى بوجود الخلاف إلا أن تقول إن ذلك بالنسبة إلى الشجر فقط لعدم ذكره فى المسانيد و أخبار العامة و قد عرفت أنه يجيء الخلاف و الاختلاف بين الأخبار و خصوصا إن نظرت فى التحديد إلى التحقيق كما عرفت فكان كلامهم غير خال من شوب الاضطراب هذا و المشهور كما فى التذكرة و المسالك و الكفاية فى لفظه مهزور أنها بتقديم الزاء على الراء المهملة و قد نص على ذلك فى الدروس و غيره و هو الذى سمعه الصدوق ممن يثق (يوثق خ ل) به من أهل المدينة و قال إن مسموعى من شيوخى محمد بن الحسن أنه مهروز بتقديم المهملة و ذكر أنه فارسى من هرز الماء و هو الماء الفاضل عن القدر المحتاج إليه و هو الذى اعتمده فى التنقيح و قال قال بعض الفضلاء من العجم هذا يوافق المعنى دون اللفظ لأن الفاضل من كل شىء يسمى بالعجمية هرزه بالهاء دون الواو فينبغى أن يقول ما هرزه إلا أن يكون ذلك من تصرفات العرب و قال أى فى التنقيح قال شيخنا الشهيد فى دروسه أنه بالمهملتين و كأنه أخذ من قول الجوهري (و الهرهور) الماء الكثير و هو الذى إذا جرى سمعت له هرهرة و هو حكاية صورته (قلت) قد سمعت ما نص عليه فى الدروس و لعل فى النسخة غلطا حيث أثبت الكاتب دروسه مكان درسه

(قوله) (ثم يرسل إلى من دونه و لا يجب قبل ذلك و إن تلف الأخير)

كما نص عليه فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و غيرها و ليس محل خلاف و لا تأمل فلا معنى لخرطه فى معقد الشهرة (فى جامع) المقاصد إلا أن يكون أشار إلى ما يأتى من تردد المحقق فى مثله (قوله) (فإن لم يفضل عن الأول شىء أو عن الثانى فلا شىء للباقيين)

لا نعلم فيه مخالفا كما فى التذكرة و حكى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩

و لو كانت أرض الأعلى مختلفة فى العلو و الهبوط سقى كلا على حدته (١) و لو تساوى اثنان فى القرب من الرأس قسم بينهما فإن تعذر أقرع (٢) فإن لم يفضل عن أحدهما سقى من أخرجه القرعة بقدر حقه ثم يتركه للآخر و ليس له السقى بجميع الماء لمساواة الآخر له فى الاستحقاق (٣)

عليه الإجماع فى (المسالك) و به صرح الجماعة لأنه لا حق للثانى و الثالث مع الأول لسبقه

(قوله) (و لو كانت الأرض مختلفة فى العلو و الهبوط سقى كلا كل على حدته)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و استحسنة فى الكفاية لأنهما لو سقيا معا لزداد فى المنخفضة عن الحد السائغ شرعا فيخرج عن المنصوص فوجب أفراد كل واحد بالسقى بما هو طريقه توصلا إلى متابعة النص بحسب الإمكان (و قال فى المسالك) إن إطلاق النص و الفتوى بسقى الزرع هذا المقدار محمول على الغالب فى أرض الحجاز من استوائها و إمكان سقى جميعها كذلك فلو كانت كلها منحدره لم يقف فيها الماء كذلك سقيت بما تقضيه العادة و سقط اعتبار التقدير الشرعى لتعذره و

استحسنه فى الكفاية (قلت) هذا الحمل جيد بالنسبة إلى أصل مورد الخبر لا- بالنسبة إلى المفتين و الرواة و هم عراقيون بل ينبغى الحمل على أن الغالب فيما يسقى سيحا و بالنواضح تساوى سطوح أرضه فى الحجاز و غيره كما هو المشاهد أو نقول إن الحال فى الاختلاف فى العلو و الهبوط كالحال فيما إذا اشتملت الأرض على نخل و شجر و زرع أو على اثنين منها فإنه لا بد أن يزيد أحدها عن القدر الموظف له و كذلك فيما إذا كان البستان مختلفا فى العلو و الهبوط و لا يمكن سقى كل على حده فليتأمل لأنه هنا متعذر و لعله لذلك تركه فى الدروس و غيره

(قوله) (و لو تساوى اثنان فى القرب من الرأس قسم بينهما فإن تعذر أقرع)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و الدروس و المسالك غير أنه جعل فى الأخيرين المهياة بعد تعذر القسمة و قبل القرعة قال فى (الدروس) قسم بينهما فإن ضاق تهيا على ذلك فإن تعاسر أقرع بينهما (و وجهه واضح خ) و لعل من ترك المهياة نظر إلى أنها لا جبر عليها و المراد بقوله فإن تعذر أقرع أنه إذا تعذرت القسمة بينهما أقرع لأن الحق لهما و لا أولوية فى التقدم و المفروض أنه لا يمكن الجمع و لا بد من أن يفرض أنهما تساويا فى الإحياء أيضا أو جهل الحال كما تقدم و تساويهما فى القرب يكون بأن يكونا متحاذيين عن يمين النهر و شماله و يعتبر فى القرب من الماء القرب بجزء منها أى الأرض و إن قل فلو اتسعت إحدهما على جانب النهر و ضاقت الأخرى و امتدت إلى خارج فهما متساويان لصديق قرب الملك

(قوله) (فإن لم يفضل عن أحدهما سقى من أخرجه القرعة بقدر حقه ثم يتركه للآخر و ليس له السقى بجميع الماء لمساواة الآخر له فى الاستحقاق)

كما صرح بجميع ذلك فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و كذا الدروس و المسالك و معناه أن القرعة إذا أخرجت أحدهما قدم فى السقى و ليس له أن يسقى مقدار حاجته لأنه يفسد زرع الآخر كله أو بعضه بل ينظر (ينتظر خ ل) إلى مقدار زمان السقى لهما و مقدار زمان صبر الزرعين و عدم تطرق الفساد إليهما و المفروض أن زمان الثانى قاصر عن زمان الأول لأن المفروض أن الفاضل عن سقى الأول غير كاف فى سقى الثانى فمقدار ما قصر به الزمان الثانى يوزع على كل من المالك الأول و الثانى فيسقى الأول مقدار حقه و هو ما يبقى بعد إسقاط حصته من التوزيع لا مقدار حاجته ثم يرسله إلى الثانى (مثاله) لو كان زمان سقى الأول أعنى الذى أخرجه القرعة ستة أيام و الآخر مثلها و الباقي ثمانية أيام فلكل منهما أربعة أيام و لو تفاوتتا فى ذلك بأن كان زمان سقى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠

و القرعة تنفيذ التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل (١) و لو كانت أرض أحدهما أكثر قسم على قدرها لأن الزائد مساو فى القرب (٢) و لو أحيأ إنسان أرضا على هذا النهر لم يشارك السابقين بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم (٣)

الأول ستة أيام و الآخر أربعة و مجموع المدة التى لا يبقى الزرعان بعدها ثمانية أيام فلأول ثلاثة أخماس ثمانية أيام و للآخر خمسها فإذا انقضت ثلاثة أخماس الثمانية أرسل الماء الأول و هو من أخرجه القرعة إلى الثانى لمساواتهما فى أصل الاستحقاق كذا قال فى جامع المقاصد (و نحن نقول) قد لا يكون السقى مقدرا بالزمان فالأمر الجامع أن يقال إنه يسقى بقدر حقه أى نصف المقدر على حسب المسقى من نخل و شجر و زرع فيسقى النخل إلى أن يبلغ نصف الساق و هو إلى ظهر القدم و الشجر إلى أن يبلغ نصف ظهر القدم و هو إلى الشراك و الزرع إلى نصف الشراك و هو أصول الأصابع تقريبا و يرسله إلى الآخر فيأخذ نصفه لا غير فليلاحظ ذلك و ليتأمل فيه لأن ذلك لا بد له من زمان و يصعب التقدير بذلك مع التفاوت فى النصيب ثم عد إلى العبارة فقوله فى كتبه الثلاثة و قول الشهيد فى الدروس فإن لم يفضل عن أحدهما غير محتاج إليه بل المحتاج إليه هنا أن لا يفضل عن أخرجه القرعة ثم إن مطلق عدم الفضل ليس شرطا فى الحكم المذكور بل الشرط أن لا يفضل بقدر حاجة الآخر و المراد بقوله ليس له السقى بجميع الماء أن ليس له السقى بقدر حاجته بحيث يصير الضرر فى جانب الآخر و قد ترك ذلك فى الدروس (و مما ذكر يعلم) أنه إذا فضل عن

أخرجته القرعة إذا قضى حاجته ما يقضى به حاجة الآخر فلا بحث و تركه المصنف لظهوره

(قوله) (و القرعة تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل)

كما ذكر ذلك أيضا فى التذكرة و التحرير و هو جواب عن سؤال مقدر تقديره أى فائدة للقرعة حينئذ و قد حكمنا (حكمت خ ل) باستوائهما فى السقى و جوابه أن فائدتها تقديم أحدهما على الآخر و لولاها لم يتحقق ذلك لعدم الأولوية لأن الحكم فى المتساويين فى القرب خلاف حكم الأعلى مع الأسفل لأنه يستوفى حاجته و إن أفضى ذلك إلى تلف زرع الأسفل لأنه لا حق للسافل مع العالى إلا بعد قضاء حاجته و أما المتساويان فالحق لكل منهما على طريق الاشتراك و التساوى

(قوله) (و لو كانت أرض أحدهما أكثر قسم على قدرها لأن الزائد مساو فى القرب)

أى فيستحق جزءا من الماء كما لو كان هذا الزائد لشخص ثالث لأن المدار فى الاستحقاق على القرب و هو ثابت فى الزائد و بالحكم صرح فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد

(قوله) (و لو أحيأ إنسان أرضا على هذا النهر لم يشارك السابقين بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و عليه فلو لم يفضل عن كفايتهم شىء بأن احتاج الأول إلى السقى عند فراغ المتأخر رجع الحق إليه و هكذا و لا شىء لهذا الذى أحيأ أخيرا سواء كان ما أحيأه أقرب إلى النهر أم أبعد و تردد المحقق فى الشرائع فى الحكم المذكور و لعله لأنه يحتتمل مشاركته للسابقين بمعنى استحقاقه نوبة بعد نوبتهم و إن احتاج السابق قبل أخذه النوبة لأن النهر مباح بالأصل و إنما استحققه من سبق بسبب الإحياء و قد شاركهم المتأخر كما شارك من قبله السابق عليه و هذا الاحتمال قوى لعدم ظهور الفرق بينه و بين من قبله بالنسبة إلى من قبله و استقرار الملك قبله لعله لا يجدى إن كان هو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١

و إن كان الإحياء فى رأس النهر (١) و ليس لهم منعه من الإحياء (٢) و لو سبق إنسان إلى الإحياء فى أسفله ثم أحيأ آخر فوفا ثم ثالث فوق الثانى قدم الأسفل فى السقى لتقدمه فى الإحياء ثم الثانى ثم الثالث (٣)

المستند فينبغى أن يشارك «١» (يقوى إن قلنا إن الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه و إن احتاج مرة أخرى و هو وجه فى المسألة أما إذا قلنا بأنه أولى من اللاحق مطلقا و لاحق لللاحق إلا مع استغنائه فلا يظهر لهذا الاحتمال وجه لأنه مع غناء السابقين لا إشكال فى استحقاقه و مع حاجتهم يقدمون عليه و ينبغى التأمل فى معنى استقرار الملك إن كان مستندهم فى عدم المشاركة إليه خ ل) (و فى التذكرة) نقل الخلاف فيما لو احتاج الأعلى بعد استيفاء حقه إلى السقى مرة أخرى هل يمكن أم لا ثم قوى عدم التمكين و أنه يجب عليه الإرسال (لقوله) صلى الله عليه و آله فى الخبر العامى ثم يرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهى الأرضى (و قول) الصادق عليه السلام فى خبر غياث ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك (و فى خبر عقبه) ثم يسرح الماء إلى الأسفل الذى يليه كذلك حتى تنقضى الحوائط و يفنى الماء (قلت) الموافق لقواعد الباب و لما مر من إجماع التذكرة أنه يمكن من السقى مرة أخرى و الأخبار محمولة على ما إذا انقضت حاجة الأول بالكلية و قد تقدم للشرائع و غيرها أنه لا حق للثانى و الثالث مع الأول و يأتى ما لم نفع فى المقام و قد احتملنا فيما سلف وجها آخر للتردد فى الشرائع

(قوله) (و إن كان الإحياء فى رأس النهر)

أى لم يشارك الذى أحيأ أخيرا من سبقه و إن كان ما أحيأه أقرب إلى رأس النهر كما تقدم التنبيه عليه

(قوله) (و ليس لهم منعه من الإحياء)

□

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن حقهم فى النهر لا فى الموات و قد قالوا صلوات الله عليهم من أحيأ أرضا ميتة فهى له قال فى (التذكرة) لو أراد إنسان إحياء أرض ميتة و سقيها من هذا النهر الغير المملوك فإن لم يكن فيه تضييق فلا منع و إن كان فيه

تضييق منع من السقى منه لأن الأولين بإحياء أراضيهم استحقوا مرافقها وهذا من أعظم مرافقها ولأنهم أسبق إلى النهر منه فإن أحيا شيئاً لم يكن له السقى إلا بعد استغناء الأولين عنه وإن كان أقرب إلى فوهة النهر و هل لأرباب الأملاك منعه من الإحياء قال بعض العامة لهم منعه لثلاثاً يصير ذلك ذريعة إلى منعهم من حقهم لأنه أقرب فربما طال الزمان و جهل الحال و قال (بعضهم) ليس لهم منعه لأن حقهم فى النهر لا- فى الموات (قلت) و ليسوا كأصحاب الدرب المرفوع إذا أراد أحد من أهله فتح باب أدخل من بابه فإن لهم المنع حذراً من الشبهة لأن الدرب حق لأرباب الدور و الموات لا حق لأحد فيها بل الناس فيها شرع و على ما اخترناه آنفاً لا مجال للقول بالمنع فيما إذا كان ما أحياه أبعد من جميع أراضيهم و لذلك فرضه القائل بالمنع فيما إذا كان أقرب من جميعها أو بعضها و لا يخفى أن النظر فى كلام التذكرة أولاً إلى السقى و ثانياً إلى الإحياء

(قوله) (و لو سبق إنسان إلى الإحياء فى أسفله ثم أحيا آخر فوقه ثم ثالث فوق الثانى قدم الأسفل فى السقى لتقديمه فى الإحياء ثم الثانى ثم الثالث)

كما

(١) فى بعض النسخ و هذا الاحتمال يقوى إن قلنا إلى قوله فى عدم المشاركة إليه و فى بعض النسخ كما هنا لكن بدون وضع علامة على قوله يقوى إلى قوله فى عدم المشاركة إليه أنها نسخة بدل عن الأولى و المظنون أنها نسخة بدل عنها فلذلك وضعنا عليها علامتها (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢

[السادس الجارى من نهر مملوك]

(السادس) الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح بأن يحفر إنسان نهراً فى مباح يتصل بنهر كبير مباح فما لم يصل الحفر إلى الماء لا يملكه و إنما هو تحجير و شروع فى الإحياء فإذا وصل فقد ملك بالإحياء سواء أجرى فيه الماء أو لا لأن الإحياء هو التهيئة للانتفاع (١) فإن كان لجماعة فهو بينهم على قدر عملهم أو النفقة عليه (٢) و يملكون الماء الجارى فيه على رأى (٣) فإن وسعهم أو تراضوا و إلا قسم على قدر الأنصبة (٤)

فى التذكرة و التحرير بل هو فذلك ما سبق و هذا و ما تقدمه يرشد إلى ما تقدم لنا فى شرح قوله فإنه يبدأ بالأول

(قوله) (السادس الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح بأن يحفر إنسان نهراً فى مباح يتصل بنهر كبير مباح فما لم يصل الحفر إلى الماء لا- يملكه و إنما هو تحجير و شروع فى الإحياء فإذا وصل فقد ملك بالإحياء سواء أجرى فيه الماء أو لا لأن الإحياء التهيئة للانتفاع)

قد صرح فى المبسوط و سائر ما تأخر عنه مما تعرض فيه لهذا الفرع أنه إذا لم يصل الحفر إلى الماء يكون تحجيراً و إذا وصل ملك النهر أى الحفيرة من غير خلاف بل فى المسالك و الكفاية أنه لا خلاف فى ملكية النهر بالحفر و قد صرح فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و غيرها بأنه لا فرق بين أن يكون أجرى فيه الماء أو لا لأن حصول المنفعة بالفعل غير شرط فى الإحياء إنما المعتبر منه التهيئة للانتفاع

(قوله) (فإن كان لجماعة فهو بينهم على قدر عملهم أو النفقة عليه)

قد تقدم الكلام فى ذلك عند الكلام على ما إذا حفر البئر جماعة

(قوله) (و يملكون الماء الجارى فيه على رأى)

لا- أجد خلافا فى ذلك إلا من الشيخ فى المبسوط فإنه قال فالماء إذا جرى فيه لم يملكه لكنه أولى بذلك لأن يدهم عليه قال فى (التذكرة) و هو قول العامة و لم يظهر من المذهب و الغنية و السرائر وفاق و لا خلاف و ظاهر التحرير التأمل و الباقون كالمحقق و من تأخر عنه مطبقون على أنهم يملكون إلا ما يحكى عن أبى على حيث اشترط فى ملك النهر و مائه وجود ما يصلح لسده و فتحه كما تقدم بيانه و قد أشار إلى الحكم المذكور هنا فى الإرشاد بقوله و ما يقبضه النهر المملوك لصاحبه (حجة المتأخرين) أن الحافر قد اتخذ آله لتحصيل شىء مباح فملكه كالشبكة لأنه حفره بقصد قبضه لا لغرض آخر فلا ينافى قولهم بعدم تملك الماء بمجرد دخوله فى ملك الإنسان و قد يستدل عليه بخبر إسماعيل بن الفضيل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلا إذا كان سيحا فيعمد الرجل إلى مائه فيسوقه إلى الأرض فيسقيه الحشيش و هو الذى حفر النهر و له الماء يزرع به ما شاء فقال إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء و ليتصدق بما أحب (و فى الفقيه) و ليعه بما أحب فليأمل و فى (صحيحة) سعيد الأعرج و غيرها جواز بيع الشرب من القناة فليأمل و جوز فى الدروس الوضوء من هذا النهر و الغسل و تطهير الثياب عملا بشاهد الحال إلا مع النهى و يأتى للمصنف فى الكتاب و غيره أنه يجوز لكل أحد الشرب من الماء المملوك فى الساقية و الوضوء و الغسل و غسل الثوب ما لم تعلم الكراهية (قوله) (فإن وسعهم أو تراضوا و إلا قسم على قدر أنصبتهم)

يريد أنه إذا وسع الشركاء هذا الماء الجارى من النهر المملوك فلا كلام و كذلك إذا كان لا يكفى و لكن تراضوا على السقى به على أى حال كان أو تراضوا بقسمته قسم بينهم بالمهاياة و إن تشاحوا قسم بالأجزاء بوضع خشبة كما ستسمع و ليس للأعلى هنا حبس الماء على الأسفل كما تقدم فيما إذا لم يكن الماء مملوكا لكن ذلك قد يجىء على مذهب الشيخ فى المبسوط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣

فيجعل خشبة صلبة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم فى مصدم الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد فلو كان لأحدهم نصفه و للآخر ثلثه و للثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب فى ساقيته و لصاحب الثلث ثقبان تصبان فى أخرى و لصاحب السدس ثقبه (١) و تصح المهاياة و ليست لازمة (٢) و إذا حصل نصيب إنسان فى ساقية سقى به ما شاء سواء كان له شرب

من أن ماء النهر المملوك غير مملوك لكنه ذكر ذلك فى المبسوط و بناه على أنهم أولى به و يجىء أيضا أن لا يكون القسمة على مقدار الأنصاء بل على مقدار الحاجة و هو محل تأمل

(قوله) (فيجعل خشبة صلبة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم فى مصدم الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد فإذا كان لأحدهم نصفه و لآخر ثلثه و للثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب فى ساقية و لصاحب الثلث ثقبان تصبان فى أخرى و لصاحب السدس ثقبه)

قد خير فى التحرير و الدروس بين الخشبة الصلبة و الصخرة المتساوية الطرفين و الوسط و اعتبرا فيهما فى الكتابين كونهما فى موضع مستو و لم يذكر ذلك فى المبسوط و اقتصر على اعتبار استواء ظهر الخشبة فاعتبار استوائهما و استواء مكانهما لمكان الاحتراز عن التفاوت فى خروج الماء فيخرج من بعضها قليلا و من الآخر كثيرا و لعل الأولى أن يجعل الشرط استواء الماء بالنسبة إلى الثقوب و ذلك يكون باستواء الخشبة كثيرا و استواء المكان أو بغمر الماء لها جميعا بحيث يخرج الماء من مجموع كل واحدة من الثقب فتأمل و أما اعتبار الصلابة فى الخشبة فلئلا- تتأثر من مر الماء على مرور الأيام فيتفاوت الثقب و ينبغى أن يعتبروا أيضا تساوى الثقوب فى السعة و لعلمهم تركوه لظهوره لكنه نبه عليه فى التذكرة و الدروس كما أنه لم يذكر اعتبار الصلابة فى الخشبة لذلك و قوله ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد إنما ينطبق على ما إذا تساوا فى الحقوق فيكون حق كل واحد منحصرا فى ثقب و يفهم منه بأدنى التفات مع التفاوت فلا بد من تعدد الثقوب على عدد تخرج منه جميعها صحاحا فلو كان لواحد نصف و لآخر ربع و لآخر الباقي

فلا بد من أربع ثقوب و لو كان لواحد ربع و لآخر سدس و للثالث الباقي فلا بد من اثني عشر ثقباً فحسن حينئذ تفرغ قوله فلو كان لأحدهم نصفه و لآخر ثلثه و للثالث سدسه على ذلك (و لو كان لأحدهما ألف جريب و للآخر مائة فلا بد من أحد عشر ثقباً لصاحب المائة واحد و لصاحب الألف أحد عشرة خ ل) و مثل ذلك ما فى التذكرة و التحرير من التفرغ على ذلك (قوله) (و تصح المهاياة و ليست لازمة)

أما صحتها فلأن الماء لهما فلهما أن يتفقا على قسمته بما شاء من أيام و ساعات أو أقل أو أكثر بحيث يحصل الضبط و عدم التفاوت الكثير بل يصح مع التفاوت الكثير لأن المدار على الرضا و أما عدم لزومها فلعدم كونها معاوضة حقيقية فمتى رجع أحدهما قبل استيفاء الآخر نوبته سواء كان الراجع قد استوفى تمام نوبته أم لا ضمن للآخر أجره مثل نصيبه من النهر للمدة التى أجرى الماء فيها لأنه لما تعذر ضبط الماء المستوفى بالكيل أو الوزن امتنع إيجاب مثله لأن كان مثلياً و امتنع إيجاب قيمته أيضاً فلم يبق إلا الرجوع إلى الزمان الذى استوفى فيه فوجبت الأجره على حسبه

(قوله) (و إذا حصل نصيب إنسان فى ساقية سقى به ما شاء سواء كان له شرب (٣)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤

من هذا النهر أو لا و كذا البحث فى الدولاب له أن يسقى بنصيبه ما شاء و لكل واحد أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بمهما شاء من إجراء غير هذا الماء أو عمل رحي أو دولاب أو عبارة أو غير ذلك و ليس له ذلك فى المشترك (١) و لو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالطائر يعيش فى ملك إنسان (٢)

[السابع النهر المملوك الجارى من ماء مملوك]

(السابع) النهر المملوك الجارى من ماء مملوك بأن يشترك جماعة فى استنباط عين و إجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقة و العمل (٣)

من هذا النهر أو لا و كذا البحث فى الدولاب له أن يسقى بنصيبه ما شاء و لكل واحد أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بمهما شاء من إجراء غير هذا الماء أو عمل رحي أو دولاب أو عبارة أو غير ذلك و ليس له ذلك فى المشترك

كما نص على ذلك كله فى التذكرة و التحرير و الضمير فى قوله سواء كان له يعود إلى ما أى سواء كان ما شاء سقيه من هذه الساقية له شرب من هذا النهر أو لا- و لا- يجوز أن يعود إلى إنسان لأنه يفسد المعنى و إنما كان له ذلك لأنه خالص ملكه يصنع به ما شاء فكان لما دخل فى ساقيته كما لو انفرد به من أصله و زاد فى التذكرة و التحرير أن له أن يعطيه من يسقى به و حكى فى التذكرة عن أكثر الشافعية أنه قال إنه ليس له أن يسقى بمائه المختص به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا الماء لدلالة ذلك على أن لها سهماً من هذا الماء فربما جعل سقيها دليلاً على استحقاقها لذلك فيتضرر الشركاء و ليس بشيء بخلاف ما لو كان النهر مباحاً و أمكنت القسمة بين أرباب المزارع من الجانبين للتساوى فى الاستحقاق فإنه ليس لأحدهم أن يسقى به غير ما له استحقاق الشرب من هذا النهر بدون رضا الباقيين حذراً من حصول الشبهة بمرور الأيام قال فى (جامع المقاصد) و لم أقف على تصريح به (قلت) لعل التعليل بالحذر غير متجه بل الأولى التعليل بأن الأولوية إنما كانت لهذه الأرض فليتأمل و أما أنه ليس له ذلك فى المشترك فلأنه يستلزم التصرف فى ملك الشريك و قال فى (الدروس) ليس لأحدهم عمل جسر و لا- قنطرة إلا بإذن الباقيين إذا كان الحريم مشتركاً و لو اختص بالحريم من الجانبين و كان الخشب غير ضار بالنهر و لا- بأهله لم يمنع منهما (و اعترضه فى جامع المقاصد) بأن هواء النهر يملك بالإحياء كما يملك الحريم فإذا كان النهر مشتركاً كان الهواء كذلك فلا يكفى الاختصاص بالحريم فى جواز عمل الجسر و القنطرة نعم لو اختص بالحريم و الهواء كأن نقل المجرى إلى ملك الشركاء بعقد مملك و استثنى الهواء جاز حينئذ و العبارة خشبة تمتد على

طرفى النهر يعبر الماء فيها

(قوله) (و لو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالطائر يعيش فى ملك إنسان)

كما فى التذكرة و التحرير فى الحكم و التمثيل و أشار بهذا النهر إلى النهر المملوك المستخرج من المباح و كأنه يحترز به عن العين المستخرجة و القناة و غرضه أنه إنما يملك الماء الذى فى النهر و ما يفيض منه فى ملكه و ما يتعلق به و أما إذا فاض كثيرا بحيث طفى و جرى إلى ملك الغير فإنه غير مملوك لصاحب النهر و لا للغير الذى فاض إلى ملكه فشأنه بالنسبة إلى الغير كالطائر إذا عشى فى ملكه فإنه لا يملكه لأن الإنسان لا يملك ما لم يتملك كما تقدم بيانه و قال فى (جامع المقاصد) هذا المثل غير مطابق لأن الطائر لا يملك بمجرد ما ذكر بخلاف ماء النهر المحفور فإنه يملك كما سبق نعم على قول الشيخ بعدم ملكه يطابق المثل انتهى فتأمل فيه لأنه مطابق عند التأمل

(قوله) (السابع النهر المملوك الجارى من ماء مملوك بأن يشترك جماعة فى استنباط عين و إجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقة و العمل)

الفرق بينه و بين النهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٥

و يجوز لكل أحد الشرب من الماء المملوك فى الساقية و الوضوء و الغسل و غسل الثوب ما لم يعلم كراهية المالك (١) و لا يحرم على صاحبه المنع و لا يجب عليه بذل الفاضل و لا يحرم عليه البيع لكن يكره (٢) و لو احتاج النهر إلى حفر أو إصلاح أو سد بثق فهو عليهم على حسب ملكهم فيشتركون الكل إلى أن يصلوا إلى الأذن من أوله ثم لا- شىء عليه و يشتركون الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثانى و هكذا و يحتمل التشريك (٣)

الذى قبله أن هذا يجرى من مملوك و ذلك يجرى من مباح و قد تقدم أن المدار على العمل فلو لم تطابقه النفقة كأن كان عمل بعضهم الخمس و أنفق عليه الربع فلا اعتبار بالنفقة و لو تفاوت النصيب فى النهر و العين كأن كان لأحدهما نصف العين و ربع النهر فالمدار على الأجرة و الثقب فى الخشبة

(قوله) (و يجوز لكل واحد الشرب من الماء المملوك فى الساقية و الوضوء و الغسل و غسل الثوب ما لم تعلم الكراهية)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و قد سمعت أنه جوز ذلك فى الدروس فى النهر الجارى من المباح عملا بشاهد الحال إلا مع النهى و لا- كذلك المحرز فى الآنية فإنه لا- يجوز ذلك منه إلا مع العلم بالرضا و فى (التحرير) أنه لو أراد سقى الماشية الكثيرة من النهر المملوك لم يجز مع قلة الماء و أنه لو توجه على المالك ضرر بالشرب و نحوه اتجه التحريم و فى (الحواشى) أنه يتعدى الحكم إلى البئر و الكر و غير ذلك و أنه لا بأس بالماشية القليلة دون العشرة و يعلم أن المراد بقوله ما لم تعلم الكراهية أن ذلك إذا بقى شاهد الحال و أما إذا طرأ عليه أى شاهد الحال ما يزيله أو لم يكن من أول الأمر شاهد حال فيكفى فى المنع الشك كما نبهنا على ذلك فى باب مكان المصلى

(قوله) (و لا يحرم على صاحب المنع و لا يجب عليه بذل الفاضل و لا يحرم البيع و لكن يكره)

الوجه فى أنه لا يحرم عليه البيع و المنع و لا يجب عليه بذل الفاضل ظاهر لا يخفى و قد تقدم ذلك فى مثله و أما الكراهية فقد نص عليها جماعة كما تقدم منهم القاضى و قد نسب القول بها فى الدروس إلى المحقق و لم نجده صرح بذلك

(قوله) (و لو احتاج النهر إلى حفر أو إصلاح أو سد بثق فهو على حسب ملكهم فيشتركون الكل إلى أن يصلوا إلى الأذن من أوله ثم لا شىء عليه و يشتركون الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثانى و هكذا و يحتمل التشريك)

الأول خيرة التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد لأنه لا ملك له فيما وراء أرضه و النفقة و المئونة تنتهى بانتهاء

ملكه فيختص الباقي بمثونه ما بقي على حسب استحقاقهم على أنه حينئذ ليس من ضروريات ملكه ووجه الاحتمال أن ما بعد ملكه و إن لم يكن مملوكا له إلا أنه من ضروريات ملكه لأنه مصب لمائه و هو خيرة الحواشي (و فيه) أنه لا ضرورة به إليه إذا أراد الآخر السقي و أنه لا حق له بعد ذلك الموضوع لانحصار الاستحقاق في الباقي نعم قد صرح في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بأنه لو كان الماء يفضل عن جميعهم و احتاج الفاضل إلى مصرف ينصب إليه فمثونه ذلك المصرف على جميعهم لأنهم يشتركون في الحاجة و الانتفاع به فكانت مثونته عليهم كلهم كأوله و في (الدروس) أن مغيضة الماء لو احتيج إلى إصلاحه (إصلاحها ظ) فعلى الجميع و في (جامع المقاصد) أن هنا سؤالاً - و هو أنه إذا انتهى حق الأدنى عند أرضه فكيف يجب عليه حصه من مثونه مصرف الفاضل عن الجميع فإما أن يجب عليه حصه من المثونه في الجميع أو لا يجب شيء لما بعد ملكه على حال قال (و قد يجاب) بأنه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٦

[تنمة]

(تنمة) المرجع في الإحياء إلى العرف (١) فقاصد السكنى يحصل إحياءه بالتحويط و لو بخشب أو قصب و السقف (٢)

لا استبعاد في أن يتعلق حق الشريك بملك شريكه من الماء لاستوائهما في الإحياء ثم ينتهي استحقاقه أيضا بانتهاء ملكه فيتعلق بالأول أحكام ملكه حينئذ (و فيه نظر) لأن أحدهم لا يتعلق حقه بملك الآخر و إن امتزج حقه بحقه (قلت) لما كان في صرف الماء دفع ضرر عن الأول و غيره لأنه بدونه لا - يجرى الماء من النهر إلى ملكه و لا ملك غيره فيكون المراد أنهم إذا أرادوا دفع الضرر عنهم كانت المثونه موزعة عليهم و لا - تصريح في التذكرة و غيرها بالوجوب بالمعنى الذي أراده (ثم قال) هنا سؤال آخر و هو أنه إذا لم يكن لأحد الشريكين إجبار شريكه في القناة و نحوها على العماره فلا معنى للوجوب المذكور في هذا المبحث و يمكن الجواب بأن هنا فوائد (أحدها) أنه يأنم بالترك و إن لم يجبر للنهي عن إضاعة المال و قد ينظر فيه بأن ذلك لو كان واجبا لجاز الإجماع إلا أن يقال إنه لا يجبر على كل واجب (الثانية) أنه إذا تحقق الوجوب كان للحاكم التسلط على إجباره على واحد من أمور متعددة إما الإصلاح أو البيع أو الإجارة أو القسمة إن أمكنت إلى آخر الأمور المتعددة فكان له إجبار في الجملة و متعلقه واحد غير معين من متعدد و كل واحد لا يجبر عليه بخصوصه و إن أجبر على واحد غير معين و هذا في قوة فائدة ثالثة (و الجواب) أن غرضهم هنا بيان أن ما يتعلق بإصلاح النهر قبل الوصول إلى الأول لا يختص به الأول و ما يتعلق بمغيضة الماء لا يختص به الأخير فإذا تنازعا حكم عليهم الحاكم بذلك و لا - تعرض لهم في الباب إلى الوجوب و الإجماع إذا امتنعوا أو أحدهم و قد ذكروا ذلك في باب الصلح و البث و يكسر منبعث الماء و بثق النهر بثقا كسر شطه لينبثق الماء كما في القاموس و غيره

(قوله) (تنمة المرجع في الإحياء إلى العرف)

هذا مما طفحت به عباراتهم من المبسوط إلى الرياض من غير خلاف لعدم نص على ذلك من الشرع و لا اللغة كما تقدم بيانه و في (السرائر) أنه الحق اليقين و الذي يقتضيه أصل المذهب و ما حكى عن ابن نما من أن التحجير إحياء لا يقضى بالخلاف كما فهمه صاحب جامع المقاصد لأن الشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر يقولان بأن التحجير إحياء و قد عرفت أنهما صرحا بأن المرجع في الإحياء إلى العرف فليلحظ ذلك و ليتأمل فيه

(قوله) (فقاصد السكنى يحصل إحياءه بالتحويط و لو بخشب أو قصب و سقف «و سحف خ ل» و السحف خ ل»)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و المهذب و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و في الأخير لعل حصول الإحياء في المذكورات بمثل المذكورات لا أدون مثل الحائط في المسكن فإنه تحجير لا - إحياء بالإجماع و إن المعتبر في الملك هو الإحياء بالإجماع و النص و ذلك لم يحصل عادة إلا

بالمذكورات انتهى (قلت) قد حكى فى التذكرة عن بعض الشافعية الاكتفاء بالتحويط و عدم اشتراط السقف و قد نفى البأس عنه فيها و قال به أو مال إليه فى المسالك و اكتفى فى التذكرة فى الإحياء لنوع بما يكفى للملك (فى الملك خ ل) فى نوع آخر كما لو حوط بقعة بقصد السكنى مع أن التحويط إحياء لحظيرة الغنم لأن القصد لا اعتبار به فإنه لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجنب ثم قسمها بيوتا فإنه يملكها و إن كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله و قال صلى الله عليه و آله و سلم من أحاط حائطاً على أرض فهى له و لا بد من شمول التحويط لأجزاء الدار كما هو ظاهر الأكثر و صريح البعض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٧

و الحظيرة يكفيه الحائط (١) و لا يشترط تعليق الباب (٢) و الزراعة بالتحجير بساقية أو مسناة أو مرز و سوق الماء (٣)

(أما السقف) فيكفى فى بعضها كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و لم يشترط أحد منا تعليق الأبواب كما اشترطه أكثر الشافعية و فى (السرائر) بعد أن قال ما سمعته آنفاً من أن الرجوع فى الإحياء إلى العرف و أنه الحق اليقين قال و لا تلتفت إلى قول المخالفين فإن لهم تعريفات و تقسيمات فلا يظن ظان إذا وقف عليها أن يعتقد قول أصحابنا و أنها مما ورد بها خبر و قال به مصنف من أصحابنا و إنما أورد شيخنا أبو جعفر ذلك بعد أن حقق ما يقتضيه مذهبنا و جملة ما عد المخالف فى ذلك أن الأرض تحيى للدار و الحظيرة و الزراعة فأحيواؤها للدار عندهم بأن يحوط عليها بحائط و يسقف عليها و أما عندنا فلو خص عليها خصاً أو حجرها أو حوطها بغير الطين و الآجر و الجص ملك ثم ذكر تعريفهم أى المخالفين لإحياء الحظيرة و إحياء الزراعة بما ذكره المصنف فى الكتاب وفاقاً لما فى المبسوط و غيره كما ستسمع ثم قال لا يتوهم من يقف عليها فى المبسوط أنها مقالة أصحابنا فإن هذا الكتاب أعنى المبسوط قد ذكر فيه مذهبنا و مذهب المخالفين و لم يميز أحد المذهبيين من الآخر تمييزاً جلياً و إنما يحققه و يعرفه من اطلع على المذهبيين معاً و سير قول أصحابنا و حصل خلافهم و إلا فالقارئ فيه يخطب خطب عشواء انتهى و قد عرض فى ذلك بالقاضى فى المهذب فإن أحداً قبله غيره لم يعرف هذه المذكورات بتعريفات المبسوط و صريح السرائر هنا أيضاً أن التحجير إحياء حيث قال أو حجرها و قد عرفت أن نظر الأصحاب فى ذلك كله إلى العرف لا إلى قول العامة و تعريفاتهم و أن العرف لا يحكم بالإحياء بدون ما ذكره فى الدار و الحظيرة و الزراعة و الغرس إذ الأصل عدم الإحياء و عدم التملك و المقطوع به أنه إحياء فى هذه المذكورات إنما هو بهذه الأمور المذكورة

(قوله) (و الحظيرة يكفيه الحائط)

كما فى المبسوط و جميع ما ذكر بعده فى المسألة المتقدمة و معناه أن قاصد الحظيرة يكفيه الحائط فى صدق الإحياء لملكها و الحظيرة تكون للغنم و نحوه و لتجفيف الثمار و لجمع الحطب و الخشب و الحشيش و شبه ذلك

(قوله) (و لا يشترط تعليق الأبواب)

بلا- خلاف أجده فى المسألتين إذ القوم بين مصرح بعدمه و بين ساكت عنه ظاهره عدمه لأنه للحفاظ لا لتوقف السكنى عليه و فى (التذكرة و المسالك) و كذا الكفاية الإجماع على عدم اشتراط التسقيف فى الحظيرة

(قوله) (و الزراعة بالتحجير بساقية أو مسناة أو مرز و سوق الماء)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و كذا المبسوط و المهذب و الإرشاد (كما فى المبسوط و المهذب و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد خ ل) مع ترك لفظ التحجير فى بعضها و تبديله بالترتيب و نحوه و ترك لفظ الساقية فى الشرائع و غيره و زاد فى التذكرة تسوية الأرض بطم الحفر التى فيها و إزالة الارتفاع من المرتفع و حراثتها و تليين ترابها فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها فلا بد منه لتتهدأ الأرض للزراعة (و قال فى جامع المقاصد) لم أجد هذا الشرط فى كلام غيره من الأصحاب نعم هو فى كلام الشافعية (قلت) لأنه لا بد منه عرفاً بل و عقلاً لعدم قابليتها للزرع و صيرورتها مزرعاً من دون ذلك كما هو المشاهد فى بعض

الأمصار و إطلاق الأصحاب لعله مبنى على الغالب و فى (الدروس) أنها تخرج عن الموات فى الزرع عضد الأشجار و التهيئة للانتفاع و سوق الماء و اعتياد الغيث أو السيج و يقطع المياه الغالبة و ظاهر اللمعة أنه لا يتحقق إحياء الأرض للغرس و الزرع إذا كانت مشتملة على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٨

و لا يشترط الحرث و لا الزرع لأنه انتفاع كالسكنى (١) و الغرس به و سوق الماء إليه (٢)

شجر و الماء مستول عليها إلا بعضد أشجارها و قطع الماء عنها و نصب حائط و شبهه حولها و سوق ما تحتاج إليه من الماء إليها و ذكر سوق الماء بعد ذكر قطعه لجواز كون الماء الذى تحتاج إلى قطعه غير مناسب لسقيها و لم يبين لنا فى الكتابين مقدار ما يعتبر فى الإحياء لو لم يكن هناك شجر و لا ماء غالب و زاد فى المسالك على ما فى الكتاب أنها إن اعتادت الغيث كفى مع جمع التراب حوالها لتمييز المحيى عن غيره (قلت) و لهذا قيد فى التذكرة و غيرها سوق الماء إليها بما إذا احتاجت إليه (قال فى المسالك) و هذا إن لم تكن مستأجمة بنحو الشجر و إلا اعتبر عضد شجرها (قلت) و كذا إذا كان الماء غالباً عليها اعتبر قطعه هذا و قد قال فى جامع المقاصد إن كلام الأصحاب فى اشتراط سوق الماء يقتضى عدم الاكتفاء بالتهيئة و نحوه ما فى الكفاية من أن ظاهر كلامهم أنه لا بد من سوقه بالفعل (قلت) الأصحاب المتقدمون على المحقق الثانى و ممن تعرض له الشيخ و القاضى و ابنا سعيد و المصنف و الشهيد ففى (جامع الشرائع) ما نصه و يرتب الماء عليها بساقية يحفرها من نهر أو قناة أو بئر و قال فى موضع من التذكرة و إذا احتاجت فى السقى إلى النهر و جب تهيئة ماء من عين أو نهر أو غيرهما فإذا هياها فإن حفر له الطريق و لم يبق إلا إجراؤه فيه كفى و لم يشترط إجراء الماء و لا سقى الأرض و إن لم يحفر فللشافعية و جهان و بالجملة السقى نفسه غير محتاج إليه فى تحقق الإحياء و إنما الحاجة إلى ترتيب ماء يمكن السقى منه انتهى و قال فى (المبسوط) أن يجمع حولها التراب و هو الذى يسمى مرزا و أن يرتب الماء لها إما بساقية يحفرها فيسوق الماء فيها أو بقناة يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها و لا خلاف أن هذه شرط فى الإحياء للزراعة و بقیة العبارات و الموضوع الآخر من التذكرة نحو عبارة الكتاب و كيف كان فكلامهم فى الباب لا يخلو عن اضطراب و الذى سهل الأمر أن ذلك بيان تحصيل العرف نعم لا اختلاف فى كلامهم فى أن إحياء النهر يتحقق بإيصال الحفر إلى النهر الكبير و إن لم يجر فيه الماء و قال فى (جامع المقاصد) فى قول المصنف التحجير بساقية مسامحة إلا أن يقصد بالتحجير معناه اللغوى و إلا فإن وجود ما ذكر إحياء موجب للتملك فكيف يعد تحجيراً (قلت) ضرب الساقية حولها من دون إجراء ماء فيه للسقى تحجير شرعى صرف كنصب القصب و ضرب المسناة و المرزا (١)

(قوله) (و لا يشترط الحرث و لا الزرع لأنه انتفاع كالسكنى)

كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و غيرها و صرح فى بعضها أيضاً بعدم اشتراط الحائط و المسناة و المرز بل فى التذكرة أنه لا حاجة إلى التحويط إجماعاً و فى (الدروس) نعم يشترط أن يبين الحد بمرز و شبهه (قوله) (و الغرس به و سوق الماء إليه)

أى و قاصد الغرس يحصل إحياءه به أى الغرس و سوق الماء كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التحرير مع التقييد فى الثلاثة الأول بما إذا ثبت و زيد فى الشرائع و التحرير تحققه بعضد أشجارها إذا كانت مستأجمة و قطع المياه عنها إذا كانت غالباً عليها و تهيئتها و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله و لو كانت مستأجمة فعضد شجرها أو قطع المياه الغالبة عنها و هياها للعمارة فقد أحيها و لعل معنى تهيئتها للعمارة سوق الماء إليها و إدارة (أو إدارة خ ل) التراب حولها أو هو عطف تفسير و قد ذكر هذه الزيادة فى التذكرة فى فرع ذكره أخيراً و نبه عليها فى الدروس فى إحيائها للزرع و قد اعترضهم فى جامع المقاصد بأن ذلك يقتضى بأنه يكفى عن إدارة التراب حولها و قال إنهم احتجوا بأن ذلك يعد إحياء قال و ليس قطع الماء بأبلغ من حفر نهر بحيث

(١) و المرز

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٩

و لو كانت مستأجمة فعصد شجرها أو قطع المياه الغالبة و هيأها للعمارة فقد أحيها (١) و لو نزل منزلا فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن إحياء و كذا لو أحاط بشوك و شبهه (٢)

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

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٦٩

يتسلط ماؤه على بقعه مخصوصه و يستولى عليها إذا أرسل من غير توقف على حفر مع أن ذلك لا يعد إحياء من دون إدارة التراب و الاحتجاج بأنه لا بد منه لتمييز المحيى مدفوع باستيعاب الماء له إذا أرسل عليه بل مقتضى كلامهم أنه لو أرسل الماء على أرض لم يكن إحياء ما لم يدر التراب حولها و هو أظهر فى المنافاة لحصول الإحياء بقطع المياه الغالبة انتهى (قلت) كلام الأكثر فى الغرس قد خلى عن اشتراط إدارة التراب كما سمعت و ستسمع و هذه الزيادة ذكرت فى الشرائع فى الغرس و قد فهم منها فى المسالك أن إحياءها للغرس بهذه الأمور و قد جزم هو فى فرع ذكره قبل ذلك ستسمعه أنه لا- يحتاج إلى إدارة التراب مع الزرع و سوق الماء لحصول التمييز بالزرع نعم الأكثر اعتبروا فى الزرع إدارة التراب و ما (ثم ما خ ل) ذكره من النقصين إنما هو مقتضى كلامهم فى الزرع لا- فى الغرس إلا- أن تقول إن غرضه أن ما ذكره فى الزرع يخالف ما ذكره فى الغرس و لك أن تقول إن معنى تهيئتها للعمارة هو إدارة التراب و سوق الماء فلا اعتراض أصلا و اقتصر فى جامع الشرائع فى الإحياء للغرس على غرسه فيها و الذى استقر عليه رأيه فى التذكرة هو قوله فى آخر كلامه الوجه أنه لا- بد من أحد الأمرين إما الحائط أو الغرس و فى (جامع المقاصد) أنه قوى لانتفاء اسم البستان مع انتفاء كل من الأمرين ثم قال إن الغرس داخل فى الانتفاع فلا يعتبر تعيينه (و أنت خير) بأنه لا يلزم من انتفاء اسم البستان انتفاء اسم الإحياء و فى (الدروس) يشترط فيه أحد الثلاثة و أراد بها الحائط و المرز و المسنأة (و قد يقال) الاكتفاء بالمرز بعيد و قد سمعت ما هو ظاهر اللعمه آنفا و فى (المسالك) أن الأقوى عدم اعتبار الغرس مطلقا و عدم الاكتفاء بكل واحد من عضد الشجر و قطع المياه و سوقها على تقدير الحاجة إليها أجمع بأن كانت مستأجمة و الماء غالب عليها بل لا بد من الجمع بين قطع الشجر و رفع الماء و إن وجد أحدهما خاصة اكتفى بزواله و إن خليت عنهما و احتاجت الماء فلا بد من تهيئة السقى و لو خليت عن الجميع اعتبر فى إحيائها التحجير عليها بحائط و نحوه و فى الاكتفاء بغرسها مع ثبات الغرس وجه انتهى و قد نفى عنه البعد فى الكفاية هذا كلام الأصحاب و الأمر فى ذلك سهل إذ المدار على العرف و قد وقع لبعضهم خلل فى النقل و قال فى (جامع المقاصد) فرع إذا زرع الأرض و ساق الماء إليها فقد تحقق الإحياء و إن لم يجمع التراب حوالها لأن المطلوب من جمعه تمييز المحيى و قد حصل (قلت) إذا زرعها فقد أحيها و لو تأخر سوق الماء إليها إلى وقت حاجتها إليه و قد لا تحتاجه كما إذا كانت هورا و قد سمعت ما تقدم له فى جمع التراب

(قوله) (و لو كانت مستأجمة فعصد شجرها أو قطع المياه الغالبة و هيأها للعمارة فقد أحيها)

قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى

(قوله) (و لو نزل منزلا فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن إحياء و كذا لو أحاط بشوك و شبهه)

قد صرح بذلك فى الخيمة و بيت الشعر فى التحرير و الدروس و بالجميع فى جامع المقاصد نظرا إلى العرف و قد تقدم التنبيه عليه و لكنه يصير أولى به إلى أن يرحل عنه و كذا ما حوالبه مما يحتاج إليه للارتفاق و لا يزاحم فى الوادى الذى تسرح فيه مواشيه إلا أن يفضل و إذا ارتحل بطل الاختصاص و إن بقيت آثار الفساطيط و الخيم كما جزم بذلك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ٧٠

و لا يفتقر فى الإحياء إلى إذن الإمام (١) و لا الإسلام إلا فى أرض المسلمين (٢) و إحياء المعادن بلوغ نيلها (٣)

كله فى جامع المقاصد

(قوله) (و لا يفتقر فى الإحياء إلى إذن الإمام عليه السلام)

و قد أشرنا إلى هذه العبارة فى أول الباب و قلنا إنها مخالفة للإجماعات و الفتاوى و حملناها على حال الغيبة و على الكافر الحربى إذا أحياء فى بلاد الكفر و بينا الحال فى ذلك

(قوله) (و لا الإسلام إلا فى أرض المسلمين)

قد بينا فى أول الباب أيضا أن الكافر يملك بالإحياء إذا أحياء فى بلاد الكفر و هو إجماعى على الظاهر إذا لم تبلغه الدعوة و إنهم اختلفوا فيما إذا أحياء فى بلاد الإسلام بإذن الإمام عليه السلام و قد حررنا بحمد الله سبحانه فيه الكلام مع إسباغ تام

(قوله) (و إحياء المعادن بلوغ نيلها)

هذا أيضا قد تقدم الكلام فيه و الحمد لله أولا و آخرا و الصلاة و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين و رضى الله عن علمائنا أجمعين و قد تم فى يوم الخميس الثالث و العشرين من شهر رجب المرجب المكرم فى سنة ألف و مائتين و ثلاث و عشرين فى المشهد الغروى على مشرفه أفضل الصلاة و السلام و كان ذلك مع تشويش و اضطراب من أهل نجد حيث جمعوا الجنود يقدمهم رئيسهم سعود لقتل أهل المشهدين و تخريب القباب لكنهم فى هذه السنة رجعوا خائبين و فى السنة السادسة عشرة قبل ذلك أتوا مشهد الحسين عليه السلام و قتلوا كثيرا من أهله و نهبوا و فعلوا ما فعلوا و نسال الله سبحانه أن يكفينا شرهم و يقطع أثرهم و قد أخذوا الحرميين الشريفين و الحج متعطل منذ سنتين و يتلوه بلطف الله و بركة آل الله عز و جل صلى الله عليهم أجمعين فى المجلد الذى بعده كتاب الإجارة و الحمد لله كما هو أهله و صلواته على خير خلقه محمد و آله الطاهرين المعصومين عليهم السلام م

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ٧١

[كتاب الإجارة و توابعها و فيه مقاصد]

إشارة

(كتاب الإجارة) و توابعها و فيه مقاصد

[المقصد الأول فى الإجارة]

إشارة

(الأول) فى الإجارة (١) و فيه فصول

[الفصل الأول فى الماهية]

(الأول) فى الماهية و هى عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله (٢)

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين و رضى الله عن علمائنا و مشايخنا و رواتنا المحسنين (و بعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة سهل الله تعالى بمنه و كرمه و بركة خير خلقه إتمامه على يد مصنفه العبد الأقل محمد الجواد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله سبحانه بلفظه كتاب الإجارة و توابعها و فيه مقاصد «الأول» الإجارة (١) قال فى (المسالك) الإجارة من الألفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغه لأنها فى الشرع عبارة عن تمليك المنفعة خاصة بعوض لازم لماهيتها أو العقد المفيد لذلك و هى فى اللغة اسم للأجرة و هى كرى الأجير لا مصدر أجر بخلاف باقى العقود فإنه يعبر عنه بمصدر الفعل أو باسم المصدر فلا يتغير عن موضوعها إلا بشروط زائدة و تغيير سهل انتهى (قلت) قد قال فى المسالك فى الرهن إنه شرعا وثيقه لدين المرتهن و قال أيضا إن أخذ الرهن الشرعى من الجنس أنسب مع أنهم قالوا إن الرهن إما مصدر أو اسم للشئ المرهون و قد بينا فى باب الرهن أن مرادهم بقولهم فى المعاملات فى مقام التعاريف هو شرعا كذا و فى الشرع كذا بيان حقيقة المتشعبة و اصطلاح الفقهاء و أن المراد بالشرعى الموقوف على الشرع فى الجملة و مقابله اللغوى فلا يقدر فى حده اشتماله على شئ من المفهومات اللغوية نعم يقدر فيه عدم اشتماله على شئ من المعانى الشرعية و أن غرضهم فى تحديدها تمييز بعضها عن بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه و ليحمل كلامهم عند الإطلاق على ذلك و ذلك يختلف من حيث الاستغناء عن الشروط و الحاجة إليها فربما احتاجوا فى بعضها إلى واحد من الشروط و فى بعض آخر إلى أكثر لمكان كثرة الاشتراك فى الصفات و قلتها فإن البيع يشارك الإجارة فى النقل و يشارك الهبة فى نقل العين و هكذا كما ستسمع فى تعريف الإجارة

(قوله) (و فيه فصول الأول فى الماهية و هى عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله)

الغرض من ذكرهم العقد و التمليك إخراج معاطاتها فإنها لا تحتاج إلى عقد و ليس فيها تمليك و لا نقل و إنما هى إباحة المنفعة فلا يشترط فيها توقيت المدة و لا تعيين المنفعة و استوضح ذلك فى دخول الحمامات و الخانات للاغتسال و قد أوضحنا الحال فى ذلك فى باب البيع و هو من متفرقات هذا الكتاب و يخرج بالعقد الانتقال بالإرث قال الشهيد العقد جنس و الباقي خاصة مميزة فبالنقل تخرج العارية و أضاف النقل إلى المنافع ليخرج نحو البيع و الصلح و بالعوض يخرج الوصية بالمنفعة و ربما خرجت السكنى و العمرى و بالمعلوم يخرج نحو أصدانق المنافع و قوله مع بقاء الملك يخرج ما لا يصح الانتفاع به إلا مع ذهاب عينه و يخرج به أيضا المعاوضة على العين و منفعتها المعينة إن جوزناه و ربما قيل يخرج به البيع فإنه ناقل للمنافع تبعاً للأعيان و يشكل بأن العوض فيه بالنسبة إلى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٢

.....

المنافع غير معلوم و هذا التعريف منقوض فى طرده بالصلح على المنافع (و يجاب) بأن الصلح فرع الإجارة أو بأن قوله ثمرته مشعر بانحصار العقد فيما ثمرته ذلك و ظاهر أن الصلح ليس منحصر فيه و لو قال بصيغة خاصة لخرج و يشكل فى عكسه بالأجير المطلق فإنه لا انتقال لمنافعه (و يجاب) بالمنع بل هو مالك فى ذمته منفعة مطلقة و لمنافع شاملة لها انتهى و نحو ذلك ما فى جامع المقاصد و الروضة و الرياض و فسر فى الأخيرين قوله و بالمعلوم إصدانق المنفعة بأنه ليس فى مقابله عوض معلوم و إنما هو البضع و أنت خبير بأن ذلك عجيب منهم جميعاً لأن هذا التوجيه يرجع إلى بيان الوجه فى تقييد المنفعة بكونها معلومة مع أنه فى الروضة لم يتعرض لبيانه فى عبارة اللعة و ذلك لأن المفروض فى الحد أن المنفعة منقولة و أنها كالمبيع و العوض أجرة و أنه كالثمن و كلامهم يعطى

العكس ولا يكاد يستقيم إذ من المعلوم أنه لا بد من كون الصداق معلوما عينا كان أو منفعةً و ما قابله من البضع في الدائم غير معلوم لأنه منفعة غير معلومة إضافة الصداق إلى المنفعة لا فائدة فيه فيصح أن نقول خرج بالمعلومة في عبارة اللعنة البضع في الدائم لأن الزوج يمتلك منفعة غير معلومة بعوض معلوم وإن كان عينا و بالمعلوم هبة المنفعة المعلومة المقترنة بالقرينة بلفظ ملكتك كأن يقول ملكتك منفعة هذه الدار قرينة إلى الله تعالى فإن التملك يتعلق بالمنفعة و على هذا فالمتهب يمتلكها بعوض غير معلوم و ليس في التعريف كون العوض منه و قالوا إنه ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم و الوصية بالمنفعة في مقابلة عوض و زاد في التنقيح انتقاضه بالجعالة إذا كانت بالمنفعة كقوله من رد عبدي فله خدمته شهرا مثلا و لا يخفى ما فيه مما عرفته في كلام الشهيد و الجماعة (قلت) قوله و ثمرته تأتي على ذلك كله كما نبه عليه الشهيد و حينئذ لا يحتاج معه إلى غيره إذ معناه لا ثمره له غيرها لأن الحدود قيود يراد بها الحصر بمعنى الجمع و المنع و إليه أشار في التذكرة بخاصة في قوله عقد يقتضى تملك المنفعة خاصة بعوض لازم في حقيقتها و يخرج بقوله في التذكرة لازم في حقيقتها الوصية بالمنفعة على عوض بل و الصلح على المنفعة بعوض على أنها تعريفات لفظية يراد منها مجرد التمييز و التذكر و لذلك ترك وصف المنفعة بالمعلومة في الكتاب و أكثر التعاريف بل قد ترك تعريفها أي الإجارة في المبسوط و الكافي و الشرائع و الإرشاد و عرفت في الوسيلة و جامع الشرائع بأنها عقد على منفعة بعوض و هو أخصر تعاريفها و في (جامع المقاصد) بعد أن نقض بما سمعته قال و ربما دفع ذلك بقوله ثمرته لأن شيئا من العقود المذكورة ليس ثمرته هذا قال و فيه نظر لأن ذلك و إن لم يكن ثمره العقد الذي هو نفس الماهية فإنه ثمره بعض أنواعه و هو عقد فيتحقق النقض و لو قال عقد شرعي موضوع لنقل المنافع إلى آخره لسلم من هذا (و فيه) أنه يصدق حينئذ على هذا النوع الخاص من الوصية فلا يسلم من ذلك و كيف كان فلا أرى فرقا بين ما في الكتاب و بين قوله في الشرائع الأول في العقد و ثمرته تملك المنفعة إلى آخره حتى يسلم ما في الشرائع مما يرد على ما في الكتاب كما فهمه في المسالك «١» و اعترض أيضا في جامع المقاصد على جعل الإجارة هي العقد بأنه يشكل أجرتك في الإيجاب فإنه لا يراد به العقد ثم قال و لو جعلت الإجارة عبارة عن تملك المنفعة المعينة مدة معينة بعوض معلوم لسلم من هذا قلت لا ريب أن المراد في الإيجاب في أجرتك معنى آخر غير العقد كما هو الشأن في بعتك و قد عرفت في باب البيع أنهم اصطالحوا

(١) إنه قد تقرر في محله أن كلمات الفقهاء قيود كالحدود و لهذا أطبقوا على أن مفهوم اللقب في كلامهم حجة و به ثبت الوفاق و الخلاف و لا يمنع أن يعدل عن هذا الاصطلاح في بعض المواضع بقرائن تدل على ذلك (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٣

و لا بد فيه من الإيجاب و القبول الصادرين عن الكامل الجائر التصرف (١) فلا تنعقد إجارة المجنون و لا الصبي غير المميز (٢) و لا المميز و إن أذن له الولي على إشكال (٣) و الإيجاب أجرتك أو اكرتيتك (٤)

على تسمية هذه المعاملات بالعقود و هذا منه بناء على ما استقر به في باب البيع أنه النقل لا العقد لأنه الموافق لتصاريف البيع و ما يشتق منه و هو منه غريب على أنه لا يندفع بما قال إنه يسلم به منه فتأمل ثم عد إلى كلام الشهيد فقوله يخرج المعاوضة على العين و منفعتها المعينة إن جوزناه فيه أنا لا نجوزها لأن نقل العين من حين العقد يقتضى ملك المنفعة المملوكة للناقل فيمتنع نقلها بسبب آخر و العقود متلقاة من الشارع و لم يثبت شرعية عقد على عين و منفعة كما أن قوله قبل ذلك يخرج ما لا يصح الانتفاع به إلا مع ذهاب عينه (فيه) أن ذلك لا يعد عقدا و أن المنافع لا تملك في أمثال ذلك و إنما الإذن يفيد جواز الانتفاع و بالإتلاف يصير مملوكا بنفسه لا منفعتة فهو بيان للواقع لا احتراز

(قوله) (و لا بد فيه من الإيجاب و القبول الصادرين عن الكامل الجائر التصرف)

هذا العقد جائز مشروع بإجماع المسلمين كما فى المذهب البارِع و لا خلاف فيه بين علماء الأمصار فى جميع الأعصار إلا ما يحكى عن عبد الرحمن الأصم أنه قال لا يجوز لأن ذلك غرر و هو غلط و العلم بالجواز ضرورى و الغرر لا معنى له مع الحاجة الشديدة و هى تعطيل أمور الناس بأسرها فإنه ليس لكل أحد دار و لا خادم و لا كل الناس عالمون بكل الصنائع كما فى التذكرة و هو لازم بإجماع المسلمين أيضا و قد نقل عليه إجماعنا مستفيضا كما سترسم فى شرط فيه جميع ما يشترط فى مثله من العقود اللازمة مثل التنجيز و العربية إذا تمكن منها بدون مشقة و الماضوية و وقوع القبول على الفور و تقديم الإيجاب على المشهور و إن كان الأقرب عندنا عدم اشتراطه فى غير قبلت إلى غير ذلك و الأدلة على ذلك مستوفاه فى باب البيع و احترز بالجائز التصرف عن مثل المفلس و إن لم يصرح به فى المحترزات و الصبى و المجنون يحترز عنهما بالكامل

(قوله) (فلا تنعقد إجارة لمجنون و لا الصبى غير المميز)

بلا خلاف كما تقدم مثله فى باب البيع و غيره

(قوله) (و لا المميز و إن أذن له الولى على إشكال)

كما فى التحرير أيضا و الشرائع و لا ترجيح فى الحواشى و الكفاية و استظهر فى مجمع البرهان الجواز و الانعقاد إذا أذن له لانجبار نقصه بإذنه و قبول وصيته بالمعروف و هو ضعيف جدا و قد أقمنا على ذلك الأدلة و البراهين فى باب البيع و أسبغنا الكلام فيه و قد جزم بالعدم هنا فى التذكرة و فى (الإيضاح و المسالك و الروضة) أنه الأقوى و فى (جامع المقاصد) أنه الأصح (قوله) (و الإيجاب أجرتك و أكريتك)

يقال أجرنى داره و مملوكه يؤجرها إيجارا فهو مؤجر و ذلك مؤجر و لا يقال مؤجر و لا أجر أما المؤجر فهو من قولك أجر الأجير مؤجرة كما يقال نازعه و عامله و أما الأجر فهو فاعل من قولك أجره يأجره أجرا إذا أعطاه أجره أو قولك أجره يأجره إذا صار أجيرا له و قوله تعالى على على أن تأجرنى ثمانى حجج فسره بعضهم بالمعنى الأول فقال تعطينى من تزويجى إياك رعى الغنم هذه المدة و بعضهم بالثانى لأنه يقال تصير أجيبي و إذا استأجرت عاملا لعمل فأنت أجير بالمعنى الأول لأنك تعطى الأجره و هو أجير بالمعنى الثانى لأنه يصير أجييرا لك و أجره الله لغة فى أجره أى أعطاه أجره و أما أن الإيجاب أجرتك أو أكريتك فقد صرح به فى التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهرها الحصر فى ذلك و قد اقتصر فى الشرائع على أجرتك مع أنه جوزه بأعرتك و تردد فى بعتك كما سترسم و سيأتى أن جماعة يذكرون فى الإيجاب ملكتك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٤

و القبول كل لفظ يدل على الرضا (١) و لا يكفى فى الإيجاب ملكتك إلا أن يقول سكنى هذه الدار شهرا مثلا بكذا (٢) و لا تنعقد بلفظ العارية (٣) و لا البيع سواء نوى به الإجارة أو قال بعتك سكنها سنة لأنه موضوع لملك الأعيان (٤)

فتأمل و استظهر فى مجمع البرهان و الكفاية الاكتفاء بما دل على التراضى من الجانبين و قد يظهر ذلك من المراسم حيث قال تنعقد بالإيجاب و القبول و الحق ما عليه المعظم لأن صيغ العقود متلقاه من الشارع كما تقدم بيانه فى البيع (قوله) (و القبول كل لفظ يدل على الرضا)

كما فى التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كل من تعرض للإيجاب و لم يتعرض له أى القبول كالشرائع و اللعة و الروضة كما هو الشأن فى الصلح و الرهن و الكفاية و الحوالة و الضمان و قد يكونون أحالوه على البيع لأنها فى معناه و منه يعلم حال عبارة الكتاب و ما وافقه و فى (التذكرة) فيقول قبلت و استأجرت و استكرت (قلت) ينبغى أن يزيد اكترت و تملك و رضيت و ظاهر التحرير و الإرشاد و الروض الحصر فى قبلت حيث قال و القبول هو قبلت أن يقول قبلت (قوله) (و لا يكفى فى الإيجاب ملكتك إلا أن يقول سكنى هذه الدار شهرا مثلا بكذا)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و هو معنى ما فى اللمعة و الروضة أو ملكتك منفعتها سنة و ذلك لأن التمليك يفيد نقل ما تعلق به فإذا ورد على الأعيان أفاد نقل ملكها و ليس ذلك مورد الإجارة فإذا أراد استعماله فى الإجارة علقه بالمنافع ليفيد نقلها إلى المستأجر بخلاف ما لو عبر بلفظ الإيجار و الإكراء فإنه لا يصح تعلقه إلا بالعين و لو أوردتها على المنفعة لم يصح كما هو ظاهر و به صرح جماعة (قوله) (و لا ينعقد بلفظ العارية)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و هو الظاهر من الإرشاد و استشكل فى التحرير و جوزه فى الشرائع و وافقه عليه صاحب الروض و صاحب مجمع البرهان إذا ضم إليه شيئاً يدل على الإجارة و هو الذى فهمه فى الروض من عبارة الإرشاد و هو مراده فى الشرائع لأنه علله بتحقيق القصد إلى المنفعة و معناه أن وجه الصحة فى جميع الألفاظ واحد و هو قصد نقل المنفعة مع صلاحية اللفظ فى الجملة (و فسرته) فى المسالك بأن الإجارة لما كانت لا تقتضى ملك المستعير العين و إنما تفيد تسليطه على المنفعة و ملكه لاستيفائها كان إطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة فتصح إقامتها مقام الإجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك (و رده) بأن العارية إنما تقتضى إباحة المنفعة لا تمليكها و العوض لا يدخل فى ماهيتها بخلاف التمليك فإنه يجمع العوض و التجوز فى مثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة انتهى و كلاهما كما ترى و الحق العدم لأن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه بمعنى أنه ليس بينهما اشتراك معنوى كملك و لا- تجوز قريب كما فى متعتك و أسلمتك فى البيع بل قد كان الأستاذ الشريف رحمه الله تعالى لا يجوز شيئاً من العقود بشىء من المجازات كما تقدم بيان ذلك فى باب البيع محرراً (قوله) (و لا البيع سواء نوى به الإجارة أو قال بعتك سكنها سنة لأنه موضوع لملك الأعيان)

فلو قال بعتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا لم يصح عندنا كما فى التذكرة و ظاهره الإجماع و قد جزم به أى بعدم الصحة فى الإرشاد و جامع المقاصد و فى (التحرير) أنه الأقرب و فى (المسالك و الروضة) أنه أصح و تردد فى الشرائع و لعله ليس فى محله مع تجويزه بلفظ العارية و لا ترجيح فى اللمعة و لا مانع من الصحة به كما فى مجمع البرهان و قد عرفت الحال و أنه ليس فى المسألة إشكال كما أنه لا خلاف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٥

و هو لازم من الطرفين (١) و لا تبطل بالبيع (٢)

فى عدم الصحة لو قال بعتك الدار شهراً

(قوله) (و هو لازم من الطرفين)

بلا خلاف أجده فى كتب الأصحاب من المقنع إلى الرياض بل هى بين مصرح فيه بذلك بجعله مسألة مستقلة كالكتاب و بين مصرح فيه بذلك فى مطاوى الباب و قد حكى عليه الإجماع فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر الكفاية و قد نفى عنه الخلاف فى موضع آخر من مجمع البرهان لعموم الأمر بالوفاء و للصحيحين و الخبر عن أبى الحسن موسى عليه السلام و الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر أو أقل قال كراه لازم إلى الوقت الذى تكاراه و مثله غيره مما ذكرناه بأذنى تفاوت و قال أبو الحسن على بن محمد العسكري فيما كتبه للعبيدى فيما رواه فى الفقيه فى رجل دفع ابنه إلى رجل و سلمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له ثم جاء رجل آخر فقال سلم ابنك منى سنة بزيادة هل له الخيار فى ذلك و هل يجوز له أن يفسح ما وافق عليه الأول يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف

(قوله) (و لا تبطل بالبيع)

كما فى النهاية و المبسوط و الكافى و الوسيلة و الغنية و السرائر و الجامع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و

جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و إطلاقها يتناول البيع على غير المستأجر و ستعرف المصريح بذلك و المخالف و المتأمل و كيف كان فاليق على غير المستأجر لا خلاف فيه و لا اشتباه و فى (الغنية) و ظاهر المبسوط و التذكرة الإجماع عليه و فى (الرياض) لا خلاف فيه و لا إشكال و فى (إيضاح النافع) أنه لا اشتباه فيه إنما الاشتباه فى البطلان إذا بيع على المستأجر (قلت) هذا أيضا لا خلاف فيه إلا من المصنف فى الإرشاد فإنه قرب البطلان على إشكال و إنما احتل بعضهم بطلان الإجارة احتمالا و الأكثرون صرحوا بعدم البطلان كما يأتى بيانه عند تعرض المصنف له و الأصل فى ذلك بعد الإجماع الأصل و أن لا منافاة لأن البيع يتعلق بالعين و إن تبعها المنافع حيث يمكن و الإجارة تتعلق بالمنافع و إن كان هناك منافاة فالذى ينبغى بطلان البيع لا الإجارة كما ستعرف عند تعرض المصنف له و الأخبار المستفيضة و قد عقد له فى الوافى بابا لكنه ترك فيه حسنة الحسين بن نعيم و هى أصح أخبار الباب و قد رواها الشيخ فى وقوف التهذيب عن أبى الحسن موسى عليه السلام إلى قوله قال أبو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الإجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضى السكنى على ما شرط و كذا الإجارة و يدل عليه أيضا مكاتبة يونس إلى الرضا عليه السلام قال كتبت إلى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضا أو غير ذلك سنين مسماة ثم إن المقبل أراد بيع أرضه التى قبلها قبل انقضاء السنين المسماة هل للمقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذى قبلها منه إليه و ما يلزم المقبل له فكتب له أن يبيع إذا اشترط على المشتري أن للمقبل من السنين ما له و مكاتبة أحمد بن إسحاق الرازى و قد وسمها فى الرياض بالصحة و فيها سهل و مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني و مكاتبة أبى همام (١) و ليس فى الروايات الثلاث الشرط المذكور فيما قبلها إذ ظاهرها توقف جواز البيع على الشرط المذكور و به أفتى محمد بن الحسن بن الوليد حكاه عنه فى الفقيه و لعل الوجه فيه وجوب الإخبار بما يشبه العيب الموجود حال البيع أو استحبابه على اختلاف

(١) فى الخلاصة فى الكنى أبو همام له مسائل اسمه إسماعيل بن همام و وثقه فى الأسماء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٦

و لا العذر إذا أمكن الانتفاع (١) و لا بموت أحدهما على رأى (٢)

القولين فىكون الشرط للإرشاد أو للكرهية لأنه يكون أساء أخاه المؤمن و لا يطرد فى غيره أو يكون الكراهية بمعنى الإرشاد و وجه شبهه بالعيب فى ذلك واضح لمكان نقص المنفعة المستوفاه بعقد الإجارة قال فى (الغنية) فعلى المشتري إن كان عالما بالإجارة الإمساك عن التصرف حتى تنقضى مدتها و إن لم يكن عالما بذلك جاز له الخيار فى الرد بالعيب بدليل الإجماع انتهى و قد عرفت أن ذلك ليس بعيب حقيقى إذ هو نقصان الخلقه أو زيادتها و هو منتف هنا و إنما الفأنت منفعة العين و هو يجرى مجرى العيب فى التسلط على الفسخ من دون أرش و يأتى تمام الكلام إن شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له (قوله) (و لا العذر إذا أمكن الانتفاع)

كما فى الخلاف و ما تأخر عنه لا- ما لم يتعرض فيه له و فى (الغنية) الإجماع عليه لكن فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر إطلاق أنها لا- تبطل بالعذر و فى (الشرائع) و غيرها مما تأخر تقييده بما إذا أمكن الانتفاع و لم نعرف الخلاف لا من المصنف فى المختلف حيث قوى فيما إذا استأجر دكانا فسرق بزه و نحو ذلك بطلان الإجارة و يأتى نقل كلامه بتمامه و من أبى حنيفه و أصحابه على أنه خالف (١) أصحابه فأثبت الفسخ لعذر للمكترى دون المكبرى و هم أثبتوه لهما للعذر نعم قرب جماعة جواز الفسخ لكل منهما إذا عم العذر كالتلج المانع من قطع الطريق أو عرض مانع شرعى كخوف الطريق لتحريم السفر كما يأتى إن شاء الله تعالى عند شرح قوله و لو حدث خوف منع المستأجر و قد قسمنا العذر هناك إلى ثلاثة أقسام فلا- بد من الوقوف على ذلك و الأصل فى المسألة بعد الإجماع الأصل و عموم وجوب الوفاء بالعقود و من أمثلة إمكان الانتفاع خراب بعض المسكن و لا عبرة بإمكان الانتفاع

بغير المعين كما لو استأجر أرضاً للزراعة فغرقت و أمكن الانتفاع بها بغيرها كصيد السمك كما يأتي للمصنف وغيره و يأتي هناك إن شاء الله تعالى تمام الكلام

(قوله) (و لا يموت أحدهما على رأى)

و هو خيرة كافي أبى الصلاح و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و القواعد للشهيد و اللمعة و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و حكاة فى السرائر عن الأكثرين المحصلين و عن علم الهدى و ستعرف ما وجدناه من كلامه و فى المسالك عليه المتأخرون أجمع (قلت) لكن بلفظ الأشبه كما فى الشرائع و النافع و إيضاح النافع و ستسمع أن ظاهر المحقق التردد فى موضعين و الأقوى كما فى التحرير و التنقيح و موضع من التذكرة و الأصح كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و قال فى (الإرشاد) كالكتاب على رأى فلا جزم به فى شىء من هذه و قد نفى الخلاف فى السرائر فى باب الإجارة عن بطلانها بموت المستأجر كما ستسمع نعم جزم به فى كشف الرموز و المختلف و اللمعة و المقتصر مع أن المصنف فى التذكرة فى موضع منها قال بقول الشيخ أو مال إليه كما ستسمع مضافاً إلى عدم جزمه به فى بقیة كتبه و لا ترجيح للشهيد فى غاية المراد و الحواشى كما أن أبا العباس لم يرجح فى المهذب لكن الغالب منه فيه عدم الترجيح كما أنه أى الشهيد الثانى فى الروض ظاهره التوقف حيث لم يرجح هؤلاء المتأخرون المتقدمون عليه فلم يجزم به من المتقدمين إلا التقى و من المتأخرين إلا كاشف الرموز و إن شئت قلت و أبو العباس (و كيف كان) فقد احتج على ذلك فى السرائر بأنه الذى تقتضيه أصول المذهب و الأدلة القاهرة عقلاً و سمعاً فالعقل أن المنفعة حق من حقوق المستأجر على المؤجر فلا تبطل بموته بل يرثه و وارثه لعموم آيات الإرث و السمع

(١) خالفه خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٧

.....

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا عقد يجب الوفاء به و إبطاله يحتاج إلى دليل و لن نجد له فإن ادعى أحد إجماعاً فقد بينا أن أصحابنا مختلفون و استند إلى أن السيد و التقى مخالفان و لعله أراد بأصول المذهب الاستصحاب و أصل العدم و أصل إباحة التصرف للمستأجر و أصل براءة ذمته من وجوب الاجتناب و إلى هذه الأصول أو بعضها أشار المحقق بقوله فى كتابه أنه أشبه أى بأصول المذهب كما ذكره هو فى ضابط له و ما زيد على ذلك فى كشف الرموز و المختلف و الإيضاح و المهذب و التنقيح فهذه أدلة الجماعة الذين هم أول من خالفوا مع ما فى أولها من المصادرة و رجوع أول من استدلل بها عنها و مخالفته لها كما ستعرف و ما كانت هذه الأدلة لتخفى على الشيخين و من وافقهما كما ستعرف و هم الذين أسسوا و أصلوا و فرعوا فما أعرضوا عنها مع ظهورها لكل من مارس الفن أدنى ممارسة إلا لأخبار أو سيرة أو إجماع كما ادعاه الشيخ و غيره كما ستسمع كيف لا و المقنعة و النهاية متون أخبار نعم لو كانت أدلة من خالف غامضة لقلنا ربما غفلوا عنها و لذلك تراهم ما جزموا بل أتوا بالأشبه و الأقوى كما عرفت نعم زاد الشهيد فى غاية المراد الاستدلال بصحيح على بن يقطين المتقدم آنفاً قال سألت (أبا الحسن عليه السلام) عن الرجل يتكارى من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر أو أقل فقال الكراء لازم إلى الوقت الذى تكارى إليه و الخيار فى أخذ الكراء لربها إن شاء أخذ و إن شاء ترك (و بما رواه) محمد بن سهل عن أبيه عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل الحديث و هو مثل الأول بدون تفاوت قال و اللزوم أعم منه فى الحياة و الممات بالنسبة إليهما قلت مع ترك الاستفصال فى الأول و مثلها صحيحة على بن يقطين الأخرى و صحيحة أبى بصير و هى كلها ظاهرة و المراد منها أن المستأجر يحاول نقص الكراء لأن الغالب فى السفينة أن لا تستعمل فى جميع

السنة فحاول نقص الكراء بقدر تعطيلها (فأجابه عليه السلام) بأنه لازم للمستأجر والخيار للمؤجر فلعل ظهورها فى الإحياء لا يكاد ينكر و لهذا لم يعملوا بها فيما إذا كان المؤجر موقوفا عليه و مات كما يأتى ثم إن الذى ينبغى أن يراد بالكراء الأول الإجارة قال فى (التذكرة) الكراء و إن اشتهر فى الأجرة لكنه فى الأصل مصدر تكراريت و يراد بالكراء الثانى الأجرة فيخرج الخبر عن الاضطراب و زاد فى مجمع البرهان الاستدلال بالصحيح إلى إبراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام و سألتة عن امرأة أجزت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجارة فى كل سنة عند انقضائها و لا يقدم لها شىء من الإجارة ما لم ينقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منتقضة بموت المرأة فكتب عليه السلام إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى قال فى (مجمع البرهان) و هى صريحة فى المطلوب و لا يضر عدم صحة سندها لأنها مؤيدة (قلت) الرواية صحيحة كما ستعرف قال و بيان دلالتها على المطلوب أنها تدل على عدم البطلان بموت المؤجر صريحا و بموت المستأجر بالإجماع المركب (قلت) الأقوال أربعة ذكرها فى التذكرة كما ستسمع فلا إجماع مركب و كأنه فهم من قوله عليه السلام فلورثتها تلك الإجارة أنهم يرثون عقد إيجارها و يكون لهم ما كان لها (وقد يقال) إنه لما لم يقل على ورثتها إنفاذ الإجارة كما فى السؤال و لم يقل الإجارة منتقضة و قال لهم تلك الإجارة أراد أن لهم تلك الأجرة التى مضى وقتها ثم بينه بأنه إن كان الماضى الثلث أو نحوه أعطى ورثتها بقدر ما مضى فيكون أتقى من أصحاب الرأى و ترك الجواب عن السؤال بطرفيه و الغالب فى المكاتبات حملها على التقيية و الرواية كادت تكون ظاهرة فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٨

.....

ذلك و إلا لكان الجواب كلمه واحده و هو إما إنفاذ الإجارة أو أن الإجارة منتقضة فعدوله عن ذلك و الأخذ فى بيان الواضحات و استعمال الإجارة بمعنى الأجرة و التزامه تقدير مضاف قاضية بالتقيية أو يقول إنه أراد أن أمر تلك الإجارة و هى عشر سنين لورثتها إن شاءوا نقضوا و إن شاءوا تركوا فكانت دليلا على هذين الاحتمالين دليلا للمتقدمين و لعله من المعلوم أن القائمين بالبطلان يقولون إن للورثة إجازة ذلك فمعنى البطلان توقفه على الإجازة كما يأتى فى مثله قريبا فليلحظ ذلك جيدا (سلمنا) لكننا نقول إنه مجمل لا يدل على أحد القولين سلمنا لكن أكثر هؤلاء أعرضوا عنه و عن الصحاح الآخر فيما إذا كان المؤجر موقوفا عليه كما يأتى قريبا و ليست إجماعية حتى يقال خرجنا عن إطلاقات هذه الأخبار للإجماع و عن أبى على أنه قال لو مات المستأجر قام وارثه مقامه و لم يصل إلينا عن العماني و الصدوقين و الراوندى فى ذلك شىء و أما القول ببطلانها بموت أحد المتعاقدين فهو خيرة المقنعة و النهاية و الخلاف و المبسوط فى موضعين منها و المراسم و المهذب و الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع و هو ظاهر التذكرة بل و السرائر فى موضع آخر كما ستسمع كلاميهما و هو المحكى فى كشف الرموز عن البشرى و حكاة القاضى فى المهذب عن السيد كما فهمه منه فى التنقيح قال فى (المهذب) تنفسخ الإجارة بالموت و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الميت هو المستأجر أو المؤجر و عمل الأكثر من أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذى يفسخها لا موت المؤجر و كان شيخنا المرتضى يساوى بينهما فى ذلك و ظاهره بل صريحه أنه كان يساوى بين موت المؤجر و المستأجر فى البطلان و قال فى (التنقيح) نقل القاضى عن المرتضى أنه ساوى بينهما و الظاهر أن المراد فى البطلان و حينئذ فنسبة القول بالصحة مطلقا إلى المرتضى كما نقله ابن إدريس منظور فيه انتهى و ما حكاة فى السرائر عن السيد فى المسائل الناصرية فى مسألة المائتين منها (ففيه) أنه ليس فيها إلا قوله فى بحث العمرى و إنما ورث الورثة هذه المنافع كما يرثون منافع الإجارة و هو يدل على أن موت المستأجر لا يبطلها و يمكن تأويله نعم ما قال فى المختلف أن السيد لم يصرح بما نقله عنه ابن إدريس و اعتذر عنه فى غاية المراد بأن نظره أى ابن إدريس إلى أن كل من لم يبطلها بموت المستأجر لم يبطلها بموت المؤجر و

القول الرابع لم يقل به أحد (و فيه) أنه قال فى التذكرة ما نصه و قال بعض علمائنا تبطل بموت المؤجر خاصة دون المستأجر و عكس آخرون و قال فى (السرائر) فى مسألة ما إذا استأجر امرأة لترضع ولده فمات واحد من الثلاثة أنها تبطل بموت الأب لأنه المستأجر و لا خلاف أن موت المستأجر يبطل الإجارة فإذا كان بين الحكمين تلازم كما ذكره قبل ذلك فى باب المزارعة كان الخلاف منفيًا (متنفيًا ل) أيضا عن بطلانها بموت المؤجر و يكون ما حكاها هناك عن الأكثرين المحصلين غير صحيح (و كيف كان) فقد استدل فى الخلاف على بطلانها بموت المؤجر و المستأجر بإجماع الفرقة و أخبارهم و قال إن قول بعض أصحابنا إن موت المستأجر يبطلها لا- موت المؤجر شاذ لا- يعول عليه و قال فى (الخلاف) أيضا فيما إذا استأجر امرأة لترضع ولده إن عموم الأخبار التى وردت فى أن الإجارة تبطل بالموت تتناول هذا الموضوع انتهى و قال فى (الغنية) تنفسخ بموت أحد المتعاقدين بدليل الإجماع الماضى ذكره لأن من خالف من أصحابنا لا يوبه «١» بخلافه فى دلالة الإجماع و قال فى (المبسوط) الموت يفسخ الإجارة سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا و الأظهر عندهم أن موت المستأجر يبطلها و موت المؤجر لا يبطلها

(١) لا يوبه به لا يبالى به (قاموس)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٧٩

.....

و فيه خلاف و فى موضع آخر منه إذا مات المستأجر قام وارثه مقامه عند قوم و عندنا تنفسخ الإجارة انتهى و لا تنافى بين الظاهر و الأظهر لأن معناه أن الظاهر عندهم بطلانها بموت كل منهما و الأظهر عندهم بطلانها بموت المستأجر و مع ذلك قال إن الأظهر فيه خلاف نعم ينافى قوله الأظهر ما فى الخلاف و الغنية من أنه شاذ لا يوبه به و لا يعول عليه و يشهد لهما قوله فى السرائر أن بطلانها بموت كل واحد منهما هو المشهور و يشهد لما فى المبسوط ما فى المذهب من أن عليه عمل الأكثر و ما فى السرائر من نفى الخلاف فيه لكن يخدمه أن ظاهر السيد فى الناصرية أن موت المستأجر لا يبطلها و أن المفيد و سلار الذى هو أقدم من القاضى و الشيخ أنها تبطل بموت كل واحد منهما فالتبطل و الوجدان يشهدان لما فى الخلاف و لم نجد للصدوقين و العماني و الراوندى نصا و لا إشارة فى ذلك و الأظهر فى عبارة المبسوط أن مراده بالأظهر عندهم الأظهر عند العامة كما هو عادته و بذلك يرتفع الإشكال عن القوم فى عبارته (و كيف كان) فالإجماع محكى على بطلانها بموت كل منهما فى الخلاف و الغنية و ظاهر المبسوط و كذا السرائر إن جرينا على ما ادعاه من التلازم و قد اعتضدت هذه الإجماعات بشهرة السرائر و ناهيك به ناقلا ضابطا محققا و قد ادعى الشيخ فى موضعين من الخلاف ورود الأخبار فى ذلك مصرحة به تارة و عامة أخرى و لا فرق بين ما يحكيه و بين ما يرويه أقصى ما هناك أن ما حكاها مرسل قد اعتضد بالإجماعات و انجبر بشهرة السرائر بل هى بين المتقدمين معلومة و نعم ما قال فى التذكرة و الشيخ استدل بإجماع الفرقة و أخبارهم و لا شك فى عدالته و قبول روايته مسندة فتقبل مرسله هذا كله مضافا إلى ما فهمناه من خبر إبراهيم الهمداني و هو ابن محمد الهمداني و هو و أولاده كانوا و كلاء الناحية و قد وثقه الإمام عليه السلام و روى عنه الثقات و عمّر عمرا طويلا و يؤيد ذلك أن المقنعة و النهاية و الوسيلة و المراسم متون أخبار على أن ابن إدريس على أصله غير مخالف و أقصى ما قال المحقق أنه أشبهه بأصول المذهب و لا شبهة فى ذلك فلعله غير مخالف على أنه فى مسألة استئجار المرضعة كأنه متردد و هو أى التردد ظاهرة فى باب الوقف فأما ما فى الرياض من أن الإجماعات متعارضة فإجماع الخلاف و الغنية مدعى على البطلان بالموت مطلقا و إجماع المبسوط على عدمه كذلك و اختصاص البطلان بموت المستأجر نعم هى متفقة على البطلان بموته (ففيه) أنك قد سمعت معاهد الإجماعات جميعها بعباراتها برمتها فكأنه ما لحظها و عول على النقل على أنا ما وجدنا من نقل جميع ما حكاها بعد فضل التبطل ثم إنا لا- نلتفت إلى النقل مع العيان مضافا إلى ما هو الأظهر من عبارة المبسوط ثم إنه قال إن هذه الإجماعات معارضة بما هو أقوى منها و

عد بعض ما ذكرناه فى حجة المتأخرين و احتمال أن يكون من أدلتهم خبر إبراهيم بن محمد و قد عرفت أن هذه الأدلة لا تخفى على أولئك الأجلة و طرف شىء قوله فى السرائر و استدلال الشيخ على صحة ما اختاره فى مسائل خلافه بأشياء نرغب عن ذكرها تستيرا على قائلها انتهى مع أن هذا الكلام أخذ بالغيوب و أطرافها و ما كنا نؤثر أن يقع من مثله ثم إنه وقع هو فيما هو أعظم منه و هو ما قد سمعته «١» و الذى أشار إليه فى السرائر من كلام الخلاف أنه رغب عن ذكره هو الذى جرى المتأخرين على

(١) من التناقض بين قوله و بين نقله من دون تقادم عهد و الشيخ إنما استدلل بدليل ضعيف قد ذكره جماعة من علماء العامة منهم جميع أصحاب الرأى و جماعة من أصحابنا غير مبالغين هذه المبالغة فى الإنكار (منه عفا الله عنه)
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٠

إلا أن يكون المؤجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدّة فالأقرب البطلان فى الباقي فيرجع المستأجر على ورثة المؤجر بباقي الأجرة (١)

المخالفة و هو قوله و أيضا فإن المكترى دخل على أن يستوفى المنفعة من ملك المكري فكيف يستوفى من ملك الوارث و قد زال ملك المكري انتهى و مثله ما فى الغنية و غرضه أن المنافع تحدث و تتجدد على ملك الوارث لأن المنفعة أنما يملكها المؤجر تبعا للعين باعتبار أنها تابعة لها لا تنفك عنها فإذا مات المؤجر تنتقل العين و المنفعة إلى الوارث هذا هو الأصل و قد دلت عليه الأخبار و الإجماع فى المقام و قد يخرج عنه لإجماع أو غيره كما تقدم من جواز بيعها و نحوه هذا بالنسبة إلى المؤجر و أما بالنسبة إلى المستأجر فمناطها أنه هل يملك المنفعة إلى مدة الإجارة أو إنها إنما يملكها مع صلاحيتها للملك فعلى الثانى تبطل بموته و هذان إن كانا ضعيفين لكنه إنما أخذ الأول فى الخلاف مؤيدا و نظره إلى الإجماع و الأخبار كما هو عادته فيه و لا ترجيح لأحد القولين بموافقة العامة و مخالفتهم لأنهم مختلفون فى ذلك كاختلافنا فالشافعى و أحمد و مالك و إسحاق و أبو ثور و البستى و ابن المنذر أنها لا تبطل بموت أحد منهما و الثورى و أصحاب الرأى و الليث أنها تبطل بموت كل منهما

(قوله) (إلا أن يكون المؤجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدّة فالأقرب البطلان فى الباقي فيرجع على ورثة المؤجر بباقي الأجرة)
هذا الاستثناء ذكره هنا المحقق فى الشرائع قال إذا أجر البطن الأول الوقف مدّة ثم انقضوا فى أثنائها فإن قلنا الموت يبطل الإجارة فلا كلام و إن لم نقل فهل تبطل هنا فيه تردد أظهره البطلان لأننا قد تبينا أن هذه المدّة ليست للمؤجرين فيكون للبطن الثانى الخيار بين الإجارة و بين الفسخ و يرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف انتهى و قد قرب هنا البطلان فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و وقف الكتاب و جزم به فى وقف الخلاف و المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و الروضة «١» و الكفاية و إجارة اللعة و اللعة و المسالك و الروضة «٢» و الأصل فى ذلك أن أهل البطن الثانى يتلقون عن الواقف لا عن الموقوف عليهم لأن الواقف قد جعل الوقف على من بعده بالأصالة و إن تأخر ملك من بعده عن ملكه فلا يكون له التصرف فى المنفعة إلا زمان الاستحقاق لها و لهذا لا يملك إتلافها مطلقا بخلاف ملكه المطلق و قد أوضحنا الفرق بين المالك و الموقوف عليه فى باب الوقف فليلاحظ لكن إطلاق الأخبار الصحيحة بل و خبر الهمدانى التى استدلوها بها على عدم البطلان بموت أحدهما يتناول ذلك إلا أن يدعى أنه نادر و قد عرفت الحال فيها و كأن شيخنا صاحب الرياض متردد حيث قال عند جماعة (و وجه) احتمال عدم البطلان أنه مالك لها حقيقة فلا تبطل الإجارة المحكوم بصحتها و هو ضعيف و على تقدير البطلان بمعنى عدم إجارة البطن الثانى كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و غيرها إن كانوا قد قبضوا الأجرة رجع أهل البطن الثانى على ورثة المؤجر بما قابل الباقي مع الدفع كما صرح به فى وقف المبسوط و التذكرة و التحرير و اللعة و جامع المقاصد و الروضة «٣» و الكفاية و به صرح جماعة فى الباب

- (١) فى نسخة و الروض و الروضة فأسقطنا لفظ الروض لأنه لم يكتب فيه الوقف و إنما كتب فيه الطهارة و الصلاة فقط و لعله كان بدله اسم كتاب آخر فحرف من النسخ فليراجع
- (٢) فى ثلاث نسخ و الروضة و الروضة فأسقطنا لفظ الروض لما عرفت
- (٣) فى ثلاث نسخ و الروض و الروضة و قد عرفت الحال (مصححه)
- مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨١
- و لا- يتعلق به خيار المجلس (١) و لو شرطا خيارا لهما أو لأحدهما أو لأجنبى صح سواء كانت معينة كان يستأجر هذا العبد أو فى الذمة كالبنا مطلقا (٢)

[الفصل الثانى فى أركانها]

إشارة

(الفصل الثانى) فى أركانها و هى ثلاثة المحل و هى العين التى تعلقت الإجارة بها كالدار و الدابة و الأرض و غيرها و العوض و المنفعة (٣)

و فى (التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) أن المؤجر لو كان ناظرا و أجزها بنظره لمصلحة البطون لم تبطل بموته و به صرح بعض هؤلاء فى باب الوقف لكن الصحة حينئذ ليست من حيث إنه موقوف عليه بل من حيث إنه ناظر و فى (الإيضاح) أن الأقوى البطلان مطلقا لأن استحقاق النظر كاستحقاق النافع و يأتى لجامع المقاصد فى مسألة ما إذا أجر الولى و مات أنه إن أجر ناظر الوقف ثم مات فلا يبعد أن لا تنفسخ الإجارة إن بقى البطن الأول لثبوت ولايته عليه أما بالنسبة إلى البطن الثانى إذا كان موته قبل وجوده و استحقاقه فلا انتهى و هو تفصيل يخالف كلامه هنا و كلام غيره فى المقام و تمام الكلام فى باب الوقف فليلاحظ و استثنى أيضا جماعة الموصى له بمنفعتها مدة فيؤجرها كذلك و مثله ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه (قوله) (و لا يتعلق به خيار المجلس)

كما صرح به هنا فى الشرائع و غيرها و قد تقدم الكلام فى ذلك مسبقا فى خيار المجلس و قد نقلنا هناك الإجماع على أنه لا يثبت فى غير البيع عن الغنية و التذكرة و ظاهر تعليق الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و حكى الشهيد عن المبسوط أنه جواز اشتراطه و قال أى الشهيد إنه إن أراد به مع تعيين المدة فمسلم و إلا فمشكل و فى (جامع المقاصد) لك أن تقول إنه إذا سلم جواز اشتراطه فلا وجه لاشتراط تعيين المدة لأنه حينئذ لا يكون خيار مجلس بل خيار شرط نعم فى جواز اشتراطه تردد من حيث إنه على خلاف الأصل لجهالة مدته فيقتصر فيه على مورد النص و لأنه من توابع البيع فلا يكون ثبوته موجبا لجهالته فى شىء من العوضين بخلاف ما إذا لم يثبت إلا بالاشتراط فإن اشتراط المجهول يجهل العوض (قلت) هذا هو الذى أرادته الشهيد و حاصله أن خيار المجلس يختلف بالزيادة و النقصان و لا يقدح ذلك فى البيع لثبوته فيه بالنص فإذا اشترط فلا بد من ضبطه بمدته و لا يخفى ما فى الوجه الثانى فى عبارة جامع المقاصد لأنه يرجع بالأخرة إلى الأول

(قوله) (و لو شرطا خيارا لهما أو لأحدهما صح سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو فى الذمة كالبنا مطلقا)

و نحو ذلك ما فى الشرائع و قد أراد بيان أن عقد الإجارة يقبل خيار الشرط سواء كانت معينة أو مطلقة كما إذا استأجره للبنا غير مقيد ببنا شخص مخصوص و نه بقوله سواء كانت معينة على خلاف بعض العامة حيث جواز خيار الشرط فى المطلقة لا المعنية و قد

تقدم لنا فى خيار الشرط أنه يجرى فى العقود اللازمة ما عدا النكاح و الوقف و أن المقدس الأردبيلى استظهر من التذكرة الإجماع عليه و قد أسبغنا الكلام فيه فى الباب بما لم يوجد فى كتاب و هل يدخله خيار الغبن قد تقدم لنا فى بابه أنه صرح فى شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و إيضاح النافع أنه يعم سائر المعاوضات و أنه قد يظهر من التذكرة و قلنا ينبغى النظر إلى الدليل فإن كان هو الإجماع لم يعم و إلا- عم للعموم و قال أبو العباس إنه لا يدخل فى الصلح و الحق أنه يعم كخيار العيب و الرؤية لأنها من توابع المعاوضات لكن لنا تفصيل فى خيار الغبن و فى الصلح تقدم محررا و ستسمع كلامهم إن شاء الله تعالى فيما إذا ظهر فى العين عيب أو ظهرت على خلاف الوصف

الفصل الثانى فى أركانها (و هى ثلاثة المحل و هو العين التى تعلق الإجارة بها كالدار و الدابة و الآدمى و غيرها و العوض و المنفعة)

قد جعل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٢

[المطلب الأول المحل]

(المطلب الأول) المحل كل عين تصح إعارتها تصح إيجارها (١)

الأركان فى التذكرة أربعة المتعاقدين و الصيغة و الأجرة و المنفعة و ترك المحل و ترك هنا المتعاقدين و الصيغة و قال فى (الحواشى) ركن الشىء ما يتقوم به ذلك الشىء و لما كانت إنما تتقوم بهذه الثلاثة أطلق عليها أركاناً مجازاً و فى (جامع المقاصد) أن المعروف أن الركن ما كان داخلاً فى الماهية و معلوم أن الإجارة على ما فسرنا به من كونها عقد لا تكون هذه الأمور داخلة فى مفهومها و إن أراد بالركن هنا ما يشتد توقف الماهية عليه مجازاً فالمتعاقدان أيضاً كذلك (قلت) قد حكى عن الآبى و المقداد أن ركن الشىء جانبه الأقوى و رد عليهما بأن المعروف فى المعاملات أن الركن ما يتقوم به الشىء و قد قال المصنف فى باب البيع إن أركانه ثلاثة الصيغة و المتعاقدان و العوضان و قد جعلها هناك فى جامع المقاصد أركان المقصد لا أركان البيع و الأمر فى ذلك سهل

(قوله) (المطلب الأول المحل كل عين تصح إعارتها تصح إيجارها)

بلا- خلاف كما فى المبسوط و السرائر و بلا- خلاف ممن يعتد به كما فى الغنية و إجماعاً كما فى الغنية أيضاً و ظاهر الخلاف أو صريحه الإجماع و فى (فقه الراوندى) كل ما يستباح بعقد العارية يجوز أن يستباح بعقد الإجارة بلا خلاف و الأمثلة فى كلامه لا تقضى بقصر الحكم عليها و قد صرح بالحكم فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و غيرها و فى (جامع المقاصد) أن هذا أكثرى إذ الشاء تصح إعارتها للحلب و لا تصح إيجارها و قيد فى التنقيح عبارة النافع فقال كل عين تصح إعارتها مع بقاء عينه تصح إيجارته و نحوه ما فى المسالك فى تقييد عبارة الشرائع من قوله تصح إيجارته بحسب الأصل أى القاعدة و فى (مجمع البرهان و الكفاية) كلما تصح إيجارته من الأعيان للانتفاع به بالمنفعة التى لا تكون عيناً تصح إيجارته و فى (اللمعة) كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إيجارته و إيجارته و غرض الجميع إخراج المنحة فإنها تجوز إيجارها مع أن المقصود منها و هو اللبن لا تبقى عينه و لا تصح إيجارها كذلك (و نحن نقول) إن قام إجماع على عدم صحة إيجارها للحلب كما حكاها مولانا المقدس الأردبيلى عن التذكرة و غيرها فذاك لكن الظاهر عدم تحققه لمكان إطلاقات هذه الإجماعات المستفيضة و الفتاوى و قد تتبعنا التذكرة فرأينا قد ذكر فى عدة مواضع أنه لا يجوز استئجار الشاء للحلب من دون حكاية إجماع صريح و لا ظاهر و كذلك غير التذكرة و قد عاودنا النظر مرارا فى نسختين من التذكرة و فى غيرها فلم نجد ما ذكر و لعله نظر إلى قوله فى التحرير أما ما لا يمكن استيفاء المنفعة منه إلا بإتلافه

كالطعام و الشمع فإنه لا تصح عندنا الإجارة فيه بل الظاهر أنه ما أراد إلا هذه لكنه قال بعد ذلك بتسع مسائل أو عشر و في جواز استئجار الغنم و الإبل و البقر ليأخذ لبنها و يسترضعها لسخاله إشكال و قد روى أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضريبة مدة من الزمان انتهى فكيف يدعى الإجماع عليه و هو يستشكل فيه (و قد استدل) في التذكرة على جواز إعاره الشاة للحلب بصحيحة عبد الله بن سنان و حسنة الحلبي ففي الأول أنه سأل الصادق عليه السلام عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة لكل شاة كذا و كذا في كل شهر قال لا بأس بالدراهم فأما السمن فلا أحب ذلك إلا أن تكون حوالب فلا بأس و نحوه الحسن قال في (التذكرة) و إذا جار ذلك مع العوض فبدونه أولى و أنت خبير بأن جواز ذلك مع العوض دائر بين البيع و الإجارة و الأول ممنوع إجماعاً فتعين الثاني و أما الصلح فلا- تعرض له في الخبرين إن أجزانه في مثل ذلك إلا أن تقول إن هذه معاوضة على حده لكنه قد صرح في المبسوط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٣

و إجارة المشاع جائزة كالمقسوم (١) و كذا إجارة العين المستأجرة إن لم يشترط المالك التخصيص. (٢)

و غيره بجواز استعاره الشاة للحلب و نقلنا عليه هناك الإجماعات المستفيضة من المتأخرين و قد قالوا هنا كلما تصح إعارته تصح إجارته فيكون من باب الإجارة و ليس هذه مما يغفل عنه مضافاً إلى تقارب البابين في مصنفات بعضهم و قد استمرت الطريقة على ذلك في الشامات و العراق و العجم و هذا الفحل يستأجر للضراب و القصد الماء و الضر لإرضاع الولد و كذا البئر للاستقاء و الكاتب للكتابة و منه المداد إلى غير ذلك مما فيه انتفاع باستيفاء المنفعة و العين كاستئجار الحمام و الاستئجار للصبغ (إلا أن تقول) إن هذه مما دعت إليها الضرورة و الحاجة (فنقول) إن هذه دلت عليها الأخبار و إطلاقات الإجماعات و قد تدعو الضرورة إليها و يأتي للمصنف و غيره تجويز استئجارها إذا دعت إليها الحاجة لتربية الولد (و ليعلم) أن هذه القاعدة قد نقضها الشيخ و ابن إدريس أما الشيخ فقد منع في المبسوط و الخلاف إجارة حائط مزوق للنظر إليه و التفرج و التعلم منه لأن المنع قبيح فأجرته قبيحاً و هذه العلة لا تجيء في العارية و مراد الشيخ من القاعدة التلازم في النفي و الإثبات بمعنى أن كل ما لا تصح إجارته لا تصح إعارته و أما ابن إدريس فإنه صحح إعاره الدراهم و الدنانير و قوى في آخر كلامه عدم صحة إجارته و في المسألتين كلام للمصنف في المختلف يأتي إن شاء الله تعالى بيان الحال فيه

(قوله) (و إجارة المشاع جائزة كالمقسوم)

كما في المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعنة و المسالك و الروضة و الروض «١» و مجمع البرهان و في التذكرة الإجماع عليه سواء أجره من شريكه أو من الأجنبي انتهى و لا فرق عندنا كما في الروضة بين أن يأجره من شريكه و غيره و في (المسالك) أنه موضع وفاق و خالف بعض العامة فمنع من إجارته لغير الشريك قلت هو أحد قولي أبي حنيفة (دلينا) على ذلك بعد الإجماع عموم أدلة الإجارة و لا مانع إلا الشركة و الإشاعة و لا تصلحان للمنع لعدم المنافاة مضافاً إلى الأصل إلا- أنه لا- يسلم العين المشتركة إلا- بإذن الشريك و إذا لم يأذن يرفع أمره للحاكم كما إذا تنازع الشريكان و إذا لم يكن المستأجر عالماً ثبت له الخيار

(قوله) (و كذا إجارة العين المستأجرة إن لم يشترط المالك التخصيص)

كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد و غيره و هو معنى ما في الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و اللعنة و المسالك و الروضة و غيرها قال في (الغنية) إذا ملك المستأجر التصرف بالعقد جاز له أن يملكه لغيره على حسب ما يتفقان عليه من زيادة أو نقصان (اللهم) إلا- أن يكون استأجر الدار على أن يكون هو الساكن و الدابة على أن يكون هو الراكب فإنه لا يجوز و الحال هذه إجارة ذلك لغيره على حال بدليل الإجماع و نحوه من دون تفاوت أصلاً ما في السرائر من دون دعوى الإجماع و في (الشرائع) و ما

ذكر بعدهما للمستأجر أن يؤجر إلا- أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه و في (الإرشاد أيضا و الروض) له أن يركب مثله إلا- مع التخصيص و إطلاقه يتناول ما كان بالإجارة و بدونها و في (المبسوط) له أن يركب مثله أو دونه و في (التحرير) يجوز إيجار العين المستأجرة سواء رضى المالك أم لا بشرطين أحدهما أن يؤجر لمثله أو دونه الثاني تجريد العقد عن شرط التخصيص

(١) كذا في نسختين و قد مر له نظير و عرفت أن الروض لم يكتب فيه زيادة على الصلاة و التصحيف محتمل (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٤

.....

و قد نبه على تفسير التخصيص فيه و في غيره بأن لا يركب الدابة غيره و أن يستوفى المنفعة بنفسه و ستمتع ما فيه و ما ينزل عليه (و كيف كان) فقد حكى الإجماع على جواز إيجار العين المستأجرة في ظاهر الغنية أو صريحها و قد سمعت عبارتها و صريح التذكرة قال لو استأجر دارا أو دابة أو غيرهما من الأعيان التي يصح استئجارها جاز له أن يؤجرها من غيره عند علمائنا أجمع و في (مجمع البرهان و الكفاية) أن الظاهر عدم الخلاف في جواز إيجار الدار التي استؤجرت إذا لم يشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لا أرى وجهها للاقتضار على ذكر الدار إلا ما ستمتع مما سنذكره في الراكب و قد حكيت الإجماعات على الجواز إذا أجز بمثل ما استأجر جنسا و قدرا أو بأقل و على الجواز فيما إذا أجز بزيادة إذا أحدث في العين عملا و إن لم يقابل الزيادة كما ستمتعها مفصلة إن شاء الله تعالى مضافا إلى الأصل و أنه قد ملك المنفعة و إطلاق النصوص المستفيضة في باب كراهية إجارة الأرض بأكثر مما استؤجرت به و يدل عليه في الأرض صريحا صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل استأجر أرضا بألف درهم ثم أجز بعضها بمائتي درهم ثم قال له صاحب الأرض الذي أجزه أنا داخل معك فيها بما استأجرت فتنفق جميعا فما كان فيها من فضل كان بيني و بينك قال لا بأس و يدل عليه صريحا في الدابة صحيحة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتت فما عليه قال إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها و إن لم يسم فليس عليه و قد دلت أيضا على عدم الصحة إذا اشترط المالك عليه التخصيص و قد حكى عليه الإجماع في صريح الغنية و التنقيح نعم إذا شرط المستأجر الأول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه صح و هو مما يرد على العبارة و نحوها لأن استيفاءها بنفسه أعم من استيفائها لنفسه كما صرح بذلك جماعة على أنه ظاهر إلا أن ينهيه عن نفس الإجارة من الغير بالشرط فلا يصح كالأول و إن استوفى هو المنفعة و قد يذب عن العبارة و نحوها بأن هذا الشرط غير صحيح إلا أن يصرف إلى أمر آخر كأن يؤجره المستأجر الأول و يشترط عليه في متن العقد أن يعبره له تلك المدة أو نحو ذلك و ينبغي التنبيه لأمر (الأول) أنهم قيدوا الجواز بعدم التخصيص و قد قالوا إن الإجارة إذا كانت للركوب فلا بد من تعيين الراكب إما بالمشاهدة أو بالأوصاف الرافعة للجهالة القائمة مقام المشاهدة فمع تعيين كون المستأجر هو الراكب يكون ذلك تخصيصا فكيف يقولون يجوز له أن يركب غيره و أن يؤجره إلا- مع التخصيص إلا- أن تقول إنهم أرادوا بالتخصيص التنصيص على أن لا- يركب غيره ففي الراكب حينئذ تخصيصان و أحدهما لا- ينافي الآخر فالتخصيص الحاصل من المشاهدة و الأوصاف يقضى بجواز إركاب من كان مثله أو دونه كما صرح به الراوندى في فقهه و هو قضية كلام غيره كما يأتي إن شاء الله تعالى و التخصيص الحاصل من الاشتراط هو أن لا يركب غيره و إن كان مثله أو دونه كما هو الظاهر من الصحة المتقدمة فإن ظاهرها التنصيص على أن لا- يركبها غيره لكنها ظاهرة في عدم التفصيل بين الأثقل و المساوى و الأخف مخالفة لما يظهر من المبسوط و التحرير و الإرشاد من التقييد بمثله و بالجملة نافية للتخصيص الأول إلا- أن تقول إن الأثقل خارج بالعقل و الاعتبار فالصحة جارية على ما هو المتعارف يستأجر الإنسان لنفسه و لما هو مثله من مستوى الخلقة و لا دلالة فيها حينئذ على عدم اشتراط المشاهدة و الوصف نعم إن قلنا إن الأثقل غير خارج كان مقتضاها جواز الإركاب و عدم الضمان إلا مع التعيين و الشرط لمكان

ترك الاستفصال ثم إنهم يستندون في اشتراط المشاهدة و الوصف إلى الجهالة و الغرر و إلى اختلاف الناس بكثرة الحركات

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٥

.....

و شدتها و قلتها و كثرة السكنات لكنه من البعيد معرفة الثاني بالوصف بل و بالمشاهدة و كأنهم أرادوا المبالغة فليتأمل ثم إن المصنف و المحقق الثاني ذكرا مثل ذلك في المسكن فقد قال فيما يأتي من الكتاب و يجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضررا و قال المحقق الثاني في شرحه أي يؤجر لركوب مثله مثلا و سكنى مثله أو يؤجر لمثل العمل الذي استؤجر لأجله و كذا للأقل ضررا لأن المنفعة تصير ملكا له بالإجارة و الناس مسلطون على أموالهم فقد شرط في المسكن أيضا الإجارة لمثله أو أقل ضررا مع الإطلاق و عدم التخصيص مع أن الظاهر عدمه لأنه لو استأجرها لينتفع بسكناها جاز له أن يسكن من هو أكثر منه ضررا بكثرة العيال و الضيوف و الدواب و غيرها إلا- القصار و الحداد كما في الوسيلة و غيرها لأنه مالك للمنفعة فله أن يفعل بها ما يشاء كما قاله الشهيد في غاية المراد و كما يأتي بيانه في الأحكام نعم ليس له أن يتجاوز المتعارف فلا يسكن الدواب في مسكن الناس و نحو ذلك مما ليس بمتعارف و لا- نقول كما قال الشهيد إنه يجوز له أن يفعل بها كل ما يفعل بماله (و الحاصل) أنهم جروا في الراكب و الساكن على المتعارف من أنه يستأجر لنفسه و لمن كان مثله و لا كذلك الأرض فإنه إذا استأجرها لزراع الحنطة فليس له أن يزرعها مساويها و ما دونها في الضرر على الأصح عند جماعة لأنه ليس متعارفا و يأتي التنبيه على ذلك في مباحث الأرض فليلاحظ هناك (الأمر الثاني) أنه إذا لم يشترط المالك التخصيص و جاز للمستأجر أن يؤجر هل يتوقف تسليم العين على إذن مالكيها فيضمن لو سلمها بغير إذن أم لا (الأول) خيرة النهاية و السرائر و الكتاب فيما يأتي و جامع المقاصد و حكاة في الحواشي عن ابن شرف و عن ابن الجنيد إذا سلمها إلى غير أمين لأن تسليط شخص على مال غيره بغير إذن المالك تعد فيكون موجبا للضمان و لا يلزم من استحقاها المنفعة و الإذن له في التسلم جواز تسليمها للغير (و الثاني) خيرة المختلف و غاية المراد و الحواشي و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض و كذا الروضة و الكفاية و هو قضية كلام الشرائع و حكاة في الحواشي عن ابن سليمان و هو خيرة أبي علي إذا سلمها إلى أمين و قد نفى البعد في الكفاية عنه أي قول أبي علي (قلت) و يدل عليه صحيحة الصفار الواردة في رجل دفع إلى قصار ثوبا ليقصره فدفعه إلى آخر فضع فوقع عليه السلام هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأمونا إن شاء الله تعالى لكن قد يدعى أنها ظاهرة في الأجير المعين فتأمل و هذا القول هو الصحيح سواء أجره لأمين أم لغيره لكنه يجب عليه إعلام المالك ليحفظ ماله لا استئذانه للأصل و صحيح الصفار و الصحيح المتقدم الصريح في ذلك و حمله كما في جامع المقاصد على ما إذا كان هناك إذن أو على تسليم لا يخرج به عن كونه في يد المستأجر تجشم شديد لا- داعى له إلا- التمسك بعموم تحريم التصرف في مال المسلم من دون إذن (و فيه) أن الصحيح هو المخصص ثم إن هذا العموم معارض بعموم الناس مسلطون على أموالهم و المنفعة مال للمستأجر بل قد ندعى وجود الإذن لأن القبض من ضروريات الإجارة للعين و قد حكمتم بجوازها و الإذن في الشيء إذن في لوازمه و أنه لو لم يجز التسليم لم تصح الإجارة لأن إجارة ما لا يقدر على تسليمه غير صحيحة (و ما عساه يجاب) عن الأول بأنه ليس من لوازم الإجارة القبض لإمكان استيفاء ذلك بجعل المؤجر و كيلا في الاستيفاء و باستيفاء المنفعة و العين في يده كأن يسكنه معه في الدار أو يحمل متاعه على الدابة و هي في يده (ففيه) أنه حمل لإطلاقات الفتاوى و الإجماعات على أفراد نادرة لا- تتأتى إلا- للنادر من الناس كالجواب عن الثاني بأن المراد من التسليم حصول المنفعة و الحصول متصور مع كون العين في يد المستأجر الأول و مثله الجواب عنه أيضا بجعل مالك المنفعة كالفضولي بأنه قادر على التسليم بالإذن المتوقع حصوله لأن الفضولي غير مخاطب بتسليم و لا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٦

و لا بد من مشاهدتها أو وصفها بما يرفع الجهالة إن أمكن فيها ذلك و إلا وجبت المشاهدة (١)

يتوقع منه ذلك و إنما المخاطب بالإيفاء و التسليم المالك إذا أجاز فحال الفضولي كحال الوكيل في إيقاع الصيغة فقط و ما نحن فيه ليس كذلك و قد اشتبه ذلك على كثير في باب الفضولي سلمنا ذلك كله و لكن الصحيح يأتي على ذلك كله ثم إن جعل المؤجر وكيلا- في الاستيفاء لم يتضح لنا حاله نعم يتصور ذلك على جهة العارية و الإباحة فليتأمل (الأمر الثالث) أنه لا فرق في جواز إيجار المستأجر العين بين أن تكون الإجارة الثانية أكثر من الأولى أم لا خلافاً للأكثر فممنوعوا من إجارة المسكن و الخان و الأجير بأكثر إلا أن يؤجر بغير جنس الأجرة أو يحدث فيه حدثاً كما يأتي إن شاء الله تعالى (الأمر الرابع) هل يجوز للمستأجر الثاني أن يستعملها في غير ما استأجرها له المستأجر الأول إذا كان مساوياً الذي يفهم من فحوى كلامهم في عدة مقامات أنه لا يجوز له ذلك و يأتي للمصنف أنه يجوز له مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله و قد فسره الشارح بمثل العمل الذي استأجرها لأجله قال و كذا الأقل ضرراً و يفهم منهم في مقامات أخر جواز ذلك و لم أجد لهم تصريحاً بأحد الأمرين إلا للمصنف في التذكرة فإنه قال في مسألة ما إذا سلمه العين المستأجرة إلى مكان معين مدة الإجارة و لم يستعملها لزمته الأجرة و إن كان معذوراً كخوف الطريق أو عدم الرفيق لأنه متمكن من السفر عليها لبلد آخر و من استعمالها في البلد تلك المدة انتهى و إذا جاز ذلك للمستأجر الأول جاز للثاني و قد يحمل ذلك على ما إذا كان أقل ضرراً ثم إنى وجدته في التذكرة في آخر الباب قوى المنع فيما إذا كان العدول إلى المساوى في السهولة و الأمن أو كان أقل ضرراً لجواز أن يكون للمؤجر غرض في تعيين الجهة و قضيته أنه لا يجوز العدول إلا مع العلم بعدم الغرض و يكفي في المنع الاحتمال و في (مجمع البرهان) الجواز ما لم يعلم المنع ثم إنى وجدت الشيخ في المبسوط نقل في المسألة قولين ثم قوى المنع مطلقاً و أنه يضمن بالمخالفة و هو خيرة التحرير و يأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له

(قوله) (و لا بد من مشاهدتها أو وصفها بما يرفع الجهالة إن أمكن فيها ذلك و إلا وجبت المشاهدة)

أى لا بد في العين المستأجرة من العلم بها لأن الإجارة عقد معاوضة مبنى على المغالبة و المغابنة فلا يصح مع الغرر فيجب مشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلق المنفعة أو وصفها بما يرفع الجهالة و قد صرح بأنه لا بد من أحد الأمرين في المبسوط و الفقه الراوندى و أكثر ما تأخر عنهما و قد قال المصنف هنا و في التحرير أنه إنما يعتبر الوصف إن أمكن و إلا وجبت المشاهدة (و اعترضه في جامع المقاصد) بأنه إن كان المراد وصفها بصفات السلم فإنه يقضى بأن كلما لا يجوز السلم فيه تجب مشاهدته مع أن العقار لا يجوز السلم فيه و تصح إجارته مع الوصف الوافى بصفاته الشخصية كما سيأتى للمصنف (و إن قلت) أن المراد بالوصف أعم من الوصف الوافى بصفات السلم فيما يسلم فيه و يكون موضعه الذمة و من الوصف بالصفات الخاصة بالشخص المعين إذا لم يمكن السلم فيه و لا يكون موضعه الذمة (قلنا) يشكل بأن كل شيء يمكن وصفه بما يرفع الجهالة أما ما يمكن فيه السلم فظاهر و أما غيره فلائنه إنما يوصف فيه الشخص و لا ريب أن الموجود المتشخص يمكن تتبع جميع صفاته و استقصائها و إن كثرت (و الجواب) أن المراد الثاني و إن عدم إمكان الوصف قد يكون لعدم معرفة المؤجر بالوصف و إن كان قد رآها و شاهدها و قد يكون لعدم رؤيته لها بالكلية و قد يكون لعدم إمكان ضبطها به لأن المصنف يمنع الكلية فإنه في التذكرة لم يكتف في إجارة الأرض للزراعة بالوصف محتجاً بأنها تخلف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٧

فإن باعها المالك صح (١) فإن لم يكن المشتري عالماً تخير بين فسخ البيع و إمضائه مجاناً مسلوب المنفعة إلى آخر المدة (٢) و لو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز و يجتمع عليه الأجرة و الثمن (٣)

فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر و مستعملها و بعضها رخو يسهل و بعضها فيه حجارة تتعلق بها السكة و مثل هذا الاختلاف إنما يعرف بالمشاهدة للمارس الخبير و إن اعترضه المحقق الثاني و الشهيد الثاني كما يأتي إن شاء الله تعالى في خصوص الأرض و إلا

فالجوهرة العالية النفيسة يدرك المشاهد منها ما لا يدرك بالوصف و إن أسهب فيه و أطنب و لا يرفع بذلك الجهالة التى تفاوت لأجلها القيمة سلمنا لكنه بنى ذلك على معتقده

(قوله) (فإن باعها المالك صح)

أى البيع و لا- يقع باطلا- كما حكياء فيما تقدم عن النهاية و ما تأخر عنها إلى الرياض و نقلنا عليه الإجماعات المستفيضة و الأخبار المتضافرة و قد أسبغنا الكلام فيه محررا

(قوله) (فإن لم يكن المشتري عالما تخير بين فسخ البيع و إمضائه مجانا مسلوب (مسلوبه خ ل) المنافع إلى آخر المدة)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و المفاتيح و الرياض و هو معنى ما فى المبسوط و الوسيلة و الغنية و إيضاح النافع قال فى (الغنية) فعلى المشتري إن كان عالما بالإجارة الإمساك عن التصرف حتى تنقضى مدتها و إن لم يكن عالما بذلك جاز له الخيار فى الرد بالعيب بدليل الإجماع انتهى و هو عبارة المبسوط و وجه أنه عيب أو كالعيب أن المنفعة المستوفاه بعقد الإجارة تفوت على المشتري و هو ضرر لأن إطلاق العقد وقع على ما هو الغالب من وجوب التسليم و الانتفاع و قد فاته ذلك و قد جعل له الشارع الخيار ليخلص من هذا الضرر فإن فسخ فذاك و إن اختار الإمضاء لم يكن له إلا الإمضاء مجانا لا مع الأرش لأنه إنما يثبت مع العيب الحقيقى و هو نقصان الخلقة أو زيادتها و هما منتفیان هنا و إنما الفأنت منفعة العين و استحقاق تسلمها و التسلط عليها فإطلاق القول بأنه عيب ليس بجيد لا سيما مع الحكم بعدم الأرش كما تقدم

(قوله) (و لو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز و تجتمع عليه الأجرة و الثمن)

أى لو كان المشتري للعين المؤجرة هو المستأجر لها فالبيع صحيح إجماعا كما فى التذكرة و الإيضاح و هو معنى قوله فى جامع المقاصد فالبيع صحيح لا محالة و وجهه أنه عقد بيع صادق ملكا فصح كغيره لأن الملك فى الرقبة خالص له و عقد الإجارة إنما ورد على المنفعة فلا- يمنع من بيع الرقبة و التسليم غير متعذر و هل تنفسخ الإجارة أم لا وجهان و قد اختير بقاؤها فى جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و اللمعة و الحواشى و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض و هو ظاهر غاية المراد و إيضاح النافع و المحكى عن القطب و هو ظاهر إطلاق النهاية و ما تأخر عنها مما لم يصرح فيه بالبطلان أو العدم و قد ذكرنا ذلك فيما سلف بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال الحق عندنا لا تبطل و هو أصح وجهى الشافعية انتهى و لم نجد مخالفا إلا المصنف فى الإرشاد قال فالأقرب بطلان الإجارة على إشكال و حكاة ولده فى شرحه أى الإرشاد عن الشيخ و لم يحكه غيره عنه و لا- وجدناه فى كتبه الثلاثة بعد فضل التتبع و معنى قوله الأقرب البطلان على إشكال أن الأقربىة غير خالية عن الإشكال بمعنى أن الرجحان ضعيف فى الجملة (و عساك تقول) أن الإطلاقات لا تتناول ما نحن فيه لأنهم يذكرون حكم المشتري إذا كان عالما أو جاهلا و ذلك يقضى بالتخصيص بالأجنبى (لأننا نقول) من الأفراد الغير النادرة أن يستأجر و كيل المستأجر من غير علم منه و يشتري هو و بالعكس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٨

.....

أو يكون له و كيلان و قد عقدا له العقدين و لا شعور للمشتري منهما بالحال (حجة المشهور) الأصل و الاستصحاب مع عدم الدليل على كون البيع مبطلا للإجارة فإن ذلك يحتاج إلى دليل و لا دليل إلا تابعية المنفعة لملك العين و هى مطلقا ممنوعة لأنه إذا ملك المنافع أولا بعقد الإجارة ملكا مستقرا فإنها لا تبطل بما يطرأ من ملك الرقبة و إن كانت المنافع تتبعها لو لا ملكها السابق كما أنه إذا ملك ثمرة غير مؤبرة ثم اشترى الشجرة و لا تنافى بين ملك المنفعة بعقد و ملك الرقبة مسلوبة المنفعة بعقد آخر كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصول (و حجة الإرشاد) و هو الوجه الثانى للشافعى أنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة و إذا

كانت المنافع مملوكة لم يبق عقد الإجارة عليها كما أنه لو كان مالكا للرقبة فى الابتداء لم يصح منه استئجار المنافع كما أن الملك لما منع ابتداء النكاح منع استدامته فإنه كما لا يجوز أن يتزوج أمته كذلك لو اشترى زوجته انفسخ النكاح (وفيه) ما عرفت من أن ملك العين إنما يقتضى ملك المنافع تبعا إذا لم يبق ملكها بسبب آخر لا مطلقا و تجدد المنافع لا ينافي تملكها بالعقد السابق و أما انفساخ النكاح فلا بد جوازه أنما يكون مع الملك أو العقد و يمتنع اجتماعهما لظاهر قوله عز و جل **إِنَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ** أو **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** و التفصيل قاطع للشركة و الإجماع منعقد على حكم النكاح بخلاف ما نحن فيه و لو لا ذلك لقلنا فيه مثل ذلك و أيضا فإن المؤجر ليس بمالك للمنفعة يوم باع فلا تصير للمشتري و السيد مالك لمنفعة بضع الأمة و الزوج لا يملكها و إنما يجوز له الانتفاع بالبضع و لهذا لو وطئت بالشبهة يكون المهر للسيد لا للزوج فإذا باع تبعت المنافع المملوكة له للرقبة و ملكها الزوج بالشراء فانفسخ النكاح و أيضا ملك الرقبة فى النكاح أقوى فيغلب ملك المنفعة إن كان هناك ملك فإن سيد الأمة إذا زوجها لا يجب عليه تسليمها و ملك المنفعة فى الإجارة أقوى فإنه يجب على المؤجر التسليم فتأمل (و أيضا) لو كان هناك منافاة و أن التبعية لا تنفك لوجب بطلان البيع لعدم حصول تابعه لأن الأصل بقاء الإجارة و الأصل عدم بطلانها و خروج المنافع من كتم العدم لتتبع البيع لأن عقد البيع لما وجد صادف عينا مسلوبة المنافع و الأصل عدم خروجها عن عقد الإجارة لتتبع البيع فكان باطلا على تقدير عدم الانفكاك فليتأمل جيدا و لما قام الإجماع على صحته علمنا أن لا منافاة و أن التبعية مطلقا ممنوعة و تظهر ثمره الخلاف فى استحقاق المؤجر الأجرة لباقي المدة فيستحقها على المشهور لا على القول النادر بل ليس به قائل غير متأمل ثم عد إلى العبارة فقولها فالأقرب الجواز فيه نظر ظاهر إذ لا معنى للجواز هنا و كان حقه أن يقول فالأقرب بقاء الإجارة أو عدم بطلانها لأنه محل النزاع بل ربما أوهمت العبارة أن الأقرب جواز البيع وبقى هناك شيء و هو أنه إذا باع المؤجر العين فى مدة الإجارة و رضى المشتري ثم تبين بطلان عقد الإجارة فممنوعة مدة الإجارة من حين الشراء للمشتري لما تقدم من أن عقد البيع يقتضى استحقاق المشتري الرقبة و المنفعة جميعا و لو كانت الإجارة صحيحة منعت من استحقاق المنفعة و لا مانع إذا كانت باطلة إلا أن تقول إن المشتري إنما اشترى العين مسلوبة المنفعة إلى آخر المدة نظرا إلى استحقاقها بالإجارة و مثله ما لو وجد المستأجر بالعين عيبا ففسخ الإجارة بذلك العيب كما أتى فى كلام المصنف فممنوعة بقية المدة للمشتري لما عرفت و هو ظاهر التذكرة و يحتمل هنا قويا جدا أنها للبائع لأنه لم يملك المشتري منافع تلك المدة و إنما اشتراها مسلوبة المنفعة تلك المدة و الأصل بقاء ذلك بعد الفسخ و التبعية امتنعت بسبب الإجارة فتستصحب و هو خيرة التحرير و الحواشى و جامع المقاصد و قد نقول إن الوجهين يبينان على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو من حينه (فإن قلنا) بالأول فهي للمشتري لأن الإجارة تكون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٨٩

و لو وجدها المستأجر معيبة يعيب لم يعلمه فله الفسخ (١) و إن استوفى بعض المنفعة (٢)

كأن لم تكن و إن كان من حينه فللبائع لأنه لم يوجد عند الرد ما يوجب الحق للمشتري

(قوله) (و لو وجدها المستأجر معيبة يعيب لم يعلمه فله الفسخ)

يريد أنه وجدها معيبة يعيب سابق على العقد و لم يعلم به فله الفسخ كما صرح به فى المبسوط و غيره فى الباب و باب المزارعة من غير خلاف بل قد يظهر من الغنية الإجماع عليه بالأولوية و قد فرضها كذلك فى التذكرة قال هذا لا نعلم فيه خلافا إذا كان العيب سابقا يوجب نقضا متفاوت به الأجرة و حكى عن ابن المنذر نفي الخلاف فيه أيضا و قد مثله بما إذا استأجر عبدا للخدمة فمرض أو جنّ أو جدم أو دابة للركوب فخرجت بحيث تتأخر به عن القافلة أو بئرا فغار ماؤها أو تغير بحيث يمنع الشرب منه أو دارا فانهدم بعض بنائها أو انكسر بعض جذوعها أو اعوج بعض قوائمها أو تغير الظهر فى المشى أو كانت جموحا أو عضوضا أو نفورا و أشباه ذلك من النقائص التى تفوت بها المنفعة أو بعضها و أكثر أمثلة التذكرة محلها فيما إذا تجدد العيب بعد العقد و هو لا يطابق عنوانها و كذلك

الحال في أمثلة ابن المنذر ثم إن تقييدهما ذلك بما إذا كان منقضا للمنفعة لعله لا وجه له لأن الإطلاق إنما ينزل على الصحيح و الصبر على العيب ضرر سواء نقص المنفعة أم لا كما إذا كانت الدابة أو الدار لا تليق بحال المستأجر ولا سبيل إلى التخلص منه إلا الخيار و هو ظاهر إطلاق الشرائع والإرشاد بل هو صريحهما لمكان إن الوصلية و إطلاق التحرير و اللعنة و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و صريح جامع المقاصد إلا أن يقال إنما أرادوا محل الإجماع و ليعلم أنه ليس له المطالبة بالإبدال كما نص عليه في المبسوط و التحرير و هو ظاهر لأن المفروض أنها غير مطلقة لمكان المقابلة (قوله) (و إن استوفى بعض المنفعة)

كما هو صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قضية بعض أمثلة المصنف و ابن المنذر في معقد إجماعيهما و هو ظاهر إطلاق الشرائع و النافع و الإرشاد و التحرير و اللعنة و مجمع البرهان بل و المبسوط و السرائر و غيرهما و يفهم من كلام التذكرة بالأولوية كما يأتي لأن الصبر على العيب ضرر فلا يسقط بالتصرف كالغبن و التدليس و عدم التكليف بالضرر جهلا بل نقول كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض إن المعقود عليه في الحقيقة إنما هو المنفعة و إن جرى العقد على العين لمكان كمال الارتباط بينها «١» و التصرف في المنفعة إنما هو في المستوفى منها دون ما بقي فما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف فلا يكون التصرف مسقطا لخياره كما في المبيع بل أثبت له في التذكرة الخيار في الفسخ كذلك فيما إذا تجدد بها عيب بعد العقد لعين ما ذكرناه قال لأن المنافع في الزمان المستقبل غير مقبوضة و إن كانت الدار مقبوضة فيكون العيب قديما بالنسبة إليها قال و قياس هذا بمعنى قضيته أن لا يتسلط على التصرف في المنافع المستقبلية إلا أنه سلط عليه للحاجة فإذا حدث العيب فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه فثبت له الفسخ فيما بقي منها انتهى و قضية هذا أن يثبت له الفسخ و إن كان عالما و لعله تقريبي و إلا لا تنقض بتصرف المعاطاة و ظاهر إطلاقهم أنه ليس على الفور و لو قلنا بسقوط خياره بالتصرف فالظاهر أنه لا ريب في استحقاها الأرش و قد كفانا المثون أنه لا قائل به و إنما الكلام فيما إذا قلنا بعدم السقوط

(١) لأن العقد على العين إنما كان ليستوفى المنفعة منها لأنها تابعة لها في المالية فيلزم من نقص العين نقص مالية المنفعة فعيب العين في قوة عيب المنفعة فله الفسخ و إن استوفى بعضها (منه قدس سره) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٠ و لو لم يفسخ لزمه جميع العوض (١) و لو كانت العين مطلقة موصوفة لم يفسخ العقد و على المؤجر الإبدال (٢)

و اختار عدم الفسخ كما يأتي

(قوله) (و لو لم يفسخ لزمه جميع العوض)

كما هو صريح الشرائع و التذكرة و التحرير في عدة مواضع منهما (منها خ ل) و الإرشاد و الكتاب أيضا فيما يأتي و مجمع البرهان و هو ظاهر المبسوط فيما إذا استأجر دارا لأنه رضى به ناقصا فأشبهه ما لو رضى بالمبيع معينا كما في التذكرة و معناه أنه تصرف فيما له باختياره و العقد قد جرى على المجموع و هو باق برمته لم يفت منه شيء إلا و وصف أو جزء لا يتقسط عليه الأجرة و لا دليل على أن له الرضا و الالتزام بالأرش كما في المبيع (البيع خ ل) إلا القياس و هو باطل و قال في (جامع المقاصد) على عبارة الكتاب ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقضا للمنفعة لنقصان العين فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعا مع الخيار (قلت) ذهاب بعض العين يكون على طورين أحدهما ما لا قسط له من الثمن كيد العبد مثلا و عور الدابة و الثالث هنا عند جماعة في البيع إنما هو الخيار بين الفسخ و الإمضاء بالجميع فكذلك هنا و الثاني ما له قسط من الثمن كانهدام بعض بيوت الدار و غرق بعض الأرض فإنه في الإجارة عنده و عند المصنف في ما يأتي من الكتاب و التحرير كتلف أحد العبدین في البيع و هذا هو الذي أراده فيما استدركه

على العبارة و هو بإطلاقه غير جيد و لكن المسألة ليست في الإجارة إجماعية قطعية كما قال إذ ظاهر المبسوط عدم التقسيط و غيره متأمل في ذلك كالأردبيلي و الكاشاني و قد سمعت إطلاق الكتب المذكورة هنا من دون تعرض لتقسيط و لا أرش و دليلهم يقضى بأن ذلك في غير ما له قسط من الأجرة فاعتراضه في جامع المقاصد لعله في غير محله و قضية كلامه هنا أن العيب إذا لم يكن لنقصان في العين و اختار البقاء مع الأرش أنه لا يجاب إليه و أنه ينبغي أن يلزمه جميع العوض و قد تردد فيه قبل ذلك من دون فاصلة يعتد بها و التردد صريح للمعة قال و لو ظهر عيب فله الفسخ و في الأرش نظر و جعل منشأه في الروضة من أن العقد جرى على المجموع و هو باق فأما الفسخ أو الرضا بالجميع و من كون الجزء الفائت أو الوصف مقصودا للمستأجر و لم يحصل و هو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فلا يكون الآخر مستحقا بكماله فيجبر بالأرش و قال في (جامع المقاصد) بعد أن تردد فيه كما عرفت أنه يأتي إن شاء الله تعالى أن الأصح و جوب الأرش (قلت) و هو ينافي مفهوم كلامه السابق كما عرفت و مما أتى له فيما يأتي أنه قال إنى لا أستبعد ثبوت الأرش كثيرا و قد استوجهه في المسالك و استحسنته في الروضة و لا ترجيح في الكفاية (إلا أن تقول) إنه في جامع المقاصد يفرق بين التقسيط و الأرش لكن مفهوم كلامه يقضى بأنه يلزمه جميع العوض و إن لم يكن تقسيط و يأتي لهم في مباحث الأرض الجزم بالأرش فيما إذا تعذر الزرع لقلّة الماء بحيث لا يكفى الزرع و طريق معرفته أن ينظر إلى أجره مثل العين سليمة و معيبة و يرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة (و ليعلم) أنه وقع في الشرائع و الإرشاد أنه له الفسخ و الرضا بالعيب من دون نقصان و لو كان العيب مما تفوت به بعض المنفعة و المسكوت عنه المدلول عليه بأن الوصلية هو ما إذا كان العيب لا يفوت به شيء لا ما إذا كان يفوت به الجميع لأن ذلك يبطل العقد

(قوله) (و لو كانت العين مطلقة موصوفة لم يفسخ العقد و على المؤجر الإبدال)

أى لو كانت الإجارة على عين في الذمة موصوفة بصفات السلم فسلمه عينا معيبة لم يفسخ العقد و كان على المؤجر الإبدال كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأن العقد لم يتعلق بعينها و إنما تعلق بأمر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩١

و لو تعذر فله الفسخ (١) فإن رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبائع (٢) و لو تلفت العين قبل القبض أو عقيب القبض بطلت مع التعيين و إلا بطل في الباقي (٣)

كلى فأشبهه المسلم فيه إذا سلمه على غير الصفة

(قوله) (و لو تعذر فله الفسخ)

قال في التذكرة إن عجز المؤجر عن إبدالها أو امتنع منه و لم يمكن إجباره عليه فللمستأجر الفسخ أيضا لتعذر استيفاء منفعته كما هي و هي التي جرت عليها المعاوضة و قد صرح بذلك كله أيضا في المسالك و هما مطالبان بالدليل على الخيار عند الامتناع و إن كان الأول يحتاج إلى دليل أيضا و لعله العقل و أنه قد ثبت ذلك فيما إذا تعذر المسلم فيه فتأمل و قد ترك في جامع المقاصد ذكر صورة الامتناع و ذكر أنه ثبت له الخيار و الفسخ فيما إذا تعذر الإبدال على خلاف الغالب و فيما إذا عجز المؤجر لسبب من الأسباب و هو مطالب بالدليل على الثاني أيضا و لعله لمكان الضرر «١» فتدبر فليلاحظ ذلك

(قوله) (فإن رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبائع)

قد تقدم الكلام في هذا في آخر الكلام على قوله و لو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز إلى آخره و قد ذكر في جامع المقاصد هنا فرعا قال فرع لو باع العين و استثنى منفعتها مدة لم يصح على ما سبق في البيع انتهى و كأنه لم يلحظ التذكرة في المقام فإن فيها لو باع عينا و استثنى لنفسه منفعتها شهرا أو سنة صح البيع و الاستثناء عندنا و ظاهرها الإجماع على ذلك و قد تقدم لنا في باب شروط البيع نقل الإجماعات على ذلك بل نبهنا هناك على ما وقع له هنا و كلامه هناك يقضى بصحة هذا الشرط بل هو كالصريح فيه و قضية

محمد بن سليمان الدهلى مع أبى حنيفه و ابن شبرمه و ابن أبى ليلى معروفه و قد حكيناها فى باب شروط البيع

(قوله) (و لو تلفت العين قبل القبض أو عقيب القبض بطلت مع التعيين و إلا بطل فى الباقي)

كما صرح بجميع ذلك فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو صريح بعض من بقى فى البعض و قضيه كلام بعض فى بعض كما سسمع لأن انفساخ العقد فيما إذا تلفت العين قبل القبض صريح الجامع و الكتاب فيما يأتى أيضا و قضيه كلام النهايه و المقنعه و المهذب و الكافى و الغنيه و السرائر و غيرها بل قضيه إطلاق كلام التحرير فى موضع منه و إن كان كلامه هنا غير محرر و قضيه كلام اللمعه بالأولويه لأنه حكم به فيما إذا تلفت بعد القبض (و كيف كان) فقد قال فى التذكرة لو تلفت العين قبل القبض انفسخ العقد بلا خلاف نعلمه انتهى و وجهه أن العين المعينه أحد العوضين و قد تعذر تسليمها و هى قبل القبض من ضمان المؤجر و كأن ذلك لا خلاف فيه و لذلك يأخذونه مسلما فإذا فات أحد العوضين قبل القبض بطل كالبيع و لا فرق فى ذلك بين العبد و الدار إذا انهدمت كذلك كما فى المبسوط و حكى فيه عن بعضهم الفرق بأن العبد إذا تلف لا يمكن الانتفاع به على وجه و لا- كذلك الدار لأن بعض العين فيها باق و ينتفع به بالعرضه (و بالعرضه ظ) و قال الصحيح الأول لأن هذا ما اكرتى العرضه و إنما اكرتى الدار و هى قد انهدمت و هو خيره الخلاف و المهذب و الكافى و الكتاب فيما يأتى و جامع المقاصد و المسالك لأنه قد صرح فى الأخيرين بأنه لا عبره بإمكان الانتفاع بغير المعين كما لو استأجر أرضا للزراعه فغرقت و أمكن الانتفاع بها بغيرها قالوا فإن ذلك كتلف العين كما تقدم و سسمع ما قيدا به عبارتى الشرائع و الكتاب بل قد يقال إن ذلك ظاهر المقنعه و النهايه و المراسم و الوسيله حيث قيل فيها و إن انهدم سقطت الأجره إلا أن يعيده إلى حال العمارة (و يمكن أن يقال) معنى قولهم سقطت الأجره أنه يمكن سقوطها لمكان الخيار كما فى الغنيه

(١) الضروره خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ٧، ص: ٩٢

.....

و قال فى (التحرير و التذكرة) و إن بقى فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن ينتفع بعرضه الدار لوضع حطب فيها أو نصب خيمه أو صيد السمك فالأقرب ثبوت الخيار للمستأجر بين الفسخ و الإمضاء للجميع و لا تبطل الإجاره من دون فسخ (قلت) قضيه ذلك أنه لو استأجر دابه للركوب فعاتت بحيث لم تصلح إلا للدوران للطحن إن الإجاره لا تبطل (و عساک تقول) إن ذلك قضيه الغنيه و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و الإرشاد و اللمعه و مجمع البرهان و المفاتيح و الكفايه فيما إذا استأجر دارا فانهدمت فإنهم قالوا إن للمستأجر الخيار إلا أن يعيده صاحبه فإن إطلاقهم هذا يقضى بثبوت الخيار مطلقا و لو خرج المسكن بالانهدام عن إمكان الانتفاع به بل هو قضيه إطلاق المقنعه و النهايه و المراسم و الوسيله بالتأويل المتقدم بل فى الغنيه و السرائر مثل انهدام المسكن على وجه يمنع من استيفاء المنفعه فيملك المستأجر الفسخ و قد قيد فى جامع المقاصد و المسالك و الروضه عبارة الكتاب و الشرائع و اللمعه بما سمعته قال فيما يأتى من الكتاب و لو انهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع ماؤها فى الأثناء فللمستأجر الفسخ و نحوه ما فى الشرائع و اللمعه فإنهما قيدا العبارات الثلاث بما إذا أمكن إزالة المانع أو بقى أصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الإجاره لتعذر المستأجر عليه و قد نبه على القيد الأول الشهيد فى الحواشى و لذلك اعترض فى الرياض على إطلاق عبارة النافع بأنه مخالف لما ذكره من أن تلف العين مبطل للإجاره (لأننا نقول) هذا القيد الأول مشار إليه فى جميع العبارات من المقنعه إلى المفاتيح حيث يقولون إلا أن يعيده المالك حتى يعيده المسالك إلا- أن يعيده صاحبه حتى يعود إلى حال يصح الانتفاع به و نحو ذلك كقوله فى النافع و له إلزام المالك بالإعادة و بالجملة أن المفروض فى كلامهم قطعاً أن ذلك حيث تمكن الإزالة و إنما حلت عن ذلك عبارة اللمعه فتقيدها

فى الروضة به فى محله و لا كذلك عبارة الكتاب و الشرائع فإن فى الشرائع من غير فاصلة إلا أن يعيده المالك و فى الكتاب فإن بادر إلى إعادته و الغرض أن لا شهادة فى هذه الإطلاقات على ما فى التذكرة و التحرير لأن المتبادر منهما عدم إمكان الإعادة على الفور من دون أن يفوت شىء بقرينه ذكر صيد السمك و يأتى فى الكتاب و غيره أن ذلك يبطلها (و ليعلم) أن الظاهر من قولهما فى جامع المقاصد و المسالك أو بقى أصل الانتفاع أنه من باب إضافة الصفة إلى الموصوف أى الانتفاع الأصلى و هو السكنى بقرينه ما حكيناه عنهما آنفا نعم قوله فى الروضة ظاهر فى موافقة التحرير و التذكرة قال و إنما يتخير مع انهدام المسكن إذا أمكن الانتفاع به و إن قل أو أمكن إزالة المانع و قد ينزل على ما فى المسالك و قد علم من ذلك أن ثبوت الخيار حين الانهدام و إمكان إزالة المانع إجماعى كما قد يظهر ذلك من الغنية و أنه لا مجال للقول بالبطان حينئذ و أن ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع و الإرشاد و الروض سقوط الخيار إذا أعاده المالك و لعلمهم استندوا فى ذلك إلى الأصل و انتفاء الضرر لمكان الإعادة (و فيه) أن الخيار قد ثبت بنفس الانهدام إجماعاً فيستحب و هو خيرة الكتاب فيما يأتى و الإيضاح و الكنز و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر السرائر و النافع و المجمع و تردد فى الشرائع و الكفاية و ذلك فيما إذا بادر و لم يفت شىء من النفع أما لو فات شىء من النفع فإنه يجىء خيار تبعض الصفقة و هل له إلزام المالك بذلك إذا لم يفسخ أم لا (الأول) خيرة المراسم و النافع و الأصح العدم كما هو خيرة الإرشاد و مجمع البرهان و بذلك يعلم حال ما فى الرياض من اعتراضه على إطلاق عبارة النافع لأنه قد ظهر لك أن الإطلاق مقيد ثم إنه قد استوجه فيه اللزوم و عدم ثبوت الخيار أصلاً و تمام الكلام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٣

و يرجع من الأجرة بما قابل المتخلف (١) و كذا لو ظهر استحقاتها (٢) و يستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر (٣) و فى الزائد من أجرة المثل إشكال (٤)

عند تعرض المصنف له إن شاء الله تعالى و إنما استطرنا فيها الكلام لمكان بعض الأعلام حرسه الملك العلام ثم عد إلى العبارة فتقييد البطالان فيها و فى غيرها بالتعيين و التشخيص للتنبه على أنها لو كانت الإجارة فى الذمة فسلم عينا فتلفت فالإجارة باقية كما تقدم و لكنه تركه فيما يأتى و لا بد من تقييد قوله أو عقيب القبض بكونه بغير فاصلة بقرينه قوله و إلا بطل فى الباقي إذ معناه و إن لم يكن التلف قبل القبض أو عقيبه بلا فصل بل بعد مضى زمان ذهب فيه بعض المنفعة بطلت الإجارة فى الباقي من مدة الإجارة أو من المنفعة و قد عرفت المصرح به و فى (المبسوط) لا خلاف فى أن العقد فيما بقى يبطل و فيما مضى لا يبطل عندنا و أما إذا تلفت بعد القبض بلا فاصلة فقد عرفت المصرح ببطالان الإجارة و سقوط الأجرة و فى (التذكرة) أنه قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور و لا يخفى ما فى العبارة من وضع الظاهر موضع الضمير و الجرى على نحو قوله «و لا أرض أبقل إبقالها» و سيعيد هذه المصنف فى أوائل المطلب الثالث

(قوله) (و يرجع من الأجرة بما قابل المتخلف)

معناه أنها حيث تبطل فى الباقي يقسط المسمى على جميع المدة و يثبت للماضى ما قابله منها و هو ظاهر إن كانت متساوية الأجزاء لأنه يكون على المستأجر من الأجرة المسماة بقدر ما مضى من الزمان فإن كان نصفه فنصف الأجرة و هكذا و لا فرق بين كون المنفعة مقدرة بالزمان أم لا و إن لا تكن متساوية كأن كانت أجرة الشتاء غير أجرة الصيف مثلاً فطريق التقسيط كما يأتى أن تقوم أجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلف و تنسب إلى المجموع و يؤخذ من المسمى بتلك النسبة كما صرح بذلك كله فى السرائر و غيرها و هذا كله إذا كان التلف بأفة سماوية أما إذا كان من المالك أو أجنبى فإنه يرجع بأجرة منفعة المثل كما هو مقتضى القواعد

(قوله) (و كذا لو ظهر استحقاتها)

يريد أنه كما تبطل الإجارة بتلف العين مع التعيين قبل القبض و بعده كذلك يتبين بطلانها بظهور العين مستحقة كذلك فقد شبه البطلان بالبطلان و إن كان أحدهما عارضا و الآخر من أصله و حينئذ يرجع المالك على من شاء منهما بأجرة المثل إن كان قد قبضها المستأجر و لا سيما إذا مضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة أو بعضها ثم تلفت و إن كان لم يقبضها أى المستأجر لم يلزمه شيء و إن كان قد بذلها له و لم يأخذها حتى انقضت المدة كما يأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له

(قوله) (و يستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر)

أى يستقر ضمان قيمة العين المستأجرة المفروض تلفها فى يد المستأجر الجاهل بكونها مستحقة لأنه مغرور و إن باشر التلف بمعنى أنه كان تحت يده لضعف المباشرة بالغرور و لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فيرجع على المؤجر بقيمتها إن رجع عليه المالك بها و به صرح فى جامع المقاصد بل هو مما لا ينبغي الريب فيه و إن لم يتعرضوا له و عبارة التحرير هنا غير محررة

(قوله) (و فى الزائد من أجرة المثل إشكال)

أى فى رجوع المستأجر بما زاد من أجرة المثل عن المسمى الذى اغترمه للمالك حيث يكون هناك زيادة و عدم رجوعه به إشكال أقرب الرجوع كما فى التحرير و هو الأقوى كما فى الحواشى و الأصح كما فى جامع المقاصد لأنه مغرور لأنه إنما أقدم على سلامته له من غير غرم كما إذا اشترى عينا مغصوبة جاهلا- بالغصب ثم تلفت فى يده فرجع عليه المالك بقيمتها يوم التلف و كانت أزيد مما اشترأها به فإن لهم فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٤

و تصح إجارة العقار مع الوصف و التعيين لا فى الذمة (١) و يفتقر الحمام إلى مشاهدة البيوت و القدر و الماء و الأتون و مطرح الرماد و موضع الزبل و مصرف مائه (٢)

رجوعه بالزائد اختلافا شديدا حتى من الفقيه الواحد كالمحقق الثانى و قد رجحنا هناك الرجوع حيث يكون الفساد من جهة الغصب لا مما يتعلق بالصيغة و المتعاقدين و نحو ذلك و قد أشرنا هناك إلى ما هنا و أسبغنا الكلام فيه فى باب المكاسب محررا و قد أحاله فى الإيضاح على ذلك المقام و قد استشكل فيه فى الرجوع فى بيع الفضولى و حكم به فى شرح الإرشاد و وجه عدم الرجوع أنه دخل على ضمانه بالأجرة المبذولة فى مقابلة مجموع المنفعة فيغرم أجرة المثل و يرجع بالمسمى (و فيه) أن ذلك لا ينافى غروره فى الزائد لأنه إنما دخل على استحقاقه من غير غرم

(قوله) (و تصح إجارة العقار مع الوصف و التعيين لا فى الذمة)

أما صحة إجارة العقار فلا خلاف فيها بين أهل العلم كما فى التذكرة و بين العلماء كما فى التحرير و لا خلاف فيها كما فى السرائر و حكى عن ابن المنذر فى التذكرة أنه قال أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل و الديار جائزة (قلت) و لا خلاف فى صحتها مع المشاهدة و قد تركه المصنف لأنه صرح به سابقا فى أول المبحث و سيأتى له التنصيص عليه فى أواخر مباحث الأرض و أما صحتها مع الوصف فقد فصل فيه المصنف فقال إن كان موصوفا بالصفات الخاصة الوافية بصفاته الشخصية صح و من ثم قال لا فى الذمة لأن الموصوف بصفات السلم يكون كليا و لا امتناع فى أن لا يوصف الشيء بصفات السلم لأنه لا يعز وجوده و يعسر تسليمه و يوصف الشخص بصفاته المميزة لأن الموجود المتشخص يمكن تتبع جميع صفاته و استقصائها و إن كثرت و قد وافق فى ذلك المحقق فى الشرائع و وافقهما المحقق الثانى و قد استند فى الشرائع إلى لزوم الغرر و قال فى (المسالك) فيه نظر فإن الوصف الراجع للجهالة كيف يجمع الضرر نعم لو علل بعسر تحصيل الموصوف لاختلاف العقارات فى الخواص و الأوصاف اختلافا كثيرا يعسر معه الوقوف على ما عينه أمكن (قلت) قال فى الشرائع و لا تصح إجارة العقار إلا مع التعيين بالمشاهدة أو بالإشارة إلى موضع معين موصوف بما يرفع الجهالة و لا تصح إجارته فى الذمة لما يتضمن من الغرر فجعل وصفه الراجع للجهالة حال تشخيصه و

تعيينه و جعل وصفه فى الذمة متضمنا للغرر لاختلاف العقارات فى الخواص و الأوصاف فلا مجال للنظر فى كلامه على مختاره على أن العسر المذكور يقضى بعدم استيفاء الأوصاف فيرجع إلى الغرر و من الغريب أنه قال فى المسالك إنه وافقه على هذا التفصيل فى التحرير و أطلق فى القواعد و التذكرة مع أن الأمر بالعكس بالنسبة إلى القواعد و التحرير و أما التذكرة فإنه بعد أن قال إنما تصح إجارتها مع مشاهدتها فإنها لا تصير معلومة إلا بذلك و لا يجوز الإطلاق فيها و لا الوصف و به قال الشافعى و قال أبو ثور إذا ضبط بالصفة أجزاء و عندى لا بأس بذلك إذا أمكن الضبط بالوصف و إلا فلا بد من المشاهدة لأن الغرض يختلف بصغرها و كبرها و علوها و انخفاضها (و كيف كان) فمما أطلق فيه الاكتفاء بالوصف المبسوط و الإرشاد و الروض و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و كأنه مال إليه أو قال به فى المسالك و قال فى (اللمعة) لا بد من كونها معلومة و هو يشمل العلم بالوصف و نحوه ما فى الغنية و غيرها لأنه يكفى الوصف الراجع للجهالة فى الجملة إذ المدار على رفع الغرر و هو يرتفع به

(قوله) (و يفتقر الحمام إلى مشاهدة البيوت و القدر و الماء و الأتون و مطرح الرماد و موضع الزبل و مصرف مائه)

قال فى المبسوط لا يصح العقد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٥

أو وصف ذلك كله (١) و يجب على المستأجر علف الدابة و سقيها فإن أهمل ضمن (٢) و لو استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه فنفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير (٣)

إلا بعد أن يشاهد سبعة أشياء و عد السبعة المذكورة هنا غير أنه غير موضع الزبل بموضع الحطب و مثله ما فى التذكرة و التحرير غير أنه فى التذكرة غير موضع الحطب و الزبل بموضع القماش و هو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء و أراد به الذى يجمع للأتون من السرجين و نحوه قال فى التذكرة و على هذا قياس سائر المساكن للجهالة بما يختلف الغرض به يعنى أنه ذكر ما يشترط لصحة إجارتها تدريبا لغيره و قضيه الاشتراط أنه متى أخل بشىء من ذلك لم تصح الإجارة للجهالة و به صرح فى التذكرة و جامع المقاصد (و ليعلم) أنه قال فى التذكرة بجواز استئجار الحمام و لا تكره إجارتها عند علمائنا أجمع و هو قول عامة أهل العلم خلافا لأحمد فإنه كرهه لأن العورات تبدو فيه و ليس بشىء لإمكان التحرز

(قوله) (أو وصف ذلك كله)

أى يفتقر إلى مشاهدة ذلك أو وصفه كله بالصفات الخاصة الوافية بصفاته الشخصية و إن كثرت بناء على ما تقدم و قد خلت عن ذلك عبارات المبسوط و التذكرة و التحرير

(قوله) (و يجب على المستأجر علف الدابة و سقيها فإن أهمل ضمن)

كما فى الشرائع و الإرشاد و الروض و ذلك كله ظاهر النهاية و السرائر فإن فيهما و متى استأجر دابة ففرط فى حفظها أو علفها أو سقيها فهلكت أو عابت كان ضامنا لها و لما يحدث فيها من العيب و قد نسبه فى جامع المقاصد إلى جمع و فى (المسالك و الكفاية) إلى جماعة و مرادهم أن ذلك يجب بذله على المستأجر من ماله و إن لم يشترطه المؤجر عليه إذا لم يكن حاضرا من دون أن يرجع به عليه و لا نجد لهم دليلا على ذلك مع مخالفته لأصول المذهب كما ستعرف و لذلك رماه فى الروضة بالضعف إلا أن يكون هناك خبر لم نظفر به لأن كان الحكم مذكورا فى ظاهر النهاية و قد أخذه مسلما صاحب السرائر و قد يكون مرادهما أنه يجب على المستأجر حفظها و علفها و سقيها أعم من أن يكون من ماله أو مال المؤجر و أنه يضمن لو أهمل كالمرتهن و المستودع و ذلك مما لا خلاف فيه و فى (جامع المقاصد) لا كلام فى وجوبهما و الضمان بالإهمال بهذا المعنى (و قد نقول) إن لنا كلاما فى الضمان فيما إذا شرط على المؤجر أن يكون معها و لم يف بالشرط أو كانت العادة قاضية بذلك مع كون المستأجر ليس من شأنه أن يباشر كما أشار إليه فى مجمع البرهان و كيف كان فقد اختير القول بوجوبها على المالك فى التذكرة و التحرير و المختلف و اللمعة و الحواشى

والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهو الذى مال إليه فى الكتاب أو قال به حيث قال و لو قيل بوجود العلف على المالك و النفقة على الأجير كان وجهها و هو الظاهر من أبى على و الفخر فى الإيضاح فبعضهم ذكر ذلك فى خصوص المقام و بعضهم ذكره فيما إذا أجر العبد و أعتقه و بعضهم فيما إذا هرب الجمال و أبقى الجمال فى يد المستأجر (و حجتهم) أن مئونة العبد أو الدابة تابعة للملك و الأصل عدم وجوبها على غير المالك و الأصل براءة ذمته من وجوب ذلك فيجب عليه الإنفاق مع غيبة المالك بإذن الحاكم و يرجع بما أنفق و لو تعذر أشهد فإن تعذر فكما تقدم فى المرتين و المستودع

(قوله) (و لو استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه فنفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير)

كما فى النهاية و الشرائع و الإرشاد و الروض و ظاهر الحواشى و فى (اللعمعة) أنه المشهور و قد تتبعنا كلام الأصحاب من الممنوع إلى الرياض فلم نجد من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٦

.....

قال به قبل الشهيد غير من ذكرنا بل قد صرح هو فى غاية المراد فى مسألة ما إذا أجر عبده ثم أعتقه أن عقد الإجارة لا يوجب النفقة على المستأجر و على ذلك فيها نبه فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و إيضاح النافع حيث قالوا لا تجب النفقة على المستأجر إلا مع الشرط و ظاهر الأخير أنه مجمع عليه فدعوى الشهرة لعلها لم تصادف محلها و مما قيل فيه أن النفقة على الأجير السرائر و التذكرة و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و فى (التحرير) فيه قوة و فى (الكفاية) لعله أقرب و يلوح من التذكرة الإجماع عليه قال إذا استأجره بطعامه و كسوته و نفقته و غير ذلك صح إجماعا و وصفها كما يصف فى السلم و إن لم يشترط طعامه و لا كسوته فنفقته و كسوته على نفسه و كذلك الظئر (قال ابن المنذر) و لا أعلم خلافا فى ذلك انتهى (حجة الأكثر) أن الإجارة معاوضة تقتضى وجوب العوضين دون ما سواهما و إلا لوجب دخوله فى المعاوضة و هو باطل لجهالة النفقة الموجبة للغرر إلا أن تقول أنها إذا وجبت ابتداء بأصل الشرع من دون شرط يكفى فيها عادة أمثاله نعم لو وجبت بالشرط وجب بيان قدرها و وصفها فنقول إن سلمنا ذلك فالكلام فى الدليل على وجوبها ابتداء و ليس إلا الخبر و ستعرف حاله نعم لو كان هناك عادة مستمرة بالنفقة و تقديرها أو قرينه صريحة فى ذلك أو شرطت كذلك على المستأجر لزمته و على بعض ذلك تحمل الرواية (و عساك تقول) أن المستأجر لما استوعب وقته عمل الأجير لم يبق له زمان يكتسب به نفقته فكانت على المستأجر و إن لم تشترط (و فيه) أن استحقاق المنافع لا يمنع من وجوب نفقته فى ماله الذى من جملته الأجرة كما هو واضح «١» حجة الشيخ و من وافقه ما روى فى الكافى و التهذيب فى الصحيح إلى سليمان بن سالم المجهول الذى لم يذكره علماء الرجال قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة و دراهم مسماء على أن يبعثه إلى أرض فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر و الشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر فنظر إلى ما كان ينفق عليه فى الشهر إذا هو لم يدعه فكافى به الذى يدعوه فمن مال من تلك المكافأة أم من مال الأجير أم من مال المستأجر قال إن كان فى مصلحة المستأجر فهو من ماله و إلا فهو على الأجير و عن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماء و لم يفسر شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى فما كان من مئونة الأجير من غسل الثياب أو الحمام فعلى من قال على المستأجر و فى الاستدلال به على ضعف سنده و قلة العامل به مع وروده فى الكتابين اللذين هما نصب العين نظر من وجوه (الأول) أنه صريح فى أن النفقة داخله فى الأجرة على سبيل الشرطية أو الجزئية فيكون قول الراوى مسماء صفة لهما حذف من الأول لدلالة الثانى عليه على نحو قوله «نحن بما عندنا و أنت بما عندك راض» و يرشد إلى ذلك و وصفها فى عجزه بذلك فلا دلالة فيه حيثئذ على ما أرادوا فإن أبيت عن ذلك قلنا كونها مجملة مجهولة مما لا يقول به أحد كما أن جعل عوض ما أكل من مال

من دعاه على المستأجر إن كان الذى دعاه أنفق عليه فى مصلحة المستأجر وإلا فمن مال الأجير مستغرب تصويرا و حكما و كان الداعى من أصحاب المستأجر فالضمير المجرور راجع إليه (و قد يقال) إن المراد أن إقامته ذلك الشهر الذى دعى فيه كانت لمصلحة المستأجر فليأمل (الثانى) أن النفقة إن كانت واجبة على المستأجر بأصل الشرع أو بالشرط أو بالذكر فى

(١) و منه يعلم حال ما يقال إن النفقة لبقاء الأجير ليستوفى المستأجر منه منافعه فلا يجب عليه بذل المال ليحصل حق غيره (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٧

فإن تشاحا فى قدره فله أقل مطعموم مثله و ملبوسه (١)

متن العقد على أن تكون هى الأجرة كانت لازمة لذمته سواء أكل الأجير من ماله أو غيره فله أن يفعل بها ما يشاء فلا معنى للسؤال عن كونها من مال أيهما و لا للتفصيل فى الجواب بما عرفت فتأمل ثم إن المكافى إنما يتبرع من ماله لا مال غيره و لعله لذلك كله استدلل لهم فى الإيضاح بعجزه فقط و ستسمع حاله (الثالث) أن غسل الثياب و أجرة الحمام إذا كانتا داخلتين فى النفقة بحسب العادة أو الشرط لا- معنى للسؤال عنهما كما أنهما إذا لم تكونا داخلتين لا معنى له أيضا فتأمل ثم إن دخولهما فى النفقة غير معلوم و لذا تراهم يترددون فى وجوبهما على الزوج و نحوه مما تجب عليه نفقة غيره و الظاهر دخولها كالمسكن و الكسوة لأن الظاهر أنهم يريدون بها ما يحتاج الإنسان إليه غالبا (الرابع) أنه لم يتضح لنا معنى قول سليمان و لم يفسر شيئا فالخبر الذى هذا حاله سندا و متنا و رفضا و إعراضا كيف يعارض به أصول المذهب و القواعد القطعية هذا و الظاهر منهم فى المقام بل و من علماء الإسلام كما مر عن ابن المنذر أنهم متسالمون على جواز الاستئجار للإنفاذ فى حوائجه على الإجمال و أنه ينصرف عرفا إلى ما هو المتعارف المقذور له و اللائق بحاله من حوائج المستأجر و لعل دليلهم عموم أدلة الإجارة و الروايات المشعرة بذلك أو تقول إنها دالة بإطلاقها على جواز إيجاره نفسه بأن تكون جميع منافعه للمستأجر كقول أبى عبد الله عليه السلام فى خبر المفضل من أجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق و مثله قوله عليه السلام فى رواية عمار و قول أبى جعفر عليه السلام فى رواية عبد الله بن محمد إلى غير ذلك كرواية محمد بن سنان لكن كلامهم فى مقامات آخر من أنه لا بد من العلم و تدقيقهم فى اشتراط التعيين يقضى بخلاف ذلك ألا ترى أنهم لم يكتفوا بالعرف فى معرفه الطعام و النفقة فيما إذا استأجره بنفقته و طعامه ما لم يعين ففى (الكتاب و التذكرة) لا يجوز الاستئجار بنفقته و طعامه ما لم يعين و فى (التذكرة) لو استأجر أجيرا بطعامه و كسوته فإن قدرا ذلك و علماه صح العقد و إن لم يقدره بطل و قالوا لا يجوز السلم بأرطال من الخبز لعدم جواز السلم فيه عندنا فلا تجوز الإجارة إلى غير ذلك و لعل الذى دعاهم إلى ذلك أن الأخبار لما دلت على جواز إيجاره نفسه ليمضى فى حوائجه اكتفى فى ذلك بالعرف و لا كذلك ما جعله جزءا فإنه لا بد من تعيينه قولا واحدا فيما نجد و أما ما إذا جعله شرطا فكذلك على الأصح لأنه مقصود كما يأتى و قال فى (التذكرة) لا تضر جهالته كشرط أساسات الحيطان و عروق الشجر فى البيع و ليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها إذ الشرط محسوب من المبيع و الأجرة و أساسات الحائط ليست مقصودة بالأصل و الذات و إن قصدت لأمر ما بطل البيع و قد حررنا الكلام فى ذلك فى باب البيع و فرقنا بين الشروط فليلاحظ ذلك كله و الظاهر أنه لا- خلاف بين علماء الإسلام فى عدم الفرق فى ذلك بين الذكر و الأنثى حرا كان أو مملوكا و أنه يحرم عليه فى الأنثى جميع ما كان حراما عليه قبل الإجارة و قد استثنى المصنف فيما يأتى و المحقق الثانى جواز النظر إلى الأمه بإذن المولى و عليه استمرت طريقة الناس فى هذه الأعصار لكن الشأن فى الدليل إذ ليس ذلك بتمليك و لا تحليل إلا أن تقول إن الإذن فى ذلك تحليل أو هو من قبيل النظر لمن يريد الشراء فإنه على الظاهر وفاقى كالإذن لمن يريد النكاح فليلاحظ ذلك أيضا (قوله) (فإن تشاحا فى قدره فله أقل مطعموم مثله و ملبوسه)

أى حيث نقول بوجوبهما على المستأجر ابتداء فإن تشاحا فى قدر الواجب اقتصر على بذل أقل مطعوم مثله و ملبوسه تمسكا بأصل البراءة فى عدم وجوب ما زاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٨

و لو قيل بوجوب العلف على المالك و النفقة على الأجير كان وجها (١) فحينئذ إن شرطه على المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر و الوصف (٢) فإن استغنى الأجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه (٣) و لو احتاج إلى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر (٤) و لو أحب الأجير أن يستفضل بعض طعامه منع منه إن كان قدر كفايته و يخشى الضعف عن العمل أو اللبن معه (٥)

و أما جنسه فيرجع فيه إلى العادة فى جنس المطعوم و الملبوس كما فى جامع المقاصد و لعله هو المراد من قوله فى المسالك و الروضة يكفى القيام بعادة أمثاله و قد يكون أراد أنه يرجع إلى العرف و العادة فى القدر و الجنس كما فى نفقات الزوجات و المرضعات و لا يقتصر فى القدر على الأقل و لعله الأولى و لا سيما إذا لم يسد الخلة فتأمل
(قوله) (و لو قيل بوجوب العلف على المالك و النفقة على الأجير كان وجها)
هذا ما أشرنا إليه آنفا فى المسألتين

(قوله) (فحينئذ إن شرطه على المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر و الوصف)

أى فحين إذ كان الوجه وجوب العلف و النفقة على المؤجر إن شرط ذلك على المستأجر لزم عملا بالشرط لكن بشرط العلم بالقدر و الوصف لتتنفى الجهالة و هو الذى صرح به فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو الموافق لما حررنا فى باب البيع «١» و قد سمعت ما فى التذكرة

(قوله) (فإن استغنى الأجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لأنه عوض المنفعة فلا يسقط بالغنى عنه من دون عقد كما إذا كان حقه دراهم

(قوله) (و لو احتاج إلى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لأنه لم يشترط إلا إطعام الأصحاء فيلزمه ما شرط له و فى (جامع المقاصد) أنه لا محل لهذا على القول بأن النفقة إنما تجب مع الشرط لأن الواجب هو ما شرطه دون غيره قطعاً غالباً كان أو نادراً فكأنه مستدرك نعم على القول بوجوب النفقة بمقتضى العقد و إن لم يشترط لذكره وجه لأنه قد يتوهم كونه من جملة النفقة بالإضافة إلى المريض (قلت) هو تفرير فى كلام المصنف على القول بأنها إنما تجب مع الشرط

(قوله) (و لو أحب الأجير أن يستفضل بعض طعامه منع منه إن كان قدر كفايته و يخشى الضعف عن العمل و اللبن معه)

بالباء الموحدة و معناه أنه يخشى قلة اللبن و قد صرح بذلك كله فى التذكرة و كذا جامع المقاصد لأنه يحصل على المستأجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته فيمنع منه كما يمنع الجمال إذا امتنع من علف الجمال أما لو دفع إليه قدر الواجب و لم يكن فى تفضيله لبعضه ضرر جاز لأنه حق له لا ضرر فيه على المستأجر فأشبهه الدراهم و لا معنى للاعتراض على العبارة بأن الطعام إذا كان قدر كفايته كان تأخير بعضه يؤثر الضعف عن العمل فيكون قوله و يخشى الضعف مستدركاً لأن المراد قدر الكفاية عادة و حينئذ فقد لا يؤثر ترك بعضه ضعفاً فى بعض الأحوال و قد حكى الشهيد عن فخر الإسلام أن اللبن بالياء المثناة من تحت بمعنى الضعف و الضمير فى معه يعود إلى الاستفضال المفهوم من المقام فيكون عطف تفسير على الضعف فيكون المراد بالضعف اللبن و الفتور عن العمل لا بمعنى العجز عنه فلا يكون مستدركاً كما فى جامع المقاصد لأن الضعف يغنى عنه و قال الشهيد الموجود فى التذكرة و فى كتبهم اللبن بالياء الموحدة

(١) من أن المجهول إذا كان مقصودا بالبيع لا- يصح بيعه وإن ضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا غير مقصود و ذلك يختلف باختلاف الأحوال و القصود (منه عفا الله عنه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٩٩

و لو آجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه فيها أو لا لكن اتفق لزمت الأجرة إلى وقت البلوغ ثم يتخير الصبي في الفسخ و الإمضاء (١)

و إن في نسخة مقروءة على المصنف تحت اللبن إذا كانت مرضعة قال و هذا هو الأصح معنى و نقلا- أما النقل فلما ذكرناه و أما المعنى فلأن اللبن لم يقد زيادة عما أفاده الضعف فهما في قوة المترادفين أما اللبن فإنه يفيد مسألة زائدة (قلت) قد عرفت بالتوجيه الذي ذكرناه أن المعنى صحيح و أنه أفاد زيادة إلا أن تقول لا فائدة في ذكر الضعف حينئذ و أما النقل و نسبته إلى كتبهم فلم نجده في غير التذكرة «١» بعد فضل التبغ في المقام و في مسألة استئجار المرأة للإرضاع كما ذكرناه في الحاشية و قد اعترض ذلك في جامع المقاصد بأن العبارة حينئذ لا تخلو عن تعسف لأن اللبن معطوف على العمل فيصير التقدير يخشى الضعف عن العمل و عن اللبن و فيه ما لا يخفى (قلت) هذا لظهوره و وضوحه على حد قوله «علفتها تبنا و ماء باردا» و قوله «و زوجن الحواجب و العيوننا» و يعلم أن هذا الفرع جار على الاشتراط و عدمه (فرع) ذكره في التذكرة و هو أنه لو نهب منه فإن كان على مائدة تخصه و قد سلمه له كان من ضمانه و إلا فلا

(قوله) (و لو آجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه فيها أو لا- لكن اتفق لزمت الأجرة إلى وقت البلوغ ثم يتخير الصبي في الفسخ و الإمضاء)

يريد أنه لو كان عمره عشرا و أجره عشرا فإنه يبطل في الزائد بعد البلوغ بمعنى أنه لا يكون لازما بل يتوقف على إجازة الصبي و عدمها و هو معنى قوله ثم يتخير بناء على جواز عقد الفضولي و كذا لو أجره مدة لا يتيقن أنه يبلغ قبل مضيتها كما لو كان عمره عشرا و أجره سنتين ثم اتفق أنه بلغ بالاحتلام قبل مضى السنتين فإنه يبطل و يتخير فيما بعد البلوغ لأن العلم و الجهل لا مدخل لهما في ثبوت الولاية و عدمها لأنها إنما تكون قبل الكمال فيكون نفوذ تصرف الولي مقصورا على ذلك الزمان دون ما سواه و ذلك كله خيرة المبسوط لأنه هو الذي استقر عليه رأيه في آخر كلامه و التذكرة و التحرير و قواعد الشهيد و المختلف و المسالك و مجمع البرهان و تردد في الشرائع في الفسخ و التخيير فيما إذا اتفق البلوغ في المدة التي لا- يتيقن فيها البلوغ لما ذكر و لأنه كان وليا حين تصرف للمصلحة فلزم كما لو زوجه ثم بلغ و لأن الإجارة عقد لازم بحق الولاية فلم تبطل بالبلوغ و بالعدم مطلقا جزم في الخلاف و السرائر و قواه في المبسوط في أول كلامه ثم عدل عنه قال في (الخلاف) لو آجر الولي الصبي أو شيئا من ماله صحت الإجارة بلا خلاف فإن بلغ الصبي قبل انقضاء المدة كان له ما بقي و لم يكن للصبي فسخه و أبلغ من ذلك ما في الإرشاد و الروض من أنها تبطل بالبلوغ فإنه يحتمل أنها تبطل من رأس لا أن الزيادة تبطل فقط و لعل الوجه فيه وجود الجهالة لأنه سيأتى للمصنف في الكتاب في الشرط الرابع من شروط المنفعة أنه لو استأجر عبدا مدة يعلم موته قبل انقضائها إن الإجارة تبطل من أصلها للجهل بزمان الإجارة فيكون المراد من عبارة الإرشاد أنه يصح للولي إجارة الصبي بحيث لا يكون زمان البلوغ بالسن داخلا في المدة فتبطل الإجارة للجهالة (و يعلم) أن الحال في الرشد كالحال في البلوغ لأنه أحد الشرطين في

(١) فإن قلت لعله أراد أنهم ذكروا ذلك فيما إذا استأجر امرأة للإرضاع قلت قد تتبعنا مطولات الفن و مختصراته في المسألة على طولها في كلامهم لمكان تكثيرهم لفروعها فلم نجد أحدا تعرض لما إذا أرادت أن تستفضل غير من ذكرنا نعم أشار إلى ذلك في التذكرة و التحرير بقوله و على المرضعة أن تأكل ما يكثر به اللبن و للمستأجر مطالبته به (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٠

و لو مات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم تبطل (١) به و لو آجر عبده ثم أعتقه فى الأثناء لم تبطل الإجارة (٢) و يجب على العبد إيفاء المنافع باقى المدة (٣) و الأقرب عدم رجوعه على مولاه بأجرته (٤)

زوال الولاية و قوله فى الكتاب لزمت الأجرة إلى وقت البلوغ معناه أنها صحت الإجارة كما عبر فى المبسوط و الشرائع و التحرير و لزمت الأجرة إن لم يفسخ المستأجر لأنه من المعلوم أن المستأجر يتخير حينئذ بين الفسخ و الإمضاء بقدر نصيبه لمكان تبعض الصفقة عليه بناء على أنه لا يشترط الجهل فى خيار تبعض الصفقة كما ذكره فى بيع قفيز من الصبره و كذلك الحال فيما إذا آجر ماله كما صرح به فى الخلاف و المبسوط و غيرهما لأن الوجه فيهما واحد و حكم المجنون بعد الإفاقة مطلقا حكم الصبي و لا فرق فى الولي بين كونه أبا أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمينه كما هو ظاهر و به صرح الجماعة و الحكم فى المسألة مبنى على عدم اشتراط المجيز فى الحال و هو خلاف خيرته فى الكتاب و لعل احتمال الإرشاد مبنى على ذلك و لعل ذلك كله مبنى على ما إذا لم تكن إجارة الطفل أو ماله بعد بلوغه لمصلحته فإنها حينئذ تلزم كما قالوا فى إجارة ناظر الوقف (قوله) (و لو مات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم تبطل)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و معناه أنه لو مات الولي فى أثناء المدة فإن الإجارة لا تبطل لأن تصرف الولي بمنزلة تصرف المالك لأنه نائب عنه و فعله بمنزلة فعله و الولي الثانى إنما تثبت ولايته فيما لم يتصرف فيه الأول و هذا العقد قد تصرف فيه الأول و لا أقل من أن يكون كالوكيل لو آجر مدة ثم عزل فإن إجارته لا تنفسخ بل الوصى أقوى من الوكيل لأن وصايته لا تبطل و بإغماء الموصى و جنونه ثم إن الوكيل إنما يتولى ما تدخله النيابة و الوصى يتولى ذلك و غيره فإن له أن يحرم عن غير المميز و يباشر أفعال الحج عنه و لجامع المقاصد فى المقام فيما إذا آجر ناظر الوقف تفصيل غريب و هو أن إجارته لا تنفسخ إذا مات و بقى البطن الأول و إنها تنفسخ بالنسبة إلى البطن الثانى إذا كان موته قبل وجوده و استحقاؤه و قد نهنا عليه فيما سلف و قلنا إنه مخالف لما اختاره هو و غيره هناك

(قوله) (و لو آجر عبده ثم أعتقه فى الأثناء لم تبطل الإجارة)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و قواعد الشهيد و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها كما ستعرف و فى (التذكرة) نسبتة إلى علمائنا مؤذنا بدعوى الإجماع و هو كذلك على الظاهر إذ لم نجد أحدا من أصحابنا خالف أو تأمل فى ذلك إلا ما حكاه صاحب إيضاح النافع بقوله و ربما قيل بطلانها فيضمنها السيد للمستأجر (قلت) هو لبعض الشافعية لا غير و قد عرفت فيما تقدم أنهم أطبقوا على عدم بطلانها بالبيع إلا أن يكون قد باعها على المستأجر فإن بعضهم استشكل فيه أو خالف و الدليل على ذلك جميع ما تقدم هناك سوى الأخبار هذا و فى (التذكرة) أن العتق يصح و ينفذ قولاً واحداً (قوله) (و يجب على العبد أيضا المنافع باقى المدة)

كما هو صريح جامع المقاصد و المسالك و قد نبه على ذلك فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و هو قضية كلام الباين لأنه حق و جب عليه بعقد الإجارة فهو كالرق بالنسبة إلى المنافع تلك المدة عملاً بالاستصحاب (قوله) (و الأقرب عدم رجوعه على مولاه بأجرة)

يريد أن الأقرب أن العبد لا يرجع على مولاه بأجرة مثل عمله فى تلك المدة لأن منافعه كانت مملوكة له زمن الإجارة كالرقبة و قد استحقها المستأجر قبل العتق فلا وجه لرجوعه بها على مولاه لأنه إنما أزال الرق عنه مسلوب المنافع تلك المدة و هو خيرة المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠١

و نفقته بعد العتق على المستأجر إن شرطت عليه (١) و إلا فعلى المعتق لأنه كالباقي على ملكه حيث ملكك عوض نفعه (٢)

و الإرشاد و قواعد الشهيد و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروض و مجمع البرهان و المفاتيح و قد قيل به أو ميل إليه فى الإيضاح و غاية المراد و هو قول الشافعى فى الجديد و القول الآخر له فى القديم و هو أنه يرجع على مولاه بأجرة مثل عمله و قد ذكره جماعة احتمالاً و حكاة الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس قولاً و ظاهرهما أنه لأصحابنا لكنا لم نجد به قائلًا و لا مستشكلاً فيه إلا ما احتمله الشهيد فى غاية المراد من عود الإشكال فى الإرشاد إلى عدم الرجوع و إلى كون النفقة على مولاه و هو بعيد بل هو خاص بالأخير كما فهمه ولده و غيره (و وجهه) أن إزالة الرق تقتضى ملك العبد للمنافع فإذا سبق نقل المولى لها فأتت عليه فيرجع على المولى بعوضها و هو أجرة المثل فكان كما لو أكرهه على عمل و قد رماه جماعة بالضعف و هو كذلك لأن المكره متعدد و العبد هنا لا يملك المنافع التى استقر ملك المستأجر عليها و الرق إنما زال عنه مسلوب المنافع تلك المدّة فلا رجوع له على مولاه و لا على المستأجر و لا إكراه و لا تعد من أحد و العجب من عدم الجزم بالعدم من المصنف و جماعة بل قد يلوح من الإيضاح و غاية المراد التوقف و ما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و غيرها من القطع بعدم الرجوع هو الذى ينبغى قوله) (و نفقته بعد العتق على المستأجر إن شرطت عليه)

هذا مما لا خلاف فيه لأنه يجب الوفاء بالشرط

قوله) (و إلا فعلى المعتق لأنه كالباقى على ملكه حيث ملكه عوض نفعه)

هذا قربه الشهيد فى حواشيه و نسبه فى التحرير إلى بعض الجمهور و نفى عنه البعد و جزم فيه قبل ذلك بأنها على العبد و استشكل فى كونها على المولى فى الإرشاد و لا ترجيح لولده فى شرحه و اختياره فى التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك أنها على بيت المال و قد احتمله الشهيد فى غاية المراد و المقداد و المقدس الأردبيلى و غيرهم (وجه الأول) ما أشار إليه المصنف من أن المولى قد أخذ عوض منافعه و بقى العبد مسلوب المنفعة فتجب نفقته على من له منفعته فكان كأنه باق على ملكه مضافاً إلى الاستصحاب و العبد مشغول بأداء حق المستأجر و لا سبيل إلى وجوبها على المستأجر إلا بالشرط لعدم إيجاب الإجارة النفقة عليه و لا شرط فانحصرت فى السيد (وفيه) أنه لا يلزم من كونه كالباقى على ملكه أن تثبت له جميع أحكام المملوك التى من جملتها النفقة و لا استصحاب مع تغيير الموضوع و الحصر ممنوع لمكان بيت المال على أنه قد يستفيد العبد النفقة فى زمان غير زمان خدمة المستأجر إذ لا بد من أن يبقى له فى غير الليل من النهار بقیة يستريح فيها نظراً إلى العادة فليكتسب فيها و هذا الأخير كما ترى (و وجه الثانى) أن النفقة إنما وجبت لكونه ملكاً و بعد العتق لا ملك فتجب على العبد لإمكانها فى غير زمن خدمة المستأجر كما عرفت أو نقول إنه يسعى كل يوم فى قدر النفقة و يصرف باقى اليوم للمستأجر و يحسب ذلك الزمان على المستأجر بمعنى أنه يحسب زمان السعى للنفقة من مدة الإجارة و هذا يرجع بالأخرة إلى أنها على المستأجر و يبقى الإشكال فيما إذا استوعب السعى زمن الإجارة و الأول من وجهى الوجه الثانى فيه من العسر و الحرج ما لا يخفى على أن الأصول تنفيه و من هذين الوجهين تعلم وجهى إشكال الإرشاد و ظاهر إيضاح النافع الإجماع على أنها لا تجب على المستأجر فلم يبق إلا كونها فى بيت المال و فى (التذكرة) أنه الذى يقتضيه مذهبنا انتهى و مع عدم بيت المال و الزكاة و الصدقات فهى أحد الواجبات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٢

[المطلب الثانى فى العوض]

(المطلب الثانى فى العوض) و يشترط أن يكون مال الإجارة معلوماً بالمشاهدة أو الوصف الرافع للجهالة (١) ثم إن كان مكيلاً أو موزوناً وجب معرفة مقداره بأحدهما (٢) و فى الاكتفاء بالمشاهدة نظر (٣)

الكفائية فإن اندفعت الحاجة بوجود من يبيعه النفقة إلى أجل هو تمام مدة الإجارة وقبل العبد فذاك وإلا صرفت إليه بقصد الرجوع عند الإمكان كما في المخصصة هذا (وقال فخر الإسلام) في شرح الإرشاد إن الإشكال إنما هو مع عدم قدرة المعتق على نفقته وأما مع قدرته عليها فإنها لا تجب على المعتق إجماعاً بل هي على المعتق (ويعلم) أنه قد صرح جماعة هنا بأن عقد الإجارة لا يقضى بوجود النفقة على المستأجر وقد استوفينا الكلام في ذلك عند شرح مسألة ما إذا استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه

(المطلب الثاني في العوض) (قوله) (ويشترط أن يكون مال الإجارة معلوماً بالمشاهدة أو الوصف الراجع للجهاالة)

اشتراط كون مال الإجارة معلوماً مما صرح فيه في المقنعة وسائر ما تأخر عنها إلا ما قل قال في (التذكرة) لأنه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوماً كثمن المبيع ولا - نعلم فيه خلافاً لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال من استأجر أجيراً فليعلمه أجره والعلم يحصل بالمشاهدة والوصف الراجع للجهاالة انتهى وفي (الروضة) إذا كانت الأجرة مما يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا قطعاً وفي (الرياض) أنها تكفي قولاً واحداً والوصف قسماً وصف للعين المشخصة بصفات القائمة بها التي لا تماز ولا ترتفع الجهاالة عنها إلا بذكرها ووصف للعين على وجه كلي كصفات المسلم فيه وكل منهما مزيل للجهاالة كما تقدم بيان ذلك كله مع أشياء أخر في العين المستأجرة

(قوله) (ثم إن كان مكيلاً أو موزوناً وجب معرفة مقداره بأحدهما)

قال في (كشف الرموز) على هذا انعقد عمل الأصحاب واستدل عليه فيه بخبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأى شيء وجه القبالة أحل قال يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى أجل معلوم وليس بتلك المكانة من وضوح الدلالة لما استعرف عند الكلام في عبارة النهاية وقد استدل عليه في المختلف وغاية المراد والمهذب البارع والمسالك بأنه ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في البيع وعدم الاكتفاء بالمشاهدة وكذا في الإجارة لاتحاد طريق المسألتين ومنع عليهم الاتحاد وتنقيح المناط في مجمع البرهان وأما فتاوى الأصحاب فستسمعها قريباً إن شاء الله تعالى

(قوله) (و في الاكتفاء بالمشاهدة نظر)

ونحوه ما في الإرشاد والتحرير من الاستشكال في ذلك وما في غاية المراد والروض من عدم الترجيح ومما صرح فيه بأن المشاهدة لا تكفي السرائر وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والإيضاح والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع والمسالك والروضة والرياض وهو قضية كلام من أوجب معرفة مقداره بأحدهما كالمحقق في النافع والشهيد في اللعة وهو ظاهر المهذب البارع وفي (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام أنه أولى وفي (التذكرة) الأقوى عندنا المنع وفي (الرياض) نسبه إلى النهاية والسرائر وكافة المتأخرين وستعرف حال هذه الحكاية وأول من نسبه إلى النهاية ابن إدريس وتبعه الجماعة قال في (السرائر) وقال شيخنا في نهايته بما اخترناه فإنه قال الإجارة لا تنعقد إلا بأجل معلوم ومال معلوم فمتى لم يذكر الأجل ولا المال كانت الإجارة باطلة وإن ذكر الأجل ولم يذكر مال الإجارة لم تنعقد الإجارة ومتى ذكرهما (ذكرهما خ ل) كانت الإجارة صحيحة انتهى كلامهما والظاهر أنه استند

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٣

.....

في دعوى موافقته له إلى قوله ومال معلوم لكنه قد ذكر بعده ما فرعه عليه وذلك كالتفسير له وكان الأولى أن ينسبه أيضاً إلى المفيد وسائر فإن في المقنعة والمراسم لا تنعقد إلا بأجل معلوم بشيء معلوم ولم يرد فاه بتفريع النهاية على أنه قد يقال إن المراد بالمعلوم في الكتب الثلاثة ما أراده به في الغنية قال ومن شرائط الصحة أن يكون المعقود عليه من الجانبين معلوماً فلو قال آجرتك إحدى هاتين الدارين أو بمثل ما يؤجر به فلان داره لم تصح (واعترض في الرياض) على الاكتفاء بالمشاهدة بأنه في الغنية ادعى

الإجماع على اشتراط المعلوماتية قال أى فى الرياض و المتبادر منها ما لم يكن فيه غرر و جهالة بالكلية و قد عرفت ما أراد فى الغنية بالمعلوماتية و كيف كان فقد عرفت حجتهم على ذلك آنفا و فى (المختلف) الإجماع على أن الجهالة مبطله للإجارة و قال إنها متحققه هنا إذ قد عهد فى عرف الشرع أن المكيل و الموزون إنما تصح المعاوضة عليهما بعد علمهما بالكيل و الوزن و لم يكتف الشارع بالمشاهدة فى البيع و لا علة لذلك سوى الجهالة و هى مانعة فى الإجارة هذا و قال الشيخ فى المبسوط إذا باع شيئا بثمن جزاف جاز إذا كان معلوما مشاهدا و إن لم يعلم وزنه إلى أن قال و مال الإجارة يصلح أن يكون جزافا و فى الناس من قال لا يجوز و الأول أصح و هو ظاهر جامع الشرائع و استحسنه فى الشرائع و اختاره فى مجمع البرهان و فى (الكفاية) لعله أقرب و فى (حواشى الشهيد) أن به رواية حسنة و كأنه يلوح من الفخر الميل إليه و حكاة جماعة عن المرتضى كالمحقق الثانى و الشهيد الثانى و الخراسانى و صاحب الرياض و الأصل فى ذلك قوله فى السرائر الأظهر من المذهب بلا خلاف فيه إلا من السيد المرتضى فى الناصريات أن البيع إذا كان الثمن جزافا بطل و كأنهم لاحظوا أنه يعلم منه جواز ذلك فى الإجارة بالأولوية و حجتهم على ذلك أصالة الصحة و انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة و ما فى الحواشى من أن به رواية حسنة إن ثبت كان هذا القول قويا جدا لكنى تتبعت الوافى فى مظانه فلم أظفر بها و لو كانت ما عدل القوم عنها لطفحت عباراتهم بها و استدلل عليه فى (مجمع البرهان) بالأصل و عموم أدلة الإجارة و لعله أراد بالأصل أصل عدم اشتراط ما زاد على المشاهدة لكنه أيضا هو معنى العموم كأصالة الصحة و لا دليل إلا الغرر المنفى فى البيع و لو صح كان دليلا فى البيع فقط إلا أن يعلم أن السبب هو الغرر فقط من حيث هو و أنه الموجب للفساد و أنه موجود فيما نحن فيه و لكن أنى لنا يثبت ذلك كله فإن المراد بالغرر المنفى غير واضح و كذا عليته فقط و وجوده فيما نحن فيه لأننا نعلم انتفائه فى مشاهدة غير المكيل و الموزون اتفاقا فالظاهر أنه يكفى العلم بالمشاهدة فى المكيل و الموزون و المعدود و المذروع بالطريق الأولى (و نحن نقول) لا شبهة و لا خلاف بين علماء الإسلام فى اشتراط عدم الجهالة و الغرر فى العقود اللازمة كما أن الخبر الوارد فى النهى عن بيع الغرر معمول به متلقى بالقبول و الشيخ إنما يدعى ارتفاع معظمهما بالمشاهدة فى البيع و الإجارة و هذه الدعوى يشهد الوجدان بعدمها و لا سيما عند التلف «١» و فسخ العقد على أن الجهالة و الغرر منهى عنهما على وجه العموم بحيث يشمل

(١) لأن معنى الغرر لغة الحظر فمعنى النهى عن بيع الغرر النهى عما يوجب النزاع و الاختلاف الموجبين للحظر و الضرر و لا ريب أنه عند تلف الصبرة المشاهدة يحصل ذلك على أن النهى فى الخبر و معقد الإجماع شامل لجميع أفراد الغرر و الجهالة حتى النادر منهما لأن معنى قوله نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر أنه قال لا تبع غررا أو فى غرر أو بيع غرر و هو نكرة فى سياق النهى فيفيد العموم فيجب الاجتناب عن الجميع إلا ما خرج بالدليل و لعل ذلك لا يعد غررا و جهالة كما بيناه فى باب البيع و المناط منقح و الطريق واحد و المنقح له العقل و الإجماع و لا يضره ندرة المخالف و الخبر معمول عليه متلقى بالقبول و فى أخبارنا ما يشهد له (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٤

و كلما جاز أن يكون ثمننا جاز أن يكون عوضا عينا كان أو منفعة ماثلت أو خالفت (١) و لو استأجر دارا بعمارتها لم يصح للجهالة

(٢)

الإجارة و الأفراد النادرة سلمنا لكن صحة الإجارة عند ارتفاع معظم الغرر فى محل النظر لأنه حينئذ يحتمل وجود الجهالة و الغرر و عدمه بمعنى أنه يتسامح بذلك عرفا و أن لا يتسامح و بهذا الشك يحصل الشك فى تحقق شرط الصحة فيشك حينئذ فى صحة الإجارة إلا أن تقول إن الشرط عنده ارتفاع معظم الغرر و العمومات مخصصة بالإجماع على اشتراط المعلوماتية فلا يتجه التمسك

بأصل الصحة ولا بأصل عدم اشتراط ما زاد و كذلك الحال فى المعدود و المذروع لأن الحال فيهما كالمكيل و الموزون «١»
(قوله) (و كلما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون عوضا عينا كان أو منفعة ماثلت أو خالفت)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد قال فى (التذكرة) لما بينهما من التناسب حتى ظنا أنهما واحد و المنفعة المماثلة كمنفعة عبد بمنفعة عبد آخر و منفعة دار بمنفعة أخرى و المخالفه كمنفعة عبد بمنفعة دار و عن أبى حنيفة المنع إذا لم يختلف جنس المنفعة لأن الجنس واحد فيحرم فيه النسأ عنده و هذه نسيئه فى جنس فيلزم فيه الربا و معناه أنه إذا أجره عبده سنه مثلا بمنفعة عبد أى بأن يخطط له عبده هذا الثوب كانت نسيئه فى جنس واحد و هذا المثال يوافق ما أراد و هو غلط من وجوه (الأول) أن الربا فى الأعيان لا فى المنافع بإجماعنا كما فى جامع المقاصد و ظاهر التذكرة فلو أجره دارا بمنفعة دارين أو حليا ذهابا بذهب فلا ربا و لا يشترط القبض فى المجلس (الثانى) أن المنافع كلها جنس واحد فلا معنى للتفرقة (الثالث) أن تقدير المدة فى الإجارة إنما هو لتقدير المنفعة و ليس بتأجيل فلا نسيئه و لو كانت تأجيلا لم تجز فى جنسين مختلفين لأنه يكون كبيع الدين بالدين بل هو عنده و عند الشافعى و أحمد بيع دين بدين (الرابع) أنا نمنع النسيئه فيهما من وجه آخر و هو أن كلا منهما يملك فى الحال جميع المنفعة فى المدة لكن استيفاؤها يتعذر دفعه و لا نقول كما يقول إنه لا يملك المنفعة بالعقد لأنها معدومة بل يملكها شيئا فشيئا فلا يملك المؤجر الأجره لكنه له المطالبة بها كل يوم لأنا ترده بأن المنافع فى حكم الموجودات و لهذا صح إيراد العقد عليها و جاز أن تكون الأجره دينا و إلا لكان ذلك فى معنى بيع الدين بالدين و نرد قوله إن الأجره لا- تملك فى الحال لأنها عوض المنافع و هى معدومة بما إذا شرط تعجيل الأجره إذ الشرط لا يجعل المعدوم موجودا

(قوله) (و لو استأجر دارا بعمارتها لم يصح للجهاهه)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و هو قضيه كلام التحرير قال فيه و لو استأجر دارا بعمارتها جاز مع التعيين إذ قضيته عدمه مع الجهل كما أن قضيه كلام الكتاب ما هو صريح التحرير من صحة الإجارة مع العلم بالعمارة و استحسنة فى جامع المقاصد إن لم يكن من قصدهما أن المعمور داخل فى الإجارة و لعله لأن المعقود عليه العين ليستوفى منها المنفعة المعدومة الملحقة بالموجودات لمكان وجود العين فإذا كانت العين

(١) هذا و قد يستدل للمبسوط بأن الإجارة مبنية على الغرر و لذلك قال الأصم أنها غير جائزة لما فيها من الغرر كما تقدم فى أول الكتاب و إذا كانت مبنية على الغرر حملت منه ما لا يحمله غيرها (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٥

و كذا لو استأجر السلاخ بالمجلد (١) و كذا الراعى باللبن و الصوف المتجدد أو النسل (٢) أو الطحان بالنخالة (٣) إما بصاع من الدقيق أو المرزعة بجزء من المرتضع الرقيق فالأقرب الجواز و كذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع (٤)

غير موجودة فلا وجود للمنفعة حسا و لا تقديرا فتأمل و حكى فى الحواشى عن المختلف أنه قال لو قيل بالجواز و إن كانت العمارة مجهولة كان وجهها و لم نجد ذلك فى نسختين من المختلف و فى (التحرير) أنه يجوز أن يستأجرها بدراهم و يشترط صرفها للعمارة و فى (التذكرة) أن الأقوى الجواز لو أجره الدار بدراهم معلومة على أن يصرفها للعمارة و لعل وجه غير الأقوى أن العمارة و الصرف إليها و العمل فى صرفها مجهولات و الفرق بين العبارتين اختلاف المشتراط و ذلك غير فارق حكما و منع فى التذكرة و التحرير أيضا من استئجار الدابة بعلفها و فى التذكرة الأرض بخراجها و مؤنتها كما يأتى مثله

(قوله) (و كذا لو استأجر السلاخ بالمجلد)

أى الذى يسلمه لأنه مجهول رقة و غلظة و لا- يعلم خروجه سليما أو معيبا و هو خيرة التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و فى

(المبسوط) إذا استأجره ليسلخ له مذكى على أن يكون له جلده فإنه يجوز لأنه لا- مانع منه و فى ظاهر الخلاف الإجماع عليه و فى (الحواشى) أنه قوى و فى (التحرير) أن فيه نظرا و فى (الخلاف و المبسوط) أنه لو استأجره لنقل الميتة على أن يكون له جلدها لم يجز بلا خلاف (قلت) و يثبت له أجره المثل و قضية كلام المبسوط أنه لو استأجره لنقلها بعوض صحيح أنه يصح لأنه عمل مقصود سائغ تدعو الحاجة إليه للسلامة من التأذى بها و استظهره فى جامع المقاصد و لعل الجزم أولى كما صنع غيره (قوله) (و كذا الراعى باللبن أو الصوف المتجدد أو النسل)

كما فى التحرير و جامع المقاصد مع ترك الوصف بالمتجدد فى الأول و لعل الأولى تأخيرها عن النسل فى العبارة و احتراز به عن الموجود لأنه إذا كان اللبن معلوما جازت و الصوف على ظهر الغنم يجرى عندهم مجرى المعلوم (قوله) (أو الطحان بالنخالة)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد للجهل بقدرها لأنها تختلف قلة و كثرة باختلاف الطحن جودة و رداءة و جوز ذلك فى التحرير و لعله لأنه لا بد من ضبط الطحن فتضبط النخالة

(قوله) (إما بصاع من الدقيق أو المرصعة بجزء من المرتضع الرقيق فالأقرب الجواز و كذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع) المراد بالجزء ما كان معينا كالسدس أو العشر و قد جزم فى التحرير بالجواز فى الثلاثة إذا كان شرط أنه يستحق الصاع و الجزء من المرتضع و الزرع فى الحال و قال فى (المبسوط) إن الأصح الصحة فى مسألة الصاع و به جزم فى السرائر و لم يتعرض فيهما (فيها خ ل) لغيرها و لا- ترجيح فى التذكرة و الإيضاح و فى (جامع المقاصد) أن المسألة محل بحث و إشكال و فى (الحواشى) أن الأولى الجواز فلا- يلزم أن يأخذ أجره عن ملكه و البحث يجيء من وجوه (الأول) أن الشروط فى عمل الأجير أن يقع فى ملك المستأجر خاصة و عمله فى الأمثلة وقع لهما معا (الثانى) أنه يستلزم كون العوضين لواحد لأن الأجرة تثبت للأجير فى مقابلة العمل و بعض العمل حق له لأنه يملك بعض الحنطة التى يراد طحنها و بعض الرقيق الذى يراد إرضاعه بالعقد فيكون طحن حقه من الحنطة و إرضاع حقه من الرقيق حقا له فيجتمع له العوضان (الثالث) أن الإجارة تقتضى وجوب العمل على الأجير و لا يجب على الإنسان العمل فى ملكه و بعض المستأجر عليه ملك له فلا تكون الإجارة فيه صحيحة فتبطل فى الباقي لاختلال العوض و تثبت أجره المثل (الرابع) ما ذكره الشهيد من لزوم الدور لأنه يلزم من الزيادة النقيصة و بالعكس لأن الجزء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٦

و لو قال إن خطته اليوم فلك درهمان و إن خطته غدا فدرهم احتمال أجره المثل و المسمى (١)

من المرتضع إنما جعله للمرصعة فى مقابلة رضاع المملوك بأجمعه و قد ملكت الجزء فينبغى أن ينقص أجره المتخلف لنقصان الجملة فينتقص الجزء فتزيد الجملة انتهى فتأمل و النسخة لا تخلو عن غلط (الخامس) ما قاله فى الإيضاح من أن صحة الإجارة تستلزم استلزام الشيء لنقيضه لأن لزوم الإجارة بتمامها يستلزم لزوم الملك المستلزم لعدم وجوب العمل عليه فيما يخصه و ذلك مستلزم لعدم لزوم ملك المؤجر المستلزم لعدم لزوم الإجارة بتمامها و اللازم باطل فكذا الملزوم (و احتج الشافعية) على البطلان بأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن قفيز الطحان و فسروه باستئجار الطحان على طحن الحنطة بقفيز من دقيقتها و وجه القرب وجود المقتضى و هو العقد و انتفاء المانع للأصل و أن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه و شرط له زيادة فى الثمار جاز و إن كان عمله يقع فى المشترك فليتأمل فى هذا و لعلمهم يجيبون عن الوجوه الثلاثة المتقدمة بأنه إنما وجب عليه العمل فى ماله من باب المقدمة و عن الأخيرين بأنه لما استأجره بالعشر مثلا- و ملك العشر كان كأنه استأجره على طحن تسعة أعشار الحنطة مثلا و لما لم يميزه وجب عليه من باب المقدمة طحنه و استوضحه فيما إذا ميزه لكن شيئا منهما لا يتم فى العبد على أن المفروض فى كلامهم أن العقد إنما وقع على الجملة بملك جزء منها فالإبطال عندهم أهون من التزام هذا التحليل و مخالفة القواعد بإيجاب شيء لم يجب إلا بهذا و المقدمة إنما تجب

لتحصيل ما وجب عليك على أن ذلك غير تام في العبد فليأمل هذا و لو كان استئجارها بجزء من الرقيق بعد الفطام و استئجار قاطف (قاطع «ظ») الثمار بجزء منها بعد الصرام أو استأجر النساج لينسج ثوبا بنصفه أو الطحان و الحصاد بجزء بعد الطحن و الحصد فقد جزم في التحرير بالجواز و في السرائر بالعدم و تأمل فيه صاحب جامع المقاصد و لم يرجح في التذكرة و وجه الجواز ما قد عرفت آنفا و وجه العدم أنه قد أجل الأجرة بأجل مجهول و الأعيان لا تؤجل بالآجال المعلومه فكيف بالمجهول و أن الأجرة غير مقدور عليها في الحال لأنها غير حاصله في الحال على الهيئة المشروطة و إنما تحصل بعمل الأجير من بعد فهي إذا غير مقدورة و إن العوض لا بد أن يدخل في ملك الأجير في زمن ملك المستأجر المنفعة ليتحقق المعاوضة و هذه الوجوه قد تقضى بأنه استأجره بجزء من الرقيق مثلا و أنه لا يستحقه و لا يملك منه شيئا إلا بعد العظام و هو بديهى البطلان فلا وجه للجواز و لا للتأمل فيه و إن كان المراد أنه يملك عليه الآن جزءا منه بعد الفطام و لا يملك قبل الفطام و قبل الحصاد و قبل الطحن شيئا من العبد و الزرع و الحنطة فهذا أيضا بديهى البطلان لما ذكر من الوجوه الثلاثة و إن كان قد يتوهم بادئ بدء الجواز و أنه لا مانع منه إذ لا يتجه إلا بالقول باستنزاه ذلك أنه يملك من الحنطة الآن شيئا مثلا فيرجع إلى الفرض الذى هو عنوان المسألة

(قوله) (و لو قال إن خطته اليوم فلك درهمان و إن خطته غدا فدرهم احتمال أجره المثل و المسمى)

و كذا لا ترجيح في التذكرة في أول كلام و غاية المراد و المفاتيح و احتمال لزوم أجره المثل و البطلان خيرة السرائر و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لولده و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مال إليه أو قال به في التحرير و قد يلوح الإجماع من شرح الإرشاد للفخر لأن المستأجر عليه واحد غير معين و ذلك غرر مبطل للإجارة كالبيع بثمنين نقدا و نسيئة أو إلى أجلين و لا ضمان كما توهمه في مجمع البرهان لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و احتمال المسمى و صحة العقد بطرفيه خيرة الخلاف و الشرائع بعد أن تردد فيها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٧

.....

و التذكرة في آخر كلامه في المسألة المنصوصة و التنقيح و مجمع البرهان و الكفاية و كذا اللمعة و في (التحرير) أنه لا يخلو من قوة و في (الإرشاد) يصح العقد على إشكال و قد استندوا في الصحة إلى أن كلا الفعلين معلوم و أجرته معلومة و الواقع لا يخلو عنهما و أن الأصل الجواز و أنه من قبيل الواجب المنخير و أن الإجارة تحمل من الغرر ما لا يحمله البيع كما طفتحت به عباراتهم و استدلت عليه في الخلاف بقولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و قال إن في أخبارنا ما يجرى مثل هذه المسألة بعينها منصوصة و هي أن يستأجر منه دابة على أن يوافق به يوما بعينه على أجره معينة فإن لم يوافق به ذلك كان أجرتها أقل من ذلك و هذا جائز و هذه مثلها بعينها سواء (ورده في المختلف) بالفرق بين صورة النزاع و صورة النقل لأن في صورة النقل أوجب عليه أن يوافق في يوم بعينه و شرط إن لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئا و في صورة النزاع لم يوجب عليه شيئا معينا فتطرق الجهالة إليه بخلاف الأول (و فيه) أن هذا الفرق إن تم لا يجدى على أنه غير تام لأن قوله إن خطته غدا فلك نصف درهم في معنى إن لم تخطه اليوم ينقص من أجرته نصفها غاية الأمر أنه غير مصرح به لكنه متبادر معلوم فيكون قد أوجب عليه في صورة النزاع أن يخطه في هذا اليوم و شرط إن لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئا و كذلك الشأن في الرومى ذى الدرزين و الفارسى ذى الدرز الواحد و ابن إدريس ما أنكر ذلك عليه بل رد قوله في أخبارنا ما يجرى مثل هذه المسألة بعينها بأنه قياس لو كانت المسألة المنصوصة مجمعا عليها فكيف و ذلك خبر من أخبار الآحاد و استوضح ذلك في تعبيرهم عن الصورة المنصوصة قالوا و لو استأجره ليحمل له متاعا إلى مكان في وقت معين بأجرة معينة فإن لم يفعل نقص من أجرته و قد فرغ المحقق و المقداد و غيرهما هذا المثال و ما بعده على الصورة المنصوصة و حكى في التذكرة كلام الخلاف ساكتا و في (غاية المراد) أنهما متوافقان في طريق الحكم و استدلت في مجمع البرهان على ما نحن فيه

بصحيحه أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول أكثرتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن جاوزته فلئك كذا و كذا زيادة و سمي ذلك قال لا بأس به كله قال و الدلالة واضحة و قال و قريب منها رواية منصور بن يونس و هو ثقة عند النجاشي قلت و هما من أدلة القوم على المسألة المنصوصة كما ستسمع فلا يكون بينهما فرق (و قد يستدل عليه) بقوله عز و جل «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّكَ إِخْدَىٰ ابْنَيْ هَاتَيْنِ عَلِيٍّ أَنْ تُاجِرُنِي تَمَانِي حَجَجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ» كما جاءت الأخبار في تفسيرها و يرشد إليه جواب موسى عليه السلام ذَلِكَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجْلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ أَي لا تعتد علي بطلب الزيادة و في (الخبر) أنه قضى أوفاهما و أبطاهما و بعدهما عشر سنين فليأمل جيدا و قال في (المبسوط) تصح فيهما فإن خاطه في اليوم الأول كان له الدرهمان و إن خاطه في الغد كان له أجره المثل و هي ما بين الدرهمين و الدرهم لا تنقص عن الدرهم الذي سمي و لا تبلغ الدرهمين و هو قول أبي حنيفة و قد وجهه أبو حنيفة بأن ذلك يجري مجرى العقدين لأن خياطة الثاني غير خياطة الأول و لو اقتصر على الأول كان جائزا و فساد الثاني لا يفسده و احتج على فساد الثاني بأنه موجب العقد الأول لأن موجب أن يجب في الثاني أجره المثل و قد منعوا عليه تعدد العقد (قلت) لا أدري أيهما أضعف القول أم دليله أما ضعف القول فلأن العقد إن صح لزم المسمى و إن بطل فله أجره المثل و يكون وجود المسمى كعدمه و أما الدليل فهو كما ترى و لعل الشيخ يستند إلى أنه مثل قوله آجرتك كل شهر بدرهم كما يأتي و قال في (السرائر) لو قلنا هذه جعله كان قويا و قد وافقه عليه المصنف في التذكرة و الشهيدان في الحواشي و غاية المراد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٨

و كذا إن خطته روميا فدرهمان و فارسيا فدرهم (١) و لو استأجر لحمل متاع إلى مكان في وقت معلوم فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئا معينا صح (٢)

و المسالك و المحقق الثاني و الكاشاني (و رده في المختلف) بأن الجعالة يشترط فيها تعيين الجعل أيضا (و فيه) أن الجعالة مناطها الجهالة في العمل و الجعل الذي لا يمنع تسليمه فيصح من رد عبدي من موضع كذا فله درهم و من موضع كذا فله درهمان بل الأولى في رده أن يقال إن كان ذلك بصيغة الإجارة فلا معنى لاحتمال الجعالة و إن كان بدون صيغة صح جعله و صح معطاه في الإجارة من غير إشكال في شيء لكن ظاهر كلامهم فرض المسألة فيما إذا كان ذلك بالصيغة (قوله) (و كذا إن خطته روميا فدرهمان و فارسيا فدرهم)

يعرف هذا مما قبله لأن من قال بالبطلان في السابق قال به هنا و من قال بالصحة هناك قال بها هنا و من تأمل تأمل لكنه في المبسوط جزم هنا بالصحة قال إنه صحيح لا مانع منه و جزم أيضا هنا بالصحة في الشرائع و الكفاية من دون سبق تردد و صرح بها في اللعة و في (التحرير) أنه صحيح على إشكال و أبو حنيفة وافق فيه أصحابه و قال بصحة الإجارة على التقديرين و عدل عن تفصيله السابق و لم يتضح لنا الوجه في فرق المبسوط و الشرائع و التحرير و الكفاية بين المثاليين لأنهما كما عرفت من واد واحد و ليس أحد منهما أقرب إلى المنصوص من الآخر و قد تشعر عبارة الكتاب أيضا بأن بينهما فرقا و لعلهم يستندون في الفرق إلى أنه مثل قوله آجرتك كل شهر بدرهم لكن القائل بالصحة فيما عدا الشهر الأول إنما هو ابن الجنيد و الشيخ في ظاهر المبسوط و أما فرق أبي حنيفة فله وجه على أصله لأنه يقول هنا أنه عقد عقدين و خيره فيهما و المعقود عليه في الإجارة لا يملك عنده بالعقد و إنما يملك بتمام العمل كما تقدم بيانه و إذا عمله تعين فلا يؤدي أنه ملكه غير معين كما لو قال بعثك أحد هذين العبدين و لا كذلك المثال الأول لأن موجب العقد الأول فساد الثاني و وجوب أجره المثل كما تقدم بيانه

(قوله) (و لو استأجره لحمل متاع إلى مكان في وقت معلوم فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئا معينا صح)

كما هو خيرة أبي على فيما حكى و النهاية و الخلاف و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و الحواشي و المهذب

البارع و التنقيح و إيضاح النافع و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و هو المحكى عن القاضى و هو الذى عليه الفتوى كما فى إيضاح النافع و المشهور كما فيه أيضا و المهذب البارع و مجمع البرهان و غاية المرام فيما حكى عنها و الرياض و مذهب الأكثر كما فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان أيضا و الأشهر كما فى الكفاية و قد استدل عليه جماعة بالأصل و عموم أدله جواز الإجارة و عمومات جواز الشرط و لا وجه للاستدلال بالأصل مع عمومات الإجارة لأنهما بمعنى و لا ينبغي أن يستدل هنا بغيره من الأصول بل الأصل فى ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة فى (الكافى) محمد عن (التهذيب) أحمد عن محمد بن إسماعيل عن (الفتية) بزرج عن محمد الحلبي «١» قال كنت قاعدا عند قاض من قضاة المدينة و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس

(١) السند فى (الكافى) هكذا محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن محمد بن إسماعيل عن منصور بن يونس عن محمد الحلبي (و فى التهذيب) هكذا أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعيل إلخ (و فى الفتية) و روى منصور بن يونس عن محمد الحلبي. و منصور بن يونس هو بزرج كما صرح به فى مشيخة الفتية و سيصرح به الشارح قريبا (محسن).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٠٩

.....

فأراه رجلا فقال أحدهما إنى تكراريت إبل هذا الرجل ليحمل لى متاعا إلى بعض المعادن و اشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا لأنها سوق و أتخوف أن يفوتنى فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم أحتبسه كذا و كذا و أنه حبسنى عن ذلك اليوم كذا و كذا يوما فقال القاضى هذا شرط فاسد و فقه كراه فلما قام الرجل أقبل إلى أبو جعفر عليه السلام و قال شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه و هى صريحة فى المطلوب و قد وسمت بالصحة فى التذكرة و جامع المقاصد و لعله لأنه لم يثبت عندهما وقف بزرج الذى هو منصور بن يونس لأن النجاشى قال إنه ثقة و لم يرمه بالوقف فيكون إماميا عنده و أنه من مشايخ محمد بن إسماعيل بن بزيع و به تعين هنا و قد أكثر ابن أبى عمير من الرواية عنه و وصفه فى كمال الدين بصاحب الصادق عليه السلام سلمنا أنه موثق فمع أنه فى نفسه حجة قد انجبر بالشهرات و اعتضد بما يظهر من صحيح أبى حمزة و قد سمعته آنفا و هذه فى طريقها محمد بن مسلم و بما يظهر من إيضاح النافع من الإجماع و بالعمومين و بما ورد فى تفسير قوله تعالى إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ الْآيَةَ و أن ذلك كله مما يخرج به عن القواعد و الأصول و أبعده شىء و أوهنه حملها على الجعالة كما صنع جماعة أما البعد فظاهر و أما الوهن فلما مر آنفا مع أنه حينئذ لا معنى لقوله عليه السلام ما لم يحط بجميع كراه إذ قضيته أن هذا الشرط لا يصح فى الجعالة و ليس كذلك و قد روى المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن محمد بن مسلم خيرا ليس من المسألة فى شىء قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول إنى كنت عند قاض من قضاة المدينة فأراه رجلا فقال أحدهما إنى اكترت من هذا دابة ليلغنى عليها من كذا و كذا فلم يبلغنى الموضوع فقال القاضى لصاحب الدابة بلغته إلى الموضوع قال لا قد أعيت دابتي فلم تبلغ فقال القاضى ليس لك كراه إن لم تبلغه إلى الموضوع الذى اكترى دابتك إليه قال فدعوتهما إلى فقلت للذى اكترى لك يا عبد الله أن تذهب بكراء دابة الرجل كله و قلت للآخر يا عبد الله ليس لك أن تأخذ كرى دابتك كله و لكن انظر قدر ما بقى من الموضوع و قدر ما ركبت فاصطلحا عليه و هذا برواية الفتية لأنه كان فيه أتم و أوضح و كان فيه فى الآخرين زيادة و نقصان و هو خبر واحد و قد جعله فى الكفاية خبرين صحيحين و احتمال أنه أراد بأحدهما صحيح أبى حمزة لأذ كان رواه عنه محمد بن مسلم بعيد لمخالفته الاصطلاح (و من الغريب) أن فى التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و كذا الروضة أن مستنده خيرا محمد و الحلبي و قد ذكرا معا فى أدلة المسألة فى التذكرة و المختلف و المهذب البارع و أغرب من ذلك أنهم استدلووا به على تمام المسألة و هو عدم الصحة و ثبوت أجره المثل فيما إذا أحاط الشرط بجميع الأجره و مع ذلك تركوا صحيحة أبى حمزة هذا و فى (التذكرة و التحرير) أن الأقرب تعميم الحكم و التعدى فيه إلى

غير هذه الصورة مما يناسبها حتى فى البطلان فيما إذا أحاط الشرط و أول من خالف فى المسألة ابن إدريس فى السرائر فأبطل الشرط و صحح العقد و أوجب الأجرة بتمامها على التقديرين و هو متجه على أصله من أنه خبر آحاد و قد ظن أنه شرط خارج لا يستلزم التخيير و لا يصير جزءا من المعقود عليه و عنده أن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد و هو مذهب جماعة للأصل و العمومات و خبر عائشة كما تقدم بيانه و بيان بطلانه فى محله و هو ممن يطالب بالفرق بين هذه و بين مسألة الخياطة اليوم و غدا حيث إنهما من واد واحد و تنحل إحداهما إلى الأخرى و قد سلم ذلك للشيخ على الظاهر من كلامه و قد أبطل مسألة الخياطة بالغرر حيث إنها تنحل إلى التخيير فلم تكن الإجارة معينة و هنا استند إلى ظاهر لفظ الشرط مع أنه فى مسألة الخياطة سلم أن الثانى شرط (و رده) بأنه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٠ و لو أحاط الشرط بجميع الأجرة لم تصح و تثبت له أجرة المثل (١)

شرط يفضى إلى الغرر فكلامه غير متناسق و قد أغرب حيث قال إنه لم يذكره أحد إلا الشيخ فى النهاية مع أنه قد ذكره فى الخلاف فى أثناء مسألة الخياطة لا فى مسألة على حدة و ذكره أبو على و القاضى نعم لم يذكره فى المقنعة و الانتصار و المقنع و المراسم و المبسوط و الكافى و فقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و أبطلهما معا فى ما نحن فيه المصنف فى المختلف و ولده فى شرح الإرشاد و المحقق الثانى فى تعليقه على الإرشاد و جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى كتابيه لأن المستأجر عليه واحد غير معين و ذلك غرر كالبيع بثمنين على تقديرين و هو جيد لو لا ما تقدم من ورود النص الصحيح أو الموثق المعترض بما عرفت مع عدم قبوله للتأويل و التنزيل على الجعالة على أن المشبه به ليس وفاقيا بل الخلاف فيه واقع و أن الإجارة تحمل من الجهالة ما لا يحمله البيع (قوله) (و لو أحاط الشرط بجميع الأجرة لم تصح و تثبت له أجرة المثل)

كما صرح به فى النهاية و جميع ما ذكر معها و قد حكيت عليه الشهرة المتقدمة على اختلاف عباراتها و ما فى إيضاح النافع من أن عليه الفتوى محكى عليه أيضا و النص صريح فيه بل لعله مما تسالم عليه الخصوم و فى (مجمع البرهان) لعله مما لا خلاف فيه و فى (الرياض) لا خلاف فيه إلا من أبى على فأوجب المصالحة و من الشهيد فى اللمعة فنفى الأجرة بالكلية (قلت) إنما جزم بنفيها بالكلية فى حواشى الكتاب و لم يجزم به فى اللمعة و إنما قال فيه نظر و كأنه مال إليه فى المسالك و قد حكاها فى الكفاية عن المسالك و كأنه لم يلحظ اللمعة كما أنه فى الروضة لم يلحظ الحواشى و إلا لما قال فيها لم يذكره المصنف فى غير هذا الكتاب (و كيف كان) فالشاهد يقول بصحة الإجارة على تقدير اشتراط سقوط الأجرة مع الإخلال بالمعين بأن يكون التعرض لهذا الشرط بيانا لنقيض الإجارة مؤكدا لصحتها مفصحا بمقتضاها لأنه إذا لم يذكر هذا الشرط و اقتصر على القسم الأول كانت الإجارة صحيحة و اقتضت عدم استحقاقه شيئا لو تخلف عنه فإذا ذكر هذا الشرط فقد صرح بمقتضاها فلا ينافيها و لا يجر إلى فسادها فيكون مورد الإجارة هو القسم الأول و هو الفعل فى الزمن المعين و الشرط خارج عن موردها لا أن موردها كلا القسمين فحينئذ يثبت المسمى إن جاء به فى المعين و لا شىء له فى غيره للإخلال بمقتضاها (و فيه) أن ظاهر الرواية و كلام الأصحاب أن مورد الإجارة كلا القسمين و لذلك حكم هو و الجماعة بصحتها مع ذكر الأجرة فيهما و ثبوتها و إن قلت جدا فى القسم الثانى لوجود المقتضى و هو الإجارة المعينة المشتملة على الأجرة المعينة و إن تعددت و اختلفت قلته و كثرة و حكموا ببطلانها على تقدير اشتراط عدم الأجرة فى القسم الثانى قال فى (الروضة) و تبعه شيخنا صاحب الرياض و لو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأول خاصة لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض أجرة مع نقله فى غيره أولى لأنه خلاف قضية الإجارة و خلاف ما تعلق به فكان أولى بثبوت أجرة المثل (و فيه) أن الشهيد يقول إنه إذا ذكرت الأجرة فى القسم الثانى أيضا كان موردها كلا القسمين لوجود المقتضى كما عرفت و لا يكون هذا خلاف قضية الإجارة بعد ذكره فى عقدها و لا يحتمل أن يكون موردها القسم الأول إلا إذا لم يذكر الأجرة فى الثانى «١»

(١) فذكرها فيهما قرينة على أنهما موردها و تركها في الثاني قرينة على أن موردها الأول كما يأتي في كلامهما ثم أن قولهما إن ذلك خلاف قضية الإجارة لا معنى له أصلاً لأنه إنما يكون خلاف قضيتها لو لم يذكر أصلاً و أما مع ذكره يكون حاله حال بقية الشروط فالشرط في عقد البيع إن لم يذكر يكون إدخاله خلاف قضية عقد البيع و إن ذكر دخل (منه قدس سره) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١١

و لو آجره كل شهر بدرهم و لم يعين (١)

فالفرض حينئذ و الأولوية ممنوعان و قد استشعرا ذلك بقولهما و جعل القسمين متعلقها على تقدير ذكر الأجرة و الأول خاصة على تقدير عدمه مع كونه خلاف الظاهر موجب لاختلاف الفرض بغير دليل (قلت) قد عرفت أن ظاهر الرواية أن مورد الإجارة كلا القسمين على كلا التقديرين فما فرضه في الروضة و ما ذكره الشهيد خلاف ظاهر الرواية موجب لاختلاف الفرض و قال في (الروضة) و يمكن الفرق أي بين ذكر الإجارة في القسمين و عدم ذكرها في القسم الثاني يكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الإجارة حيث أتى بلازمها و هو الأجرة فيهما و إسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعله مورد للإجارة من حيث نفى اللزوم يعني الأجرة الدال على نفى الملزوم يعني الإجارة فتتزيله على شرط قضية العقد أولى من جعله أجنياً مفسداً للعقد بتخلله بين الإيجاب و القبول انتهى (قلت) قد عرفت أنه خلاف الظاهر من الرواية و كلام الأصحاب و المفروض أنه استأجره بعقد فقال له آجرتك دابتي لأحمل لك متاعك إلى موضع كذا بعشرة دراهم إن بلغتك إياه يوم الخميس و إن بلغتك يوم الجمعة فلا أجرة لي فبعد دخوله في عقد الإجارة كيف يكون ترك الأجرة قرينة على عدم جعله مورداً للإجارة فالفساد عندهم أنما نشأ من أنه يلزم منه أن يكون استأجره على أن يعمل له عملاً ذا أجرة بلا أجرة باسقاط عدم الأجرة في عقد الإجارة و لا التفات منهم إلى التخلل المذكور إما لأنه لا يخل عرفاً أو لأن النظر إلى ما هو أهم و أقوى منه و أن له أهلية ذلك

(قوله) (و لو آجره كل شهر بدرهم و لم يعين)

أي فالأقرب البطلان و المفروض في صريح المقنعة و السرائر و مجمع البرهان أنه في المثال لم يذكر أول مدة الإجارة و لا آخرها و هو قضية إطلاق النهاية و الشرائع و الكتاب و الإرشاد و التحرير و غيرها و المفروض في صريح عبارة المبسوط و الغنية و المختلف في آخر كلامه و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك أنه عين أول المدة إما لاتصالها باللفظ أو لغير ذلك و لم يعين آخرها و جمع في التذكرة بين الأمرين فقال لو قال آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم و أطلق أو قال من الآن بطل فنسبة البطلان في المختلف إلى ابن إدريس مع فرضه في المختلف المسألة فيما إذا عين المبدأ في غير محلها لأنه إنما يقول به فيما إذا لم يعين الأول و الآخر كما عرفت و قال بعده فأما إن قال آجرتك الدار من هذا الوقت شهراً بكذا و ما زاد بحسابه فإنه يلزمه المسمى و ما زاد فأجرة المثل انتهى و هو في معنى آجرتك كل شهر بكذا من الآن و ما أوردناه على المختلف و ارد على كل من نسج على منواله كالشهيد في غاية المراد و المحقق الثاني و غيرهما و مثل ذلك و أغرب منه ما في المختلف و الإيضاح و غاية المراد من قولهم احتج الشيخان بأن التقدير آجرتك هذا الشهر بدرهم و كذا كل شهر بعده دائماً و أن الشهر الأول معين مع أنه قال في (المقنعة) و متى استأجر مسكناً أو غيره كل شهر بدينار سماه و لم يذكر أول مدة الإجارة و آخرها كان عليه أجرة شهر منذ قبض و تسلم ما قرره من الأجرة و ليس عليه فيما سكن بعد الشهر أكثر من أجرة المثل و في (النهاية) أطلق و اختار خيرة المقنعة فكيف يصح أنهما يقولان آجرتك هذا الشهر إلى آخره و إن صح ذلك في عبارة النهاية فما كان ليصح في عبارة المقنعة إذ لعله يقول فيها إذا كان المبدأ معلوماً يصح في الجميع كما هو ظاهر الخلاف و صريح الغنية و أبي على ثم إن لفظ كل في كلاميهما يقتضى التعدد فكيف ينزل على شهر (و قد يقال) إنه إذا لم

ينزل كلام «١» المقنعة على ذلك كان خاليا عن التحصيل وقد يكون نظرهم جميعا إلى صدر الصحيحة و الوجه في التنزيل أن الإطلاق ينزل على الاتصال كما يأتي لنا بيان ذلك في أول الشرط السادس و يأتي للأصحاب في تعيين المنفعة بالزمان و في الأجير المشترك أنه يصح أن يستأجره للخياطة يوما من الأيام و شهرا من الشهور و كذلك الدابة و لم يلتزموا تنزيل ذلك على الاتصال كما يأتي محررا و على هذا فلا حاجة إلى تنزيل عبارة من أطلق لكذا ننزل كلامهم فيما يأتي على الفرق بين إيجار الدار و إيجار الإنسان و الدابة و نحن نحكى ما تحصل عندنا في المقام (فقول) إن ظاهر الكتاب و التحرير و الإرشاد أنه لم يعين مجموع المدة إما بأن يكون عين المبدأ فقط أو لم يعين شيئا كما هو صريح التذكرة و قد اختار في الأربعة البطلان كما فهمه الشهيد و غيره من عبارة الإرشاد و هو خيرة المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و جامع المقاصد و المسالك و إن عين المبدأ و لكن لا بد من صرف عبارة الكتاب عن ظاهرها و حملها على ما إذا لم يعين شيئا و إن حملت على إطلاقها لم يبق فرق بينها في أحد فرديها و بين المسألة الثالثة و هي ما إذا آجره الدار بدرهم فإن زاد فبحسابه كما يأتي (و كيف كان) فحجتهم أن ذلك مقتض للجهالة المقتضية للغرر و لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون العوضين معلومين و قد سمعت كلام ابن إدريس و تفصيله لكن يرد عليه أنه سيأتي له أنه إذا آجره الدار شهرا و أطلق يعني لم يقل من هذا الوقت إن العقد صحيح و إنه ينزل الإطلاق على الاتصال و هذا ينافي تفصيله هنا و قد سمعت كلام المقنعة و خيرتها و تنزيل عبارتها و سمعت إطلاق النهاية و موافقتها لها و في (الشرائع) أطلق كالنهاية و اختار خيرتها و هو يوافق ما يأتي له في الشرط السادس من أن الإطلاق ينزل على الاتصال و قد لا يحتاج إلى التنزيل المذكور كما أشرنا إليه و اختار في المبسوط خيرة النهاية إذا كان المبدأ معلوما و في (الخلافة و الغنية) إذا قال آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت الإجارة صحيحة قال في (الغنية) و المنع يحتاج إلى دليل و إن لم يعين آخر المدة لأن الأصل الجواز و لا حاجة بنا إلى تنزيل ما في الخلافة على ما في النهاية و عن أبي على أنه قال لا بأس أن يستأجر الدار كل شهر بكذا و كل يوم بكذا و لا يذكر نهاية الإجارة و معناه أن ذلك إذا ذكر مبدأ الإجارة و عليه يمكن تنزيل عبارة الخلافة و يدعى أنه قضية عبارة المقنعة كما تقدم و يمكن أن تنزل عبارة النهاية و الشرائع على ما إذا لم يعين شيئا و يكونان قائلين إنه إذا عين المبدأ صح في الجميع و هو بعيد جدا بل يكون خاليا عن التحصيل إلا أن ينزل على ما يأتي لهم في تقدير المنفعة بالزمان و يرد على الخلافة و المبسوط أنه سيأتي فيهما أنه لو قال آجرتك شهرا و أطلق و لم يقل من الآن أنه يبطل للجهالة و قضيته أن الإطلاق لا ينزل على الاتصال و كلامه في الكتابين هنا بل و النهاية على كل تقدير منزل على أن الإطلاق ينزل على الاتصال و يستدل على ذلك بصحيفة أبي حمزة لأن الظاهر أنه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكرتيتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن جاوزته فلك كذا و كذا و سمي ذلك فقال لا بأس به كله إلى غير ذلك من الأدلة على مسألة الخياطة في اليوم و الغد و مسألة الدرز و الدرزين و مسألة حمل المتاع إلى مكان معين لأن الجميع من واد واحد و الظاهر أن المتقدمين و من والاهم غفلوا عن الصحيحة و إلا لذكر مضمونها في المقنع و المقنعة و النهاية أو استدل بها أحد منهم على بعض هذه المسائل مع أنها و هن من سنخ واحد لمن أجاد النظر و نحن لا نمنع على الفقيه أن يقول إنها مختلفات موضوعا و حكما بل قد يقال إن نظر الشيخين في المقنعة و النهاية إلى صدر الصحيحة و هو الذي فهمه منهما المصنف في

(١) كلامهما خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٣

أو استأجره لنقل الصبرة المجهولة و إن كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم (١) أو استأجره مدة شهر بدرهم فإن زاد فبحسابه فالأقرب

البطلان إلا الأخير فإن الزائد باطل (٢)

المختلف و ولده و الشهيد و لذلك قالوا إن الشهر الأول معين فتنفى الغرابة حينئذ عن كلامهم و على تقدير كون الجميع من سنخ واحد لا يقدح في ذلك قلة القائل بذلك في مسألتنا مع كثرته في تلك المسائل و ذلك خيرة مجمع البرهان و قد نفى عنه البعد في الكفاية و قد سمعت ما في التذكرة و التحرير في مسألة حمل المتاع من أن الأقرب التعدي إلى غيرها مما يناسبها (و عساک تقول) فرق بين مورد الصحيحه و بين استتجار الدار كل شهر بدرهم فإنه لا يعلم متى تنتهي الإجارة و متى يصح فسخها (لأننا نقول) يستحق الأجرة لكل شهر بالدخول فيه فإذا انقضى الشهر الأول جاز له الفسخ ما لم يدخل في الثاني فإنه إذا دخل فيه لا يستحق الفسخ إلا عند تمامه كما في الغنية فكان الحال في ذلك كالحال فيما إذا وصل مكثري الدابة إلى المكان المعين فإنه يلزمه أجرته و له الرجوع و عدم التجاوز فإذا دخل فيما زاد عليه لزمه أجرته فتأمل جيدا و لا ترجيح لأحد من الأقوال في غاية المراد و المفاتيح و لا نجد دليلا صالحا لما هو صريح المقنعة

(قوله) (أو استأجره لنقل الصبرة المجهولة و إن كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم)

أى فالأقرب البطلان كما في الإيضاح و جامع المقاصد لمكان الجهالة و المشاهدة لا تنفى الجهالة و الغرر و قال في (المبسوط) إذا قال استأجرتك لحمل هذه الصبرة لتحمل عشرة أقفرة كل قفيز بدرهم و ما زاد فبحسابه فإنه جائز و يصير كأنه قال استأجرتك لتحمل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم و مثل ذلك جائز في البيع و هو إذ قال اشترت منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم أو بعثتها كذلك و يفارق إذا قال آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم عند من قال لا يجوز لأن جملة المدة مجهولة المقدار و ليس كذلك هنا لأن الجملة معلومة بالمشاهدة انتهى «١»

(قوله) (أو استأجر مدة شهر بدرهم فإن زاد فبحسابه فالأقرب البطلان إلا الأخير فإن الزائد باطل)

يعنى إذا قال له آجرتك الدار شهرا مثلا من الآن فإن زدت عن الشهر فبحسابه فإن الأقرب عند المصنف صحة الإجارة في الشهر و بطلانها في الزيادة و يلزم فيها أجرة المثل و هو خيرة السرائر و التذكرة أما الصحة في الشهر فلأن كلا من العوضين و هو الشهر و الدرهم معلوم و أما البطلان في الزيادة فلاشتمالها على الجهالة و التعليق و اختيار البطلان في الأمرين معا في الإيضاح و جامع المقاصد لأن فساد الشرط يستلزم فساد العقد كما تحرر في محله و لأن العوضين هما ما اقتضاهما مجموع العقد و الشرط من جملته و قال في (التذكرة) إذا لم يعين الشهر الأول بالاتصال بطل في الجميع و قد عرفت أن ذلك صريح السرائر و إطلاق العبارة إن حمل على تعيين الشهر الأول بالاتصال و نحوه كانت هذه عين الأولى كما نبه عليه الشهيد في غاية المراد لأنه يرجع بالآخرة إلى قوله آجرتك من الآن كل شهر بدرهم و إن لم يحمل على تعيين الأول كانت كعبارة المقنعة و يبقى الكلام في كلام التذكرة أيضا فإنه قال في المسألة الأولى إن أطلق أو عين المبدأ بطل و هنا فصل فلا تكون من سنخ واحد عنده و لعله لمكان التعليق في هذه دون تلك و به يفرق بينهما و أنت تعلم أن الظاهر أن التعليق بالمعنى المضمر غير مراد هنا فتأمل ثم عد إلى العبارة فإن

(١) المشهور بطلان بيع الصبرة كذلك سواء كانت معلومة المقدار أو مجهولة نعم الصحة كذلك مختاره في المبسوط و الخلاف (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٤

و يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد (١) فإن شرط الأجل لزم (٢) و يشترط فيه العلم سواء تعدد أو اتحد و سواء كانت معينة أو مطلقة (٣) و يجب تسليمها مع شرط التعجيل (٤)

قول المصنف إلا الأخير فإن مقتضاه صحة الأخير و من المعلوم أن مراده صحة ما عدا الشرط فكان حقه أن يقول إلا الأخير فالشهر صحيح و الزائد باطل و الأمر سهل

(قوله) (و يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد)

بإجماع الفرقة و أخبارهم كما فى الخلاف و الإجماع ظاهر الغنية و التذكرة و لا أجد فيه خلافا منا بعد التتبع من المقنعة إلى الرياض و إنما وجدنا الخلاف من أبى حنيفة و مالك و غيرهما قالوا لا يملكها بنفس العقد و إنما يملكها شيئاً فشيئاً لأنها فى مقابلة المنفعة و هى معدومة فناس على أن له المطالبة لحظةً فلحظةً و آخرون أن له المطالبة يوماً فيوماً مع أنهم قالوا لو شرط التعجيل ملكها فى الحال و من المعلوم أن الشرط لا يصير المعدوم فى حكم الموجود و لكننا لم نجد الأخبار الصريحة فى ذلك و إنما يستفاد من مطاويها و القواعد تقضى به لأن صحة المعاملة تقضى بانتقال كل من العوضين إلى الآخر و فائدة هذا الملك مع عدم وجوب تسليمها إلا بعد العمل أو تسليم العين كما يأتى تبعية النماء و هو ملك متزلزل لا يستقر إلا بعد أن يستوفى المستأجر المنافع كما يأتى

(قوله) (فإن شرط الأجل لزم)

إجماعاً كما فى الغنية و التذكرة و بلا خلاف كما فى المبسوط و قال فى موضع آخر من التذكرة لا نعلم فيه خلافاً و فى آخر قال عند علمائنا و فى (الرياض) أنه لا خلاف فيه و هو كذلك و الأصل فى ذلك عموم الخبر و إنما خالف الشافعى فيما إذا وردت على عين موصوفة فى الذمة فإنه منع من كون الأجرة حينئذ مؤجلة لأن الإجارة عنده سلم فى المعنى فيجب قبض الأجرة كما يجب فى السلم و فى ظاهر التذكرة الإجماع على عدم انعقادها سلماً و لا إجارة لو استأجر بلفظ السلم كأن قال أسلمت إليك هذا الدينار فى دابة تحملنى إلى موضع كذا هذا و إذا حل الأجل و قد تغير النقد فالاعتبار بنقد يوم العقد و أما فى الجعالة فوجهان و لعل اعتبار يوم الجعل أولى

(قوله) (و يشترط العلم سواء تعدد أو اتحد و سواء كانت معينة أو مطلقة)

هذا كله أيضاً مما لا خلاف فيه و بعضه ظاهر التذكرة الإجماع عليه و لا حاجة بنا إلى حكاية العبارات فيه و معناه أنه إذا شرط المستأجر تأجيل الأجرة لعمل كانت أو لعين إلى أجل بحيث لا يطالب به قبله اشترط كون الأجل معلوماً مصوناً عن احتمال الزيادة و النقصان كغيره من الآجال سواء تعدد الأجل بأن يجعلها نجومياً فيقسطها و يجعل لكل أجل قسطاً أو اتحد الأجل كشهر مثلاً و سواء كانت الإجارة معينة أو واردة على عين معينة شخصية أو مطلقة واردة على عين فى الذمة هى أمر كلى و ظاهر جامع المقاصد و المسالك و الرياض الإجماع على ذلك كله و لا مخالف إلا الشافعى كما عرفت و الأصل فى ذلك عموم الخبر

(قوله) (و يجب تسليمها مع شرط التعجيل)

كما فى المبسوط و المهذب و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و فى (التذكرة) لا نعلم فى ذلك خلافاً (قلت) و لا تقييد فى شىء من هذه باشتراط تسليم العين أو تسليم العمل و تمامه بل فى السرائر و غيرها أنه يلزمه ذلك فى الحال و قد يظهر من السرائر الإجماع عليه حيث قال و فيه خلاف من المخالفين و نحوه ما فى المبسوط و قد يكون هذا القيد مراداً فى كلامهم لأنه قد قيد فى جامع المقاصد و المسالك عبارة الكتاب و الشرائع بما إذا سلم العين و نحوه ما فى التنقيح و فى (المبسوط و المسالك) أن فائدة الشرط مجرد التأكيد و إلا فإطلاق العقد يقتضيه نعم لو شرط التعجيل بمدّة مضبوطة فأخل به تسلط المؤجر على الفسخ انتهى و لعل المراد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٥

أو الإطلاق (١)

باشترط التعجيل فى الكتاب و المبسوط و ما وافقهما اشتراط القبض قبل العمل و التسليم و هذا موضع وفاق عملاً بعموم الخبر لكن الشهيدين و جماعة ممن تأخر عنهما لم يفهموا منه ذلك فى باب البيع و يرشد إلى أنهم لم يريدوا هنا ذلك أنهم جعلوه أى اشتراط

التعجيل و إطلاق العقد من سنخ واحد و جعلوا حكمهما واحدا إلا أن يلتزموا ذلك أيضا عند إطلاق العقد و يأتى الكلام فيه (و كيف كان) يجب العمل بالشرط على ما علم أنه أراد المتعاقدان (قوله) (أو الإطلاق)

أى يجب تسليمها مع الإطلاق كما فى المبسوط و جميع ما ذكر معه آنفا مع زيادة التصريح بذلك هنا فى المقنعة و المراسم و الكافى و النهاية و الوسيلة بل قال فى الأخيرين إن للمؤجر أن يطالب بها فى الحال و ظاهر السرائر الإجماع عليه و قد سمعت عبارتها و قال فى (الخلاف) إذا أطلق عقد الإجارة و لم يشترط تعجيل الأجرة و لا تأجيلها فإنه يلزمه الأجرة عاجلا و قال مالك إنما يلزمه أن يسلم إليه الأجرة شيئا فشيئا (دليلنا) إجماع الفرقة و أخبارهم و لكن قد قال فى التذكرة و إن أطلق كانت معجلة و استحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر عند علمائنا و فى (الرياض) أنه لا خلاف فيه و قال فى موضع آخر من المبسوط إنما يستحق الأجرة إذا سلم العين و مثلها و أوضح منها عبارة المقنعة و بذلك قيد عبارة الكتاب فى جامع المقاصد و قال فى (المسالك) فى بيان التعجيل مع الإطلاق فى عبارة الشرائع أنه فى أول أوقات وجوب دفعها و هو تمام العمل و تسليم العين المؤجرة انتهى و لا يخفى أنه إن تم إجماع الخلاف و السرائر و ما يظهر منهما و مما ذكر معهما كانوا مطبقين على وجوب تقديم الأجرة و إن تم إجماع التذكرة و نزلنا بقاء العبارات عليه و قلنا إن ذلك منهم فى مقابلة العامة القائلين بأنها لا تلزمه عاجلا كانوا مطبقين على وجوب تقديم تسليم العين (و نحن نقول) لم لا يكون أنه يجوز لكل منهما منع الآخر عن تسليم ما فى يده حتى يتسلم حقه فيجبران معا كما قاله فى المتبائعين من أنهما يجبران على التسليم معا إذا كان كل منهما باذلا ما عنده و لم يخالف هنا إلا الشيخ و أبو المكارم و القاضى هذا فى ما إذا وقعت الإجارة على عين و أما إذا وقعت على عمل فكلامهم لعله فى محله و هو أنه لا يجب عليه تسليم الأجرة إلا بعد إكمال العمل لكن فى بعض أفرادها كما إذا كانت الإجارة على صلاة أو زيارة أو حج أو نحو ذلك و فى الأخبار ما يدل على ذلك إلا أن تجرى عادة على تسليم الأجرة قبل كما يأتى لأن إكمال مثل هذا العمل تسليم قبل تسليم الأجرة فتأمل جيدا فإنه دقيق و أما إذا كانت على خياطة ثوبه و نحوه فقد نقول إن لكل منهما أن يمتنع فللخياط بعد إكمال الخياطة أن يمتنع من من تسليم الثوب كما فى المتبائعين و ستسمع ما يقربه المصنف و هذا الذى ذكرنا أنه يفهم من عبارة المتأخرين و جملة من عبارات المتقدمين و هو أنه يجب تسليم العين قبل تسليم الأجرة هو الذى فهمه المتأخرون عنهم كالمولى الأردبيلى و الخراسانى و شيخنا فى الرياض و قد أطل فى بيانه و الاستدلال عليه و هو الموافق للاعتبار و المتبادر من كلامهم «١» من عدة مواضع من العبارات و من جمعهم بين العين و العمل و جعلهما من سنخ واحد عدا اللمعة فإنه قال فيها يجب تسليمها بتسليم العين و إن كانت على عمل فبعده فإنها كادت تكون ظاهرة فى الاقتران فى العين كالعوضين فى البيع و إنه لا فرق بين الإجارة الواقعة على العين و البيع فى ذلك و يمكن تنزيل عبارات المتقدمين و المتأخرين عليه بأدنى ملاحظة و لا يلتفت إلى ما فى الرياض و غيره (و كيف كان) فالأمر فى المسألة لا يخلو عن شك و اشتباه فليلاحظ جيدا

(١) كلماتهم خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٦

و إن وقعت الإجارة على عمل ملك العامل الأجرة بالعقد أيضا (١) لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل (٢) و هل يشترط تسليمه الأقرب ذلك (٣)

(قوله) (و إن وقعت على عمل ملك العامل الأجرة بالعقد)

هذا مما لا إشكال و لا نزاع فيه و قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل)

كأنه مما لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان و في موضع آخر منه أنه إجماع (إجماعى خ ل) و هو كذلك لأن كتب الأصحاب بين مصرح فيه بذلك كالكتاب و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و بين ما هو قضية ذلك الجارية مجرى التصريح كما ستعرف و لعل الفرق بينه و بين العين أن الواجب على المؤجر في الثاني إنما هو تسليمها و قد حصل و ليس عليه أن ينتفع بها باستعمالها و إمضاء الزمان لأنهما غير مقدورين له و لا كذلك العمل فإنه مقدور له فليعمل ثم يأخذ حقه فتأمل و لعلمهم يستندون إلى الأصل مع ما في بعض الأخبار من الإشعار بذلك ففي (الصحيح) في الجمال و الأجير قال لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته و نحوه غيره مع احتمال الضرر على المستأجر بتعجيل الدفع لاحتمال عدم إمكان استيفاء المنفعة بالموت و نحوه إلا أن تكون عادة تقضى بالتعجيل كما قيد بذلك جماعة من المتأخرين فيجب كاشترطه لإقدامهما حينئذ على الضرر و في (الحواشى) أن المنقول و جوب تسليم الأجرة في الحج و إن لم يعط الأجرة و تعذر الحج إلا بها كان له الفسخ و ما عدا الحج يجوز حبس الأجرة إلى بعد العمل انتهى و قد حكى في مجمع البرهان قولاً بأنه لا يجوز للوصى تسليم الأجرة للأجير في العبادات إلا مع إذن الموصى صريحاً أو فحوى إلا أن يكون العمل موقوفاً عليه كالحج فلو امتنع كان للأجير فسخه بل هو يفسخ بنفسه (قوله) (و هل يشترط تسليمه الأقرب ذلك)

كما في التذكرة و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و حكى في الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد عن المبسوط و لعلمهم أنما لحظوا ما حكيناه عنه آنفاً و الموجود من كلامه في المسألة ما ستسمعه (و ليعلم) أنه قد فرض موضع النزاع في المسألة في التنقيح و جامع المقاصد في وجوب تسليم الأجرة و به فسر العبارة في جامع المقاصد قال هل يشترط تسليم ذلك العمل إلى المستأجر في وجوب تسليم الأجرة الأقرب ذلك و استدلل عليه بأنه معاوضة فيجب التقابض و فرع عليه أنه يجوز للعامل الحبس و أنت خير بأنه غير متجه لا باعتبار الدليل و لا التفريع و لا بالنسبة إلى غير الأقرب (أما الأول) فلأن معناه أنه يجب على الخياط مثلاً إذا تم العمل أن يدفعه إلى المالك إذا طلبه و لا يجب على المالك دفع الأجرة قبل أن يتسلم الثوب (و حاصله) أنه يجب دفع الثوب أولاً عند الطلب و كونه معاوضة يقضى بأنهما يتقابضان و لا يجب على أحدهما التسليم قبل الآخر فلا معنى للاستدلال بأنها معاوضة (و أما الثاني) أعنى التفريع فلأن ذلك يقضى بأنه لا يجوز له حبسه (و أما الثالث) فالمتبادر أن غير الأقرب أنه يجب على المالك دفع الأجرة إذا تم العمل و لا يتوقف على تسليمه و قضية المعاوضة أنه يتقابضان على أنه لم يقل أحد هنا قبل مولانا الأردبيلي في ظاهره بوجوب دفع الأجرة قبل أن يقبضه الثوب بل يتقابضان أو يجب تسليم الثوب قبل و قد فرضت المسألة و محل النزاع في المسالك و مجمع البرهان و الرياض في أنه هل يتوقف استحقاق العامل المطالبة بالأجرة و جوازها له على تسليم الثوب أم يجوز له المطالبة بالأجرة إذا تم العمل و إن لم يسلمه الثوب بل يتطالبان و يتقابضان إذا تم العمل و لا تلازم بين الفرضين لأنه يجوز لكل واحد منهما المطالبة و لا يجب عليه التسليم إلا بالتسلم (و الحاصل) أن الفرق واضح جداً و ستسمع دليل هذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٧

.....

الفرض و ما يتفرع عليه فالمقداد و المحقق الثاني لم يتعرضا للفرض الثاني فنسب الخلاف إليهما أو الوفاق في غير محلها كما في الرياض كما أن ما استدلل على ما رجحه كذلك لأنه استدلل به على استحقاق المطالبة بأدلة و جوب التسليم و أوهن منه ما استدلل به في المسالك لذلك (و كيف كان) فدليل القول بتوقف استحقاق المطالبة على التسليم أنه معاوضة فلا يستحق تسليم العوض أعنى الأجرة و المطالبة بها إلا- بتسليم العوض و هو كما ترى غير وجيه على أنا لم نجد القائل به و في (السرائر و الشرائع و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان) أنه لا يشترط في استحقاق الأجرة و المطالبة بها تسليم العمل لأنه ملك الأجرة بالعقد فيستحق المطالبة بها و لا- مانع إلا إكمال العمل لمكان الإجماع و ظواهر الأخبار على أنه لا يجب تسليم العوض إلا بعد إكماله و قد حصل و الأصل عدم

مانع غيره مضافا إلى إطلاق الصحيح المتقدم وغيره السالم عما يصلح للمعارضة إذ لا دليل على الكليّة التي ذكرت في دليلهم بل الدليل على خلافها كتابا و سنة خرج منها ما قبل العمل بالإجماع و بقى الباقي و يأتي في الفصل الرابع فى الضمان تمام الكلام فى ذلك مسبغا و هذا الذى استدللنا به هو الدليل لهذا القول لا ما استدلل به له فى السرائر و الشرائع و الإيضاح من أنه ملكها بالعقد فيجب تسليمها له و لا- ما فى جامع المقاصد و المسالك من أنه إذا عمل فإنما يعمل فى ملك المستأجر أو ما يجرى مجراه فيكون ذلك كافيا عن التسليم و لعله لضعف هذين الدليلين خالف من خالف ممن تأخر عن المحقق (و حاصل) هذا القول أنهما يجبران على ذلك و لكل منهما الحبس و هو كذلك لأنها معاوضة و فائدة القول الأول على الفرض الأول أنه يجبر العامل على التسليم و ليس له حبسه و لو حبسه كان غاصبا و لو تلف كان ضامنا و لا أجره له و على الثانى لا يضمنه لكنه لا أجره له لأن العمل تلف قبل القبض و يحتمل أنه يضمنه كما قيل فى العبد المغصوب إذا أبق ثم رده الغاصب فإنه قد قيل بأنه له حبسه و أنه يضمنه و إن كان حينئذ غير غاصب و ستسمع تحقيق الحال و قال فى (المبسوط) فى أثناء كلام له فى مسألة التلف إن كان العمل فى ملك الصانع لا يستحق الأجر حتى يسلم و إن كان فى ملك المستأجر استحق الأجر بنفس العمل و فى (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء لأنه لا يتحقق التسليم إلا أن يصير فى يد المستأجر و لا ترجيح فى التحرير و الحواشى هذا و الأصل فى هذا النزاع كلام المبسوط الذى سمعته و هو قوله إن كان العمل فى ملك الصانع لا يستحق الأجر حتى يسلم إلى آخره فابن إدريس أخذ الاستحقاق على ظاهره فردده بقوله و يستحق الأجير الأجر فى الحال و لا يقف على الأعمال و الفراغ بل بإطلاق العقد يستحق الأجر على المستأجر و نحوه ما فى الشرائع حيث قال و يستحق الأجير الأجر بنفس العقد سواء كان فى ملكه أم ملك المستأجر و منهم من فرق و لا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر انتهى و هو منهما عجيب مع قوله فى المبسوط فى أول الباب أنه يلزم العقد و يستحق المؤجر الأجر على المستأجر و يستحق المستأجر المنفعة على المؤجر بل لو لحظنا تمام كلامه فى مسألتنا لعلنا أنه غير مراد به ظاهره لكن المحقق أردفه بما قاله أخيرا أعنى قوله لا يتوقف إلى آخره فمعناه أنه إن أراد التسليم فلا نسلمه و المصنف فى كتبه الأربعة و ولده صرفا كلام الشيخ عن ظاهره و جعلنا معنى قوله لا يستحق الأجر حتى يسلم أنه لا يجب على المستأجر دفع الأجر حتى يسلمه الخياط الثوب و وافقهما على ذلك المقداد و الكركى و هذا له معنيان (الأول) و هو المتبادر منه أنه يجب على الخياط أولا دفع الثوب إذا طلبه المالك ثم يجب عليه دفع الأجر (و الثانى) أنهما يتقايضان بمعنى أن أحدهما لا يستحق على الآخر التسليم حتى يسلم و هذا هو المراد بقريئنا الاستدلال عليه بأنها معاوضة و قريئنا تفرغ الشهيد عليه جواز الحبس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٨

فإذا استوفى المستأجر المنافع استقرت الأجر (١) فإن سلمت العين التي وقعت الإجارة عليها و مضت المدّة و هى مقبوضة استقر الأجر و إن لم ينتفع (٢)

و سقوط الأجر لأنهما و التفرغ لا تتأتى إلا على تقدير التقايض و يشهد لما قلناه من أن المتبادر الأول قول الشهيد و إن أباه ظاهر كلامه و بقريئنا رد المحقق فى الشرائع ثم جاء الشهيد الثانى فوجد كلام المحقق أنه يستحق الأجر بنفس العقد سواء كان فى ملكه أم لا فقال قد تقدم المصنف أن الأجير يملك الأجر بنفس العقد فالمراد باستحقاقها هنا استحقاق المطالبة بها بعد العمل و كأنه لم يلحظ كلام الشيخ و لا المصنف و لا المحقق الكركى و لهذا ما نسب الفرق إلى الشيخ و لا نسب إلى أحد موافقه المحقق و تبعه على ذلك من تأخر عنه (فإن قلت) الأمر سهل فإنه إذا استحق المطالبة استحق التسليم و بالعكس (قلت) يستحق المطالبة بأن يقول له سلمنى حتى أسلمك و لا يستحق التسليم إلا بالتسليم فافتراقا كما بيناه آنفا و قال الشهيد فى الحواشى أن قول المصنف الأقرب ذلك مبنى على أن الصفة تلحق بالأعيان و قد تقدم ذكره فى الفلوس بناء على أن المنافع تعد أموالا و لهذا يصح جعلها عوضا و معوضا و كما أن المبيع يحبس حتى يتقايضا معا و يسقط الثمن بتلفه قبل قبضه فكذلك المنفعة و تظهر الفائدة فى جواز حبس الثوب و فى

سقوط الأجرة بتلفه فعلى ما قربه المصنف له حبسه و إن أباه ظاهر كلامه و لو تلف سقطت الأجرة على قوله رحمه الله تعالى انتهى و اعترضه في (جامع المقاصد) بأنه لا حاجة إلى البناء الذي ذكره لأن المعاوضة على المنافع أمر متفق عليه و لا بد في العوضين من التقابض كالبيع و أما عد المنافع أموالا فالذي يقتضى عدمه فيها هو أنه لا وجود لها و إنما أمر «١» موجود بالشأن و الصلاحية ثم قوله إن ظاهر كلام المصنف يأبى ذلك غير جيد لأن قوله الأقرب صريح في ذلك و ليس مقابل الأقرب بمناف له لأن غرضه الرد على الشيخ فمقابل الأقرب قول الشيخ فما ذكره غير واضح انتهى ملخصا في بعضه (قلت) الاعتراض الأول لعله في محله و لا كذلك الثاني فإنك قد عرفت الحال فيه بما لا مزيد عليه

(قوله) (فإن استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر)

لأنه حينئذ يتحقق وصول العوض إليه فيستقر ملك المؤجر على عوض الإجارة سواء كانت الإجارة واردة على عين لأجل منافعها كدار أو دابة أو على عمل يباشره الأجير بنفسه أو بغيره فإن كان خدمة و نحوها كان كمنافع الدابة و إن كان في شيء كان استيفاءه بإتمامه فقط أو به و بتسليمه على ما تقدم

(قوله) (فإن سلمت العين التي وقعت الإجارة عليها و مضت المدة و هي مقبوضة استقر الأجر و إن لم ينتفع)

و مثله ما في التذكرة و الكفاية و قد عرفت فيهما المدة باللام و معناه أن المؤجر إذا سلم العين المؤجرة كالدار مثلا إلى المستأجر و مضت المدة المعينة بالزمان لاستيفاء المنفعة المعينة به أى الزمان فيها و هي مقبوضة استقر الأجر و إن لم يسكنها فيوافق ما في المبسوط و المهذب و السرائر و جامع المقاصد لأنها قد ذكر فيها كلها إجارة الدار و المدة معرفة بل ما في المقنعة بل و النهاية و المراسم و المفهوم من مفهوم عبارة الوسيلة و ما رواه في المقنع و ستسمعه إن شاء الله تعالى قال في (المقنعة) و إذا سلم صاحب الملك ما استؤجر منه إلى المستأجر لزمته الأجرة سكن أم لم يسكن انتهى و الظاهر أن مراده أنه مضت مدة الإجارة و هو مقبوض لأن إجارة المسكن لا بد أن تقع في مدة معينة و قال في (النهاية) و متى مكنته من التصرف و امتنع منه لم يسقط عنه مال الإجارة انتهى إذ الظاهر أنه أراد ما في

(١) كذا في نسختين و لعل الصواب و إنما هي أمر (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١١٩

.....

المقنعة كما هو عادته فيكون مراده من التمكين و الامتناع أنه سلمه الدار و لم يسكن و نحوها عبارة المراسم التي هي مختصر المقنعة و يأتي لهاتين وجه آخر و قد تعمم المدة في عبارة الكتاب بحيث تشمل المنفعة المعينة بالزمان كمنفعة الدار كما عرفت أو بالعمل كركوب الدابة إلى مكان معين و الأكثر كما ستعرف إنما تعرضوا لهذا لأن المنفعة إذا عينت بالزمان فالأمر فيها ظاهر و لهذا قل من تعرض له كما عرفت و إذا عينت بالعمل فلا بد من وقوعها في زمان و ذلك الزمان هو مدتها و حينئذ فيصير المراد بالمدة ما تعينت شرعا للاستيفاء إما بالتعيين أو ما في حكمه كما إذا عينت المنفعة بالعمل فتوافق أى عبارة الكتاب حينئذ ما في المبسوط و المهذب و السرائر أيضا و الخلاف و التحرير لأنها قد ذكرت فيها كلها إجارة الدابة و المدة منكروة و توافق العبارات الأخر التي وقعت المدة فيها منكروة كالغنية و الشرائع و النافع و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و الروضة و الروض و ما يأتي في عبارة الكتاب من قوله و إن كانت على عمل قال في (الغنية) لو استأجر دابة ليركبها إلى مكان بعينه فسلمها إليه فأمسكها مدة يمكنه المسير فيها و لم يفعل استقرت الأجرة عليه بدليل الإجماع انتهى و قال في (الشرائع) و إذا سلم العين المستأجرة و مضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزم الأجرة و فيه تفصيل انتهى و ستسمع المراد من التفصيل و نحوه ما ذكره بعده و احتترز بمضى المدة عما لو كانت متأخرة عن وقت التسليم

بالاشتراط في العقد فإنها لا تستقر حينئذ و عما لو تسلمها بعض المدة فقط و لا فرق في استقرار الأجرة بذلك بين الانتفاع و عدمه هذا و دليل الحكم في المسألين و إن شئت قلت على التقديرين عمومات أخبار الباب و الإجماعات الحاكمة بلزومها بمجرد العقد غير أنهم لم يوجبوا على المستأجر تسليمها به إلا بعد تسليم العين أو العمل إن قلنا بذلك فيهما أو بعد التقابض على ما تقدم من اختلاف العبارات و الاختلاف في فهمها مراعاة لمصلحتها و دفعا للضرر عنه و قد أقدم هنا على الضرر بتركه الانتفاع و المؤجر غير مقصر و في الخبر القريب من الموثق قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضا فقال أجرتها بكذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيتك ذلك فلم يزرعها الرجل قال له أن يأخذ إن شاء ترك و إن شاء لم يترك هكذا برواية الفقيه لكونها أوضح فليتأمل و هذا هو الذي أورده في المقنع و يدل على خصوص الثانية إجماع الغنية بل يدل على الأولى أيضا لأن كانتا في هذا الحكم من سنخ واحد عند الأكثر بل بالأولوية و في (المهذب البارع و إيضاح النافع) أنه إن سلمها و كانت مقيدة بمدته معينة لزم الأجرة انتفع أم لم ينتفع و إن كانت على عمل كالدابة تحمل المتاع لزم في المدة أجرة المثل و الإجارة على العمل باقية قال في الأول هذا أنسب ما سمعته في معنى التفصيل الذي أشار إليه في الشرائع و قال إنه وجده مكتوبا على نسخة قرئت على المصنف و هو كما ترى مع إعراض الأصحاب عنه (و كيف كان) فلا فرق بين أن يكون تخلف المستأجر لعذر أو لغير عذر قال في (التذكرة) لو تخلف لخوف في الطريق أو لعدم وجدان الرفقة استقرت الأجرة عليه و إن كان معذورا من جهة أنه لو خرج و الحال هذه كان متعديا ضامنا للدابة و إنما استقرت الأجرة عليه لتلف منافع المدة على أنه متمكن من السفر عليها إلى بلد آخر و من استعمالها في البلد تلك المدة انتهى و لا فرق في ذلك أيضا بين كون الإجارة واردة على العين أو في الذمة كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و لا فرق أيضا بين كون الإجارة صحيحة أو فاسدة كما في جامع المقاصد و المسالك لأنه قبض العين في الفاسدة على أن المنافع مضمونة عليه لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و قد تلفت في يده فوجب عليه عوضها و هو أجرة المثل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٠

و إن كانت على عمل فسلم المعقود عليه كالدابة يركبها إلى المعين فقبضها و مضت مدة يمكن ركوبها فيها استقرت عليه الأجرة و إن كانت الإجارة فاسدة و تجب أجرة المثل فيها (١)

أجرة المثل و في (التذكرة و التحرير) احتمل أن لا شيء عليه لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها و أن يكون عليه أجرة المثل من دون ترجيح و في (جامع المقاصد) أن ذلك كله لا يكون إلا في الأعيان المملوكة كالدابة إذا أجرها ليركبها إلى المعين أو يومين مثلا و كالعبد إذا أجره للعمل الفلاني أو للخدمة زمانا معيناً أما الأعمال التي تصدر عن الحر فلا يتم فيها ذلك لأنها لا تدخل تحت اليد و لا تضمن إلا بالاستيفاء لا بالفوات و نحو ذلك ما في مجمع البرهان و هو خيرة غضب الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و الرياض لكن قوى في جامع المقاصد فيما يأتي لزوم الأجرة للمستأجر إذا بذل الحر نفسه و لم يتسلمه كما ستسمع و المولى الأردبيلي قوى الاستقرار في باب الغضب و في (التذكرة) أن لا قرب فيه أيضا استقرار الأجرة و به جزم في المسالك و هو قضية إطلاق المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد فيما إذا استأجره لقلع ضرره فمضت المدة التي يمكنه فيها إيقاع ذلك فلم يقلعه فإنهم قالوا إن الأجرة تستقر على المستأجر إذا لم يزل الألم و أما إذا زال عقيب العقد فإنها تسقط الأجرة لأنه ممنوع منه شرعا و لم يفرقوا بين الحر و العبد و لعل ذلك منهم بناء على أن المراد بعدم دخولها تحت اليد و عدم ضمانها بالفوات إنما هو فيما إذا كانت اليد عدوان بحيث يصدق اسم الضمان لا فيما إذا أدخلها الشارع تحت يد المستأجر و صارت مالا من أمواله على أن مثل ذلك لا يسمى ضمانا و قد استوفينا الكلام في باب الغضب بما لا مزيد عليه و أما تفصيل الشرائع فقد سمعت ما حكيناه في معناه عن المهذب البارع و احتمل في المسالك أن يكون أراد الفرق بين المعينة فتستقر دون المطلقة أو بين المعينة بوقت دون المتعلقة بالذمة مجردة عن الزمان فتستقر في الأولى دون الثانية لأن جميع الأزمنة صالحة لها أو بين العبد و الحر و قد تقدم

في باب الغصب الوجه في أن منافع الحر لا تضمن بالفوات (و حاصله) أن الحر لما لم يكن داخلا تحت اليد لم يتصور دخول منافعه أيضا و إن كانت مملوكة لكونها معدومة فلا يتصور دخولها تحت اليد استقلالاً و لا تدخل تبعاً لكونه هو غير داخل فامتنع دخولها بالكلية فامتنع كون ذهابها منه (و فيه) لو تم في غير العدوان لامتنع استئجار الحر لأنه إذا استؤجر كانت منافعه داخلة تحت اليد استقلالاً إلا- أن تقول إنه يملكها و لا تدخل تحت يده أو إنما يملكها في ذمته لكن يجيء على هذا أن الأجير الخاص لو عمل لغير المستأجر عملاً أن لا يثبت له عليه شيء (و ليعلم) أنه لا فرق في العين بين أن يكون قد استأجرها لعمل كخياطة و نحوها كأن أجره عبد ليخيط له ثوبه و بين أن يكون قد استأجرها لغيره كأن استأجر الدابة للركوب أو يومين كما هو صريح جماعة و قضية إطلاق آخرين و هو الذي اقتضاه الفرق بين العمل و العين في أنه لا يجب تسليم الأجرة في العمل إلا بعد تمامه و تجب في العين بتسليمها من أن العمل مقدور له فليعمل ثم يأخذ و هنا العمل مقدور للمستأجر فليستعمل العبد في الخياطة و قد سلمه له مالكة و المفروض أنه مطيع فدخل تحت أدلة المسألتين فلتلحظ فليتأمل

(قوله) (و إن كانت على عمل فسلم المعقود عليه كالدابة يركبها إلى المعين فقبضها و مضت مدة يمكن ركوبها فيها استقرت عليه الأجرة و إن كانت الإجارة فاسدة تجب أجرة المثل) قد تقدم الكلام فيه آنفاً مستوفى لأمر اقتضاه المقام (قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢١

و لو بذل له العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه إن كانت الإجارة صحيحة و إلا فلا (١) و لو شرط ابتداء العمل في وقت و مضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه فطلبه المالك فلم يدفع العين إليه صار غاصباً فإن عمل بعد ذلك لم يستحق أجرة (٢)

(و لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه إن كانت الإجارة صحيحة و إلا فلا)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و قد سمعت ما في النهاية و المراسم و الوسيلة من أنه متى مكنه من التصرف و امتنع منه لم يسقط عنه مال الإجارة و هذا هو الوجه الآخر الذي وعدنا به فيما سلف و هذا عند هؤلاء في حكم التسليم كما صرح به الشهيد الثاني و قد جزم في التحرير بالحكم الثاني و تردد في الأول و الوجه في عدم ثبوت شيء عليه في الثاني ظاهر لأنه لم يتلف شيئاً من المنافع لأنه لم يأخذ العين و لا هي مال قد بذله من وجب عليه بذله حتى يكون تلفه منه و قد وجه الأول في التذكرة و هو استقرار الأجر إذا كانت الإجارة صحيحة سواء كانت واردة على عين معينة بالمدة أو على عمل بأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة في الأول و في مدة يمكن فيها العمل في الثاني و هو غير مستلزم للمدعى لثبوته في غير هذه الصورة و هي ما إذا كانت في بيته غير مانع منها إلا أن يكون أراد ما تقدم لنا في نحوه من أن العمومات تقضى بلزوم الأجرة بمجرد العقد ترك العمل بها لمكان مصلحته و دفع ضرره و قد أقدم هنا على الضرر بتركه الانتفاع باختياره و يمكن الاستدلال عليه بالخبر المتقدم و قد اضطرب كلام جامع المقاصد في المقام فوجهه بوجه آخر و هو أنه لما استحق المنافع بالعقد الوارد على العين أو الذمة و قد بذل المؤجر متعلق الإجارة و جب على المستأجر قبوله على حد ما لو بذل له دينه الحال و خلى بينه و بينه فلم يأخذ حتى تلف فإنه من صاحب الدين و قال إنه واضح و قال ما حاصله إنما الإشكال فيما لو كانت الإجارة على عمل الحر فبذل نفسه للمستأجر فتسلمه أو لم يتسلمه لكنه خلى بينه و بين العمل مدة يمكن فيها استيفاءه من حيث إن منافع الحر لا تدخل تحت اليد و من استحقاقه لها مدة بذلها له فيكون تلفها منه و قال هذا قوى لكن يرد عليه أن الدين إنما يتعين بقبض صاحبه فإذا امتنع منه فلا بد من قبض الحكم فإن تعذر فبذله المديون و خلى بين المدين و بينه فتلف كان من ضمانه فحقه أن لا يكون تلف المنافع من المستأجر بمجرد بذل الحر نفسه

حيث لا يقبل المستأجر ولا بمجرد بذل العين المؤجرة حيث لا يقبلها إلا حيث يتعذر الحاكم نعم إن تشخصت المنفعة بالزمان جرت مجرى الحق المتعين المتشخص الذى إذا بذل لمالكة فأبى أخذه فتلف فإن تلفه منه ولا يتوقف على الرجوع إلى الحاكم و أنت خبير بأنه لو استند إلى ما استندنا إليه لم يحتج إلى جعل المنافع من قبيل الدين المبذول ويقول إنه واضح ثم يورد عليه الإيراد المذكور ثم إن استشكله فى منافع الحر هنا لا وجه له لأن المفروض فى أصل المسألة أن المستأجر لم يتسلم الحر فلا وجه لقوله ينشأ من أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد وعلى ما فرض فى كلامه من قوله فتسلمه أو لم يتسلمه لا وجه له أيضا بالنسبة إلى ما إذا لم يتسلمه ثم إنه كيف قوى الوجه الثانى مع قوله أولا فامتنع كون ذهابها من غير الحر هذا وقال فى (التذكرة) وإذا قلنا بعدم الاستقرار فلأجبر أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال ولو كان العمل فى الذمة فبذل نفسه له فلا فرق فيما ذكر

(قوله) (و لو شرط ابتداء العمل فى وقت و مضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه فطلبه المالك فلم يدفع العين صار غاصبا فإن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره)

هذا الفرع لم أجده إلا فى الوسيلة على احتمال حيث عد من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٢

و لو ظهر عيب فى الأجرة المعينة تخير المؤجر فى الفسخ و الأرش (١) و فى المضمونه له العوض فإن تعذر فالفسخ أو الرضا بالأرش (٢)

مبطلات الإجارة ما إذا اشترط فى عقدها تسليم ما وقع عليه عقدها بعد أيام من وقت العقد فإن كلامه هذا محتمل لثلاثة معان (أحدها) قد يوافق ما فى الكتاب ومعناه أن الإجارة لو كانت على عمل كخياطة ثوب و نساجه غزل و نجارة خشب و شرط ابتداء العمل فى مدة معينة حقيقة أو حكما كما إذا قال أول ابتداء الخياطة اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده و المراد هنا الثانى و سلم إليه العين و مضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه و طلب المالك العين فلم يدفعها إليه صار غاصبا لأنه ليس له حبس العين حينئذ لانقضاء المدة التى جرت الإجارة عليها لتعذر المستأجر عليه فإن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره لأنه غاصب متبرع بعمله و يضمه إن تلف و منه يعلم حال ما إذا كانت المدة معينة حقيقة بخلاف ما لو لم يتعين زمانها بأحد الأمرين و إن نزل الإطلاق على اتصال زمانها بزمان العقد فإنه حينئذ لو أخرها لم تبطل لبقاء صلاحية الزمان لها بخلاف ما إذا تعين زمانها فإن فواته يقتضى انفساخها بل قد نقول إنه لا أجره له و إن لم يطلبه المالك لمكان انفساخ الإجارة بمضى المدة بل لا يحتاج إلى مضي تمام المدة بل يكفى مضي جزء من أولها و كذا إذا لم يجر بينهما عقد شرعى و طلبه و لم يردده ضمن و لا أجره عين المدة أو لم يعين و الضمير فى قوله و طلبه المالك حقه أن يرجع إلى العين لكن ذكره و لا يصلح عوده إلى العمل و لعله بنى على المراد و هو الثوب مثلا

(قوله) (و لو ظهر عيب فى الأجرة المعينة تخير المؤجر فى الفسخ و الأرش)

هذا مما لا أجد فيه خلافا و به صرح فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و هو مراد الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنية و السرائر و إن اقتصر فيها على أنه يملك الفسخ كما يظهر من التشبيه بالبيع فى الجميع (و الوجه فيه) أن الإطلاق يقتضى التسليم و تعيينها فى متن العقد مانع من البدل و لو لا ما يظهر من الوفاق و عدم الخلاف لأمكن القول بأنه ليس له إلا الفسخ لأنه لا يخالف القاعدة و الحكم بالأرش فى البيع للدليل و قد يستند فى ذلك إلى ترك ذكره فى الخمسة المتأخرة لكن التشبيه فيها ينافيه فتأمل و يبقى الكلام فيما إذا حدث العيب فى الأجرة المعينة و لعلمهم لا يفرقون بين الحدوث و الظهور كما هو كذلك فى البيع عند المشهور

(قوله) (و فى المضمونه له العوض فإن تعذر فالفسخ أو الرضا بالأرش)

كما فى الكتب المذكورة فى المعينة ما عدا الخمسة المتأخرة و ما عدا الشرائع و التحرير و الإرشاد فإن فيها أى الثلاثة أنه يتخير أيضا

بين الفسخ والإبدال وقد يتناوله إطلاق الخمسة الأخيرة و وجهه أن المطلق يتعين بتعيين المالك وقبض المستحق كما هو الشأن فى الأخماس والزكوات فىكون له الفسخ وله الإبدال بالصحيح لأنه قضية العقد و فيه على تقدير تسليم التشبيه أن الأصل والاستصحاب يقضيان ببقائه مطلقاً وعدم تعيينه بتعيين المالك مع كونه معيياً على أن قضية التعيين أن لا يكون له البدل بل إما الفسخ أو الأرش نعم إن تعذر و لو بفوات بعض المنافع المطلوبة عرفاً بالتأخير يكون له الفسخ و الرضا بالمعيب يطالب بالأرش لتعيين المدفوع عوضاً بتعذر غيره و قال فى (اللمعة) و مع عدمه أى التعيين يطالب بالبدل و قيل له الفسخ و هو قريب إن تعذر الإبدال انتهى و لا يكاد يكون لها معنى محصل و لم يتعرض لها فى الروضة و يبقى الكلام فيما إذا امتنع من الإبدال و قد تقدم للتذكرة و المسالك فى ما إذا امتنع من إبدال العين أن له الفسخ و طالبناهم هناك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٣

و للمؤجر الفسخ إن أفلس المستأجر (١) و يجوز أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به و إن لم يحدث شيئاً مقوماً و كان الجنس واحداً على رأى (٢)

بالدليل فىجىء مثله هنا

(قوله) (و للمؤجر الفسخ إن أفلس المستأجر)

كما فى الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد لأن من وجد عين ماله فهو أحق بها مع مراعاة التفصيل السابق فى الفسخ و هذا إذا كانت الإجارة دينا تنزيلاً للمنافع منزلة الأموال و قد ذكرها المصنف فى باب المفلس و قد استوفينا الكلام هناك فيها و فى جميع فروعها و قلنا إن ذلك إنما يكون إذا لم يمض شىء من المدة و إلا ضرب مع الغرماء بقسط ما مضى و إن التحجير إن كان فى البادية نقل المفلس و متاعه إلى مأمن بأجرة مقدمة على الغرماء إلى غير ذلك من الفروع و تأملنا فى دخول ذلك تحت العموم إذ فى الخبر فىوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لا يحاصه الغرماء إلا أنا لم نجد فى ذلك مخالفاً فى البابين بل رأيناهم مصرحين بذلك جازمين من دون تأمل

(قوله) (و يجوز أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به و إن لم يحدث شيئاً مقوماً أو كان الجنس واحداً على رأى)

اختلف كلام الأصحاب فى المسألة حتى من الفقيه الواحد له فى المزارعة مذهب يخالف مذهبه فى الإجارة و قد وقع فى كلامهم فى نقل الأخبار و المذاهب خلل و اختلاف عظيم كما ستعرف إن شاء الله تعالى و لعله يمكن رفعه بالنسبة إلى الفتاوى كما ستسمع فى مزارعة المقنعة و المراسم تكون إجارة الأرض بأكثر مما استأجرها إلا أن يكون قد أحدث فيها حدثاً أو يختلف النوعان و هو الذى يفهم من بعض وجوه الإستبصار و هو خيرة مزارعة الشرائع و النافع و كشف الرموز و التنقيح و المسالك و إيضاح النافع و فى الأخير أن عليه الفتوى و مما صرح فيه بجواز إجارة الأرض بأكثر مما استأجرها به المقنع من دون تصريح بالكراهية و فى مزارعة النهاية فى خصوص الأرض أيضاً أنه إذا استأجرها بالنصف و الربع جاز أن يؤجرها بأكثر من ذلك و على ذلك حمل فى الإستبصار فى واحد من وجوه أربعة الأخبار الدالة على جواز إيجار الأرض بالأكثر لكن ابن إدريس قال إن هذه الإجارة باطل لأن شرط الأجرة أن تكون مضمونة فى ذمة المستأجر و الثلث و الربع غير مضمون إذ ربما لم يخرج من الأرض شىء و هذا غرر عظيم (قلت) خبر الحلبي و موثقه إسحاق ظاهري (ظاهر أن ظ) فى جوازه كما يأتى و قد حكى عن الكامل ما حكيناه عن النهاية و مما صرح فيه بجواز إيجار العين أرضاً كانت أو غيرها بالأكثر مع اتحاد الجنس و عدم إحداث حدث السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و الحواشى و اللمعة و التنقيح و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض و حكاية المصنف عن والده و الشهيد عن سديد الدين و قد نسب إلى أكثر علمائنا فى التذكرة و المتقدم على المصنف ابن إدريس و سبطه فالشهره على الإطلاق محل تأمل بل على خصوص الأرض كذلك كما ستعرف و قال فى (الرياض) إن الأشهر بين المتأخرين أنه مكروه ثم قال بل

لعله عليه عامتهم و حكى عن التذكرة أنه نسب الكراهية إلى الأ-كثر و ستعرف المخالف من المتأخرين و لا تعرض في التذكرة في المسألة للكراهية و المصرح بها هنا ابن إدريس و سبطه صاحب الجامع و المصنف في المختلف و ولده و المحقق الثاني و بعض من تأخر و لا مصرح بها قبل المصنف في التذكرة على الإطلاق سوى ابن إدريس و لا أمتع القول بالكراهية هنا بل هو الذي ينبغي لمكان الخلاف فتوى و رواية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ١٢٤

.....

لكن يجب التثبت في النقل فيحكي ما وجد لا ما ينبغي ثم إنه في الرياض جعل عنوان المسألة في الأرض ثم صب الأقوال و الشهرة و الإجماعات في الأرض و غيرها عليها ثم إنه في آخر كلامه قال إن ظاهر الفريقين عدم الفرق في الكراهة و التحريم بين الأرض و غيرها ثم قال الظاهر أنه ليس ذلك بإجماع فتأمل إذ الظاهر تدافع الظاهرين و ستعرف الحال (و أما المانعون) فظاهر المقنع المنع من إجارة الحانوت و الأجير و الدار بأكثر مما استأجر من دون استثناء لأنه روى ما دل على ذلك و منع في المقنعة من إجارة الدار و الحانوت بالأكثر إلا إذا أحدث فيهما حدثا و لم يقيد الحدث بكونه مما يقابل التفاوت و منع في النهاية من إجارة الدار و المسكن بالاستثناء المذكور من دون تقييد الحدث أيضا فما حكاها عنهما في المختلف غير صحيح من وجوه و ما حكاها في التذكرة عن الشيخ من أنه منع في المسكن و الخان و الأجير بزيادة إلا أن يؤجر بغير الجنس أو يحدث ما يقابل التفاوت غير صحيح أيضا من وجوه و لم يجوز ذلك في الشرائع في المسكن و الخان و الأجير إلا أن يؤجر بغير جنس الأجرة أو يحدث ما يقابل التفاوت و قد استوجهه في الرياض عملا بظاهر المعبرة مع أنه ليس فيها لفظ الخان و استحسنته في غاية المراد في البيت و الخان و الأجير لعدم دلالة الروايات على المنع في غيرها و قال إنه ظاهر مذهب المحقق و ستعرف أن في الروايات المنع في السفينة و الرحى و الأرض و الدار إلا أن يريد بالبيت الدار و يقول إن تلك الأخبار ضعيفة و استوجهه في الكفاية في البيت و الحانوت و الأجير و قد نسب في المسالك و المفاتيح ما في الشرائع إلى أكثر الأصحاب و أنت قد عرفت المتعرض لذلك و دخول الثلاثة في قول من منع فيها و في غيرها أمر آخر غير ما نحن فيه إذ ظاهر الشرائع و ما تعرض فيه للثلاثة الجواز فيها هذا و الحانوت في الدروس أنه كان الخمار و أما المانعون في العين أرضا كانت أو غيرها إلا أن يؤجر بغير الجنس أو يحدث ما يصلحه به فالسيدان في الانتصار و الغنية مدعي الأول الإجماع على ذلك كله المستثنى منه و المستثنى بطرفيه و الثاني الإجماع على المنع إلا إذا أحدث فيه ما يصلحه به و وافقهما على ذلك المصنف في الإرشاد منكرا للحدث و قد حكى ذلك في الإيضاح عن الشيخين و المرتضى و سلال و الصدوق في المقنع و أبي الصلاح و ابن البراج في المهذب و مثله ما في المختلف و الحواشي مع زيادة أبي القاسم في الأخير و حكاها في جامع المقاصد عن الشيخين و أكثر الأصحاب و هو المحكى عن أبي على لكن حكى أن أبا على وصف الحدث بكونه نافعا للمستأجر و أنه أجاز بالأكثر إذا أضاف إليه شيئا من ملكه تكون الزيادة عوضا عنه إذا كانت الأجرة مما يقع فيها الربا هذا ما حكوه و أما ما وجدناه فقد منع في المراسم من إجارة ما استأجره بالأكثر إلا أن يكون قد أحدث فيه مصلحة و في (الكافي) إلا أن يكون أحدث فيه شيئا و في (الوسيلة) إلا أن يكون أحدث حدثا تزيد بسببه الأجرة و في (التحرير) إن لم يحدث فيها حدثا ففي جواز إجارتها بأكثر مما استأجرها من الجنس قولان أقربهما المنع و لو أجزاها بغير الجنس جاز و قال في (الخلاف) إذا أراد أن يؤجرها بعد القبض فإنه يجوز إذا أحدث فيها حدثا بأن يؤجرها بأقل أو أكثر منه أو مثله من المؤجر أو غيره دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و هو يدل بمفهومه على المنع من دون إحداث حدث و منع في النهاية من إيجار الأرض بأكثر مما استأجرها به إن كان قد استأجرها بالدرهم إلا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بغير الدرهم و هو المحكى عن الكامل فإن تم ما حكى في المختلف و الإيضاح و الحواشي و جامع المقاصد كانت الشهرة معلومة و منقولة و إن لحظت ما زدناه من كلام الوسيلة و الغنية على تقدير صحة ما نقلوه كان الإجماع معلوما و منقولا في ثلاثة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٥

.....

مواضع هذا ما وجدناه من كلام الأصحاب بعد معاودة النظر مرارا في كتبهم و ما حكى في المختلف و التذكرة و الإيضاح و غاية المراد و جامع المقاصد و ستسمع الجمع (و كيف كان) فالإجارة بالمساوى و الأقل مما لا خلاف فيها فيه كما في مجمع البرهان و في (التنقيح) الإجماع على الجواز في المساوى جنسا و قدرا و في (الانتصار و الخلاف و الغنية و شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و الروضة) الإجماع على الجواز مع إحداث الحدث على اختلافهم في توصيفه و تنكيهه و في (اللمعة) أنه لا بحث فيه و في (الانتصار) الإجماع على الجواز مع اختلاف الجنس و في (السرائر) نفى الخلاف عن الجواز مع اختلافه من دون كراهية و لا تحريم (حجة المجوزين) إجارة العين بأكثر مما استأجرها به أرضا كانت أو غيرها الأصل و عموم الأمر بالوفاء بالعقود و قد احتج عليه في (التذكرة و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد) و غيرها بحسنه أبي المعزى حميد بن المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستأجر الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال لا بأس إن هذا ليس كالحانوت و لا كالأجير إن فضل الحانوت و الأجير حرام (قلت) و مثلها حسنة أبي الربيع الشامي على الأصح فيه و في خالد بن جرير لكن بدل فيه الحانوت بالبيت و مثلها رواية إبراهيم «١» بن المثنى و استدل عليه شيخنا في (الرياض) بصحيفة إسحاق بن عمار أو موثقته عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا تقبلت أرضا بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها و إن تقبلتها بالنصف و الثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لأن الذهب و الفضة مضمونان و مثله خير الحلبي و ليس في أخبار الباب على كثرتها ما يدل على جواز إيجار غير الأرض بأكثر مما استأجرها من دون إحداث حدث فما في الكفاية من قوله اختلف الأصحاب في جواز إجارة الأرض و غيرها من الأعيان إلى أن قال ذهب جماعة إلى الجواز نظرا إلى أخبار دلت على الجواز غير صحيح بالنسبة إلى غير الأرض كقوله في جامع المقاصد إن روايتي الحلبي و أبي بصير محمولتان على الكراهية جمعا بين الأخبار إذ الأولى أن يقول بين الأدلة على أنه لم ينقل رواية الحلبي على وجهها كما ستعرف و الاعتذار عنهما بأنه إذا ثبت في الأرض ثبت في غيرها لعدم الفرق (يرده) أن الفارق جماعة كثيرون كما تقدم و مثله قوله في مجمع البرهان ما رأيت خيرا دالا على جواز الإجارة بالأكثر من دون إحداث و كأنه غفل عن الأخبار الثلاثة التي تقدم ذكرها بل يظهر منه أنه ما ظفر بها في أول شروعه في المسألة (و كيف كان) فقد يقال على أدلة الجواز المذكورة بأن الأصل و العموم يخصصان بإجماع الانتصار و الغنية بل و الخلاف و بالأخبار المستفيضة و أما حسنة أبي المعزى و ما كان نحوها فإنما دلت على خصوص الأرض و لا دلالة فيها على غيرها و قد عرفت وجود القول بالفصل على أنها معارضة في خصوص الأرض بخبر الهاشمي و مرسل الفقيه حيث شرط الجواز فيهما بالإحداث كحفر النهر و الإنفاق و الترميم و الضعف فيهما منجبر بعمل الأكثر كما عرفت و معارضة في الأرض أيضا بالخبرين اللذين استدلت بهما في الرياض حيث نهى فيهما عن التقييل بزيادة إذا كان تقبلها بأحد النقيدين و جوز فيهما ما إذا كان بغيرهما و قد اعتذر عن ذلك في الرياض باحتمال أن يكون المراد النهى عن المزارعة أى لا تستأجر بهما فتزراع بأكثر منهما لاشتراط كون المزارعة بحصة مشاعة من الحاصل فلا تجوز بالنقيدين و ما في معناها قال و لو لم تحمل على ذلك لكانتا من الشواذ لعدم القائل بالفرق بين النقيدين و غيرهما فتجوز الزيادة في الثاني دون الأول و أنت قد عرفت القائل بذلك و أنه الشيخ في النهاية

(١) لم يذكر في كتب الرجال بمدح و لا قدح (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٦

.....

والإستبصار والقاضى فى الكامل على أنه لا فرق فى ذلك بين المزارعة بالأقل والأكثر والمساوى فلا معنى لقصر ذلك على الأكثر ولعل الشذوذ أولى من هذا التجشم الشديد والتزليل البعيد سلمنا أن هذا أولى كما حرر فى محله لكن الأخبار التى بهذه المكانة كيف تجعل دليلا و يعارض بها الأدلة التى بتلك المتانة ولو كانت من أدلة الباب ما أغفلها الأصحاب بل ربما استدلل بها على خلاف ما أراد هذا وكثيرا ما يستعمل القدماء الكراهة فى التحريم فهى فى المقنعة والمراسم فى الأرض بمعناه حتى توافق فتواهما فى غيرها خصوصا المراسم حيث أطلق المنع فى العين فى باب الإجارة بحيث تشمل الأرض و باب الإجارة فيها متأخر عن المزارعة بل قد يقال إن من منع فى الحانوت والدار والمسكن والبيت يمنع فى غيرهما عند التأمل ولهذا جعل المصنف فى المختلف ولده فى الإيضاح والجماعة مذهب الصدوق والشيخين والسيد وسالار وأبى الصلاح والقاضى فى المهذب وأبى على مذهبا واحدا وهو أنه إذا استأجر شيئا أو عينا على اختلافهم فى التعبير لم يجره بأكثر مما استأجر به إلا أن يحدث فيه حدثا إذا اتفق الجنس مع أنك قد علمت أن الجميع لم يصرحوا بذلك فلو لا أنهم فهموا منهم ذلك لما جاز لهم ذلك فبناء على ذلك يكون أول من أحدث القول بالجواز ابن إدريس وهو متجه على أصله وذلك مما يشهد بصحة إجماع الانتصار والغنية والخلاف وشهرة جامع المقاصد وشهرة المسالك ومما يوهن نسبة الجواز إلى الأ-كثر فى التذكرة ويوهن قوله فى التنقيح أن عليه الفتوى على أنك قد عرفت أن المتأخرين غير مطبقين على الجواز على أن ابن إدريس قد رجح إلى القول بالمنع على الظاهر منه فى مسألة التقييل كما ستعرف ومما يدل على المنع حسنة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئا وقد رواها فى جامع المقاصد على غير وجهها فأبدل الدار بالعين وموثقة أبى بصير قال قال أبو عبد الله عليه السلام إنى لأكره أن أستأجر رحي وحدها ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به إلا أن يحدث فيها حدثا أو يغرم فيها غرامة ومثله حسنة سليمان بن خالد أبى إبراهيم أو صحيحته عن أبى عبد الله عليه السلام وخبر الهاشمى الطويل عن أبى عبد الله عليه السلام سأله أ يصلح له ذلك قال نعم إذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم بذلك ونحوه جوابه عليه السلام فى سؤاله الثانى وموثقة إسحاق بن عمار بغياث بن كلوب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن أباه كان يقول لا بأس بأن يستأجر الرجل الدار والأرض أو السفينة ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئا وحسنة الحلبي بإبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام قال لو أن رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم وسكن بيتا و آجر بيتا بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها إلا أن يحدث شيئا مضافا إلى الأخبار المرسله فى الخلاف فإنها صريحة والإرسال يجبر بعمل الأكثر وإن أراد بها هذه فذاك وإلى أخبار الحانوت والمسكن والبيت بل قد يستدل على ذلك أو يستشهد أو يستأنس بالأخبار الواردة فى المنع من التقييل بالأقل من دون عمل بلفظ لا وأنها من أقوى الأدلة لأنها على الظاهر من سنخ مسألتنا كما هو صريح بعض و ظاهر آخرين وقد عقد له فى الوافى بابا سرد فيه ستة أخبار وما رواه فى التذكرة عن أبى حمزة فى التقييل المذكور سهو لمخالفته الموجود فى الأصول وغيرها من كتب الاستدلال إلا السرائر كما ستسمع فلا معنى للاقتصار فى دليل المانعين على الروايتين الأوليين ولا لحصر الدليل فيهما كما وقع لجماعة وحمل هذه الأخبار على كثرتها وتوافقها وفيها الصحيح والمعتبر وتعاضدها واعتضادها بالإجماعات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٧

.....

الثلاثة ولا- أقل من أن تفيد شهرة مضافا إلى شهرتى جامع المقاصد والمسالك على التقيية يردده ما فى الانتصار من أن ذلك من متفرقات الإمامية لكنه قد نقل فى الخلاف والتذكرة وجود هذا الخلاف بين العامة أيضا وأغرب من ذلك الاقتصار فى الاستدلال على ذكر بعضها والطعن فيه بضعف السند والطعن فيها جميعا بضعف الدلالة فإن فى الصحيح أو الحسن لا يصلح ونحوه خبر الهاشمى وفى الموثق والحسن أو الصحيح أنى لأ-كره وفى الموثق الآ-خر لا- بأس إذا أصلح فيها شيئا وغايته وجود البأس إذا لم

يصلح و كل ذلك ليس نصا في التحريم بل هو ظاهر في الكراهية بالمعنى المعروف (و فيه أولا) أن حسنة الحلبي بإبراهيم أو صحبته قد خلت عن ذلك كله و إنما فيها لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها (و ثانيا) بأن التصريح بالتحريم في حسنة أبي المعزى و خبر أبي الربيع الشامي و خبر إبراهيم و النفى أو النهى في صحبته محمد بن مسلم الوارد في التقييل حيث قال أحدهما عليهما السلام لا إلا أن يكون عمل فيه شيئا قضييا بأن عدم الصلوح هنا و أن الكراهية و البأس بمعنى التحريم و نفيها عن هذه الأخبار احتمال الكراهية بالمعنى المتعارف (و ثالثا) أنا نظرنا أبواب الصرف بالمثل و غير المثل و الربا و السلف و بيع الطعام بالطعام و باب الرجل يقرض الدراهم و يأخذ أجود منها و باب القرض الذى يجز نفعا و باب الغرر و المجازفة و الشىء المبهم فوجدنا الكثير من أخبارها أو الأكثر ورد في موضع التحريم بلا- يصلح و فى بعض المواضع بأكره و كره و فى موضع الجواز بنفى البأس حيث يكون ذلك عند عدم الشرط و نحوه حراما سلمنا لكن الحسنه صريحه أو ظاهره فى التحريم و أخبار الخلاف صريحه فيه قطعاً و لا- أقل من أن تفيد الإجماعات الثلاثة و فتاوى القدماء شهرة تجبر سندها مضافا إلى الشهرة المنقولة فى جامع المقاصد و قد اعترف فى الرياض بوجود الشهرة القديمة هذا كله مع الإغضاء عما فى المختلف و الإيضاح و غيرهما من نسبة ذلك إلى القدماء كما سمعت و لو لحظناه مع ما ذكرناه كان إجماع القدماء محصلا كما نبهنا عليه آنفا و إن لحظت الشهور المحكيات فى التقييل كما ستسمع زاد الأمر قوة و اتضاحا و الحاصل أنه لا ينبغي للفقهاء المناقشة فى هذه الأخبار لا من جهة السند و لا الدلالة أما ما كان فى ذلك كله ما يجبر السند و يؤيد الدلالة و أنهم ليكتفون فى غيرها بأقل من ذلك فى الخروج عن الأصل و القاعدة نعم لك أن تقول إنها معارضة بخبر أبي المعزى و خبر أبي بيع و خبر إبراهيم بن المثنى و خبر الحلبي و موثقه إسحاق و قد سمعتها جميعها (و يجاب) بأننا إن فرقنا بين الأرض و غيرها و عملنا بهذه الأخبار كان لنا أن نقول بالجواز و الكراهية فيها و الحرمة فى غيرها و ليس ذلك بالبعيد و إن لم نفرق كما هو الأقوى و الأصح قلنا إن خبر الحلبي و موثقه إسحاق قد تعارض صدرهما و عجزهما و فرق النهاية و الإستبصار و الكامل شاذ و كذلك خبر أبي المعزى و خبر أبي الربيع و خبر إبراهيم قد تعارض صدرها و عجزها و قد استظهرنا من كلام المختلف و كثير مما تأخر عنه أن العامل بعجزها معرض عن صدرها كما تقدم على أنها كلها معارضة بخبر الهاشمى و مرسل الفقيه و الضعف منجبر أو نقول إن هذه الأخبار مطلقة بعض فى صدورها و بعض فى أعجازها و أخبارنا و إجماعاتنا مقيدة لها و من المعلوم أن الأجير مما لا يعمل فيه عملا يزيد فى أجرته كما أن الغالب فى الحانوت و المسكن و الدار ذلك للمستأجر و لا سيما إذا قلت المدة جدا و لهذا لم تقيد فى هذه الأخبار و لا كذلك الأرض فإن الغالب فيها الإحداث لأنه إنما استأجرها لذلك فتأمل على أن الأخبار التى هذه حالها مع معارضة تلك الأخبار بل و أخبار مسألة التقييل و أكثرها صحيح صريح لنا أن نعرض عنها بالكليّة أو نعمل ببعضها و نترك الآخر و لا حجر فى ذلك و لا ضرر هذا إذا أردت الجمع بين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٨

و كذا لو سكن البعض و أجر الباقي بالمثل أو الزائد (١)

الأخبار و جريت بها على الأصول المقررة و قبلت ما حكوه من الإجماعات و الشهورات و ما حكاه المتأخرون عن المتقدمين و إن عرضت عن ذلك كله لما تراه من خلافه فى جميع ما حكوه و عرضت عن أخبار المنع لعدم وضوح سندها و دلالتها و قلت لمكان إعراضك عما حكوه أنه لا شهرة تعضدها و تقيم أودها سندا و دلالة كان القول بالجواز متجها لا سيما مع وجود شهرة التذكرة لكنه إنما يتم فى غير الثلاثة أعنى الحانوت و الأجير و المسكن و البيت و إن قبلت شهرة المسالك قلت بالمنع فيها خاصة و إن عرضت عنها لما عرفته و عن أعجاز أخبارها قلت بالجواز فى الجميع لكن يبقى التأمل فى شهرة التذكرة و يبقى الكلام فى أمور آخر (الأول) أنه قد نقل فى التذكرة عن الشيخ أنه قال إنه لا يجوز أن يؤجر المسكن و لا الخان و لا الأجير بزيادة عما استأجره إلا أن يؤجره بغير الجنس أو يحدث ما يقابل التفاوت و لعله أراد ما يقابله فى الجملة لا المساواة لأننا لم نجد ذلك فى النهاية و الخلاف و المبسوط و

مفاد الأخبار ما يصدق عليه العمل والحدث و هل يتناول الحدث كنس الدار و تنظيفها و غسلها الظاهر ذلك و حكي عن العامة إطباقهم على العدم (الثاني) أن اختصاص المنع بالجنس لا أثر له في الأخبار و لعله لذلك تركه الأكثر نعم نص عليه السيدان مستنديين إلى أن الربا لا يدخل مع الاختلاف (و من الغريب) ما في المختلف و الإيضاح و غاية المراد و جامع المقاصد و غيرها من نسبة ذلك إلى القدماء قال في (الإيضاح) و قال الشيخان و المرتضى و سلال و الصدوق في المقنع و أبو الصلاح و ابن البراج في المهذب بالمنع مع اتحاد الجنس و منعه ابن الجنيدي معه في الربوي و نحوه ما في المختلف و قال في (جامع المقاصد) و قال الشيخان و أكثر الأصحاب بالمنع مع اتحاد الجنس و جعل في المختلف و الإيضاح و غاية المراد و جامع المقاصد أول أدلتهم على ذلك أنه ربا و نحوه ما في المسالك و ذلك يقضى أنهم يخصون المنع بالجنس و قد عرفت أنه لم يصرح بذلك إلا السيدان فلا معنى لنسبته إلى الجميع و أعجب منه قوله ما في الإيضاح احتج الشيخ بأنه ربا و الشيخ لم يحتج في الخلاف إلا بإجماع الفرقه و أخبارهم و لم يتعرض لذكر الجنس فيه و لا للربا و لا في النهاية و لم يتعرض لأصل المسألة في المبسوط و الحكم عندهم جميعا على الظاهر ما عدا السيدين تعبدى و إن تم ما نسب إليهم و ما كان ليكون فلعلهم فهموا ذلك من لفظ الأكثر في الأخبار و فيه نظر أو دققوا النظر في وجه ورود الأخبار متضافرة بالمنع من ذلك مع أن الناس مسلطون على أموالهم و أن قضية الأصل بمعانيه الثلاثة الجواز مضافا إلى قوله عز و جل لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ و أن لا تقيته تدعو إلى ذلك بناء على ما في الانتصار فلم يجدوا وجها لذلك إلا أنه ربا إذ الأصل عدم كونه محض تعبد و هذا هو الذي صد أكثر المتأخرين عن القول بذلك قال في (المختلف) في رده أن الربا إنما يكون في بيع أحد المثليين بالآخر مع شرط الزيادة و الكيل و الوزن و قد قال الصادق عليه السلام في حسنة الحلبي لو أن رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم و سكن بيتا منها و آجر بيتا منها بعشرة دراهم لم يكن به بأس و لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئا و إذا ثبت الربا في الثاني ثبت في الأول انتهى (و فيه) أنهم لعلهم يقولون إنه في الثاني يكون عاوض العشرة بعشرين مثلا و في الأول إنما عاوض على البيت بعشرة على أنك قد عرفت أنا في غنية عن ذلك لأن المعظم لم يستندوا إلى ذلك

(قوله) (و كذا لو سكن البعض و آجر الباقي بالمثل أو الزائد)

كما في السرائر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٢٩

و كذا لو تقبل عملا بشيء و قبله لغيره بأقل (١)

و جامع الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و معناه أنه لو استأجر دارا مثلا بعشرة دراهم و سكن بيتا منها فإنه يصح أن يؤجر الباقي بعشرة دراهم و بعشرين درهما و المخالف الشيخ في النهاية و كذا ابن حمزة في الوسيلة فلم يجيزا إجارة الباقي بالمثل و لا بالزائد و وافقهما على عدم الجواز في الزائد صريحا و في المثل مفهوما المحقق في الشرائع و المصنف في التحرير و الإرشاد و المنع في الزائد هو قضية كلام الصدوق و القاضي فيما حكي عنه و في (المسالك) نسبته إلى الأكثر و لعل الشيخ و من وافقه يستندون إلى قوله عليه السلام في حسنة أبي المعزى و غيرها فضل الحانوت و البيت حرام و إلى غير ذلك من الأخبار و جوز الصدوق في المقنع و القاضي فيما حكي عنه إجارته أي الباقي بمثل مال الإجارة و لعلهما يستندان في ذلك إلى حسنة الحلبي المتقدمة آنفا و في (الشرائع و التحرير و الإرشاد) أنه يجوز إجارته بأكثر الأجرة بأكثر مال الإجارة و ظاهر المسالك أو صريحه نسبته إلى الأ-كثر أيضا و قضيته أنه يجوز أن يؤجره بتسعة دراهم في المثل و أنه لا يجوز بعشرة كما عرفت و الظاهر أن المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي لم يلحظا النهاية (و ليعلم) أن من اعتمد في هذه المسائل على الربا ينبغي له أن لا يجوز بالمثل أو الزائد و أما من اعتمد على الأخبار يجيء في كلامه وجهان فليحظ ذلك

(قوله) (و كذا لو تقبل عملا بشيء و قبله لغيره بأقل)

أى يجوز ذلك و يكون الفضل له كما هو خيرة جامع الشرائع و التذكرة و المختلف و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية لأصالة الجواز و قال في (التذكرة) يدل عليه ما رواه أبو حمزة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل منه و يدفعه إلى آخر فيريح فيه قال لا بأس و هذا الخبر هكذا رواه في السرائر عن التهذيب لكنه ليس له في التهذيب عين و لا- أثر و الظاهر أنه سهو و غفلة و الأمر فيه صعب لشدة الاختلاف في الحكم و الخبر الذي رواه أبو حمزة هو ما رواه في التهذيب و مجمع البرهان و الوافي جميعا في الصحيح عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيريح فيه قال لا و لفظ البأس ساقط في الثلاثة و روى في (الكافي و الوافي) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيريح فيه قال لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا و روى في (التهذيب و السرائر و مجمع البرهان و الوافي) عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخطه و يستفضل قال لا بأس قد عمل فيه و قد روى هذا الخبر في المختلف و غاية المراد عن أبي حمزة عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجل يتقبل العمل الحديث من دون ذكر الخياط و لا ريب أن هذا سهو و الأمر فيه سهل لعدم الاختلاف في الحكم و لا فرق عند المجوزين كما هو ظاهر عبارة الكتاب بين أن يكون المتقبل عمل فيه شيئا أم لا- و بين كون مال القبالتين من جنس واحد أو من جنسين و قال في (النهاية) و الصانع إذا تقبل عملا بشيء معلوم جاز له أن يقبله لغيره بأكثر من ذلك إذا كان قد أحدث فيه حدثا و مراده بالأكثر الأقل (و حاصله) أنه له أن يقبله بالأقل مما تقبله و يستفضل لنفسه الباقي و قد أطال في السرائر في بيان هذه العبارة و تأويلها بجعل من زائدة أو للتبويض و رجح الثاني و حكى في التذكرة عن الشيخ أنه قال لا يجوز ذلك مع اتحاد الجنس فيهما إلا أن يعمل فيه شيئا و هذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٠

و استيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجره المثل سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه (١)

لم يذكره الشيخ و لا- نقله هو عنه في المختلف و لا- ابن إدريس و لا- الشهيد في غاية المراد (و كيف كان) فالمنع خيرة النهاية و السرائر في ظاهرها للمتأمل و التحرير و الإرشاد و الشرائع و فيها أنه أشهر و في (المسالك و الكفاية) أنه المشهور و قد قيد المنع في الشرائع و الإرشاد و التحرير بما إذا لم يحدث فيه حدثا و زاد في الأخير أو يختلف الجنس و في (الروضة) الإجماع على الجواز إذا أحدث فيه حدثا و في (اللمعة) أنه حينئذ لا بحث و ظاهر أخبار الباب و فتاوى الأكثر كما هو صريح بعضهم أنه يكفي مطلق الحدث قل أو كثر و لو لا أن تكون هذه من سنخ ما تقدم ما صح له في الشرائع أن يقول إنه أشهر لأن المصرح بذلك قبله إنما هو الشيخ في النهاية و قد خلت عن ذلك كتب المتقدمين عليه و حججهم على ذلك صحيحة أبي حمزة في النقل الصحيح و صحيحة محمد المروية في الكافي و بقیة أخبار الباب و هي أربعة تدل عليه بالمفهوم و قد اعتضدت بما في الشرائع من نسبته إلى الأشهر و كذا ما في المسالك و الكفاية و لا- ترجيح في غاية المراد و المفاتيح و لعل رجوع ابن إدريس إلى القول بالمنع هنا لكثرة أخبار المسألة و صحتها و قد أورد هو خمسة منها و هذا كله إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه و إلا فلا بحث في المنع كما في غاية المراد و لا إشكال كما في الروضة (و ليعلم) أن ظاهر أخبار الباب و كلام الأصحاب بل صريح بعضها أن المسألة مفروضة في العمل المتعلق بالعين فلا يدخل فيه ما إذا استأجره على صلاة أو صيام و نحو ذلك و الظاهر أنهما من سنخ المسألة فيجيء فيها القولان

(قوله) (و استيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجره المثل سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه)

هذه قاعدة عبر عنها في الشرائع و الإرشاد و الكفاية بأن كل موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه و نحو ذلك ما في النافع و هو قضية كلام المبسوط و غيره في عدة مواضع و لم يتأمل فيه أحد سوى صاحب المفاتيح حيث نسبها إلى القليل و لعله لأن الشهيد استثنى منها صورتين أو لمكان إطلاقهم المتناول الجاهل و

العالم كما يأتى بيانه وقد برهن عليها فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الرياض بأن البطلان يقضى برجوع كل عوض إلى مالكة و إذا استوفيت المنفعة امتنع ردها فيرجع إلى بدلها و هو أجره المثل و بيانه أن معنى بطلان المعاملات عدم ترتب أثرها فلا بد من إرجاع المنفعة إلى مالكةا و هو متعذر و عدم إلزام المستوفى لها بشيء ظلم ظاهر فلا بد له من عوض و لما لم يتعين وجب الرجوع إلى العرف و هو قاض بأجره المثل فكانت هذه القاعدة مستفادة من القواعد المسلمة و قد قيدها الشهيد فى حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشرط عدم الأجره فى العقد أو عدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك و قيدها مولانا المقدس الأردبيلي بما إذا كانا جاهلين (قلت) أما تقييد الشهيد فقد استحسنته فى المسالك و كذا صاحب الرياض فى الشق الأول و فى (جامع المقاصد) أنه صحيح فى العمل أما مثل سكنى الدار التى يستوفىها المستأجر بنفسه فإن اشترط عدم العوض أنما كان فى العقد الفاسد الذى لا أثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب أجره المثل و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن له و لو اشترط فى العقد عدم الأجره على العمل فعمل فلا شيء له لتبرعه بعمل (قلت) بل قد يدعى أن ذلك مراد الشهيد لقوله لدخول العامل على ذلك و استحسان صاحب مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣١

.....

المسالك لكلام الشهيد بشقيه غير جيد كما أن كلام المحقق الثانى بشقيه غير جيد (أما الأول) فلأن كلام الشهيدين إنما يتم إن تم فيما إذا اشترط عدم الأجره فى متن العقد لا فيما إذا لم يذكرها أما الأول فلأنه يرجع فى مثل سكنى الدار إلى العارية و إن عبر عنها بلفظ الإجارة لأن التصريح بعدم الأجره أقوى من الظهور المستفاد من لفظ الإجارة و النص مقدم على الظاهر مضافا إلى اعتضاده بأصل البراءة و أن العارية لا تنحصر فى لفظ و أنه يكتفى فيها بما دل على التبرع بالمنفعة و لكن قضية ذلك أن يكون قوله بعتك بلا ثمن هبة لعين ما مر فتدبر لأن الظاهر عدم تمامية هذا لأن الظاهر أنه إذا أجره داره بلا أجره فإنما أراد نقل منفعتها إليه على سبيل اللزوم بطريق الإجارة و كذلك إذا باعه بلا- ثمن و ليس ذلك من العارية و الهبة فى شيء و المفروض أنهما جاهلان بفساد العقد فتثبت فى الإجارة أجره المثل و فى البيع القيمة ثم إن ذلك إذا لم يعلم منه أنه قصد الحيلة و الخدعة حتى تثبت له أجره المثل لأن كان المسمى قليلا- كأن قال لا آجرك بهذا المسمى و إنما آجرك من دون أجره و هذا مما يرد على الشهيدين و قد يكون أراد الشهيد لو قلنا بتناول كلامه لذلك أى الدار أنه إن شرط له عدم الأجره فى متن العقد يكون قد غره فلا أجره عليه فليتأمل (و أما الثانى) و هو ما إذا لم يذكرها فى العقد فلأن عدم ذكرها لا يدل على التبرع بالمنفعة إذ قد يكون لنسيان أو لجهل و اعتقاد أنه مقرر أو أنه معلوم أنه مع الإطلاق ينصرف إلى العرف ثم إن الشهيد الثانى اعترض على المحقق الثانى فى قوله و لو اشترط فى العقد عدم الأجره على العمل فلا شيء له لتبرعه بأنه قد لا يكون متبرعا كما لو أمره المستأجر فإنه حينئذ لا يتحقق التبرع إلا مع عمل الأجير من غير سؤال و إلا فينبغى مع عدم ذكر الأجره ثبوت أجره المثل كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد (قلت) لعله أشار إلى الدلال و السمسار و الغسال و نحو ذلك و أنت خير بأنه كلام المحقق الثانى فيما إذا اشترط لا فيما إذا لم يذكر و لا يخفى أنه إذا قال لغيره آجرتك نفسى لأعمل لك اليوم من دون أجره فإما أن يكون عاقلا رشيدا غير خادع أو خادعا أو سفيها لا رأى له فإن كان الأول فإن كان غرضه إيصال منفعته إليه على أى وجه كان متبرعا سواء سأله المستأجر أن يعمل أو لا لأنه لا يتلفظ بهذا اللفظ إلا و قد أراد المجاز و إن كان من غرضه نقل منفعته إليه على سبيل الإجارة و إرادة اللزوم إذ المفروض أنهما جاهلان ثبت له أجره المثل بلا ريب و إن كان الثانى تثبت له أجره المثل لا المسمى كما تقدم مثله و إن خلا عن هذين كان غير عاقل لا تجوز معاملته و منه و ما قبله يعلم حال إطلاق كلام المحقق الثانى بل يعلم وجه تقييد المقدس الأردبيلي بصورة جهلهما قال فى (مجمع البرهان و الرياض) ما حاصله لأنه مع العلم يصير العالم منهما كالمتبرع فيصير المؤجر كالمعير و المستأجر إذا سلم الأجره مع علمه بفساد العقد كالواهب و الأجره يجوز له الرجوع فيها ما دامت العين باقية و المدفوع إليه غير ذى رحم إلا أن يكون العامل أو المؤجر قد علم أنه حينئذ يكون له أجره

المثل فيصير حينئذ كالجاهل (قلت) إذا فسد العقد في صورة ذكر المسمى كما أفصحت به القاعدة و كان منشأ الفساد غير عدم العقل أو البلوغ أو الرشد و الاختيار أو عدم الملك على بعض الوجوه و قد علما بفساده كانت معاطاة و أخذ المسمى و كذلك الحال إذا علما بعد العقد بالفساد و استمر رضاهما فإنه ترجع إلى المعاطاة أيضا نعم إذا كان الفساد أنما جاء من عدم ذكر الأجرة أو اشتراط عدمها صار المؤجر كالمعير و المستأجر إذا دفع إليه الأجرة كالواهب و إذا اختص المؤجر بالجهل كان له أجره المثل كما إذا شاركه المستأجر فيه و إن اختص المستأجر به كان له الرجوع بالأجرة و لو كانت العين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٢

.....

تالفه أو كان المدفوع إليه رحما لأنها ليست حينئذ هبة و في (مجمع البرهان) أنه يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل و إليه أشار بقوله في الرياض و العين مضمونه في يد المستأجر مطلقا كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب قال و لعله لعموم الخبر بضمن ما أخذته اليد و ربما يستشكل فيه في صورة جهله بالفساد لإناطة التكليف بالعلم و ارتفاعه مع الجهل و هو كما ترى فإن التلف في اليد من جملة الأسباب لا تختلف فيه صورتا العلم و الجهل حين وجود السبب و التكليف برد البدل ليس حين الجهل بل بعد العلم بالسبب (و نحن نقول) ليس في كلمات الأصحاب في الباب ما يفهم منه الضمان مع الجهل و قد سمعتها في صدر المسألة و في (التذكرة و جامع المقاصد) إذا كانت الإجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين إذا تلفت بغير تفريط لأنها عقد لا يقتضى صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسدة و حكم كل عقد فاسد حكم صحيحه في وجوب الضمان و عدمه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده و ما لم يجب في صحيحه لا يجب في فاسده انتهى و نحوه ما يأتي في الكتاب و قد طفت عباراتهم بهذه القاعدة و قد ادعى الإجماع عليها و هي معروفة بينهم من غير تكبير و قد قال في مجمع البرهان بعد أربع قوائم إن الشرط الفاسد يبطل العقد و لا ضمان لأنه قد تقرر عندهم أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و مثل ذلك قال في (الرياض) قبل ذلك بمقدار أربع قوائم تقريرا و عليه بنوا الضمان في البيع الفاسد و الصلح و عدمه في الإجارة الفاسدة و الوكالة و المضاربة و العارية و لعل الوجه في عدم الضمان في هذه العقود الفاسدة و تأصيل هذه القاعدة أن الإذن الضمني في التصرف باق أما فيما عدا الإجارة فظاهر و أما في الإجارة فالعقد أنما فسد فيها بالنسبة إلى أحكامها اللازمة لعقدتها الصحيح كوجوب العمل و نحوه و لم يفسد بالنسبة إلى الإذن و جواز التصرف و ثبوت أجره المثل و بالجملة لعقد الإجارة الصحيح آثار الإذن في التصرف و جوازه و وجوب العمل و استحقاق المسمى بفساده إذا فسد إنما هو بالنسبة إلى الأخيرين لأن هذا هو الذي علمنا بفساده و عدم ترتبه على العقد الفاسد لا بالنسبة إلى مطلق الأثر لعدم العلم بأن فساد العقد يتناول ذلك و مرجعه إلى أن العقد لم يبطل بالكلية و إلى هذا أشار في المسالك بقوله (فإن قلت) أي فائدة في تسمية هذا عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحكام و إقامته مقام العارية و أراد بالأحكام ما ذكره المحقق من ثبوت أجره المثل حيث تبطل الإجارة و هو يقتضى بجواز التصرف (قلت) فساده بالنسبة إلى الإجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة كوجوب العمل لا مطلق الأثر انتهى (قلت) لعله أخذ ذلك (قلت هذا مفهوم خ ل) من مواضع آخر مثل بطلان الوكالة بالتعليق و بقاء الإذن و لزوم أجره المثل في المضاربة الباطلة لكن المشهور في الشركة الباطلة أنها تبطل من أصلها بمعنى بطلان الإذن لأن العقد فيها عبارة عن الإذن و بتقرير آخر يتضح الفرق بين الإجارة الفاسدة و البيع الفاسد و هو أن هذا الرجل يريد أن يؤجر داره مثلا بأجرة و يأذن في التصرف فيها علمنا ذلك من حاله و لكنه أخطأ الطريق كما إذا أراد أن يقول لزارئه أهلا و سهلا ادخل فقال أهلا و سهلا اخرج فالإذن و جواز التصرف معلومان كإرادة العوض المعلوم لكننا علمنا أن قصده ليس مقصورا على الأجرة المعينة لأنه من المعلوم أن أجره المثل لو زادت عن الأجرة المعينة لرضى بها فغلطه أو خطؤه و فساد عقده إنما أثر بالنسبة إلى الأخير أعني العوض المعلوم فلما تصرف بالإذن كما عرفت و جب الرجوع إلى ما يحكم به العرف و هو أجره المثل فيصح لنا أن نقول إنما أذن المؤجر لتنتقل إليه أجره و هي حاصلة على تقدير

الفساد و عدمه و لا كذلك الحال فى الإذن الضمنى فى البيع الفاسد إذ ليس لك أن تقول إنا علمنا من حاله أنه إنما أذن فى البيع لينتقل إليه ثمن و هو حاصل على التقديرين كما هو مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٣ و يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة (١) و أن يضمن مع انتفاء التهمة (٢)

ظاهر لأننا علمنا من حاله أنه يريد أن يبيع داره و يأذن فى التصرف فيها ليحصل له الثمن المعلوم لا غيره و ينتقل المبيع إلى المشتري و لم يحصل شىء منها فلا إذن إلا على هذا النحو و لا كذلك الإجارة كما عرفت فإذا كان الإذن حاصلًا فى التصرف لم يدخل تحت عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت لأنه إنما هو فى أخذ اليد من غير إذن كما تقدم الكلام فيه مسبقًا فلا ضمان إذا كانا جاهلين و كذا إذا كان المؤجر عالما بالفساد فإنه لا ضمان من وجهين للإذن و لرجوعه حينئذ إلى العارية عند بعضهم كما عرفت و فى صورة العكس يكون المستأجر ضامنًا ظالمًا غاصبا على احتمال و هو الذى استظهره فى مجمع البرهان فليتأمل جيدا لأنه لا يوافق ما تقدم

(قوله) (و يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة)

كما فى الشرائع و جامع الشرائع و غيرهما و فى (مجمع البرهان) أن الظاهر عدم الخلاف فى ذلك و أنه لم يظهر له قائل بالتحريم و فى (النافع و اللمعة و الروضة و الرياض) أنه يستحب ذلك و هو على الظاهر معنى ما فى النهاية و السرائر من أنه ينبغى أن لا يستأجر الإنسان أحدا إلا بعد أن يقاطعه على أجرته فإن لم يفعل ترك الاحتياط و فى (الرياض) أن الأمر به فى المعتبرة منزل على الاستحباب بلا خلاف (قلت) فى الاستحباب نظر إذ ليس هناك إلا خبران أحدهما صحيح و الآخر غير صحيح و قد اشتمله على المبالغة فى النهى و الزجر و ليس فيها أمر لكنه تبع بذلك الروضة لأن الاستحباب فى الإرشادات إنما يكون إن قلنا به إذا كان هناك أمر محافظة على امتثال الأمر و رجوعه بالآخرة إلى الآخرة يقضى بأن كل المعاملات مستحبات لعودها كذلك و قد حررنا ذلك فى محله و أوضحناه فى باب القصاص فى رواية مسعدة بن صدقة عن أبى عبد الله عليه السلام من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعلمه ما أجره و هى محمولة على المبالغة مؤولة لعدم القائل بالتحريم فيما أجد و فى صحيحة سليمان بن جعفر الجعفرى أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانا و غضب غضبا شديدا حيث استعانوا برجل فى عمل و ما عينوا له أجرته فقال له سليمان جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال عليه السلام قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة و هى تدل على جواز ضرب الغلام بعد المخالفة و الغضب لذلك و حسن الاجتناب عما يقبح و إن لم يكن مستحبا و الوجه فى ذلك ما قاله عليه السلام لسليمان اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشىء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته (قلت) فإذا ظن ذلك و اعتقده خاصم و نازع و ثارت فتنة و نعم ما قال فى الكفاية أن الكراهية مؤكدة (قوله) (و أن يضمن مع انتفاء التهمة)

كما فى الشرائع و التحرير و الحواشى و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و هو معنى قوله فى النهاية لا ينبغى لأحد أن يضمن صناعا شيئا إلا يتهمه انتهى و غير الصانع مثله كما يعطيه إطلاق غيرها (و قال الصادق عليه السلام) فى خبر داود بن سرحان فى رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب إنسانا فمات و انكسر منه هو ضامن و هو صحيح فى بعض طرق الفقيه و التهذيب و قال أيضا عليه السلام فى صحيحة أبى بصير فى الحمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه إن كان مأمونا فليس عليه شىء و إن كان غير مأمون فهو ضامن و نحوه ما فى خبره أيضا لكنهما أى خيرا أبى بصير لا عامل بهما و قد حمل التفصيل فىهما على التفريط و عدمه صاحب المسالك و كاشف اللثام و لا ثالث لهما فيما أجد ظنا منهما أن خبر داود غير صحيح فلا يعارض الأصول و قد عرفت أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٤

صحيح معتضد بإجماع الانتصار و فتوى المعظم كما بيناه فى باب الديات و قال أيضا عليه السلام فى خبره أيضا لا يضمن الصانع و لا القصار و لا- الحائك إلا- أن يكونوا متهمين و قال أيضا عليه السلام فى خبر بكر بن حبيب لا يضمن القصار إلا ما جنت يده فإن اتهمته أحلفته و نحوه خبره الآخر فى الجبة التى ذهبت بزعم القصار و فى توقيع الفقيه عليه السلام فى مكاتبه الصفار فى الثوب الذى ضاع هو ضامن إلا أن يكون ثقة مأمونا و قد قل من عمل به جدا و مثله خبر محمد بن على بن محبوب و فى خبر حذيفة بن منصور الوارد فى الجمال الذى ضاع منه حمل قال فيه عليه السلام يتهمونه (قلت) لا قال لا يغرمونه و مثله خبر الحجاج بن خالد الوارد فى الملاح الذى نقص منه الطعام و فى (جامع المقاصد) أن عبارة المصنف أولت بوجهين (الأول) أن يشهد شاهدان على تفريطه فإنه يكره تضمينه إذا لم يكن متهما (الثانى) لو نكل عن اليمين و قضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمة كذا قيل و قال و ينبغى أن نقول إذا لم يقض بالنكول يكره تضمينه باليمين المردودة و هذا إذا قلنا بعدم التضمن إلا بالتفريط أما على ما يراه كثير من الأصحاب من تضمينهم إلا مع ثبوت ما يقتضى العدم فظاهر لأن الأجير إذا لم يكن متهما يكره تضمينه إذا لم تقم البيئته بما يسقط الضمان و ربما فسر ذلك بکراهية اشتراط الضمان و ليس بشيء للفساد حينئذ انتهى و نحن نقول هنا مسألتان (الأولى) أن أصحاب الصنائع يضمنون ما يتلف بفعلهم و الحمال ملحق بهم لما عرفت من الأخبار (و الثانية) ما يتلف بغير فعلهم بغير تفريط و الضمان فى الأولى محل وفاق و لو كان حاذقا متهما بالإغفال و المساهلة و التفريط أم لا بل الظاهر أن لا مجال هنا لاحتمال الكراهية لخلو الأخبار عنه عدا مرسل الفقيه و لأنه عندهم ضامن على كل حال و أما الثانية ففيها خلاف و المشهور عدم الضمان إلا أن تقوم البيئته بتفريطه كما يأتى بيان ذلك كله إن شاء الله تعالى و ما نسبه إلى الكثير فى جامع المقاصد تبعا للحواشى فلعله لم يصادف محله و الظاهر أن من تعرض للكراهية فى مسألتنا إنما أرادها فى المسألة الثانية بل كاد يكون ذلك صريح الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة بل هو صريحها لأنه لا يحتاج فى الأولى إلى شهادة الشاهدين على تفريطه لكنه فى المسالك فى التفسير الرابع خلط معها المسألة الأولى و هو خلط بل لعل الأصل فى هذا الفرع كلام الشيخ فى النهاية و ملاحظه ما قبله تعطى أنه فرضه فيما إذا تلف بغير فعله و هو الذى دلت عليه الأخبار التى تقدم ذكرها (إذا تحرر هذا) فعد إلى ما فى جامع المقاصد فقولته ينبغى أن نقول إلى آخره غير سديد لأن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا إذا كان عالما بالسبب الذى يوجب الضمان و مع فرضه لا يكره تضمينه لاختصاص الكراهية بعدم تهمة فكيف تيقن ضمانه و كذلك الحال فيما إذا أقام شاهدا بالتفريط فإنه لا يمكنه الحلف إلا مع العلم و منه يعلم حال الوجه الثانى الذى حكاه فى جامع المقاصد فإنه لا- يصح له تحليفه حتى يحصل منه النكول أو عدمه إلا مع تهمة (و ليعلم) أن التأول بالوجهين للشهيد فى الحواشى و يبقى الكلام فى تصوير الوجه الأول فإنه قد ذكره الشهيدان فى الحواشى و المسالك و الروضة و المحقق الثانى فإنه يصير حاصله على ما هو صريح النهاية و الشرائع و اللمعة حيث قيل فيهما و يكره أن يضمن إلا مع التهمة على نحو ما فى النهاية و قد سمعت عبارته و على مفهوم عبارة الكتاب أنه يكره له أن يضمنه إذا قامت البيئته على تفريطه إلا مع التهمة بتقصيره و تفريطه على وجه يوجب الضمان و هو كما ترى متناقض على ظاهره فلا بد من حمل التهمة و التفريط الثانى على الطمع فيها و العدوان و إن ذلك له شأن بمعنى أنه أهملها ليأخذها السارق لها لأن كان رفيقه أو صديقه أو نحو ذلك و لك أن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٥

[المطلب الثالث فى المنفعة و شروطها ثمانية]

(المطلب الثالث) في المنفعة و شروطها ثمانية

[الأول أن تكون مباحة]

(الأول) أن تكون مباحة فلو استأجر بيتا ليحزر فيه خمرا أو دكانا ليبيعه فيه (١)

تقول لا تناقض لأن المراد إذا قامت البيئنة على تفريطه فلا يخلو إما أن يحصل لك ظن بتهمته و تفريطه أو لا فإن حصل و ضمنته فلا كراهية و إن لم يحصل كره فتأمل (و قد يقال) إن الظاهر من كلامهم أن المراد يكره أن يحاول تضمينه بالبيئنة و نحوها إذا تلفت العين بغير فعله إذا كان ثقة مأمونا غيره متهم و من البعيد تفسير كلام القائل بعدم التضمين و هم المتعرضون لهذا الفرع و تنزيهه على كلام القائلين بالتضمين كالمفيد و السيد كما استوجهه بعض المحشين

(قوله) (المطلب الثالث في المنفعة و شروطها ثمانية الأول أن تكون مباحة فلو استأجر بيتا ليحزر فيه خمرا أو دكانا ليبيعه فيه)

هذا قد أسبغنا الكلام فيه محررا في باب المكاسب بما لم يوجد في كتاب و الخمر مؤنث سماعي فالأولى تأنيث الضمير و لنشر إلى ذلك هنا على سبيل الإجمال فمثل عبارة الكتاب هنا عبارة الخلاف و المبسوط و الكافي و المهذب و الغنية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و في (الخلاف و الغنية) الإجماع على ذلك أي عدم الصحة و زاد في الأول أخبارهم بل الإجماع على ذلك هو الظاهر من إجماع كشف الحق بقريئته مقابلته بقول أبي حنيفة و مرادهم أنه إذا صرح في عقد الإجارة أنها لذلك و هو صريح جامع المقاصد و ما ذكر بعده و ظاهر جميع ما ذكر قبله بل كاد يكون صريح الشرائع و التذكرة بل هو صريحهما في آخر كلاميهما و في (مجمع البرهان) نسبته إلى ظاهر الأصحاب و لا شك في دلالة الآية الكريمة و العقل عليه مضافا إلى خبر جابر أو صابر و هو على الأول قوى معتبر لأن الظاهر أن جابرا هو المكفوف الممدوح و أن عبد الله هو ابن سنان و أن عبد المؤمن ثقة سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته يباع فيه الخمر قال حرام أجره و تحريم الأجر مستلزم لتحريم العقد و بطلانه لأن الظاهر رجوع التحريم و النهي إلى العين بمعنى عدم صلاحيتها للانتفاع و الانتقال إذ من المعلوم أن الغرض أن هذا الانتفاع غير محلل فلا يصلح للأجرة و لا ينتقل عن مالكة مضافا إلى فهم الأصحاب حيث عبروا بعدم الصحة و عدم الانعقاد و الاستقراء الموجب لذلك و لو على سبيل المظنة لغلبة ذكر حرمة الأجرة في بيان بطلان المعاملة بل الخبر يدل على أكثر من ذلك و هو إجارتها لا لذلك بل ممن يعلم أنه يبيعه فيه فتأمل و قال في (الشرائع) و ربما قيل بتحريم إجارة البيت و انعقاد الإجارة لإمكان الانتفاع به في غير المحرم و أورد هو عليه بأن ذلك لم يتناوله العقد و معناه أن المفروض إيجاره لهذه المنفعة فلا يجوز التعدي لو صحت الإجارة و هذا القول لم نجده لأحد منا قبله و لا حكاه غيره و قد حكاه في الخلاف عن أبي حنيفة و الشافعي قالوا العقد صحيح و يعمل فيه غير ذلك من الأعمال المباحة دون ما استؤجر له و حكى نحوه الشهيد عن ابن المتوج قال إنه قال إذا باع حيث يحرم فالعقد صحيح و لا تغفل عما تقدم لجماعة من أنه إذا استأجر دابة لمكان معين جاز له أن يستعملها في غيره إذا كان مثله أو أسهل و يمكن الفرق بينهما بأن هناك من قبيل الداعي و الباعث و هنا قد اشترط ذلك عليه و فرق بين الشرط و الباعث فتأمل و أما لو أجره ممن يعمل ذلك و هو لا يعلم بذلك فلا منع و لا بطلان لكنه يجب عليه المنع حين العلم من باب النهي عن المنكر إن وجدت الشرائط و مع ذلك يستحق الأجرة و إن لم يستعملها المستأجر حتى مضت المددة و أما لو أجره ممن يعلم أنه يعمل ذلك فقد قطع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٦

أو أجيرا ليحمل عليه مسكرا (١) سواء كان لمسلم أو لكافر (٢) أو جارية للغناء (٣) أو كلبا للصيد لهوا (٤) أو ناسخا ليكتب كفرا أو

غناء (٥) أو استأجر الكافر مسلماً للخدمة (٦)

المقدس الأردبيلى و شيخنا فى الرياض بالمنع هنا لاستلزام الجواز الإعانة على الإثم المحرم كتاباً و سنةً و اختصاص النصوص المجوزة على تقدير سلامتها من الطعن بالبيع خاصةً و لا وجه للتعدية غير القياس المحرم (قلت) هو جيد إن قصد الإعانة و إن لم يشترطها و إلا فالدال على الجواز و الصحة كما هو المشهور الأصل المستفاد من العمومات و أخبار الباب و أخبار البيع و المناطق منقح بل الأولوية عرفيةً و قد جعلوهما فى باب المكاسب من سنخ واحد و قد تقدم فى وجوب تعيين مقدار الأجرة عن المختلف و غاية المراد و المهذب البارع و المسالك أن الطريق متحد و بنحو ذلك قالوا فى مسألة أن الأجرة كالثمن مضافاً إلى استمرار السيرة على بيع المطاعم و المشارب للكفار و العصاة فى شهر رمضان مع العلم بأنهم يأكلون و على بيعهم بساتين العنب و النخيل مع العلم العادى بجعل بعضه خمراً و على معاملة الملوكة فيما يعلمون صرفه فى الظلم و الأشر و البطر و الباطل و تقوية الجند على أنا قد ندعى عدم حصول العلم اليقيني إلا نادراً بل على تقدير حصوله لا يكون باعثاً على التحريم فى غير الدماء و الإعراض و إن وجب النهى عن المنكر مع شرائطه و نعم ما قال فى مكاسب جامع المقاصد من أنه لو تم هذا القول لمنعنا أكثر معاملة الناس و تمام الكلام فى باب المكاسب فلا بد من الرجوع إليه

(قوله) (أو أجيراً ليحمل إليه مسكراً)

أى لم تصح الإجارة كما فى الخلاف و المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان و كذا المسالك و قد قال فى الأول دليله ما قلناه فى الأولى يريد إجماع الفرق و أخبارهم و لا أجد ذلك فى أخبارنا فهى أخبار مرسله يجبرها العمل و يعضدها الإجماع و العقل لأن الظاهر أنه ذكر ذلك فى العقد أو قبله و لا ريب أنه يجوز استئجاره ليريقه أو ليخله (قوله) (سواء كانت لمسلم أو كافر)

كما هو قضية إطلاق الفتاوى و إجماع الخلاف و أخباره و المنع فى المسلم ظاهر و أما إذا كانت لكافر فلا أن المسلم لا يجوز أن يكون أجيراً لكافر عند المصنف و جماعة و حمله الخمر حرام لغير الإراقة و التخليل و مع ذلك فخر الكافر أنما تكون محترمة إذا لم يتظاهر بها بين المسلمين فإن أظهرها فلا حرمة لها (قوله) (أو جارية للغناء)

كما فى التذكرة و وجهه ظاهر و هو المستفاد من فحوى أخبار الباب و هى كثيرة «١»

(قوله) (أو كلباً للصيد لهواً)

لتحريم غايته

(قوله) (أو كاتباً ليكتب له كفراً أو غناء)

الوجه فىهما ظاهر و بالأول صرح فى التذكرة و مثله ما فيه مظالم العباد و كذا استئجار آلات اللهو و القمار و نحو ذلك من المحرمات و لو كتب الغناء للجارية لتغنى به فى الأعراس أو كان بحق جاز عند من يجوز (قوله) (أو استأجر الكافر مسلماً)

كما أسبغنا الكلام فيه فى باب البيع و قد ملنا هناك إلى الجواز سواء كانت فى الذمة أو على عين لمكان إجماع الخلاف و الأخبار الواردة فى إجارة أمير المؤمنين عليه السلام نفسه الشريفة و إجارة سيدة النساء عليها السلام نفسها الطاهرة عليها السلام و نزلنا فتاوى الأصحاب على العبد المسلم و احتملنا تنزيل إجارة سيد الوصيين و سيدة النساء عليهما السلام على المعاطاة

(١) و المراد ما لم يكن بحق أو فى الأعراس أعنى النكاح دون غيره بشروطه إن جوزناه (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٧

أو مصحفا للنظر فيه لم يصح (١)

[الثانى أن تكون مملوكة]

(الثانى) أن تكون مملوكة إما بالتبعية كمالك العين أو بالاستقلال كالمستأجر (٢) فلا تصح إجارة الغاصب (٣) و لو عقد الفضولى وقف على الإجارة (٤)

لأنه حينئذ لا لزوم فلا مانع ولا ريب فى كراهية إجارته نفسه له ليخدمه كما أن الظاهر كراهية إجارة الفاطمى نفسه لخدمه غير الفاطمى و استوفينا الكلام فى المسألة «١»

(قوله) (أو مصحفا للنظر فيه لم يصح)

قد قالوا فى باب الرهن أن حكم المصحف كحكم العبد المسلم فى الارتهان و جوزوه إذا لم يكن تحت يد كافر و الحق هنا المنع كما هو خيرة جامع المقاصد لمنافاته لتعظيمه إلا أن يشترط عليه أن يكون فى يد المسلم

(قوله) (الثانى أن تكون المنفعة مملوكة إما بالتبعية كمالك العين أو بالاستقلال كالمستأجر)

و نحو ذلك ما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و فى (النافع) أن تكون مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه ليشمل الولى و الوكيل و الوصى و الحاكم و لعل المراد بالملك فى كلامهم السلطان و جواز التصرف ليدخل إيجار الأربعة و المال الموقوف على القول بعدم ملكه إلا أن تقول إنه مالك للمنفعة و الوجه فى الجميع ظاهر و معنى ملك المنفعة بالتبعية لمالك العين أنه يملك المنفعة لكونها تابعة لمالك العين و المراد بملكها بالاستقلال أنه يملكها وحدها من دون العين كالمستأجر و الموصى له بمنفعتها

(قوله) (فلا تصح إجارة الغاصب)

لأنه غير مالك و لا مأذون لكن تقع موقوفة على الإجارة كبيعه

(قوله) (و لو عقد الفضولى توقف على الإجارة)

و به صرح فى التحرير و ما بعده عدا الأخيرين و قد استحسنته فى الشرائع و نقل القول بالبطلان و لعله أشار إلى من قال ببطلانه فى البيع فيكون هنا أولى لمكان ورود الخبر فى البيع دون الإجارة و هم الشيخ فى الخلاف و المبسوط و سلار و ابن زهرة و ابن إدريس و أشار إلى ما فى الغنية و السرائر من قولهما فى المقام لا يجوز أن يؤجر ما لا يملك التصرف فيه لعدم ملك أو إذن و قد تأمل فى صحته المولى الأردبيلى لعدم الدليل عليه غير رواية عروة و هى فى الشراء و البيع لا ترجيح فى الكفاية و كذا جامع المقاصد (و نحن نقول) إنه غير مخالف للأصول بل هو عقد صدر من أهله فى محله فى بيع و غيره و قد ثبت فى النكاح بالأدلة القاهرة فيثبت فى البيع بالأولوية مع وضوح أدلته أيضا من خبر عروة و الموثق و كل من قال به فى البيع قال به فى غيره و لا قائل بالفصل كما فى نكاح الروضة و التبع يقضى به و تمام الكلام فى محله و بقى هنا شىء و هو أنه احتمال فى جامع المقاصد بطلان عقد الفضولى هنا و وجهه بقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه و فيه نظر من وجوه (الأول) أن قضيته أن عقد الفضولى حرام فى بيع أو نكاح و لم يقل به أحد إلا- ما حكاه ابن أبى المجدد اليوسفى الآبى عن شيخه المحقق الثانى أن إجراء الصيغة على مال الغير و إن أمره موكول إليه لا يعد تصرفا عرفا و قد صحح هو و غيره بيع الغاصب إذا كان المشتري جاهلا مع أنه لم يكله إلى المالك بل هو بنفسه صحيح إن كان عالما و الظاهر أنهم استندوا إلى أن المحرم استيلاؤه لا لفظه و إلا- لما صح لأن النهى عن المعاملة يقتضى الفساد و صححوا بيع

المحجور عليه لفلس إذا وفى غيره بالمال و بيع الراهن من دون إذن المرتهن إذا فكه و الأخبار و الإجماعات فى نكاح العبد من دون إذن السيد معلومة (فإن قلت) كما صححوا هذه العقود قالوا إنه لا يجوز للراهن و المحجور عليه

(١) كذا فى نسختين و لعل الصواب فى المسألة هناك أو فى تلك المسألة (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٨

و لو شرط المالك المباشرة لم يكن له أن يؤجر فإن فعل و سلم العين حينئذ ضمن و يجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضررا سواء كان قبل القبض أو بعده و سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره و يضمن العين بالتسليم (١)

[الثالث أن تكون مقومة]

(الثالث) أن تكون مقومة (٢) فلو استأجر تفاحة للشم (٣)

التصرف من دون الإذن بيع و لا- وقف و لا- عتق (قلت) لعل مرادهم مع التصرف الفعلى أو مرادهم من دون إذن أو ما يقوم مقامها و هو الإجازة و إن تأخر العلم بها (فإن قلت) قد عدوا إجراء صيغة البيع فى زمن الخيار تصرفا و إن كان البيع فاسدا (قلنا) مرادهم هناك أنه كشف عن الرضا و إن لم يكن تصرفا حقيقة إذ المدار فى ذلك على ذلك و تمام الكلام فى بيع الفضولى و كيف كان فهذا الشرط غير بقیة الشروط إذا كان شرطا للزوم

(قوله) (و لو شرط المباشرة لم يكن له أن يؤجر فإن فعل و سلم العين حينئذ ضمن و يجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضررا سواء كان قبل القبض أو بعده و سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره و يضمن العين بتسليمه)

هذا كله إلا قوله سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره قد تقدم الكلام فيه عند قوله و كذا إجارة العين المستأجرة إن لم يشترط التخصيص فلا بد من مراجعته لتعرف حال ما قاله فى جامع المقاصد هنا لأنه قال إذا استوفى المنافع بوكالته فلا ضمان قطعا و قد قلنا هناك لم يتضح لنا وجهه و قال يحتمل قوله أن يؤجر لمثله أن يكون المراد لركوب مثله مثلا أو يؤجر لمثل العمل و لاحتمال الثانى تتبعنا كلام الأصحاب فيه و لحظنا ما تقتضيه الأدلة فيه و نقلنا المنع فيه عن المبسوط و التحرير و موضع من التذكرة و قال هنا فى شرح قوله سواء كان قبل القبض أو بعده بخلاف البيع فإنه يحرم أو يكره و هو على إطلاقه غير صحيح لأن ذلك إنما هو فى بعض أفراد المبيع و هو المكيل و الموزون و قد نقل الإجماع على الجواز فى غيرهما من دونهما أى الكراهة و التحريم و أما قول المصنف سواء كان هو المؤجر أو غيره فقد نبه به على منع بعض الشافعية من استئجار المؤجر لأنه يملك المنفعة بالتبعية فلا يتصور ملكها بسبب آخر لأنه إذا استأجر ثم اشترى العين يجب أن تنفسخ الإجارة و قد عرفت الحال فى ذلك و أنه يصح الشراء بعد الاستئجار (قوله) (الثالث أن تكون مقومة)

هذا الفرع من متفرقات الكتاب و التذكرة و هو مما لا ريب فيه عندهم لكنهم لم يذكروا له عنوانا و معنى كونها مقومة أن يكون لها قيمة عند أهل العرف سواء كان الغالب ذلك أو احتيج إلى ذلك فى بعض الأحيان فكانت لها قيمة حينئذ كما هو قضية إطلاق العبارة و التذكرة و قد قيدها فى جامع المقاصد بالغالبه فقال أن يكون لها قيمة غالبا و هو ينافى ما يأتى له من الضابط كما ستعرف (قوله) (فلو استأجر تفاحة للشم)

أى ففى الجواز نظر و فى (الإيضاح) أن الأصح البطلان فى التفاحة الواحدة و هو قضية كلام التذكرة حيث منع من استئجار الورقة الواحدة من الرياح و قضية كلام التحرير بالأولوية حيث منع من استئجار الورود و الرياحين للشم و قد صرح فى التذكرة بأن الأوراق

لو كثرت حتى قصدت بالشم و صح تقويمها جاز استجارها و هو ظاهر الإيضاح قال و إنما قال المصنف تفاحة لأن الصحة فى الكثير أظهر لصحة استجار المسك و الرياحين للشم و من التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين أما التفاحة الواحدة فلا تقصد للشم فيكون استجارها كسواء الحبة من الحنطة فهما مخالفان لإطلاق التحرير و لصريح جامع المقاصد حيث قال إن المانع ليس وحدة التفاحة بل كون مثل هذه المنفعة لم يثبت لها قيمة عرفا بحيث تقابل مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٣٩ أو طعاما لتزيين المجلس (١) أو الدراهم أو الدنانير (٢)

بمال بخلاف المسك فحينئذ يكون اختيار الشارح الفرق بينهما لا يخلو من شىء انتهى (قلت) قد جعل المدار فى التذكرة و الإيضاح على صحة التقويم و قصد الشم بمعنى فرض المنفعة فالنزاع بينهما و بين المحقق الثانى يرجع إلى موضوع فمناقشة جامع المقاصد لعلها لم تصادف محلها و أطلق فى الحواشى و المسالك الجواز و الصحة مع فرض المنفعة و جعل الضابط فى الأخير و جامع المقاصد أن المنفعة التى يحسن عرفا مقابلتها بمال يجوز استجار العين المشتملة عليها دون غيرها و قد ترك قيد الغلبة فى هذا الضابط فى جامع المقاصد و قد أخذها فى تعريف المقومة كما عرفت و المصنف تردد من انتفاء قصد هذه المنافع و عدم صحة تقويمها كما سمعته عن التذكرة و من أنها منافع قد يحتاج إليها فيصح تقويمها و معناه أنا لا نعلم أنها مقصودة مطلوبة له قد احتاج إليها المستأجر لتقوية قلبه مثلا أو نحوه فيحسن عرفا مقابلتها بمال فتكون مقومة أو أنه استأجرها عبثا لا لحاجة كما هو ظاهر الحال فيها و فيه فلا- تكون مقومة فصار الحاصل أن النظر ينشأ من التردد فى كونها مقومة أم لا فلم يتجه قوله فى جامع المقاصد إن التردد فى كونها مقومة أم لا أولى مما قاله المصنف لأنه لو تم أى ما قاله المصنف و جب الجزم بعدم الصحة لأنا نسأله عن وجه الشك و التردد فى كونها مقومة أم لا و ما هو إلا ما ذكرناه فى بيان معنى قول المصنف و لذلك حكم الشهيدان بالصحة على تقدير فرض المنفعة و حكم المحقق وغيره كما استسمع فى الدرهم و الدنانير بذلك على تقدير فرض ذلك فكان كلام المصنف أدق و أتقن و قوله و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب فى توجيه الشق الأول أراد به أن ظاهر الحال عدم الحاجة إليها و الضمان فى الغصب مبنى على ظاهر الحال و لو فرض أنه أوجب عليه الطبيب شم التفاح أو السفرجل كما يقع كثيرا فاستأجر ذلك و غصبه غاصب ضمن منفعتها عند المصنف ثم إن هذه العلة وقعت فى التذكرة فى المقام و فى (السرائر و الإيضاح) فى مثله كما استسمع و فى (جامع المقاصد و المسالك) أن فى هذا التعليل نظرا لأن ضمانها بالغصب فرع تقويمها و هو موضع النزاع (و نحن نقول) قد تقدم فى باب الغصب أن الغاصب إنما يضمن أجره العين التى لها منفعة و تستأجر لملك المنفعة كما نص عليه فى غصب المبسوط وغيره بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه قالوا فيخرج الغنم و المعز و الأشجار حيث لا منفعة لها قلت و التفاحة و الدراهم و الدنانير و نحو ذلك حيث لا منفعة لها (قوله) (أو طعاما لتزيين المجلس)

أى فى الجواز نظر و خيرة التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لعدم لأن ذلك ليس بمنفعة مقصودة و فى (الحواشى) أن الظاهر الصحة مع فرض المنفعة و الظاهر أنهم لا يخالفونه فى ذلك مع ذلك و يتصور حصول المنفعة فيما إذا علم أنه يمر عليه فلان و يرى خوانه و مائدته فيستحى منه و يخجل إذا رأى خوانه ليس عليه إلا خبز الشعير و البصل فيستأجر خوان أخيه بما فيه ليراه إذا مر عليه ثم يرد إليه و تلك منفعة عظيمة عند أصحاب المروات و البيوتات العالية كما استسمع مثله فى الدراهم و الدنانير (قوله) (أو الدراهم و الدنانير)

أى فى الجواز نظر و لا ترجيح أيضا فى الإيضاح و الجواز خيرة الخلاف و المبسوط و استسمع عبارتيهما و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الحواشى و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و فى (السرائر) فى أول كلامه و المسالك أنه قوى و فى (مجمع البرهان) أنه لا شك فى ذلك لو حصل منهما نفع مقصود محلل (قلت) لا ريب فى حصول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٠

أو الشمع لذلك (١) أو الأشجار للوقوف في ظلها (٢)

ذلك لأنهما مما يترين بهما النساء و تتجمل و يدفع الرجل بهما عن نفسه الفقر ظاهرا حتى كان الأئمة الطاهرون عليهم السلام يقتضون أموالا و يظهرونها للناس بل يدفعونها إلى عمال الصدقة مظهرين أنها زكاة أموالهم فيظهر بذلك غناهم و من جملة نفعها نثرها في الأعراس و نحوها ثم تجمع و الضرب على سكتها و الوزن بها و قد يلوح من الشرائع التردد فيما قد يتوهم بادئ بدء كما وقع ذلك لصاحب المسالك قال حيث قال في الشرائع إن تحققت لها منفعة حكيمية مع بقاء عينها فهو إما شاك في وجودها أو في الاعتداد بها و لعل شيئا منهما لم يكن بل غرضه أن الجواز حيث يتحقق لها منفعة كما مثلنا و كما قدمناه آنفا من أنه قد تدعو الحاجة إلى ذلك و إلا- فما كان لينكر فعل الأئمة عليهم السلام و كما يحصل دفع الفقر و إظهار الغناء بالقرض يحصل بالاستئجار و نحو ما في الشرائع عبارة المختلف و كذا الحواشي حيث قال مع فرض المنفعة و قال في (الخلاص) إذا استأجر دراهم أو دنانير و عين جهة الانتفاع بها كان على ما شرط و صحت الإجارة و إن لم يعين بطلت و كانت قرضا و نحوه ما في المبسوط و قال في (السرائر) بعد نقل ذلك و لو قلنا أنه تصح الإجارة سواء عين جهة الانتفاع أو لم يعين كان قويا و لا يكون قرضا و أطال إلى أن قال و الذي يقوى في نفسى بعد هذا جميعه أنهما لا- تجوز إجارتهما لأنهما في العرف لا منفعة فيهما إلا بإذهاب أعيانهما و أيضا فلا خلاف في أنهما لا يصح وقفهما و لو صحت إجارتهما صح وقفهما ثم إنه نقل في آخر الباب كلام الخلاف و قال إنه غير واضح و استدل على ذلك بعدم صحة وقفهما و عدم ضمان منفعتهما بالغصب و قد اعترضه في المختلف بالمنع من الملازمة بين الوقف و الإجارة فإن الوقف تصح إجارته و لا يصح وقفه و بالمنع من عدم إلزام الغاصب الأجرة (قلت) لا نرى مانعا من صحة وقفهما للزينة بعد فرض وجودها فيهما و نفى الخلاف في السرائر مستنبط من إجماع المبسوط على المنع بناء على أنه لا منفعة لهما إلا إنفاقهما أو من قولهم لا يصح الوقف فيما لا منفعة له إلا بإتلافه و إنفاقه و قد استشكل في ذلك المصنف في الكتاب و ولده و مال المحقق الثاني إلى الجواز و هو الأصح ثم إن المنع الثاني بالتوجيه الذي ذكرناه في محله على ما تقدم لنا آنفا و قد عرفت أن ما لا يستأجر غالبا لا يضمن الغاصب أجرته فكلامهما في ذلك في غير محله و أما المنع الأول ففيه أن ابن إدريس يقول إن العين من حيث هي هي لا- مع قيد كونها موقوفة و لا مؤجرة لو صحت إجارته صح وقفها و ذلك لا ينافي قولنا العين إذا كانت موقوفة لا يصح وقفها و تصح إجارته و هذا لا ينافي قولنا كل عين من حيث هي هي تصح إجارته يصح وقفها لتغاير الموضوع إذ هو في الأول مقيد بشرط الوقف و الثاني بشرط لا شيء و استوضح ذلك في قولنا الجسم بشرط كونه أبيض لا يقبل البياض و يقبل التحرك و قولنا الجسم من حيث هو يقبل البياض و الحركة فإنه لا منافاة بين القولين فليتأمل و الأولى نقض الملازمة بالحر المولى عليه فإنه تصح إجارته و لا يصح وقفه إلا أن يقال أن مراده العين المملوكة فينقض بأم الولد فتأمل

(قوله) (أو الشمع لذلك)

أى تزيين المجلس و في جوازه نظر و في (التحرير) أن الأقرب المنع و جوزه في المسالك و كذا المصنف في التذكرة و الشهيد في الحواشي مع فرض المنفعة فيه و المحقق الثاني إن صح مقابلته بمال و قد عرفت الحال في مثله (قوله) (أو الأشجار للوقوف في ظلها)

أى في جوازه نظر و جزم به في التذكرة و المسالك و كذا الشهيد مع فرض المنفعة و المحقق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤١

ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب (١) و كذا لو استأجر حائطا مزوقا للنتزه بالنظر إليه

(٢) أما لو استأجر شجرا ليحفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز (٣)

[الرابع انفرادها بالتقويم]

(الرابع) انفرادها بالتقويم (٤) فلو استأجر الكرم لثمره أو الشاة لتناجها أو صوفها أو لبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الأعيان قبل وجودها والاستئجار أنما يتعلق بالمنافع (٥)

الثانى إن صح مقابلته بمال

(قوله) (ففى الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع و لهذا لا يضمن منفعتها بالغصب)

قد تقدم الكلام فى بيان ذلك

(قوله) (و كذا لو استأجر حائطا مزوقا للتنزه بالنظر إليه)

أى يجىء فيه النظر و قد جزم بالمنع من إجارتها و إجارة البناء المحكم فى الخلاف و المبسوط و وجهه فى الخلاف بأنه عبث و المنع منه قبيح فأجرته قبيحة و جوز ذلك فى السرائر و التنقيح إذا كان الغرض التعلم كما يجوز إجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه و استحسنة فى المسالك و تردد فيه فى الشرائع و رجح المصنف فى المختلف كلام الشيخ لأنها منفعة ليس للمالك منعها كالأستغلال بالحائط و لا كذلك الكتاب لأن المستأجر يتصرف فيه بالقبض و التغليب بخلاف الحائط (و فيه) أنه قد يكون التزويق إلى جهة ملك المالك و فى داخل داره كما هو الغالب فلا يكون كالأستغلال بحائط الغير و ما سبق من كلام الجماعة آت هنا و أحاله فى جامع المقاصد على ما سبق و فى (المسالك) أنه منعه الشيخ و جماعة و الذين تعرضوا له من عرفت و قد قدمنا أن قاعدة كلما تصح إعارته تصح إجارتها منقوضة على مذهب الشيخ لأن ما علل به المنع من الإجارة أى القبح غير جار فى العارية

(قوله) (أما لو استأجر شجرا ليحفظ عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و فى (المبسوط) أنه لا خلاف فى الجواز فيهما و وجهه أن هذه المنفعة مقومة مقصوده للعقلاء و الحاجة تدعو إليها و قال فى (الإيضاح) إن الأقوى البطلان لأن الأشجار لا تقصد لهذه الأغراض و لعدم جعل الشارع لها قيمة على الغاصب و الموجود عندنا من نسخ الكتاب و فيها المعربة الصحيحة و فيها المحشاة يجفف و يبسطها عليها بالفعل المضارع فيهما و لعل ما عثر عليه من نسخة صاحب جامع المقاصد بسطها المحتمل للمصدر و الفعل الماضى فأطال فى بيانها و تأويلها (قوله) (الرابع انفرادها بالتقويم)

هذا الشرط من متفردات الكتاب و هو أيضا مما لا ريب فيه عند الأصحاب لكنهم لم يذكروا له عنوانا و لعله اكتفى عنه فى التذكرة بذكر الثالث الذى قد جعله فيها أولا و معنى انفرادها بالتقويم كون المنفعة وحدها ذات قيمة من دون ضميمه عين إليها و هو مما لا بد من اعتباره لأن مورد الإجارة إنما هو المنفعة التى ليست بعين فلو لم يكن للمنفعة و حدها قيمة لم تصح الإجارة لأن القصد بها نقل المنافع بعوض كما هو واضح لكنه يغنى عنه اشتراط كونها مقومة بل قد استغنى الجماعة عنهما معا بالتعريف و باشتراط كون المنفعة مملوكة معلومة مقدورا على تسليمها لأن النسبة الناقصة تدل على النسبة التامة فقولك جاء غلام زيد يدل على أن لزيد غلاما ثم إنه لم يتضح لنا تفريع ما فرعه عليه كما ستعرف

(قوله) (فلو استأجر الكرم للثمرة و الشاة لتناجها أو صوفها أو لبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الأعيان قبل وجودها و الاستئجار أنما يتعلق بالمنافع)

كما

و لو استأجر الظئر لإرضاع الولد مع الحضانه جاز (١) و الأقرب جوازه مع عدمها (٢)

ذكر ذلك كله في التذكرة و قال قبل ذلك في أول الباب إن الأقوى أن المعقود عليه في الإجارة إنما هو المنافع دون الأعيان و جزم في التحرير بعدم الانعقاد في استئجار الكرم للثمرة و استشكل في استئجار الغنم و الإبل و البقر للبهنا و صوفها و شعرها و وبرها و قال قد روى أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضريبة مدة من الزمان و سيقرب في الكتاب جواز استئجار الشاة لإرضاع سخله و قد تقدم لنا ترجيح استئجار الشاة للحلب لمكان صحیحه عبد الله بن سنان و حسنه الحلبي و إطلاقات الفتاوى و الإجماعات المستفيضة على أن كل ما تصح إعارته تصح إجارته فلما كانت المسألة غير قطعية و كان للتأمل فيها مجال و كان أحمد و الشافعي يذهبان إلى أن الإجارة بيع و نوع منه أراد أن يقطع الشبهة من أصلها فاستدل على عدم الانعقاد بوجهين (الأول) أنه بيع بلفظ الإجارة (و الثاني) أنه بيع الأعيان قبل وجودها أما الأول فلائنه تضمن نقل العين و لا يكون ذلك في الإجارة فلا ينعقد بيعا لكونه بلفظ الإجارة و لا إجارة لكون المتعلق عينا و أما الثاني فلائنه القائل بأنها بيع يقول بأنها بيع منفعة لا بيع عين و على تقدير التسليم فهي هنا بيع للشيء قبل وجوده و هما أي أحمد و الشافعي لا يجوزانه فلا يتجه قوله في جامع المقاصد إن في التعليل مناقشتين (إحداهما) أن هذه الإجارة لا تتضمن بيعا لكنها لما اشتملت على نقل العين لم تنعقد لأن لكل عقد حدا لا يتعداه (الثانية) أن قوله قبل وجودها غير محتاج إليه و لا ينبغي لأنه يقتضى أن المانع من الصحة هو مجموع الأمرين مع أن الأول وحده كاف في المنع عندنا نعم فيه مناقشة من وجه آخر و هو أن ذلك لا يرتبط بالشرط المذكور و هو كون المنفعة مقومة بانفرادها لأنه ليس في الأمثلة منفعة استؤجر لها و لا قيمة لها بدون العين إذ المستأجر لأجله هو الثمرة و النتاج و هما عينان فعمل الأولى أن يقول فلا يصح استئجار الغنم و المعز لغير اللبن و الصوف على رأى و لا استئجار المطاعم للأكل و نحو ذلك

(قوله) (و لو استأجر الظئر لإرضاع الولد مع الحضانه جاز)

أجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر كما في التذكرة و فيها أيضا الإجماع على جواز استئجارها للرضاع و الحضانه معا و للحضانه دون الرضاع و قد قال الله عز و جل فَإِنْ أَرْضَ مَن لَّكُمْ فَأَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ و قد استرضع النبي صلى الله عليه و آله و سلم لولده إبراهيم عليه السلام و ربما استدلل عليه بأنه قد تدعو الحاجة إليه لكن ذلك لا يوجب الانحصار في الاستئجار لإمكان الصلح و نحوه (قوله) (و الأقرب جوازه مع عدمها)

أى الحضانه كما هو خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و الحواشى و الإيضاح و جامع المقاصد و هو معنى ما فى الخلاف و السرائر و الشرائع و جامع الشرائع و غيرها إذا آجرت المرأة نفسها للإرضاع بإذن الزوج صح و فى الأولين نفى الخلاف عنه بل يستدلون على جواز الإجارة و مشروعيتها بالآية الشريفة مضافا إلى ما سيأتى لهم إن شاء الله تعالى فى مطاوى أحكام المرضعة و المرتضع و موت أحدهما إلى غير ذلك و الآية الكريمة نص أو كالتص فى ذلك لأن المراد منها سقى اللبن قطعاً كما فى جامع المقاصد و قد أطلق الله سبحانه و تعالى اسم الأجر على ما يقابل ذلك فوجب أن يكون الاستئجار لذلك جائز فلا-وجه لاحتمال المنع لأنه مخالف للأصل لتناوله الأعيان و مع ذلك فهي مجهولة و غير موجودة إذ كم من أصل خرجنا عنه للنص و المنافع فى كل الإجازات معدومة مجهولة و قد حاول فى جامع المقاصد فيما يأتى جعل الاستئجار للرضاع و الصبغ موافقا للأصل فقال و لو قيل إن المستأجر عليه هو الفعل الذى لا ينفك عن إتلاف اللبن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٣

للحاجة (١)

و هو إيصال اللبن و تلويث الثوب فى الصبغ فتكون العين تابعة و لا تخرج الإجارة عن مقتضاها أمكن و قد أخذه من التذكرة قال فى

الاستدلال على صحة العقد على الرضاع دون الحضانه مع محاوله موافقه الأصل ثم الذى يتناوله عقد الإجاره بالأصله الأقرب أنه فعل المرأة و اللبن مستحق بالتبعيه كالبر تستاجر ليستقى منها الماء و الدار تستاجر و فيها بر فإنه يجوز الاستقاء منها ذكر ذلك فى موضعين منها و هو الذى حققه ولده فى المقام فقال إن الآيه يفهم منها ذلك لأنها دلت على الفعل و تناول اللبن و يرد ذلك كله أنه قال فى جامع المقاصد إن من المعلوم القطعى أن الركن الأعظم هو اللبن و هذا بمعنى الإجماع فكيف يكون المقصود الأصلى و الركن الأعظم تابعا للتابع و قد قرب فى التحرير و الكتاب فيما يأتى إن شاء الله تعالى إن المستاجر عليه نفس اللبن لا الفعل و اللبن تابع و هو الذى قرب فى الإيضاح فيما يأتى فى أول كلامه و هو الظاهر من كلام الباين و قد سمعت أنه ادعى العلم القطعى بأنه الركن الأعظم و احتمال فى الإيضاح فيما يأتى أن المعقود عليه الفعل احتمالا ثم قال و لو قيل إن المعقود عليه كلاهما كان حسنا و بذلك عبر فى الحواشى و قد استحسنته فى جامع المقاصد و فى (المسالك) أنه أجود و يردهم جميعا خصوصا المحقق الثانى أن ذلك خلاف ما هو المعلوم القطعى لأنهما إذا كانا مقصودين معا لم يكن اللبن هو الركن الأعظم قطعا بل قد نقول إنه يؤول إلى أن يكون اللبن تابعا له لأنه وحده من دون حمل و وضعه فى حجرها و وضع الثدي فى فيه قليل القيمة جدا و تلك كثيره فتأمل و لا كذلك لو كان هو المقصود بالذات و تلك مقدمات و قد استدلت المصنف فى ما يأتى و التحرير على أن المعقود القيمة انتهى عليه نفس اللبن باستحقاق الأجر عليه بانفراده دون الأفعال بانفراده (و اعترضه فى جامع المقاصد) بأنا لا- نسلم استحقاق الأجره باللبن بانفراده ما لم تصيره المرصعه فى معدة الصبى و لا يلزم من عدم استحقاق الأجره بالأمور الباقية بانفرادها استحقاقها فى مقابله اللبن وحده لم لا يجوز أن يكون فى مقابله الجميع انتهى فتأمل فيه جيدا لأن الاعتراض الثانى ساقط جدا لأن المصنف رتب الحكم على الأمرين معا و الأول كما ترى و يرد على التذكرة بالتنظير بالبر أنه منع فيها من استجارها هذا و ثمره الخلاف بين الأقوال الثلاثة ظاهره لا تخفى على أن هذا الاحتمال و الخلاف و التأويل إنما نشأ فى الشافعية و المتقدمون من أصحابنا لا يعرفونه قال فى (التذكرة) إن الاختلاف بين المختلفين يعنى من الشافعية فى صحة هذا العقد إنما هو إذا قصر الإجاره على صرف اللبن إلى الصبى و قطع عنه وضعه فى الحجر و نحوه و هو إنما يجىء على قول العامة المجوزين نقل الأعيان بالإجاره و أما عندنا فيجب أن لا يختلف الحال بين إدخال ذلك و عدمه لأن هذا الفعل وحده غير مقصود من دون اللبن بل المقصود إنما هو اللبن انتهى و هو لا يكاد يئتم فليتأمل فيه و سيأتى له فى بحث الآدمى أن الحضانه لا- تدخل فى الإرضاع إذا استأجرها له و يأتى له فى الفصل الثالث فى الأحكام أن الأقرب أن استجار كل من الحضانه و الرضاع لا يستتبع الآخر لأنهما منفعتان متغيرتان غير متلازمتين فلا تدخل أحدهما فى الأخرى كما صرح بذلك فى التذكرة و غيرها (قوله) (للحاجه)

قد استند إليها أيضا فى التذكرة و الإيضاح و فى (جامع المقاصد) لا ينبغى أن يجعل دليلا لأن مطلق الحاجه لا يجوز ما لا يجوز نعم يناسب أن يكون سر الشرعيه الحكم (قلت) قد جعل الشهيد الحاجه كالمشقه دليلا على شرعيه الحكم و لم يقتصر على جعلها سر الشرعيه قال الحاجه قد تقوم سببا مبيحا فى المحرم لولاها كالمشقه و قد كان عد فى قاعدة المشقه و قاعدة دفع الضرر ما له دليل سواهما و ما لا دليل له سواهما و كم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٤

و هل يتعدى إلى الشاه لإرضاع السخله الأقرب ذلك (١) و كذا يجوز استجار الفحل للضراب على كراهيه (٢)

من حكم كفت فيه الحاجه مع قيام الأدله على خلافه قال الشهيد قال الشيخان و أتباعهما و أبو الصلاح إن الطيب يبرأ من الضمان لو أبراه المريض أو وليه لمسيس الحاجه إليه فإنه لا- غناء عن العلاج و إذا علم الطيب أنه يضمن توقف فوجب أن يشرع الإبراء (و التحقيق) أن الحاجه على قسمين ظاهره و خفيه (فالظاهرة) مرجعها إلى حكم العقل بها مباشرة بأن يحكم على الشارع بأنه يقبح التكليف بها لأنها عسر و حرج و ضرر و مشقه و قد قال $\text{مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ فَالْعَقْلُ حَاكِمٌ إِمَّا بِوَأَسْطِهِ وَعَدَّ الشَّارِعُ أَوْ}$

مستقلاً بقبح التكليف العبادى بما لا يتحملة عادةً و غالباً أغلب الناس إذ لا عبرة بالنادر إلا أن يرد من الشارع التكليف بها لمصالح لا يصل إليها إلا بعد تنبيهه عليها كالحج و الصوم فى الصيف و ثبات الواحد للعشرة و نحو ذلك (و الخفية) هى المصلحة و الوسيلة إلى جلب النفع إلى النفس و دفع الضرر عنها فى الدنيا و الآخرة و هذه لا يدركها العقل إلا- بعد البيان فيقطع أنها كالأولى بل أشد (فالأولى) هى التى تجوز ما لا يجوز و تأتى على خلاف الأدلة بعد استقرارها كأكل الميتة و إساغة اللقمة بالخمير و إنقاذ الغريق بمال الغير و إطفاء الحريق به و أكل مال الغير فى المخصصة إلى غير ذلك كأخذ البراءة للطبيب لكن هذه قد يقع الاختلاف بين الفقهاء فى أفرادها فبعضهم يقول إنها مما لا يحكم العقل بها و ليست من العسر و الحرج فلا تترك لها الأدلة و بعضهم يقول بأنه يحكم بها (فيها خ ل) حكماً جازماً (و الثانية) هى التى شرعت لها الأحكام الشرعية و مرجعها إلى حفظ المقاصد الخمس العقل و الدين و النفس و المال و النسب و تسمى بالغرض و الحكمة العائدة إلى المكلف فلاستئجار للإرضاع لحفظ الولد هل هو من الأولى أو من الثانية حتى يكون كالبيع و الصلح و العارية و الوديعة و الإجارة لغير ذلك الظاهر أنه من القسم الأول كأخذ البراءة فتأمل «١»

(قوله) (و هل يتعدى إلى الشاة لإرضاع السخلة الأقرب ذلك)

كما فى الإيضاح للحاجة و هو إن تم وإنما تم إذا كان لإرضاع الطفل و لم يرض بالصلح و نحوه أو لا يعلم بصحة ذلك و أما فى السخلة فيمكن الذبح و قوى فى جامع المقاصد العدم و قد يظهر من التذكرة حيث ذكره فى حجة العامة كالمسلم و قد عرفت الحال فيما تقدم آنفاً من أنه يجوز استئجارها للبناء مطلقاً

(قوله) (و كذا يجوز استئجار الفحل للضراب على كراهية)

و ليس محرماً عند علمائنا كما فى التذكرة و جامع المقاصد و بيع نهاية الأحكام و عندنا كما فى غصب السرائر و الشرائع و فى الأول أنه مذهب أهل البيت عليهم أفضل الصلاة و السلام و أن ما قاله فى المبسوط من أنه لا أجر له لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن كسب الفحل فهو حكاية مذهب المخالفين فلا يتوهم متوهم اعتقاده انتهى و معقد إجماع التذكرة على الأمرين معاً أعنى الكراهية و عدم التحريم و قد صرح بالكراهية هنا فى جامع الشرائع و جامع المقاصد و قال فى (التذكرة) و ينبغى أن يوقع العقد على العمل و يقدره بالمرّة و المرتين و قال بعض العامة يوقع العقد على المدة (و فيه) أنه إذا قدر بمدّة تزيد على الفعل لم يمكن استيعابها و إن اقتصر فيها على مقداره فربما لا- يحصل الفعل فيها إلا أن يكثرى فحلاً لإطراق ماشية كثيرة فإن منفعته تقدر بالزمان لا بعدد المرات و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى آخر المكاسب و باب الغصب فليلاحظ أيهما شاء من أراد الوقوف على

(١) لأنه إنما يتم إذا انحصر الأمر فى الاستئجار (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٥

و فى جواز استئجار البئر للاستقاء منها إشكال (١) و يجوز استئجار الأقطاب للشم و إن نقصت أعيانها (٢) بخلاف الشمع للإشعال و الطعام للأكل (٣) و إجارة الحمام للبت فيه و استعمال الماء تابع للإذن (٤)

أطراف المسألة

(قوله) (و فى جواز استئجار البئر للاستقاء منها إشكال)

الأولى المنع كما فى التذكرة و كذا الحواشى و فى (جامع المقاصد) أنه الأقوى لأنه نقل للعين و قال فى (الإيضاح) أن الأقوى الجواز كالحمام لمكان الضرورة و هو خيرة التذكرة فى موضع آخر و مما ذكر يعلم وجهها الإشكال و قال فى (الحواشى) كلما تمتنع إجارتها لكونه لا يقبل المعاوضة إذا قصد بالذات بطلت إلا الإرضاع و الحمام انتهى فتأمل فيه و بمفهوم ذلك صرح فى جامع المقاصد قال فإذا استأجرها مع شيء آخر و شرط دخول الماء مدة جاز انتهى و هو ينافى ما جعله ضابطاً فى أوائل البيع من أن الشرط فى صحة بيع

التابع أن لا- يكون مقصودا و في (التذكرة) لو استأجر الدار و فيها بئر ماء جاز الاستقاء منها للعادة و دخول الماء بالتبعية و قال لو استأجر قناة فإن قصد موضع جريان الماء جاز و كان الماء تابعا يجوز الانتفاع به انتهى و قد تقدم في باب المكاسب و البيع ما له نفع في المقام من جهة البيع و من جهة التبعية «١»

(قوله) (و يجوز استئجار الأطياب للشم و إن نقصت أعيانها)

كما في جامع المقاصد إذ هي كالثوب إذا استأجره للبس فإنه ينقص منه بعض الأجزاء بالانسحاق و قد سمعت ما في التحرير و غيره أنفا

(قوله) (بخلاف الشمع للإشعال و الطعام للأكل)

ظاهر التحرير الإجماع على عدم جواز استئجارهما لذلك بأن يرد المتخلف و أجرته و ثمن التالف و هذان هما اللذان يناسب تفريعهما على هذا الشرط

(قوله) (و إجارة الحمام للبت فيه و استعمال الماء تابع)

كما في جامع الشرائع و قد سمعت ما في الإيضاح و الحواشي و جامع المقاصد و لا ترجيح هنا في الأخيرين و من الغريب ترك المعظم التعرض له قال (الشهيد في الحواشي) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنك منعت من استئجار الشمع للإشعال لذهاب عينه فيلزمك بطلان استئجار الحمام للاغتسال لذهاب عين مائه (فأجاب) أن الاستئجار للبت و الماء تابع للإذن فيه عادة فإن العادة مستمرة على إراقة الماء و هو يقضى بأنه يملك الماء و هو خلاف ما تقدم له و لغيره و اضطرب كلامه في التذكرة ففي موضع منها قال إن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الإجارة للحاجة و الضرورة كاستئجار الحمام المشتمل على استعمال الماء و إتلافه فقد اعترف بأن استئجاره للدخول و إراقة الماء و قال بعد اثنتين و ثلاثين قائمة هل المدفوع إلى الحمامي ثمن الماء و يتطوع بحفظ الثياب و إعاره السطل أو المدفوع أجره الحمام و السطل و أما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض و لم يتعرض للبت أصلا و نحن نقول يرد على ما في الكتاب (أولا) أنا ما ندرى كيف يوقع عقد الإجارة فإنه إذا أجره لأول داخل كيف يتصور إجارته للآخر فتدبر و قد يمكن تصويره كأن يقول له أجرتك هذا الحمام أو هذا الخان لتتفع به ساعة مثلا بحيث لا تمنع غيرك من الانتفاع به أيضا كما إذا أجر الدابة للعقبه و كما إذا أجره الدابة لمجرد الركوب من دون أن يحمل

(١) و تقدم لنا في باب البيع أن ليس المدار في التبعية على التبعية الحسية إذا كان التابع مقصودا كالبذر في الأرض و لا على ما أخذ شرطاً و لم يؤخذ جزءاً و إنما المدار على عدم القصد بالذات فإذا كان التابع الذي لا يصح بيعه و لا إجارته غير مقصود بالذات و لا ملحوظ بالنظر صح بيعه و إجارته تابعا حسيا أو غير تابع و إنما خرج عن ذلك بيع الآبق (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٦

[الخامس إمكان وجودها]

(الخامس) إمكان وجودها فلو استأجر الأرض للزراعة و لا ماء لها بطلت (١) أما لو لم يعين الزرع انصرف إلى غيره من المنافع و لو كان نادرا (٢)

عليها شيئا و إن شرط المؤجر أن يحمل عليها ما شاء مما لا يضر بالمستأجر إلى غير ذلك (و ثانيا) أنه يجب حينئذ تقدير المدة و لم يذكرها المصنف و الطريقة مستمرة على خلافها إلا أن تقول إن الذي استمرت عليه الطريقة إنما هو المعاطاة و هي لا يشترط فيها ذكر

الأجل لكن ذلك لا يدفع الإيراد عن المصنف (و ثالثاً) أن الغرض الأقصى المطلوب بالذات إنما هو الماء فكيف يفرض تابعا و لم يبين له أنه يملك أم يباح و قد صرح بكل واحد جماعة كما مر (و ليعلم) أنه حيث لا يكون هناك صيغة يكون الدخول و اللبث من باب معاطاة الإجارة و إتلاف الماء من باب معاطاة البيع كما هو الشأن فيما إذا دفع للسقاء فلسا فناوله الماء فى طاسته فإن الماء من باب معاطاة البيع و الطاسة من باب معاطاة الإجارة أو العارية كما صرحوا بذلك فى ذلك

(قوله) (الخامس إمكان وجودها فلو استأجر أرضا للزراعة و لا ماء لها بطلت)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و التذكرة فى مواضع منها و كذلك إذا كان فيها ماء لا ينحسر عنها إجماعا فى الغنية أو كانت الزراعة ممكنة لكن العادة غرقها لا- ما إذا كان نادرا و الوجه فى ذلك ظاهر و لو كانت تسقى بالأمطار غالبا أو بالفرات أو بالنيل صحت إجاتها كما ذكر مجموع ذلك فى التذكرة و التحرير و الإرشاد و الوجه فى ذلك و إن كان انقطاع الماء ممكنا أن الظاهر فيه الحصول لأنه يكفى الظن فى صحة هذا العقد كالمسلم فى الفاكهة إلى أوانها و إلا لبطلت أكثر العقود فلا يلتفت إلى مقالة القفال من أن السقى معجوز عنه فى الحال و الماء المتوقع لا يعلم حصوله و بتقدير حصوله لا يعلم هل يحصل فى الوقت الذى تمكن الزراعة فيه أم لا فلا ريب أن احتياج الساقية إلى التنقية لا يخل بصحة الإجارة و كذا حفر الساقية القريبة السهلة الحصول

(قوله) (أما لو لم يعين الزرع انصرف إلى غيره من المنافع و لو كان نادرا)

أى لو لم يعين الزرع و لا ماء لها انصرف إلى غيره و لو كان قصد غير الزرع نادرا بالإضافة إلى قصد الزراعة لا أن المنفعة نادرة غير مقصودة و إليه أشار فى التذكرة بقوله و لو آجرها لا للزرع و لا للغرس بل أطلق و كانت مما ينتفع بها فى غيرهما فإنه يصح العقد و قال فى موضع آخر منها فيما إذا لم يكن لها ماء و لا- يطمع فى سوقه إليها أنه لا يحتاج إلى التصريح بذلك كأن يقول آجرتك الأرض التى لا ماء لها لأنه يقوم علم المتعاقدين مقام التصريح بنفيه بل علم المتأجر كاف و حكى عن بعض الشافعية أنه لا بد من الصرف باللفظ لأن العادة فى مثلها أن تنصرف إلى الزرع لأنه أغلب و جوه الانتفاعات بالأرض (و الحاصل) أن للأرض التى ينذر حصول الماء لها أربع حالات (الأولى) أن يستأجرها على أن لا ماء لها مصرحا بذلك و لا ريب فى الجواز لأنه ينتفع بها فى النزول و السكنى و وضع الحطب و ربط الدواب و إن كان المقصود الغالب استئجارها للزرع (الثانية) أن يكون المتعاقدان عالمين بالحال فإن علمهما يقوم مقام التصريح بعدم الماء و نفيه (الثالثة) أن يستأجرها مصرحا بالمنافع التى هى غير الزرع و هذه كالأولين صحيحة و له الزرع على القول بأن المنفعة لا تتعين بالتعيين (الرابعة) أن يستأجرها مطلقا من غير تعيين للمنافع و لا اشتراط لعدم الماء مع كونه غير عالم بحالها فإما أن يكون سوق الماء إليها ممكنا مرجوا أو لا فعلى الأول فى صحة الإجارة و جهان و قرب فى التذكرة الجواز و ليس كذلك لكن يتخير المستأجر إن كان سوق الماء إليها يحتاج إلى زمان طويل و على الثانى فى صحة الإجارة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٧

و كذا لو استأجر عبدا مدة يعلم موته قبل انقضائها (١) أو استأجر أعمى للحفاظ أو أخرس للتعليم (٢) أو استأجر حيوانا لعمل لم يخلق له و يمتنع حصوله منه كما لو استأجر الشاة للحرث أو للحمل (٣) أما لو استأجر ما يمكن منه و إن لم يخلق له جاز كالإبل للحرث و البقر للحمل (٤)

[السادس القدرة على تسليمها]

(السادس) القدرة على تسليمها (٥) فلو استأجر الآبق منفردا لم يصح (٦)

و جهان أصحابهما العدم لأن المنفعة المطلوبة غالبا معدومة و هذا القسم خارج عن موضوع المسألة و إنما منعنا أن يكون المراد أن

المنفعة نادرة غير مقصودة ليوافق ما سبق للمصنف

(قوله) (و كذا لو استأجر عبدا مدة يعلم موته قبل انقضائها)

أى فإن الإجارة تبطل للجهل بزمان الإجارة و به صرح فى جامع المقاصد و مثله ما لو آجره أرضا مدة يعلم موتها و انقطاع الماء عنها فيها و يلزم على هذا أنه لو آجر من يقطع بموته عادة كالمطعون بسهم أو رمح مدة معلومة يقطع بموته قبلها أن لا تصح إجارته على القول ببطلانها بالموت و قد قال جماعة بصحة البيع و الشرط فيما لو شرطا أجلا يعلمان موتهما قبله كما لو شرطا تأخير الثمن أو الانتفاع بالمبيع ألف سنة فتأمل و لم يفرقوا بين ما يبقى و غيره (و كيف كان) فالأصحاب أطلقوا جواز الأجل المضبوط و هذا كذلك لكن ما ذكره هنا يوافق ما تقدم حكايته عن الإرشاد من أن الولي إذا آجر الصبي مدة يدخل فيها البلوغ بالسن بطلت الإجارة كما نبهنا عليه هناك لكن الجماعة هناك مطبقون على الصحة لكنهم بين قائل بأنه يتخير الصبي و بين قائل بمضيها عليه و أنه ليس له فسخها و قضية القول بالتخير هناك أن لا تبطل هنا و توزع الأجرة فيرجع المستأجر بنسبة ما بقى بعد الموت كما لو آجر حصنه و حصه شريكه مدة معينة فإن للشريك أن يجيز بعضها و يفسخ فى البعض الآخر مع ما فيه من الجهالة فيلحظ و مما يشبه ما هنا أنه لو آجره الفصيل الذى لا يحمل و لا يصلح للحمل مدة يحصل فيها صلاحته له فإنها لا تصح لمكان الجهالة بمدى الانتفاع (قوله) (أو استأجر أعمى للحفظ أو أخرس للتعلم)

أو مقطوع اليدين للكتابة و ذلك فى الأعمى حيث يكون الحفظ موقوفا على وجود البصر و تكون الإجارة على العين لا فى الذمة

(قوله) (أو استأجر حيوانا لعمل لم يخلق له و يمتنع حصوله منه كما لو استأجر شاة للحرث أو لحمل)

الوجه فيه ظاهر و يصح فى الحمل فتح الحاء و كسرهما مصدرا أو اسما

(قوله) (أما لو استأجر ما يمكن منه و إن لم يخلق له جاز كالإبل للحرث و البقر للحمل)

كما فى التذكرة لأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها من هذا الحيوان و لم يرد الشرع بتحريمها و لأن مقتضى الملك جواز التصرف و الانتفاع به فى كل ما يمكن تحصيله منه و قد حكى فى التذكرة أن فى بعض البلدان يحرثون على الإبل (قوله) (السادس القدرة على تسليمها)

فى الغنية الإجماع على أن القدرة على التسليم شرط فى صحة الإجارة و قال فى (مجمع البرهان) لا شك فى اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التسليم فى الجملة و الظاهر عدم الخلاف فيه و يدل عليه العقل و النقل انتهى و هذا الشرط و إن ترك ذكره فى المبسوط و السرائر و الشرائع و غيرها إلا أنها ذكر فيها أنه لا يصح استئجار الآبق (قوله) (فلو استأجر الآبق منفردا لم يصح)

قد أطلق فى المبسوط و المهذب و الغنية و السرائر و الإرشاد عدم صحة إجارة الآبق و فى (الغنية) الإجماع على هذا الإطلاق و هو يتناول ما إذا كان منضمًا أو منفردًا و قد تظهر دعوى الإجماع من الكفاية و يفهم من العبارة أنه لو استأجره منضمًا صح و هو خيرة الحواشى و مجمع البرهان و الكفاية و كذا اللمعة و تردد فى الشرائع و التحرير و التذكرة و قد يظهر من الأخير المنع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٨

.....

كما هو خيرة جامع المقاصد و المسالك و كذا الروضة و استند الشهيد فى الصحة إلى أن حكم الإجارة لا ينقص عن البيع قال بل هو فى الإجارة أولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله (قلت) لكن معقد الإجماعات هناك على أنه يصح بيع الآبق منضمًا إلى شىء آخر و قد خلت أكثر العبارات أيضا عن التقييد بكون الضميمة مما يصح بيعها منفردة بل صرح فى نهاية الأحكام أنه لا فرق بين أن تكون الضميمة قليلة أو كثيرة و فى موثقة سماعه إلا أن تشتري معه شيئا و فى صحيحة رفاعه النخاس أو معتبرته ثوبا أو متاعا و أجمعوا على

أنه إذا لم يظفر به كان الثمن فى مقابلة الضميمة و الشهيد قال هنا يشترط كون الضميمة مما يصح إفراده بالإجارة و هو يخالف ما ذكره الأكثر هناك من وجهين ثم قال و فى جواز كونها مبيعا نظر و كذا العكس فى البيع من حصول المعنى و من ظهور ضميمة كل شىء إلى جنسه و قال فى (الروضة) و على الجواز هل يعتبر فى الضميمة إمكان إفرادها بالإجارة أم بالبيع أم يكفى كل واحد منهما فى كل واحد منهما أوجه من حصول المعنى فى كل منهما و من أن الظاهر ضميمة كل شىء إلى جنسه و قوى المصنف الثانى انتهى و وافقه على ذلك كله شيخنا صاحب الرياض (و نحن نقول) إن أراد بقوله هل يعتبر فى الضميمة الضميمة فى البيع و الإجارة لأن كان نظره إلى كلام الشهيد بمعنى هل يعتبر فى ضميمة الإجارة أن تكون إجارة و أن تكون مما يمكن إفرادها بالإجارة و فى ضميمة البيع أن تكون بيعا و أن تكون مما يمكن إفرادها بالبيع و الوجه فى اشتراط إفرادها بالإجارة و البيع ظاهر أم يكفى فى ضميمة الإجارة أن تكون بيعا و بالعكس ففیه نظر لأن قضيته أن يقول آجرتك الآبق و بعتك الكتاب بكذا فيقول قبلت و هذان عقدان متغايران و لا مدخل لبيع الكتاب فى صحة إجارة الآبق و إن أراد أنه هل يشترط فى الضميمة لصحة بيع الآبق إمكان إفرادها بالإجارة أم بالبيع ففیه نظر من وجوه (الأول) أنه لم يقل أحد أنه يعتبر فى صحة بيع الآبق أن تكون الضميمة مما يمكن إفرادها بالإجارة حتى لو ضم إلى بيع الآبق بيع شاء أو تفاحه لم يصح لأن أخبار بيع الآبق و هى أربعة نطقت بأنه لا يصح بيعه إلا أن تشتري معه شيئا إلا أن تشتري معها منهم ثوبا أو متاعا و من المعلوم أن موضوع البيع أعم من موضوع الإجارة فهى شاملة لما يمكن إفراده بالإجارة و ما يمكن إفراده بالبيع و منه يعلم حال الثالث هذا بالنسبة إلى البيع (الثانى) أن ظاهر كلامه أن الأقوال أو الاحتمالات ثلاثة مع أن الثانى غير مغاير للثالث عند إمعان النظر لأن من اعتبر فى ضميمة الإجارة إمكان إفرادها بالبيع صح بالأولوية ما يصح للإجارة لأن قضية ذلك أنه يصح أن يأجره الآبق و الشاء لأنها مما يصح إفرادها بالبيع على أن أحدا لم يذكر ذلك غير الشهيد و هو إنما ذكر احتمالين فقط و على ذلك اقتصر هو فى المسالك إلى غير ذلك مما يرد على ذلك و إن أراد بقوله هل يعتبر فى الضميمة بالنسبة إلى خصوص الإجارة لم يرد عليه شىء إلا أنه شديد المخالفة للظاهر نعم يرد عليه أنه لم يذكر الوجه فى اعتبار كونها بيعا إذ لا يوافقها واحد من الوجهين و لعل الوجه أن الأخبار إنما جوزت ضميمة البيع فالحاق ضميمة الإجارة قياس و أنه كان الأولى أن يقول و هل يكفى كل واحد منهما فيها لا-فيهما إلا أن تقول إنه استطرذ أخيرا ذكر البيع و على إرادة التخصيص فجمع الأوجه فى محله (و الحاصل) أن هذه العبارة لا يكاد يتضح لها وجه خال عن الإيراد ثم إن الشهيد لم يرجح كونه مبيعا و إنما قال فيه نظر كما سمعت هذا و من وافق الشهيد اشترط أن تكون الضميمة مقصودة يخرج بها عن السفه (و كيف كان) فالأصح المنع لفقد النص المجوز هنا فيقتصر فيه على مورده و هو البيع و منع الأولوية مع مخالفة الاعتبار لأنه لا فائدة فى إجارته و لا كذلك بيعه فإنه يستفيد صحة عتقه فلا أولوية (و لعلك تقول)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٩

و لو آجره للسنة القابلة صح (١)

إن فى موثقة سماعة إشارة إلى التعدى حيث قال عليه السلام فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه (و فيه) أن هذا مخالف للأصل أيضا محتاج إلى الدليل لأن التقييد هو الأصل نعم لو كان المستأجر يتمكن من قبضه جاز من غير ضميمة (قوله) (و لو آجره للسنة القابلة صح)

كما فى الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و هو المحكى عن القاضى و فى (المبسوط) أنه قوى قال ذلك فى آخر كلامه و فى (التذكرة) لا يشترط فى مدة الإجارة أن يلى العقد بل لو آجره الدار أو الدابة و غيرها سنة خمس و هما فى سنة ثلاث أو آجره شهر رجب و هما فى المحرم صح عند علمائنا أجمع سواء كانت الإجارة واردة على الأعيان أو على الذمة و كأنه غفل عن الخلاف و الكافى و كذا المبسوط و يشهد لإجماع التذكرة قوله فى السرائر بعد نقل كلام المبسوط من أنه لو آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل حين

العقد فإنه لا يجوز ما نصه لم يذكر يعنى فى المبسوط هل هو قولنا أو قول غيرنا ولا يظن ظان أن ذلك قول لأصحابنا انتهى و المخالف الشيخ فى الخلاف قال إذا قال آجرتك الدار شهرا و لم يقل من هذا الوقت و أطلق فإنه لا يجوز و كذا إذا آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل فإنه لا يجوز و مثل ذلك قال فى المبسوط فى أول كلامه من دون تفاوت و قد استدل عليه فى الخلاف بأن عقد الإجارة حكم شرعى و لا يثبت إلا بدلالة شرعية و ليس على ثبوت ذلك دليل و أبو الصلاح فى الكافى استند إلى افتقار صحتها إلى التسليم و ليسا بشيء (أما الأول) فلأن الدليل موجود و هو عمومات أدلة جواز الإجارة و لا مانع إلا التأخير و الأصل عدم مانعته (و أما الثانى) فبالمنع من توقف الصحة على التسليم مطلقا بل وقت الاستحقاق و نحن نقول بموجبه و قد يستدل للمشهور بفحوى الأخبار الواردة فى المتعة الدالة على الصحة مع اشتراط الانفصال و هى مع كثرتها منجبرة أو معتضدة بالشهرة و المتمتع بها مستأجرة و استدل فى المختلف و المسالك بأن شرط الاتصال يقتضى عدمه لأن كل واحد من الأزمنة التى تشمل عليها مدة الإجارة معقود عليه و ليس غير الجزء الأول منها متصلا بالعقد و متى كان اتصال باقى الأجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع (و فيه) أن الأجزاء التى لم تتصل اتصلت بالمتصل فكانت متصله على حسب الإمكان أو أن مراد الشيخ بالاتصال عدم تخلل زمان لا يتناوله العقد لا مطلق الزمان و قد يستدل للشيخ و التقى بأن العقود إنشاءات و الإنشاءات علل الأحكام و العلل تقتضى الاتصال الزمانى (و فيه) أنها علل جعلية شرعية فهى على حسب ما شرعت و جعلت و قد حكى فى (التنقيح) عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط بطلان العقد فيما إذا أطلق كأن قال آجرتك الدار شهرا قال فى التنقيح و إنما يبطل على تقدير عدم تعيين الشهر و إنما لم يتعين إذا لم يكن العقد مقتضيا للاتصال قال فى التنقيح و قال أى الشيخ فى موضع آخر إذا آجره دارا شهرا مستقبلا و لم يدخل بعد لم يصح قال أى فى التنقيح و إنما لم يصح لاقتضاء العقد الاتصال فيكون قد شرط ما ينافى مقتضى العقد فيبطل فجاء التناقض فى كلامه و التردد انتهى و هو كما ترى على أنك قد سمعت كلام الشيخ فى الكتابين و أنه ذكر المسألتين فى موضع واحد لا فى موضعين و أنه لم يستند فى الثانية إلى أن العقد يقتضى الاتصال و إنما استند إلى ما سمعت من أنه لا دليل على الصحة و مثله ما وقع لصاحب المسالك من أن الشيخ احتج بأن الإجارة تقتضى استحقاق التسليم و قد عرفت أنها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٠

و كذا لو آجره سنة متصلة بالعقد ثم أخرى له أو لغيره (١) و لو استأجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح و احتج إلى المهياة إن قصد التراوح و إلا افتقر إلى تعيين أحد النصفين (٢)

حجة التقى و كأنه لم يحضره الخلاف و المبسوط لكن هلا- لحظ المختلف فإنه ذكر لكل منهما حجته على حدة و لم يتعرض المصنف لما إذا أطلق كما إذا آجره الدار شهرا و لم يقل من هذا الوقت و قد أطلق فى الخلاف و المبسوط عدم الجواز لعدم الدليل على الصحة و لأن الإطلاق لا ينزل على الاتصال بالعقد عنده فى العرف لكنه فى الخلاف فى مسألة ما إذا آجره كل شهر بدرهم قال إنه يصح فى الجميع و فى (المبسوط و النهاية) أنه يصح فى الشهر الأول بدرهم و يثبت فى الباقي أجره المثل و ذلك منه فيها على اختلافها فى الحكم مبنى على أن الإطلاق يقضى بالاتصال كما تقدم بيانه و أطلق فى السرائر و جامع الشرائع و التحرير و الإرشاد و الكتاب و جامع المقاصد و الروض الحكم بالصحة و أنه ينزل على الاتصال بالعقد التفاتا إلى أن ذلك مقتضى العرف بحيث صار وضعاً عرفياً و لأن ترك التعيين دليل على إرادة ذلك لأنها تفسد بدون ذلك و الأصل الصحة فيراعى التمسك بالأصل ما أمكن خصوصا مع المرجحات الأخرى و استنادا إلى العمومات و قد يستدل لهم أيضا بفحوى ما دل على الصحة فى المتعة مع الإطلاق على كثرتة و اعتضاده بالشهرة فليأمل جيدا لأنه بعد ادعاء حكم العرف بذلك لا حاجة إلى الاستناد إلى العمومات لكن يرد على السرائر أنه قال فى مسألة ما إذا آجره كل شهر بدرهم و أطلق و لم يذكر أول مدة الإجارة و لا آخرها إنه يبطل فى الجميع و ما ذاك إلا لأن الإطلاق لا ينزل على الاتصال لأنه قال إذا عين أول المدة صح فى شهر و لزم فيما زاد عنه أجره المثل و قال فى (المختلف) فيما نحن

فيه إن كان العرف فى الإطلاق يقتضى الاتصال صح و إلا فلا و وافقه على ذلك صاحب المسالك و المفاتيح و كذا مولانا الأردبيلي و فى (المسالك و الكفاية) أن الإطلاق لا يقتضى اتصال المدة إلا بالقرينة لأنه أعمّ و العام لا يدل على الخاص إلا بالقرينة مع أنه قال فى المسالك فى باب المتعة إن الإطلاق يقتضى الاتصال هذا كلامهم فى المقام فى المسألة أعنى ما إذا أطلق و لم يقل من هذا الوقت و يأتى لهم فى تقدير العمل بالزمان أنه يجوز أن يستأجر الدابة شهرا من غير تعيين و لا تنزيل على الاتصال بالعقد و أنه يجوز أن يستأجره للخياطة شهرا و يوما كذلك و تحرير الكلام و تنقيحه عند قوله و لو استأجر لعمل قدر إما بالزمان كخياطة يوم و قد تقدم عند قوله و لو آجره كل شهر بدرهم ما له نفع تام فى المقام

(قوله) (و كذا لو آجره سنة متصلة بالعقد ثم أخرى له أو لغيره)

أى يصح بل الصحة هنا بالأولوية خصوصا إذا كان العقد الثانى للمستأجر الأول كما فى جامع المقاصد بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه و يجىء خلاف الشيخ فيها

(قوله) (و لو استأجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح و احتيج إلى المهياة إن قصد التراوح و إلا افتقر إلى تعيين أحد النصفين)

قال فى (التذكرة) و لو قال آجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا أو آجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق صح و يقتسمان إما بالزمان أو المسافة و هو معنى المهياة فى عبارة الكتاب كأن يركب يوما و يمشى يوما أو يركب فرسخا و يمشى فرسخا و لا بد أيضا من تعيين محل الركوب و محل النزول أو زمانهما و لا بد من ذكر ذلك كله فى متن العقد كما نبه عليه المصنف بقوله و احتيج إلى المهياة و هو الذى جزم به فى جامع المقاصد و يأتى فى مباحث الدواب أنه لا يشترط شىء من ذلك و هو الذى اخترناه هناك و حررناه فليحظ و قال فى (التذكرة) و لو كان هناك عادة مستمرة غالبا مضبوطة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥١

و المنع الشرعى كالحسى فلو استأجر لقلع ضرر صحيح أو قطع يد صحيحة أو استأجر جنبا أو حائضا لكنس المسجد لم يصح (١) و لو كانت السن وجعة أو اليد متأكلة صحت (٢) فإن زال الألم قبل القلع انفسخت الإجارة (٣)

نزل الإطلاق عليها و هذا منه فى التذكرة حمل لنصف الطريق على النصف الموزع أجزاء و هو الذى يقصد به التراوح و حصول الراحة كلما تعب و لنصف الطريق مصداق آخر و هو النصف المتصل الأجزاء فإن قصده فلا بد من تعيين النصف الذى يستأجر لركوبه أو هو الأول أم الثانى كما نبه عليه المصنف بقوله و إلا افتقر إلى تعيين أحد النصفين و هل يكفى تعيين أول النصف إلى حيث ينتهى أم لا بد من تعيين آخره قال فى (جامع المقاصد) و قد سبق فى البيع أنه لو باعه جريا من هنا إلى حيث ينتهى لم يصح لجهالة المبيع بل لا بد أن يعين آخره و مقتضاه أن لا يصح هنا إلا إذا عين الآخر و قال و قد يتخيل أن قضيته الاكتفاء فى التراوح فى التعيين بالأيام عدم اشتراط ذكر الآخر هنا و ليس كذلك لأن تعيين المنفعة يكون بأمرين أى المهياة و النصف و لا بد من ذكر الأول و الآخر فى كل منهما و تشخيص الزمان أو المسافة انتهى و قد عرفت أنه لا يشترط ذلك فى المهياة (و ليعلم) أن المصنف سيزكر العقبة و هى بضم العين التناوب و هما يتعاقبان إذا ركب هذا تارة و هذا أخرى و قد قال فيما يأتى و لو استأجر للعقبة جاز و يرجع فى التناوب إلى العادة و يقسم بالسوية إن اتفقا و إلا فعلى ما شرطه و أن يستأجر نوبا مضبوطة إما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراخ انتهى و هما من نسخ ما نحن فيه و العقبة هى التناوب مع شخص آخر فافتقرا و قد يفرق بينهما بغير ذلك و الضمير فى يقسم راجع إلى الطريق و رجوعه إلى الآخرة خلاف التحقيق كما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى و قضية كلام التذكرة أن لا فرق بين قوله آجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا و بين قوله آجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق بمعنييه و أنه كما لو قال له آجرتك نصف الدار و ينبغى التأمل فيه

(قوله) (و المنع الشرعى كالحسى فلو استأجر لقلع ضرر صحيح أو قطع يد صحيحة أو استأجر جنبا أو حائضا لكنس المسجد لم

(يصح)

قد صرح بأن الشرع يمنع من قلع الضرس الصحيح و أن الإجارة عليه لا تصح أو تنفسخ لو كان استأجره على قلعه حيث كان يؤلمه ثم زال الألم في المبسوط والمهذب والسرائر و جامع الشرائع والشرائع والتذكرة والإرشاد و جامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان بل في السرائر وغيرها أن العقل يمنع منه ومنه يعلم حال ما لو استأجره على قطع يد صحيحة في غير حد ولا قصاص و أما عدم صحة استئجار الجنب والحائض لكنس المسجد وفرشه و خدمته حالة الجنابة والحيض فلأن ذلك حرام عليهما فتعذر تسليم المنافع شرعا و لو أجنب في الأثناء أو حاضت و كانت الإجارة واقعة على العين كما هو الفرض في العبارة أيضا انفسخت الإجارة لتعذر الفعل منهما حينئذ

(قوله) (و لو كانت السن وجعة أو اليد متأكلة صحت)

كما في التذكرة و جامع المقاصد والمسالك و قد شرط في التذكرة في قلع السن صعوبة الألم و قول أهل المعرفة إن قلعه مزيل و إلا فلا- و شرط في قطع اليد كون قطعها نافعا و لا- يخاف التلف معه و وافقه على ذلك في جامع المقاصد و قد جمع ذلك في المسالك مع زيادة بقوله إن المرجع إلى ظن أهل الخبرة أو التجربة

(قوله) (فإن زال الألم قبل القلع انفسخت الإجارة)

كما صرح به في المبسوط و ما ذكر بعده آنفا ما عدا جامع المقاصد فإنه سكت عنه لمكان ظهوره و لو لم يسكن الوجع لكن امتنع المستأجر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٢

و لو استأجر منكوحه الغير بدون إذنه فيما يمتنع حقوق الزوج لم يصح (١) و لو كان للرضاع فإن منع بعض حقوقه بطل و إلا فلا (٢) و لو استأجرها الزوج أو غيره بإذنه صح (٣) و إن كان لإرضاع ولده منها و هي في حباله (٤)

من قلعه لم يجبر المستأجر عليه لكن إذا سلم الأجير نفسه و مضت مدة يمكن فيها قلع الضرس و جب على المستأجر دفع الأجرة إلى الأجير لأنه قد ملك الأجرة بالعقد و استقرت بالتمكين طول المدة كما تقدم و يأتي كثيرا

(قوله) (و لو استأجر منكوحه الغير بدون إذنه فيما يمتنع حقوق الزوج لم يصح)

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

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ١٥٢

أى يقف على إجازته و قضيته أنه أى الاستئجار إن لم يمنع حقوقه يصح كما هو خيرة الشرائع و التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح للأصل و لأنها مالكة منافعها التى لا تعلق للزوج بها فلها نقلها لأن الغالب فى العادات فى أصحاب العمل و المعاملات عدم استغراق الأوقات بالاستمتاع فى النهار و السفر و الإحرام و من المعلوم أن الزوج إنما يستحق الاستمتاع بها و لم يملك شيئا من منافعها فالزمان الموثوق بعدمه فيه يجوز لها إجارة نفسها فيه نعم إن منعت توقف (توقفت خ ل) على إجازته قطعاً كما فى المسالك و لا- يقع باطلا- كما هو ظاهر العبارة و له فسخها إذا أراد الاستمتاع على خلاف الغالب فى ذلك الزمان الذى تشخص للإجارة لوجوب تقديم حقه بل هى تنفسخ بفعله و أطلق القول بالمنع من إجارة المرأة نفسها لغير الزوج بغير إذنه الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن إدريس فى السرائر و المصنف فى الكتاب و التذكرة فيما يأتى فى الأمة المزوجة و استشكل الصحة فى التحرير إذا

لم يمنع شيئاً من حقوقه و المنع هو المفهوم من كلام جامع الشرائع استناداً إلى أنه لا دليل على الصحة و أنه مالك لمنافعها بالعقد فلا يجوز لها نقلها و قد عرفت الحال فى الأمرين و لو فرض تقدم الإيجار على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعاً كما فى المسالك و به قطع فى التذكرة و التحرير و الكتاب فيما يأتى لسبق حق المستأجر و قال فى (التذكرة و التحرير) إن له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع و قال فى التذكرة إنه ليس لولى الطفل منع الزوج عن الوطاء مع عدم تضرر الولد به و معه له المنع لسبق حقه و قد وافقه على ذلك كله فى جامع المقاصد فيما يأتى و أطلق المصنف فيما يأتى أنه له وطؤها و إن لم يرض المستأجر و مثله فى ذلك ما فى التحرير

(قوله) (و لو كان للرضاع فإن منع بعض حقوقه بطل و إلا فلا)

قد تقدم بيانه و لقد كان فى غنى عنه لأنه يفهم مما قبله

(قوله) (و لو استأجرها الزوج أو غيره بإذنه صح)

إذا استأجرها غير الزوج بإذنه للرضاع و غيره صحت الإجارة بلا- خلاف كما فى الخلاف و السرائر و عندنا كما فى المسالك و المفاتيح و فى (جامع المقاصد) أنه واضح لأن المانع حقه و قد أسقطه و لا فرق فى ذلك بين أن تمنع شيئاً من حقوق الزوج و عدمه لأنه قد رضى بذلك و أما إذا استأجرها الزوج لغير إرضاع ولده كما إذا استأجرها للطبخ و الكنس و نحوهما من سائر الأعمال فالظاهر أنه لا خلاف فى جوازه كما هو ظاهر التذكرة إلا من أبى حنيفه فإنه قال لا يجوز استئجارها للطبخ و ما أشبهه لأنه مستحق عليها فى العادة قال فى (التذكرة) و هو باطل عندنا و أما إذا استأجرها لإرضاع ولده فهو ما يأتى

(قوله) (و إن كان لإرضاع ولده منها و هى فى حباله)

يعنى أنه يصح أن يستأجرها زوجها لإرضاعها ولده منها و هى فى حباله كما هو خيرة المرتضى فيما حكى عنه فى السرائر و غيرها و ابن إدريس و سبطه فى الجامع و المصنف فى التذكرة و التحرير و المختلف و المحقق الثانى فى جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٣

و لو تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الإجارة و كذا بعده بلا فصل و لو تلفت فى الأثناء انفسخت فى الباقي فإن تساوت أجزاء المدّة فعليه بقدر ما مضى و إلا قسط المسمى على النسبة و دفع ما قابل الماضى (١) و لو انهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع ماؤها فى الأثناء فللمستأجر الفسخ (٢)

و هو قضية كلام من تقدم آنفاً للأصل و لقوله عز و جل فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أُولَاهُنَّ .. بِمَعْرُوفٍ و لا فرق بين أن تمنع شيئاً من حقوق الزوج و عدمه لأنه قد رضى بذلك و المخالف الشيخ فى المبسوط و أصحاب الرأى و الشافعى و هو رواية عن أحمد كما فى التذكرة قالوا لا- يجوز للرجل أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده منها لأنها أخذت منه عوضاً فى مقابلة الاستمتاع و آخر فى مقابلة التمكين و الحبس فلا- يلزمه عوض آخر (و فيه أولاً-) أن الدليل عام يشمل ولده من غيرها (و ثانياً) أنه منقوض باستئجارها لغيره من سائر الأعمال لكنه لا يرد على أصحاب الرأى لما عرفت (و ثالثاً) أن التمكين و الاستمتاع غير الحضانه و الإرضاع و استحقاق منفعة من جهة لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر و قال فى (جامع المقاصد) أن مراد المصنف الرد على الشافعى لأنه هو الذى منع من استئجارها لإرضاع ولده منها و كلام الشيخ أعم لكنه يتضمن رده و كأنه عول فى ذلك على المختلف حيث نقل بعض كلام المبسوط و إلا فقد قال فيه و إذا رزق الرجل من زوجته ولداً لم يكن له أن يجبرها على إرضاعه ثم قال و إذا تطوعت المرأة بإرضاع الولد لم يجبر الزوج على ذلك ثم قال و إن تعاقدا عقد الإجارة على إرضاع الولد لم تصح لأنها أخذت منه إلى آخره و المراد الولد الذى رزقه الله سبحانه منها و هو الذى تطوعت بإرضاعه كما هو ظاهر و ما كان المصنف ليهمل الشيخ و يتعرض للشافعى على أنه لا خصوصية للشافعى لأن المخالف أيضاً غيره

(قوله) (و لو تلف العين المستأجرة قبل القبض بطلت الإجارة و كذا بعده بلا- فصل و لو تلفت فى الأثناء انفسخت فى الباقي فإن تساوت أجزاء المدّة فعليه بقدر ما مضى و إلا قسط المسمى على النسبة و دفع ما قابل الماضى)

هذا كله قد تقدم الكلام فيه مسبقا فى المطلب الأول عند قوله و لو تلفت العين قبل القبض أو عقيب القبض بطلت مع التعيين إلى آخره و قد ترك قيد التعيين هنا و قد بينا هناك أنه لا بد منه و ما زاد هنا إلا قوله بلا فاصله و إلا تفصيله بين ما إذا تساوت أجزاء المدّة أو اختلفت و قد بيناه هناك

(قوله) (و لو انهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع ماؤها فى الأثناء فللمستأجر الفسخ)

كما فى الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و الإرشاد و اللمعة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح بل هو ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة حيث قيل فيها و إن انهدم سقطت الأجرة إلا أن يعيده إلى حال العمارة بأن يكون معنى سقوط الأجرة أن له التسلط على سقوطها لمكان الخيار كما أشار إليه فى الغنية بقوله أنها لا تنفسخ إلا بحصول عيب من قبل المستأجر نحو أن يفسد فيملك المؤجر الفسخ أو من قبل المؤجر مثل انهدم المسكن أو غرقه على وجه يمنع من استيفاء المنفعة فيملك المستأجر الفسخ و يسقط عنه الأجرة إلى أن يعيد المالك المسكن إلى الحالة الأولى و قد قيد فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة عبارة الكتاب و الشرائع و اللمعة بما إذا أمكن إزالة المانع أو بقى أصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الإجارة لتعذر المستأجر عليه (قلت) القيد الأول مشار إليه فى جميع العبارات من المقنعة إلى المفاتيح حيث يقولون إلا أن يعيده إلى حال العمارة إلا أن يعيده المالك فإن بادر المالك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٤

فإن بادر المالك إلى إعادة الأقر بقاء الخيار (١)

إلى غير ذلك نعم خلت عن ذلك عبارة اللمعة فتقيدها به فى محله (و الحاصل) أنه من المعلوم أن ذلك مراد فى كلامهم و أن ثبوت الخيار حين الانهدام و إمكان إزالة المانع إجماعى كما قد يظهر ذلك من الغنية بل هو معلوم و شيخنا فى الرياض استوجه عدم ثبوت الخيار أصلا كما قد تقدم بيان ذلك كله فى أثناء المسألة المكررة فى الكتاب و هى ما إذا تلفت العين المستأجرة و قد وقع فى التذكرة و التحرير أنه إذا انهدمت الدار و بقى فيها نفع غير ما استأجرها له كوضع الحطب و صيد السمك فالأقرب ثبوت الخيار و لا تبطل من دون فسخ فإن كان المراد من هذه العبارة أن ذلك مع عدم إمكان إعادتها كما هو الظاهر بقريته ذكر صيد السمك كما يأتى فى الكتاب قريبا كانت مخالفة لما حكموا به فيما إذا تلفت العين المستأجرة و إن كان المراد منها مع إمكان إعادة كانت موافقة لما هنا و لا- خلاف و المراد بأصل الانتفاع الأصلي و قد أطلنا الكلام هناك فى ذلك و قيد الشهيد العبارة بما إذا لم يكن الانهدام و الغرق من جهة المستأجر و هو ظاهر لا يحتاج إلى التنبيه عليه كما إذا كان الانقطاع فى غير وقت الحاجة إليه

(قوله) (فإن بادر المالك إلى إعادة الأقر بقاء الخيار)

قد نطقت عبارات الأصحاب من المقنعة إلى الكتاب بأمرين (الأول) أنه إذا انهدم المسكن ثبت له الخيار إلا أن يعيده المالك أو نحو ذلك (الثانى) إذا انهدم المسكن سقطت الأجرة إلا أن يعيده و قد علمت أن الظاهر أن معنى سقوط الأجرة ثبوت الخيار فالجميع بمعنى واحد و قضيته إطلاقهم أنه إذا أعاده سرعه أو تراخ سقط خياره من غير خلاف و لا تردد إلا من الشرائع فإنه تردد على الإطلاق أى من دون تقييد بإحدى الصورتين قال كان له فسخ الإجارة إلا- أن يعيده صاحبه و يمكنه منه و فيه تردد و قد خص ترده فى المسالك بما إذا أعاده بسرعه بحيث لا يفوت شىء من المنافع و إن قل قال و إلا بقى الخيار بغير تردد (قلت) و هذا هو الذى حرره فى الإيضاح قال و اعلم أنه إما أن يفوت شىء من المنافع على المستأجر أو لا فإن كان الأول فله الفسخ قطعا و أما إن لم يفوت فهى المسألة أى المسألة المفروضة فى الكتاب لأن النص على أن الانهدام سبب الخيار و الشارع إذا علق حكما بوصف لم يعتبر حصول

الحكمة التى هو مظهرها بالفعل فمن ثم جاز الفسخ و من حيث إنه لم يفت شىء من المنافع التى وقع عليها العقد و الأصح الأول انتهى و قوله قطعاً يجرى مجرى الإجماع فيكون فهم من إطلاق الجماعة أن ذلك إذا لم يفت شىء من المنافع و قوله و إن لم يفت فهى المسألة يقضى بأنه فهم من المبادرة فى العبارة أنها هى المسارعة بحيث لا يفوت شىء من النفع و هو الذى فهمه منها جامع المقاصد و استوجهه لأنه لو فات شىء من النفع جاء خيار تبعض الصنفه قال و الفاضل العميدى اختار التفصيل بأنه إذا لم يفت شىء من النفع فلا خيار يعنى سواء تراخى أم لا و إلا كان مستمرا انتهى و فى (الروضة) قوى بقاء الخيار إذا أعاده بسرعة بحيث لا يفوت عليه شىء معتد به و هو خلاف صريح جامع المقاصد و المسالك و ظاهر الإيضاح و قد يلوح القول ببقاء الخيار من السرائر و النافع و مجمع البرهان و فى (الكفاية) التردد كالشرائع و جزم فى المفاتيح بما فى المسالك و صريح الإيضاح أن هناك نصاً و هو قضية ذكره فى المقنعة و النهاية و المراسم لكننا لم نجده و لا- أشار إليه أحد و لعل المتقدمين يستندون إلى الأصل و انتفاء الضرر بالإعادة و هو الموافق لقولهم بثبوت خيار الغبن و الروية على الفور لأن العموم فى العقود يرجع إلى التوقيت أو لغير ذلك مما تكلفوه فى تنزيل ذلك على القواعد و قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٥

و لو شرط منفعة كالزرع فتلفت و بقى غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهى كالتالفه فتفسخ فيها الإجارة (١) و لو أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نقص تخير المستأجر أيضاً فى الفسخ و الإمضاء بالجميع (٢) و لو غرق بعض الأرض بطلت الإجارة فيه و تخير فى الباقي بين الفسخ و إمساكه الحصه (٣) و لو منعه المؤجر من التصرف فى العين فالأقرب تخيره بين الفسخ

بسطنا الكلام فيه فى المقامين فما فى الرياض من أنه إن ثبت الخيار بنفس الانهدام من حيث هو اتجه العمل بالاستصحاب و لكنه غير معلوم إذ لا- دليل إلا نفى الضرر و قد زال أو الإجماع و ضعفه أظهر لمكان الخلاف ففيه نظر من وجوه (الأول) أن الإجماع معلوم و منقول فى ظاهر الغنية (الثانى) أن لهم أن يقولوا إنا و إن قلنا بثبوت الخيار بنفس الانهدام نمنع جريان الاستصحاب بما ذكره فى توجيه خيارى الغبن و الروية و فى (المراسم و النافع) أنه له إلزام المالك بالإعادة إذا لم يفسخ و الأصح العدم كما هو خيرة الإرشاد و مجمع البرهان و قد تقدم الكلام فى ذلك مسبقاً عند الكلام فى مسألة ما إذا تلفت العين قبل القبض

(قوله) (و لو شرط منفعة كالزرع فتلفت و بقى غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهى كالتالفه تنفسخ فيها الإجارة)

هذا قد تقدم لنا الكلام فيه عند شرح قوله و لو تلفت العين قبل القبض و حكينا انفساخ الإجارة لأن المنفعة كالتالفه عن الخلاف و المهذب و الكافى و جامع المقاصد و المسالك و احتملنا أن يكون ذلك مستفاداً من المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة فى أحد الوجهين فيها و استظهرنا الخلاف هناك فى ذلك من التذكرة و التحرير و أسبغنا الكلام فى ذلك و قد حكينا أيضاً عبارتهما آنفاً فى المسألة السابقة و الوجه فيما هنا أن المنفعة المعقود عليها قد تعذر استيفاؤها من العين فامتنع العقد عليها

(قوله) (و لو أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها على نقص تخير المستأجر أيضاً فى الفسخ و الإمضاء بالجميع)

قد تقدم الكلام لنا فى هذه عند قوله و لو وجدها معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ إلى أن قال و لو يفسخ لزمه جميع العوض و قد حمل المحقق الثانى كلامه هنا على ما إذا عرض التلف و النقص قال أى لو أمكن الانتفاع بالعين بعد عروض تلف شىء منها فيما اكتراها له لكن على نفس تخير المستأجر أيضاً بين الفسخ و الإمضاء انتهى و العبارة ظاهرة بإطلاقها فيما إذا حصل نقص فى عين أو صنفه سابق أو عارض لاحق بعد العقد بلا فاصله أو بعد استيفاء بعض المنفعة سواء نقص المنفعة أم لا كما إذا كانت الدار أو الدابة لا تليق بحال المستأجر و قد أسبغنا الكلام فيما تقدم فى هذه المباحث كلها و قد قال فى جامع المقاصد على قول المصنف هناك إنه لو لم يفسخ لزمه جميع العوض إنه ينبغى أن يكون هذا حيث لا- يكون العيب منقوصاً للمنفعة لتقصان العين فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقييد قطعاً مع الخيار و قد ناقشناه فى ذلك على إطلاقه و فى قطعه و فيما يفهم منه و نقلنا هناك كلامه هنا فليلاحظ ذلك من أراده

(قوله) (و لو غرق بعض الأرض بطلت الإجارة فيه و تخير فى الباقي بين الفسخ و إمساكه بالحصه)

لمكان تبعض الصفقة و لا خيار للمؤجر لأن التلف محسوب منه و قد تقدم الكلام فيه أيضا و أنه كتلف أحد العبدین فى البيع و نحوه مما له قسط من الثمن و ربما قيد ذلك بما إذا كان فى غرق البعض على المستأجر ضرر أما إذا لم يكن لوجوده أثر إلا أن الأرض لا تكون حينئذ بتلك المكانة من الرغبة فيحتمل عدم الفسخ بل نقص الأجرة المقابلة لذلك كما نبه عليه فى مجمع البرهان

(قوله) (و لو منعه المؤجر من التصرف فى العين فالأقرب تخيره بين الفسخ (٤)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٦

فيطالب بالمسمى و بين الإضاء فيطالب بأجرة المثل (١)

فيطالب بالمسمى و بين الإضاء فيطالب بأجرة المثل)

كما هو خيرة الشرائع بعد أن تردد و التحرير و الإيضاح و غاية المراد و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و الروضة و الكفاية و المفاتيح و كذا مجمع البرهان و هو قضية كلام الإرشاد أو صريحه و ظاهر ولده فى شرحه أو صريحه و قضية كلام اللعة و فى (المسالك) أنه حسن و مرادهم أن ذلك كان قبل القبض كما صرح به فى بعضها و قد يمكن إبقاء كلام من لم يصرح بذلك على إطلاقه كما ستسمع تحريره و أن جماعة قائلون بأن المستأجر يتخير إذا منعه المالك و إن كان المنع بعد القبض و ستعرف وجهه (و كيف كان) فلا- فرق عندهم هنا لمكان الإطلاق بين أن يكون قد استوفى المؤجر المنافع أو بعضها أم لا و لا بين أن تكون قد انقضت المدة أم لا لأن العوض لم يصل إليه فكان له الرجوع إلى ماله و الفسخ بل فى مجمع البرهان أن التسليم و عدم المنع شرط للاستحقاق بالاتفاق إلا أنه كما ترى مخالف القواعد و لا يقضى بالفسخ و له المطالبة بقيمة المنفعة لأنها حقه و قد غصبها المؤجر عدوانا فيجب عليه عوضها كالأجنبى سواء تصرف فيها و استوفى منافعها أم لم يتصرف فيرجع بالتفاوت و هو زيادة أجرة المثل عن المسمى إن كان و فصل فى التذكرة فوافق الكتاب و ثبت للمستأجر الخيار فيما إذا استوفى المؤجر المنافع بأسرها و لعله يستند إلى أنه إذا استوفى المنفعة فقد باشر إتلاف مال الغير عدوانا فيجتمع عليه أمران أحدهما تعذر تسليم العوض و الآخر مباشرة إتلاف مال الغير فيتخير فى الفسخ نظرا إلى الأمر الأول و المطالبة بقيمة أعنى أجرة المثل نظرا إلى الثانى و عن القاضى أنه لو منع بعض المدة ثم سلم فى الباقي فليس للمستأجر الامتناع من قبضها باقى المدة (وفيه) أنه لا- مانع من خيار تبعض الصفقة كما فى المختلف و اختيار فى المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الكافى على الظاهر من عبارته لأن فيها سقطا و النافع أنه لا خيار له بل يفسخ العقد و يطالب بالمسمى على اختلاف عباراتها فى التعبير عن ذلك و هو خيرة التذكرة و التحرير فيما إذا لم يسلمها المؤجر حتى انقضت المدة و لم يرجع الشيخ فى المبسوط فى هذه بخصوصها بل نقل فيها قولين أن له الخيار و الثانى أنه يفسخ العقد فليتأمل فى كلامه إذ هى أولى بالفسخ لمكان انقضاء المدة و اختياره فيما ذكر من المقنعة و غيرها يرشد إلى أنه قد ورد به خبر و قد احتج عليه فى المبسوط بأنه معقود عليه تلف قبل قبضه و معناه أن المنع يجرى مجرى التلف فى يده و كما لا يجب إلا المسمى هناك فكذا هنا و قال فى (الإيضاح) احتج الشيخ بأنه لا يعقل و جوب عوض ما أتلفه هو على غيره له لأنه يلزم الجمع بين العوض و المعوض و معناه أنه استحق الأجرة بالعقد حيث لم يفسخه المستأجر و استحق المنفعة التى استوفىها إذا غرم قيمتها فيكون قد وجب على المستأجر الأجرة التى هى عوض ما أتلفه و استوفاه المؤجر عليه و هو جمع بين العوضين لكننا لم نجد الشيخ استدلل بهذه المغالطة و قد أجاب عنها فى الإيضاح بأنه يجب عليه أى المؤجر قيمته و له المسمى و لهذا مثال فى الشرع و هو أنه إذا جنى البائع فعيب المبيع بعد القبض ثم أفلس المشتري مع بقاء العين و الثمن فى ذمته فللبائع الرجوع بالعين و للمشتري على البائع أرش جنائى يسقط منه أرش العيب أرش معاوضة فقد ضمن المشتري للبائع أرش جنائيه فهنا أولى انتهى (و حاصله) أن الممتنع الجمع بينهما بسبب واحد أما بسبب آخر فلا كما لو استأجر المؤجر العين المؤجرة و ما نحن فيه مما تعدد فيه السبب لأنه إنما استحق الأجرة بالعقد و المنفعة بغرم قيمتها و حاصل المثال

أن للبائع الرجوع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٧

و لو غصبه أجنبى قبل القبض تخير المستأجر أيضا فى الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى و فى الإمضاء فيطالب الغاصب بأجرة المثل (١)

بالعين و بأرش العيب الذى حصل من جنايته و هو جزء من الثمن المسمى و للمشتري أرش الجناية الذى هو جزء من قيمة المبيع لا من الثمن فيسقط من أرش الجناية أرش العيب إن كان القيمة أكثر من الثمن لأنه حينئذ يكون أرش الجناية أكثر من أرش العيب فقد استحق البائع أرش جناية نفسه و هو عوض الجزء الذى أتلفه إلا أنه بسبب آخر و هو كون التعيب فى يد المشتري مضمونا عليه و قد استدل فى جامع المقاصد للشيخ بما استدل و ضعفه و لم يتضح لنا وجه الدليل و لا الجواب (و كيف كان) فكلام الشيخ متجه على أصله لأنه قد قال فى المبسوط إن الإجارة كالبيع فى باب الفسخ و قد ذهب فى باب البيع فيه إلى أنه إذا أتلف البائع المبيع قبل قبضه إنه يفسخ العقد كما إذا تلف بأمر سماوى و هو خيرة الشرائع و التحرير و العراقيون كما قال الشهيد و الشاميون على خلافه و إنه كإتلاف الأجنبى كما تقدم بيانه فى باب الخيار بقى الكلام فيما إذا منعه من التصرف بعض المدة ثم سلم العين إلى المستأجر فهل له الفسخ فى الماضى خاصةً يحتمل ذلك لأن فوات المنفعة سبب للرجوع إلى المسمى و الفوات فى هذه الصور مختص بالمنفعة الماضية فاستحق الفسخ فيها و إن اقتضى تبعض الصفقة على المؤجر لأنه عاد غاصب كذا قال فى جامع المقاصد (قلت) قد قال المصنف فى أواخر مباحث الأرض لو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر فى الفسخ فى الجميع أو فى قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى و فى إمضاء الجميع فيلزمه المسمى و له أجرة المثل على المالك فقد جزم بأنه له الفسخ فى قدر ما سكنه المالك و وافقه على ذلك المحقق الثانى لأنه الذى مات و لا يقدح تبعض الصفقة على المالك هنا لأن ذلك بفعله فإن فسخ فيه و جب التيسير فيسترد نصيب ما سكنه المالك من المسمى و قضية إطلاق كلامه هذا أنه لا فرق فى ذلك بين كون ذلك قبل القبض أم بعده كما سيأتى تحريره قريبا و بقى الكلام فى ما إذا أمضى الجميع فإنه يلزمه المسمى و له أجرة المثل على المالك و لا كلام فيما إذا ساوت المسمى أو زادت عليه و ما إذا نقصت عنه ففى التحرير فى مثله أن الأقرب أنه لا يضمن الزائد و هو حسن كما فى جامع المقاصد كما يأتى فى أواخر مباحث الأرض

(قوله) (و لو غصبه أجنبى قبل القبض تخير المستأجر أيضا فى الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى و فى الإمضاء فيطالب الغاصب بأجرة المثل)

كما فى الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروض و الروضة و مجمع البرهان و هو قضية كلام اللعة بل و المقنعة و النهاية و إن فيهما و لو منعه ظالم لم يسقط عنه مال الإجارة و كان له الرجوع على الظالم إذ معنى لم تسقط لم تبطل فتأمل و قال فى (الكفاية) قالوا و فى الرياض نسبتته إلى الأكثر و قال قبل ذلك أنه لم يظهر له فيه خلاف و الخلاف صريح جامع الشرائع و ظاهر عبارة النافع بمفهوم اللقب الخلاف و أنها تبطل قال و لو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل و كان الدرك على الظالم و هذه العبارة قد وجدت فى خمسة كتب كما يأتى و لكننا لم نفهم من مفهومها ذلك لأنها قد صرح فيها بعدم البطلان قبل القبض و لا كذلك النافع و دليلهم أن العقد لا يبطل بالغصب لعدم تعذر المنفعة لإمكان الرجوع إلى بدلها و مطالبه الغاصب بقيمتها فله الرجوع حينئذ بقيمتها و هو أجرة المثل و يأخذ المالك منه المسمى و هو المطابق للقواعد و أنه قبل القبض مضمون المنفعة على المؤجر كما هو قضية المعاوضة فله الفسخ و مطالبه المؤجر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٨

و لو ردت العين فى الأثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية و طالب الغاصب بأجرة مثل الماضى (١) و هل له الفسخ فيه و مطالبه المؤجر نظر (٢)

بالمسمى و هل له مع عدم الفسخ مطالبة المؤجر بأجرة المثل وجهان و صريح الإيضاح و ظاهر جامع المقاصد و المسالك أنه ليس له ذلك (وجه المطالبة) أنها مضمونة عليه و معنى الضمان وجوب القيمة (و فيه) أن معنى الضمان هو ما اقتضته المعاوضة و هو رد العوض و لا دليل على أمر زائد كذا قيل و قد أطبقوا في باب البيع أنه إذا أتلّف المبيع أجنبي إن المشتري يتخير بين الفسخ و الإمضاء لا غير و البيع هو الأصل في ذلك فمعنى الضمان هنا أنه من مال المؤجر فيرجع إلى أنّ معناه رد العوض لأنه (و لأنه خ ل) قد ورد في البيع أنه من مال بائعه و إلا لفظ الضمان لم يقع في خبر نعم وقع في صحيحة عبد الله بن سنان في كلام السائل لكنه ليس بالمعنى الذي ذكره في جامع المقاصد بل بمعنى ضمان القيمة في الأجزاء و قد ألقوا الإجارة في باب الفسخ بالبيع و إلا فمقتضى القواعد في هذه المسائل أن ليس له الفسخ و إنما له مطالبة المؤجر و الأجنبي و الغاصب لكنهم أعرضوا عنه في البابين هذا (و ليعلم) أنه قال في التحرير إنه ليس له مطالبة المالك بالانتزاع و إن كان متمكنا و قد يظهر من المصنف و الكركي في الفصل الثالث أنه له ذلك و ليس كذلك كما يأتي بيانه هناك و ظاهرهم أن هذا الخيار ليس على الفور

(قوله) (و لو ردت العين في الأثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية و طالب الغاصب بأجرة مثل الماضي)

أى لو ردت العين المذكورة في أثناء هذه الإجارة فللمستأجر خيار الفسخ في الجميع كما في الإيضاح و المسالك و الروضة و جامع المقاصد و ظاهر الأخير الإجماع عليه حيث قال قطعا و قد يظهر من التحرير المخالفة قال و لو ردت العين في الأثناء و لم يكن قد فسخ كان له استيفاء الباقي و كان الخيار فيما مضى ثابتا و لا تغفل عما نقلنا آنفا عن التذكرة فإنه ظاهر المخالفة لكنه في المؤجر (و كيف كان) فالوجه فيما ذكره أن المعقود عليه هو المجموع و لم يحصل له بكماله و أنه قد ثبت له الخيار بالغصب فيستصحب و لم يذكره المصنف لظهوره و استفادته من حكم المسألة السابقة و اللاحقة و له الإمضاء و استيفاء باقى المنفعة و مطالبة الغاصب بأجرة مثل ما فات في يده من المنافع و به صرح أيضا في الإيضاح و المسالك و ظاهر جامع المقاصد الإجماع عليه و لم يزد في التذكرة على قوله و لو حصلت القدرة عليه قبل انقضاء المدّة كان له أن يستعمله باقيها و هل له إذا لم يفسخ مطالبة المؤجر حينئذ بأجرة مثل المنفعة الماضية فيه الوجهان السابقان و الحق العدم كما تقدم

(قوله) (و هل له الفسخ فيه و مطالبة المؤجر نظر)

و كذا لا- ترجيح في الإيضاح و الحواشى و فى (جامع المقاصد) أن الأصح أنه ليس له ذلك و معنى العبارة أنه هل للمستأجر في المسألة المذكورة الفسخ في الماضي خاصة و مطالبة المؤجر بحصة من المسمى و يستوفى الباقي من المنفعة نظر ينشأ من أن فوات المنفعة و هى المعوض يقتضى الرجوع إلى العوض و هو الأجرة المسماة و الفوات فى هذه الصورة مختص بالمنفعة الماضية فاستحق الفسخ فيها و النقص الحاصل بالتبعض على المؤجر قد حصل فى يده و يده يد ضمان فكان يشبه ما لو كان المؤجر هو المانع كما تقدم فتأمل و هو خيرة التحرير كما سمعت آنفا و قضية عبارة التذكرة الآنفه فى المؤجر أنه يفسخ و من أن ذلك مقتضى لتبعض الصفقة على المؤجر و هو على خلاف مقتضى العقد فإما أن يفسخ فى الجميع أو يمضى العقد فى الجميع لعموم أو فوّوا بالعقود فيتمسك به فى موضع النزاع إلى أن يثبت المخصص و هذا المعنى هو الذى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٥٩

و لو كانت الإجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب أو حمل شىء فغصب العبد الخياط أو الدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب (١) فإن تعذر البدل تخير فى الفسخ و الإمضاء (٢) و لو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الإجارة (٣)

فهمه فى الحواشى و جامع المقاصد و قد دقق النظر فى الإيضاح فجعل النظر متعلقا بمسألتين (الأولى) أنه هل له الفسخ فى الماضي و استيفاء الباقي من المنفعة كما فهمه الشهيد و الكركي و جعل وجه النظر ما ذكره و هو الذى سمعته الآن (و الثانية) أنه هل له مطالبة

المؤجر بأجرة المثل عن الماضى إذا لم يفسخ و جعل وجه النظر ما تقدم آنفا من أنه مضمون و معنى الضمان وجوب القيمة و من أن معنى الضمان هنا رد العوض (و حاصله) أنه جعل معنى المطالبة فى العبارة مطالبة المؤجر بأجرة المثل على تقدير عدم الفسخ و هما جعلتا معناه مطالبة المؤجر بالمسمى على تقدير الفسخ فالنظر عندهما متعلق بمسألة واحدة و عنده متعلق بمسألتين فيصير تقدير العبارة عنده فهل للمستأجر الفسخ فى الماضى و هل له مطالبة المؤجر بأجرة المثل إذا لم يفسخ فيهما نظر هذا و سيتعرض المصنف لما إذا كان الغضب بعد القبض قريبا

(قوله) (و لو كانت الإجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب أو حمل شىء فغضب العبد الخياط أو الدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغضوب)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لأن المستأجر عليه أمر كلى فى الذمة غير مخصوص بالمغضوب فلا تنفسخ الإجارة بنفسها و ليس له خيار فسخها و قد خالف فى التذكرة فأتى بعبارة الكتاب فى فرض المسألة و قال إنه يتخير بين الفسخ و الرجوع على الغاصب و نسب ما فى الكتاب و ما وجهناه به إلى العامة و قد قال قبل ذلك بسبعة أسطر ما نصه و لو كانت الإجارة فى الذمة فعلى المؤجر الإبدال و يمكن الجمع بأن مراده بما هنا أنه إذا استأجر العين المعينة الشخصية لعمل فى الذمة و غضبت قبل القبض فإنه يتخير بين الفسخ و الرجوع على الغاصب و مثاله أن يقول آجرتك عبرى هذا على أن أخط لك به شهرا أو آجرتك نفسى على تحصيل خياطة لك بعبرى هذا شهرا و الظاهر فى مثل هذا الفرض خيرة التذكرة و يكون مراده بالعبارة التى ذكرها قبل ما إذا كان استأجر دابة فى الذمة لعمل مشخص أو فى الذمة و هذه إذا غضبت قبل القبض طالب بالبدل قطعا

(قوله) (فإن تعذر البدل تخير فى الفسخ و الإمضاء)

كما فى الكتابين المذكورين لأنه قد تعذر العوض فيتخير المستأجر بين الفسخ فإخذ المسمى و بين الإمضاء فيصبر إلى أن يرد المغضوب أو يوجد البدل و هذا إذا لم يتشخص الزمان فإن تشخص بأن عين أوله فحقه أن تنفسخ الإجارة بمضى المدة و ليس هذا كما لو منعه المؤجر من العين قبل القبض حتى انقضت المدة فإن خياره على القول به باق بين الفسخ فيطالب بالمسمى و بين الإمضاء فيطالب بأجرة المثل و قد يقال إنه يطالب هنا بأجرة مثل البدل فتأمل

(قوله) (و لو كان الغضب بعد القبض لم تبطل الإجارة)

كما فى الشرائع و جامع الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و هذا معنى ما فى المقنعة و النهاية و كذا المراسم من أنها لم تسقط الإجارة و بالجملة لا خلاف فى ذلك لاستقرار العقد بالقبض و براءة ذمة المؤجر و الظاهر عدم الفرق بين ما لو كان الغاصب هو المؤجر أو غيره كما فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قضية إطلاق العبارات لكنه قد صرح فى التذكرة بأنه لو استأجر الدار سنة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٠

و طالب المستأجر الغاصب بأجرة المثل خاصة (١) و إن كان فى ابتداء المدة (٢) و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استأجر للحج فتنقطع السابلة فالأقرب تخير كل من المؤجر و المستأجر فى الفسخ و الإمضاء (٣)

فسكنها شهرا ثم تركها و سكنها المالك بقيه السنة إن المستأجر يتخير بين الفسخ فى باقى المدة و إلزام المالك بأجرة المثل و قال فى (جامع المقاصد) فى أواخر مباحث الأرض إنه لا فرق فى ثبوت الخيار للمستأجر بين كون سكنى المالك قبل القبض أو بعده و هو الظاهر من إطلاق عبارة الكتاب هناك و هو قوله و لو سكن المالك بعض المدة إلى آخره و قد سمعتها آنفا و لعله لأن المنافع لما كانت معدومة لا يوجد إلا على التدرج فلا يمكن تسليمها دفعة كان كل غضب من المالك لها غضب قبل القبض بخلاف غضب الأجنبى لأن الواجب على المسالك تسليم العين و ليس عليه أن لا يغضبها غاصب فليأمل جيدا و قد صرحت العبارات المتقدمة بعدم

البطلان كالكتاب عدا التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية فإن فيها التعبير بعدم الفسخ و قد قال في المسالك كان حقه أن يقول لم يكن له الفسخ بدل قوله لم تبطل لأن البطلان منتف قبل القبض و بعده فليس موضع استدراك (قلت) هو متجه بالنسبة إلى الأجنبي و أما بالنسبة إلى المؤجر فقد عرفت أن البطلان فيه خيرة سبعة كتب و قد قال هو في المسالك و غيره أن الظاهر عدم الفرق بينه و بين الأجنبي و أن الإطلاق يتناولهما

(قوله) (و طالب المستأجر الغاصب بأجرة المثل خاصة)

كما في الكتب الأربعة عشر المتقدمة على اختلافها في التعبير بكون الدرك على الغاصب و بالرجوع على الغاصب و التعبير بخاصة إنما وقع في كلام المصنف خاصة و قد أشار به إلى أنه ليس له سوى ذلك حتى أنه ليس له مطالبه المؤجر بالانتزاع كما سيصرح به المصنف و المحقق الثاني في الفصل الثالث و أنه لو أخرج المالك في أثناء المدّة ليس له الفسخ في الباقي و إنما يطالبه بأجرة المثل عنه

(قوله) (و إن كان في ابتداء المدّة)

أو في خلالها لحصول القبض المعبر و الغصب في الموضوعين و به صرح في جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قضية إطلاق الباقي

(قوله) (و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استأجر للحج فتقطع السابلة فالأقرب تخير كل من المؤجر و المستأجر في الفسخ و الإمضاء)

كما في التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و الروضة و كذا اللمعة لأنه قال فيها لو عم العذر كالتلج المانع من قطع الطريق فالأقرب جواز الفسخ و هو يعطى الحكم بما هنا لأن ما ذكره في ما إذا عرض المانع الحسى لهما و المانع الشرعى عندهم كالحسى و قد قالوا إنه لو استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت و الزمان معين انفسخت الإجارة و إنه إذا استأجره لقلع ضرره فسكن ألمه إنه يمنع المستأجر من الفعل و المؤجر من بذله لكنهما أى مسألة الحيض و الضرر ليسا من قبيل ما نحن فيه كما ستعرف بل يحتمل قويا جدا فيما نحن فيه أى الثلج و الخوف انفساخ العقد تنزيلا للتعذر منزلة تلف العين و منه يعلم شدة ضعف غير الأقرب و هو عدم ثبوت الخيار بتوجيه أنه لم يتعذر عقلا استيفاء المنافع و أن حكم الإجارة معلوم و الخوف مظنون فلا يعارضه و أنه لا مانع من جهة المؤجر و العين و المنع من قبل المستأجر و هو لا يقتضى البطلان إلا بدليل و كل ذلك ليس بشيء لأن المؤجر أيضا ممنوع شرعا من التغرير بماله و تعريضه للتلف لأن الخوف المظنون يجب الاحتراز منه عن النفس و المال قطعاً كما في جامع المقاصد و كل من حصل له ظن بمخوف و جب اجتنابه إجماعاً كما في الإيضاح و قضية الدليل أن المدار في المسألة على خوف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦١

و لو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر (١)

المؤجر و المستأجر بقطع سابلة أو غيره و قال في (جامع المقاصد) لو كان الخوف خاصا بالمستأجر دون الدابة ففي ثبوت الحكم المذكور إشكال ينشأ من وجود المانع الشرعى و من تخيل عدم تأثيره إذا لا منع من طرف المؤجر و قد قال المصنف في التحرير و لا يفسخ بالعذر فلو أكرى جملاً للحج ثم بدا له أو مرض لم يكن له فسخ الإجارة و في (الحواشى) المنسوبة إلى شيخنا الشهيد على التحرير تقييد ذلك بالمرض الذى يمكن معه الخروج قال أما لو لم يمكن معه الخروج أصلاً لم يجز له إجارته لغيره كأن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه فإنه يقوى الفسخ هذا كلامه و عندى فيه شيء لأن فى الفسخ أو الانفساخ إضراراً بالمؤجر لمصلحة المستأجر إلا أن يقال إن هذا لا يزيد على ما إذا استأجره لقلع ضرره فسكن ألمه و لا ريب أن ما ذكره محتمل انتهى كلام جامع المقاصد (و نحن نقول) إن فى كلام الشهيد و كلامه نظراً من وجوه (الأول) أن تقييد الشهيد عبارة التحرير ليس بسديد لأنه قال فى التحرير و لو كان

الخوف مختصا بالمستأجر لقرب عدوه من ذلك المكان أو خشى مرضا أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك الفسخ انتهى و من المعلوم أنه مع تضييع النفقة و قرب العدو و لا يمكنه الخروج شرعا لأنه حينئذ غير جائز فالتفرقة بين الأمثلة وهم صرف ثم إن هذه العبارة و نحوها موجودة في الغيبة و التذكرة و الخلاف و في الأول و ظاهر الأخيرين حيث قصر الخلاف فيهما على أبي حنيفة الإجماع عليه و بقیة العبارات كعبارة المبسوط و السرائر مطلقه في أنها لا تبطل بالعدر فتناول ما ذكر و عبارة الشرائع و الكتاب و غيرهما لا تبطل لعذر إذا أمكن الانتفاع أى بالعين كما تقدم حكاية ذلك كله في أول الباب و بالجملة لا خلاف و لا تأمل لهم في ذلك (الثاني و الثالث) أنهما لم يحررا كلام الأصحاب و أن تشبيه ذلك في جامع المقاصد بقلع الضرر ليس في محله لأن العذر عندهم على ثلاثة أقسام (عذر) في نفس المؤجر أو نفس المستأجر خاصة و عدم البطلان في ذلك محل وفاق و دليله بعد الإجماع الأصل بمعنى العموم (و عذر) فيهما معا كما لو شملهما الخوف و عمهما الثلج و وجه الفسخ و الانفاسخ فيهما ظاهر كما عرفت لأنه يجرى مجرى تعذر استيفاء المنفعة من المعقود عليه لتلف العين و هذا العذر يرجع بالأخرة إلى كونه عاما لهما و لغيرهما (و عذر) في المعقود عليه كما لو استأجر عبدا فأبقى أو استأجره لقلع ضرره فسكن ألمه أو استأجرها لكنس المسجد فحاضت فإن الإباق و سكون الألم و الحيض عذر شرعى في المعقود عليه فملك الفسخ أو يفسخ هو بنفسه كما يظهر ذلك لمن أمعن النظر في كلامهم و لحظ التذكرة فاتضح الفرق و اندفع الإشكال و لا يقدح في ذلك قوله في المختلف الأقوى عندي أنه إذا استأجر جملا للحج فيمرض أو حانوتا لبيع البر فيه فيحترق أو يسرق بره بطلان الإجارة و هو مع عدم فرقه بما ذكرنا شاذ نادر كما تقدم (قوله) (و لو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر)

قد يستظهر أن العذر هنا خاص بالمستأجر فينبغى الجزم بعدم التخيير و الفسخ و الانفاسخ و ليس كذلك بل الظاهر أن منشأ النظر متردد بين أن ذلك هل يرجع إلى العذر في المعقود عليه لأن الخوف المانع من الإقامة في البلد يجرى مجرى تلف الدار أو غضبها فيتخير أو يفسخ العقد بنفسه أو هو خاص بالمستأجر فلا- خيار له و الفرق بينه و بين ما قبله حينئذ واضح و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أن منشأ وجهى النظر يعلم مما مر و قد تقدم للأول أن الاحتراز عن الخوف واجب و أنه ملك المنافع و لم يمتنع استيفاؤها عقلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٢

و لو أخرج المالك في الأثناء لم يسقط عنه أجره السالف (١) و لو استأجره لصيد شىء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله (٢)

[السابع إمكان حصولها للمستأجر]

(السابع) إمكان حصولها للمستأجر (٣) فلو آجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن غيره لم يقع (٤)

و قال إن الأصح التخيير و تقدم للثاني الأول و أنه لا مانع من جهة المؤجر و العين و قال فى التخيير قوة و فى (الحواشى) أن منشأ من إمكان الانتفاع و من العذر المانع و هو معنى ما فى الإيضاح بل لعل الجميع بمعنى واحد و لا شىء منها بشىء و فرق بينهما أى المسألتين فى جامع المقاصد بأن العذر هنا خاص بالمستأجر و هناك يعم المؤجر باعتبار الدابة فإنه يمكن حفظها بترك السفر بخلاف الدار و أيضا عروض الخوف فى الطريق أكثرى بخلاف البلد فإن عروضه فيه نادر و هو كما ترى و فرق فى الإيضاح بأن الأول نادر و حكى الشهيد عن القطب على الظاهر أن المصنف قال إن كان عروض الخوف قبل القبض فالفسخ و إن كان بعده فالأولى عندي أنه كالغصب أى فلا- خيار له و قال فى (جامع المقاصد) أن وجهه غير ظاهر لعدم تمكنه من العين فى الغصب بخلافه هنا (قلت) هو الصحيح المراد كما نبهنا عليه لأنه إذا جرى الخوف العام مجرى غضب العين جاءته أحكامه و بالجملة لم أر من تنبه لمراد المصنف

من الشارحين و المحشين في المسألتين مع ما سمعوه هنا من حكاية القطب عنه و أعجب من ذلك أنه قال في جامع المقاصد قد يقال إنه لا- حاجة إلى كون الخوف عاما لقيام الدليل في موضع اختصاص المستأجر بالخوف و هو بناء على ما سبق له من الوهم و عدم الفرق بين الأعداء الثلاثة

(قوله) (و لو أخرجه المالك في الأثناء لم يسقط عنه أجر السالف)

قطعا كما في جامع المقاصد لأنه استوفاه على حكم الإجارة فيثبت عوضه من المسمى في الذمة قال في (جامع المقاصد) لم يذكر حكم الباقي أ يثبت فيه الفسخ أم له المطالبة بأجرة المثل عنه (قلت) بل يتعين الثاني كما تقدم بيانه في وجه قوله خاصة لكنها إن كانت زائدة عليه فلا ريب أنها للمستأجر و أنه ليس عليه للمؤجر إلا المسمى و إن نقصت عنه فهل يجب عليه دفع تمام المسمى كما إذا كان المخرج أجنبيا أو لا يجب عليه سواها الأشبه الأول

(قوله) (و لو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله)

فلا تكون المنفعة مقدورا على تسليمها بحسب الغالب

(قوله) (السابع إمكان حصولها للمستأجر)

هذا الشرط من متفردات الكتاب و ما فرعه عليه من الأمور التي لا يصح الاستئجار عليها فقد أدرج في غيره فيما لا قدرة عليه شرعا لجريانه عندهم مجرى ما لا قدرة عليه حسا كما تقدم غير مرة

(قوله) (فلو أجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن غيره لم يقع)

المراد أنه إذا وجب عليه الحج في عام الاستنابة مع تمكنه منه لا- تصح نيابته عن غيره و لا تقع عنه كما طفحت به عباراتهم في باب الحج من غير خلاف من أحد و ظاهر الإيضاح الإجماع عليه للنهي عن ضده و عدم الأمر به فكان وقوعه عنه متعذرا شرعا و قد دلت عليه الأخبار الصحيحة (منها) عن الرجل الضرورة يحج عن الميت قال نعم إذا لم يجد الضرورة ما يحج به عن نفسه فليس يجرى عنه حتى يحج من ماله و نحوه غيره و لو لم يجب عليه حج أصلا أو وجب مطلقا أو في غير عام الاستنابة أو فيه و لم يتمكن منه سواء كان قبل الاستقرار أو بعده جاز و لا خلاف في جميع هذه الصور على الظاهر إلا من ابن إدريس فيمن استقر عليه حج فيبطل النيابة و هو ظاهر إطلاق عبارة الكتاب هنا و غيرها في باب الحج كقولهم و لا ينوب من وجب عليه الحج

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٣

و كذا لو أجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فإنها لا تقع عن المستأجر و هل تقع عن الأجير الأقوى العدم (١) و يصح الاستئجار للجهد (٢)

و لم يظهر لنا وجهه و الظاهر أن هذا الظاهر غير مراد و إن طفحت به عباراتهم فينحصر الخلاف في ابن إدريس و تمام الكلام في بابه (قوله) (و كذا لو أجر نفسه للصلاة الواجبة عليه فإنها لا تقع عن المستأجر و هل تقع عن الأجير الأقوى العدم)

قد تقدم لنا في باب المكاسب أنه تحرم الأجرة على الواجب العيني أصالة و بالعارض و على ما وجب كفاية لذاته و هو كل ما تعلق أولا و بالذات بالأديان و استندنا في الأول إلى الإجماع المعلوم من تتبع كلماتهم في أبواب الفقه خصوصا ما ذكره في باب المكسب و هو ظاهر التحرير و جامع المقاصد في المقام قال في (التحرير) لا يجوز أخذ الأجرة على صلاة الإنسان لنفسه بلا خلاف و قال في (جامع المقاصد) لو أجر نفسه للصلاة الواجبة على الأجير لم تصح الإجارة قطعا و إلى عدم إمكان ترتب أحكام الإجارة عليه لأنه لا يمكن فيه الإبراء و الإقالة و التأجيل و لا يقدر الأجير على التسليم و لا تسلط للمستأجر على الأجير في إيجاد و لا عدم و إن المملوك المستحق لا يملك مرة ثانية و لا يستحق لأنه يشبه أن يكون من باب تحصيل الحاصل و من باب اجتماع العوضين لواحد و استندنا إلى مثل ذلك في الثاني أيضا فلا يدخلان تحت عمومات المعاملات و حيث كانت الإجارة باطلة فلا تقع الصلاة عن المستأجر قطعا

كما فى الإيضاح و كذا جامع المقاصد و الأقوى عند المصنف و ولده فى الإيضاح و الأظهر عند المحقق الثانى فى جامع المقاصد أنها لا- تقع عن المؤجر لأن الفعل الواحد لا تكون له غايتان متنافيتان إذ غاية الصلاة التقرب و الإخلاص خاصة و غاية العبادة فى الفرض حصول الأجرة و لأنه لم يفعلها عن نفسه لوجوبها عليه بالأصالة بل لوجوبها عليه بالإجارة لمكان أخذ العوض فى مقابلتها فلا تكون هى التى فى ذمته لأن التى فى ذمته هى الواجبة بالأصالة و وجه غير الأقوى أن ذلك علة و باعث فى حصول الداعى إلى الصلاة الجامعة لجميع ما يعتبر فى صحتها فكان كالأمر بالصلاة و غيرها ممن يطاع و كما فى الاستئجار للصلاة عن الميت و الحج و غيرهما من العبادات فعلة الداعى لا تبطل الفعل (و أجب فى جامع المقاصد) بأن العلة متى نافى الإخلاص و كانت غاية اقتضت الفساد و العلة و الغاية هنا حصول الأجرة و هو معنى ما فى الإيضاح و قال فيه أى الإيضاح إن الإجماع فرق بين هذه الصورة و الاستئجار عن الميت و قضية ذلك كما صرح به فى جامع المقاصد أنه متى لحظ فى الصلاة عن الميت فعلها لحصول الأجرة كانت فاسدة بل قضية الأول أيضا أنها لا- تنفك عن ذلك و لذلك أخرجها بالإجماع و أنت خبير بأنه و إن توقف حصول الأجرة على الصلاة لا يلزم من ذلك قصدها عندها بل يمكن أن يقصد التقرب بالفعل لوجوبه عليه بالإجارة و فيما نحن فيه يقصد التقرب بالفعل لوجوبه عليه بالأصالة و الإجارة معا بزعمه أن الإجارة صحيحة و إن كان يعلم أن الإجارة باطلة فلا يتصور منه إلا القربة إلا أن لا ينوى أصلا فتأمل

(قوله) (و يصح الاستئجار للجهاد)

□
الجهاد إن وجب على الأعيان بأن يدهم المسلمين و العياد بالله عدو لا يندفع إلا بعموم القيام فى وجهه فلا يجوز الاستئجار عليه لأنه حينئذ فرض عين و كذا إن عينه الإمام عليه السلام و إن لم يجب على الأعيان و لم يعينه و كان فرض كفاية جاز الاستئجار عليه كما طفتح به عباراتهم فى باب الجهاد و المكاسب و الباب و قضية ما أصلناه فى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٤

و الحج (١) و الصلاة لمن لا يجب عليه و يقع عن المستأجر لكن يشترط فى الصلاة الموت و كذا الصيام (٢)

باب المكاسب من أن ما وجب كفاية لذاته و هو ما تعلق أولا و بالذات بالأديان يحرم أخذ الأجرة عليه أنه لا يجوز الاستئجار عليه حينئذ لكنه خرج بالإجماع منا حكاة الشهيد و المحقق الثانى كما خرج بالإجماع عن فرض العين اللبأ من الأم فإنه يجوز أخذ الأجرة عليه قطعا مع أنه واجب عليها عينا لقولهم إن الولد لا يعيش بدونه و إن كان قد بينا فى محله أن الواقع خلافه لكنهم قالوا ذلك كله و مثله إطعام الطعام للمضطر إذا كان له مال و تمام الكلام فى باب المكاسب (قوله) (و الحج)

يجوز الاستئجار للحج عن الميت و يقع عنه واجبا كان عليه أو ندبا و يقع عن الحى فإن كان ندبا جاز اختيارا و إن كان واجبا اشترط فيه عدم التمكن و قد دلت على جميع ذلك الأخبار و الإجماعات و بيانه فى بابها و لو استأجره لحج التمتع دخلت فيه العمرة المفردة و لو استأجره لعمرة التمتع دخل الحج لقوله صلى الله عليه و آله دخلت العمرة فى الحج هكذا و شبك بين أصابعه و لو استأجره لحج الأفراد لم تدخل العمرة المفردة و بالعكس و تدخل تحلات الحج فيه

(قوله) (و الصلاة لمن لا تجب عليه و تقع عن المستأجر لكن يشترط فى الصلاة الموت و كذا الصيام)

قد تقدم لنا فى كتاب الصلاة أنه يصح الاستئجار عن الميت للصلاة و الصيام سواء كانا واجبين عليه لفوات أو لا و قد أسبغنا الكلام فى الاستدلال عليه و ذكرنا فى باب المكاسب أنه يجوز الاستئجار على المستحبات و المكروهات و المباحات و أنه لا مانع فيها من أخذ الأجرة عليها من جهة ذواتها إلا- أن يكون مما يستحب للإنسان أن يتعبد به لنفسه لأنه مؤد نفعه عن نفسه و كذلك ما كان كذلك من المستحبات الكفائية كأذان الإعلام أما ما يستحب التبرع به للغير فلا إشكال فى جواز الاستئجار عليه و كذلك الحال فى

المكروهات التي يكره فعلها للإنسان نفسه فإنها لا يصح الاستئجار عليها و لعلها كلها كذلك و كذلك ما كان من المباحات عائداً لنفس الأجير كأن يستأجره أن يخطى ثوب نفسه و قد قلنا هناك إنه يستفاد من كلامهم في ذلك الباب أنه يصح أن يستأجره لصلاة الليل عنه و نوافل الظهرين و نحو ذلك حيث يقولون ما يجب على الإنسان فعله تحرم الأجرة عليه كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم و حملهم إلى المعتسل و إلى القبر و حفر قبورهم و الصلاة عليهم نعم لو أخذ الأجرة على المستحب منها جاز أو الأقرب جوازه و يستندون في ذلك إلى عموم أدلة جواز الأجرة على مطلق الأعمال من غير وجود مانع من إجماع أو منافاة للإخلاص و إلى أنه فعل سائغ كالحج و الصلاة من دون تقييد بكونها عن ميت كما وقع لبعض و كالحج و سائر العبادات كما وقع في جملة من العبارات و هو الذي صرح به الشهيد في حواشى الكتاب فى باب الوكالة و حكاه فى الباب عن ابن المتوج قال إنه قال يجوز الاستئجار للصلاة المندوبة فى الحياة و يستحق المستأجر الثواب و الأجير الأجرة و هو قضية قوله فى وكالة اللمعة حيث منع من الوكالة فى الصلاة الواجبة فى حال الحياة و هو يعطى جوازها فى المندوبة قال فى (الروضة) و احترز بالواجبة عن المندوبة فتصح الاستئجار فيها فى الجملة كصلاة الطواف المندوب و صلاة الزيارة و فى جواز الاستئجار فى مطلق النوافل وجه لكنه فى جامع المقاصد فى المقام قال لكن يشترط فى الصلاة الموت و كذا الصيام بالإجماع انتهى و هذا الإجماع استنباطى لأننا لم نجد من اشترط الموت إلا المصنف فى التحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٥

و لو استأجر ولى الميت عنه لصلاته الفائتة و جب على الأجير الإتيان بها على ترتيبها فى الفوات (١)

فإنه اشترطه فى الصلاة و قد سمعت إطلاقاتهم و ما صرح به الشهيد و ما يفهم منه و من الشهيد الثانى فليتأمل فى ذلك و بعد ذلك فالظاهر من حال الشارع فى العبادات إرادة العبودية و هى ظاهرة فى المباشرة

(قوله) (و لو استأجر ولى الميت عنه لصلاته الفائتة و جب على الأجير الإتيان بها على ترتيبها فى الفوات)

قال الشهيد قال عميد الدين المراد بالولى من له الولاية حتى لو كان ولداً أكبر و قلنا بوجوب القضاء عليه فإن له الاستئجار سواء أوصى الميت أو لا لأن المقصود براءة ذممة الميت و هو يحصل بفعل الولد و غيره و خالفه فى ذلك الفخر و الحق ما قاله عميد الدين انتهى (قلت) قد تقدم لنا أن المراد بالولى فى قولهم يقضى الولى و نحو ذلك أكبر ولده الذكور و فى (الذكري و كشف الالتباس) أنه مذهب الأكثر و به صرح جمهور علمائنا فى باب الحبو و فى (صلاة الدروس) أن ظاهر الروايات أنه الأقرب مطلقاً و هو أحوط و مثله ما فى الذكري و قال فى (صوم الدروس) إنه أكبر أولاده الذكور عند الشيخ و عند المفيد هو فإن فقد فأكبر أهله الذكور فإن فقد فالنساء ثم قال و هو ظاهر القدماء و الأخبار و المختار و تمام الكلام فى ذلك فى الفروع التى ذكرها فى آخر مباحث المواقيت من كتاب الصلاة و قد حكينا هناك ما حكيناه هنا عن السيد العميد و الشهيد و أنه خيرة صوم الدروس و حكينا عن علم الهدى و أبى على و القاضى و أبى المكارم أنهم خيروا الولى بين القضاء و بين الصدقة عن كل ركعتين بمد فإن لم يقدر فعن كل أربع بمد فإن لم يقدر فعن صلاة النهار بمد و عن صلاة الليل بمد و قد ادعى عليه الأخيران الإجماع و أنكروا ذلك عليهم المصنف فى المختلف و الشهيد فى الذكري و قد وافق فى الذكري فخر الإسلام و قال إنه ليس للولى الاستئجار و لا ترجيح فى الروضة و كشف اللثام لأنها تعلقت بحى و استنابته ممتنعة و من أن المطلوب القضاء و يتفرع عليه تبرع غيره و قد نص على وجوبها على الولى فى عدة كتب و عن شرح جمل السيد للقاضى الإجماع عليه و قد صرح جماعة بأنه لو أوصى بها سقطت عن الولى و تمام الكلام فى الموضوع الذى أشرنا إليه آنفاً و قال الشهيد قال ابن المتوج أن المستأجر على الصلاة لا يجوز له التشاغل بشيء إلا لضرورة كالأكل و الشرب و النوم و الاستراحة و بالجملة كل ما يضطر إليه يباح له و ما لا فلا و الظاهر من العبارة أنه اختاره لأنها غير نقيية عن الغلط و قال فى موضع آخر من الحواشى ما نصه أن الإطلاق فى كل الإجازات يقتضى التعجيل و أنه تجب المبادرة إلى ذلك الفعل فإن كان مجرداً عن المدّة

خاصةً فبنفسه و إلا- تخير بينه و بين غيره و حينئذ فيقع التناهي بينه و بين عمل آخر في صورة المباشرة و معناه أنه إن كان مجردا عن تعيين المدة خاصةً لكنه اشترط فيه المباشرة بنفسه و جب عليه العمل بنفسه و إلا يكن مجردا عن المدة خاصةً بأن كان مجردا عنها و عن المباشرة تخير بينه و بين غيره و قد فرع على ذلك عدم صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كما منع في الأجير الخاص و استشهد عليه بما ذكره في الحج من عدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصا أو حكما كما لو أطلق فيهما أو عين في أحدهما بالسنة الأولى و أطلق في الأخرى و قال أبو العباس بن فهد في رسالته أرسلها إلى أهل الجزائر فليعلم من سمع كتابي من المؤمنين عامةً و من الموالى و الفقهاء خاصةً بأن الإنسان إذا ابتلى أن يحمل تكليفا على تكليفه و يتقلد عبادة عن غيره سواء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٦

.....

كان ذلك باختياره أو بإيجاب الشرع و سواء كان وكيلا أو وصيا أو وارثا فإنه يجب عليه فيه أمور (الأول) التعجيل لأنها واجبة على الفور فلو أخر لحظة واحدة عند إمكان فعلها كان آثما عاصيا و قدح ذلك في عدالته و صار ضامنا للمال يعني إن كان وكيلا أو وصيا إلى أن قال و لا يجوز لمن كان وارثا أو وصيا أن يؤخر الاستئجار للصلاة و الصوم و الحج إذا وجد العدل الأمين و لا يجوز له إذا حصل له مصل يأخذ منه مائة نقدا أن يعدل عنه و يرغب إلى من يأخذ سبعين بل يعاقب على التأخير في كل آن آن و يدخل في ذلك في جملة الفساق و في عدد الظالمين و إن كان المتعاطى فقيها فقد عزله الشرع و حرم تقليده و الصلاة خلفه و وجب على الرؤساء و مشايخ القبائل عزله و وجب نفيه لأن في بقائه مفسدة (قلت) إذا كان التأخير ليجد من يأخذ الأقل لتكثر عدد المصلين مع كون الكل معتمدين فلعله لا بأس به نعم لو كان للإرفاق بالأطفال فالأمر كما قال و هو مراده لأنه صرح بذلك قبل ذلك مرارا قال و لا يلتفت إلى الأطفال و إن كان إذا أخرج ذلك عاجلا صاروا ضياعا جياعا و ربما احتاجوا إلى السؤال أو الموت و إن أخر إلى القابل أمكن أن يستغنوا السنيتين و الثلاث لأن حاجة الميت أولى و قال إذا سلم لأحد صلاة ينبغي أن يؤرخ يوم يخرجها و لا يعلمه ثم ينظر عند ما يقول قد فرغت هل يمكن أداء ذلك في ذلك الزمان أم لا (قلت) إذا كان المصلي عدلا ثقة لا حاجة إلى ذلك و قال في (المسالك) بعد نقل ما حكيناه عن الشهيد و يفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب الإمكان و عدم جواز إجارته نفسه ثانيا قبل الإتمام و قال و أما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة و أيام معينة فهو من الهذيان الباردة و التحكمات الفاسدة (و نحن نقول) لا دليل على ما ذكره الشهيد و ابن المتوج كما في الروضة و المسالك فإن قالوا هذا التعجيل مستفاد من أوامر الشرع في خصوص العبادات أو مطلقا فإنها على الفور عند الإطلاق (ففيه) مع مخالفته للواقع أنا نفرق بين ما أمر به الشارع لمحض العبودية و بين ما أمر به لمكان إيجابه على نفسه و الغرض الأقصى تفرغ الذميتين فإنه يفهم من الأول الفورية و المباشرة لتحقق العبودية و لا كذلك الثاني و إن قال إنه يستفاد «١» من الأمر في قوله عز و جل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (ففيه) أن الأمر لا يدل بمطلقه على الفور عندهما و لا عند غيرهما من المحققين و إنما هو للشيخ و بعض من تبعه و قد تأولناه له في باب المواقيت و قال في (المسالك) سلمنا لكن الأمر بالشئ لا يقتضى النهى عن ضده الخاص سلمنا لكن النهى في غير العبادة لا يقتضى الفساد (و فيه) أنهم لعلمهم لم يبنوا الأمر في ذلك على الاقتضاء و عدمه بل على أنه لا زمان للإجارة الثانية لأن كان الزمان مصروفا للإجارة الأولى لأن المستأجر الأول ملك منفعه فيه فكان عاجزا عن صرفها للثاني في ذلك الزمان فكان ممنوعا منه شرعا كالحائض إذا استؤجرت لكنس المسجد على أن عدم الاقتضاء على تقدير تسليمه أنما يجعل العقد فضوليا و لا يمكنه الإتيان بالصلاة للثاني إذ لا يقدر أن ينويها واجبة لأنه لا يعلم الإجارة و أيضا على تقدير تسليم الاقتضاء فالنهى في المعاملة يقتضى الفساد كما حرر في محله و أنهم و إن اختلفوا فيه في الأصول فهم مطبقون عليه في أبواب الفقه و إن قالوا إنه مستفاد من الإجماع فلم نجد ذلك لأحد غيرهما نعم يستفاد من الإجماع الحلول بمعنى

أن له المطالبة فى الحال و جواز الفعل لا أنه مبنى على التعجيل بمعنى أنه تجب المبادرة فى ذلك و فى الوكالة و الحوالة و الرهن و الصلح (فإن قلت) كما يستفاد وجوب تعجيل الثمن و المثمن فى المبيع للإجماع المحكى فى الغنية و السرائر و الأخبار فكذا هنا (قلنا) المستفاد من الإجماعين أنما هو كون الثمن حالا كما هو قضية إطلاق البيع لأنه لما كان يقع سلما و نسيئة فالعدول عنهما قضى بأنه حال و شرع له الشارع خيار التأخير

(١) مستفاد خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٤٧

فإن استأجر أجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن يشترط الترتيب بين فعليهما (١)

المختص بالبيع و أما وجوب دفع الثمن و المثمن على الفور فإنما نقول به إذا طلب كل منهما وصول حقه إليه و بذلك نقول هنا فإنهما إذا أطلقا العقد و طلب منه العمل وجب عليه الفور إليه و لا- سيما إذا دفع له الأجره و أما إذا لم يطلب أو شرط له صلوات مخصوصه و أياما معينة فلا يجب عليه التعجيل الذى ذكره و كذا إذا لم يشترط و إنما أجره أو استأجره على المتعارف بين الناس لعلمه بأنه صاحب أشغال كثيرة و أنه لا يتركها كلها لذلك فيختص الوجوب بالمتعارف من صلوات مخصوصه أو أورد متعارفه و بالجملة يكون العقد حينئذ مبني على المسامحة و الموسعة و إيكال الأمر إلى اختيار الأجير بحيث لا يعد مقصرا و لا متهاونا فكأنه قال له صل متى أردت بحيث لا تعد مضيعا متهاونا كما هو الشأن فيما إذا استأجره على خياطة ثوب أو كتابة كتاب و منه يعرف الفرق بينه و بين الحجج و فساد ما فى المسالك فليتأمل جيدا لأن لك أن تقول لا نسلم صحة الإجارة حينئذ لأن الوصى و الوكيل مخاطبان بالفورية و التعجيل إلا أن لا يجدا أحدا يصلى إلا كذلك أو يكون هذا المصلى ذا مزية عالية فى العلم و العمل فليتأمل و أما وجوب الإتيان بها على ترتيبها فى الفوات فلوجوب مطابقتها فعل الأجير لما فى ذمه المستأجر عنه كما ستعرف (قوله) (فإن استأجر أجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن بشرط الترتيب بين فعليهما)

أما جواز استئجار أجيرين لصلاة ميت فلا شبهة فيه كما فى جامع المقاصد و لما كان ما فى الذمة مرتبا اشتراط لصحة فعلهما الترتيب و لا يشترط ذلك لصحة الإجارة و إن كانت قد توهمه العبارة قال الشهيد و الترتيب أن يصلى هذا يوما و هذا يوما و هذا شهرا و هذا شهرا (قلت) و أن يصلى هذا ظهرا و هذا عصرا و بالجملة هو أن يصلى أحدهما فرضا و الآخر الفرض الذى بعده و هكذا لكننا نقول إنا قد نقلنا كلام الأصحاب فى أواخر مباحث المواقيت من المقنعة إلى المدارك و غيرها مما تأخر عنها فى القضاء عن الميت و القاضى و المقضى عنه من حر و عبد ذكر و أنثى و ما يقضى و استوفيا الكلام فى المسألة و فروعها و أطرافها و قد لاحظنا فى ذلك باب الصلاة و الصيام و الوصايا و الموارث و غيرها و ما وجدنا أحدا تعرض للترتيب المذكور مع كونه شرطا لصحة الفعل على القول به مع أنهم قد تعرضوا لفروع آخر لا تخطر بالبال إلا بعد التنبيه عليها و لو كان هذا الترتيب شرطا لذكره أحد منهم لكن ظاهر المصنف و ولده و الشهيد و المحقق الثانى أنه مما لا- تأمل فيه حيث ذكره جازمين به و لم يأتوا بلفظ أقرب أو أقوى أو أولى أو نحو ذلك و لعلمهم يستندون إلى قولهم جميعا إلا من قال تترتب الفرائض اليومية أداء و قضاء و قد حكينا على ترتيبها فى القضاء الإجماع صريحا و ظاهرا عن عشرة كتب و أن معقده بإطلاقه يتناول ما نحن فيه و إلى قوله عليه السلام فليقضها كما فاتته (وفيه) أن المتبادر من الفتاوى و الإجماعات أنما هو قضاء الحى عن نفسه إذا فاتته فلا دلالة فيها على ما نحن فيه سلمنا لكنهم قد أطبقوا إلا ما قل على أنه إذا نسي الترتيب و جهله أنه يسقط و هذا الميت الذى قد أوصى بالقضاء لا نعلم أنه فاتته ذلك لأن الأصل فى المسلم أن لا يخل بواجب و قد قال فى الذكرى اشتهر بين متأخرى الأصحاب قولنا و فعلا الاحتياط بقضاء صلاة يتخيل اشتغالها على خلل بل جميع العبادات الموهوم فيها ذلك إلى أن قال ربما تداركوا ما لا مدخل للوهم فى صحته و بطلانه فى الحياة و بالوصية بعد الممات إلى أن قال إن إجماع

عصرنا و من راحقه عليه فإنهم لا يزالون يوصون بقضاء العبادات مع فعلهم إياها و لو علمنا أنه فاته فلا نعلم أنه عالم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٨

فإن أوقعه دفعةً فإن علم كل واحد منهما بعقد الآخر و جب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة و إن جهلا فكذلك (١)

بالسابق و منه يعلم الحال في الاستدلال بالخبر على أنه ظاهر أو صريح في الحى و فى (كشف اللثام) أنه ضعيف سندا و دلالة و وجه عدم وضوح دلالته عدم صراحته فى وجوب الترتيب مع كثرة الخارج منه و على تقدير التسليم فمخصوص بصورة العلم بالسابق (و لك أن تقول) إن إطباق المعظم على سقوط الترتيب فى صورة النسيان و الجهل أنما هو لمكان العسر و الحرج و لا عسر هنا و لا حرج (لكننا قد نقول) إن القاضى لو نسى و صلى العصر قبل الظهر أنها تصح و يصلى الظهر بعدها و لا نزن أن أحدا يبطلها و أن تقول إنك إذا سلمت تناول الفتاوى و الإجماعات و الخبر لما نحن فيه يلزمك القول بالترتيب فيما إذا علمنا الفوات و أنه عالم بالسابق و هو كثير لأن الصلاة الصحيحة فى العوام أقل قليل و لا ريب أن الترتيب أحوط للولى و الأجير و أشبه بالأصول (و ليعلم) أن هذا الترتيب يحصل بالتوقيت بين الأجيرين و لكن لا بد مع ذلك من إتيان كل منهما بتمام اليوم أو اليومين أو الثلاثة أو إخبار الآخر بما قطع عليه من ظهر أو عصر أو غير ذلك

(قوله) (فإن أوقعه دفعةً فإن علم كل واحد منهما بعقد الآخر و جب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة و إن جهلا فكذلك)

المراد بإيقاعهما دفعةً اقترانهما فى نية كل صلاة كما صرح به الشهيد فى حواشيه و وافقه عليه فى جامع المقاصد و اقترانهما فى نية كل صلاة يتحقق باقترانهما فى صلاة الظهر مثلا بأن ينويها معا و باقترانهما فيها و فى صلاة العصر بأن ينوى هذا الظهر و ذاك العصر فى آن واحد و بالجملة أن مخالفة الترتيب المذكور تحصيل بأمور (الأول) أن يسبق أحدهما الآخر فالسابق بصلاته هو المعبر فعله و الاعتبار السابق بالنية كأن ينوى زيد الظهر مثلا- ثم ينوى عمرو الظهر أيضا قبل إتمام زيد لها أو بعده و هكذا (الثانى) أن يبدأ زيد بالظهر مثلا ثم يبدأ عمرو قبل إتمامها بالعصر مثلا فصلاة عمرو باطله و لو بدأ عمرو بالعصر بعد الإتمام كانتا صحيحتين (الثالث) أن يبدأ زيد بالظهر و يبدأ عمرو بالعصر مقترنين فى النية (الرابع) أن يقرنا فى نية الظهر و الأخيران هما المرادان من العبارة و قد يتوهم اختصاصها بالأخير و كلام جامع المقاصد منصب على ذلك و قد حكم المصنف بأنه يجب على كل منهما قضاء نصف سنة سواء علم كل منهما بعقد الآخر أم لا لأن النيتين لا يمكن وقوعهما معا لأن الترتيب شرط و كل من فعلهما صالح لإسقاط ما فى الذمة فلا معنى لإبطالهما معا فلا بد من اعتبار أحدهما و لا أولوية فى أحدهما على الآخر فحكم بالتنصيف جمعا و قد يفهم من قوله و إن جهلا فكذلك أن هناك تفاوتاً فى الحكم و ليس كذلك و العبارة الجيدة أن يقال فإن أوقعه دفعةً و جب على كل منهما قضاء نصف سنة سواء علم كل منهما بعقد الآخر أم لا- و قال فى جامع المقاصد هنا إشكالات (الأول) أن الفعلين إذا وقعا دفعةً فالأحوال أربعة أجزاءهما معا و هو معلوم البطلان إذ الإجزاء أنما هو بفعل واحد فلا يعقل إجزاء الفعلين مع أن الإجزاء مطابقة الفعل للأمر و أجزاء أحدهما بعينه ترجيح بلا- مرجح و لا- بعينه أيضا باطل لأن ما لا تعين له فى حد ذاته لا وجود له فكيف يوصف بالإجزاء فلم يبق إلا بطلانها (الثانى) أن ما ذكره يقتضى إجزاء فعل أحدهما تارة و فعل الآخر تارة أخرى و هو قول بمجرد التشبهى (الثالث) أنهما إذا كان كل منهما عالما بالآخر فحال إيقاع النية لا يكون أحدهما جازما بأن فعله هو الواجب و الجزم بالنية حيث يمكن شرط (و فيه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٦٩

و فى ضمان الولى إشكال (١)

إشكال آخر و هو أنه إذا كانا عالمين كانا منهيين عن الاقتران فى الفعلين و النهى فى العبادة يقتضى الفساد (الرابع) أنهما إذا كانا جاهلين يجب الحكم بصحة فعليهما و لا- يقدر فوات الترتيب لأنه شرط مع العلم لا مطلقا إلا أن يقال أن عدم العلم بالترتيب إنما

يقتضى سقوطه مع جهل المكلف به دون القاضى عن غيره و يشكل بأن القاضى عن غيره لو نسى و صلى العصر قبل الظهر صحت و صلى الظهر كالمصلى عن نفسه إلا أن يقال أن اشتراط الترتيب فى عقد الإجارة اقتضى عدم الصحة من دونها و بالجملة فالحكم فى ذلك مشكل و ليس له إلا -وجه واحد و هو أن الإتيان بالواجب مرتين أمر جائز لا مانع منه فأكملهما عند الله عز و جل يقع فرض المكلف و الآخر نفل فحينئذ تسقط الإشكالات كلها إلا أن ثبوت هذا الجواز يحتاج إلى دليل انتهى (و نحن نقول) لا يجوز الإتيان بالواجب من العبادة مرتين إلا فى مواضع خاصة لقيام الدليل عليها و على تقدير الجواز ففى سقوط جميع الإشكالات إشكالات (أما الأول) فلا مناص فيه عن ترجيح أحدهما لا بعينه أو القول بالتشهى لأن أقصى ما عندك أن الواجب قد أتى به مرتين و كلاهما صالح لإسقاط ما فى الذمة فنقول لك بأيهما سقط أ بفعل زيد أم عمرو و لا تعيين فإن قلت سقط نصفه بفعل هذا لا بعينه فهو الذى فررت من مثله و إن تصدت بذلك الجمع بين الحقين إلا أن تقول إنه لا يضر الجهل لمكان الجمع كما هو الشأن فى نظائره و هو مراد المصنف على الظاهر لكنه لم يندفع به الإشكال ثم إنهما قد يكونان متساويين فلا أكمل عند الله عز و جل إلى غير ذلك مما يمكن أن يقال فى معنى قوله أكملهما عند الله تعالى يقع فرض المكلف و الآخر نفل و فى مؤداها إذ لو كانت صلاة أحدهما كلها أكمل كيف تكفى عن صلاة الآخر فتدبر (و أما الثانى) فإن كان مراد المصنف بالتنصيف عليهما الجمع بين الحقين كما استظهرناه فلا إيراد به أصلا و إلا فلا يندفع بكون الواجب يجوز الإتيان به مرتين لأنه لا مناص عن أحد أمرين إما التشهى أو السقوط بغير معين (و أما الثالث) فلأن الواجب الذى يجوز فعله مرتين و ينوى به الوجوب هو الذى لم يطرأ احتمال بطلانه أو كونه نفلا فما ظنك بما إذا تيقن أن أحد الفعلين أو نصفه نفلا أو باطلا فحين إيقاع النية لا يكون أحدهما جازما بأن فعله الواجب و الآخر نفل و الجزم بها ممكن بأن يتأخر عنه و يترتب و المفروض أنهما عالمان و الجزم بها شرط حيث يمكن و ليس ما نحن فيه من باب المقدمة نعم يندفع بذلك الإشكال الآخر بل لا يندفع به إلا أن يفرض أنهما اقتربا فى جميع صلاتهما فى كل صلاة مخصوصة و أن كل واحد منهما نوى الظهر الذى نواها الآخر لا غيرها و إنما هى صورة واحدة و هى الرابعة مع التأمل فى نية الوجوب منهما حينئذ و من صور الاقتران الصورة الثالثة و لم يبين لنا حالها و لا تعرض لها فى جميع ما ذكر فتدبر و قد أشار بقوله إلا أن يقال إن اشتراط الترتيب فى عقد الإجارة إلى آخره إلى أن الترتيب مأخوذ شرعا فى صحة فعل الأجيرين فإذا ورد عقد الإجارة ورد على شرط شرعى سابق على العقد لأن ما فى الذمة مرتب فقضاؤه كذلك و لم يأت من شرطه فى عقد الإجارة حتى لو أخل به كان الفعل صحيحا بل لو أخل به هنا كان باطلا و لا يندفع بما ذكر فتدبر

(قوله) (و فى ضمان الولي إشكال)

أصح الضمان كما فى الإيضاح و هو الأقوى كما فى الحواشى و جامع المقاصد لضعف المباشر بالتغريير و هو واضح فيما إذا علم و جهلا بالحال لأنه غار مفرد لعدم الإعلام و قضية القواعد فيما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٠

و يجوز الاستئجار للزيارة عن الحى و الميت (١) و فى جواز الاستئجار على الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط نظر ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر (٢)

[الثامن أن تكون معلومة]

إشارة

(الثامن) أن تكون معلومة و الإجارة إما أن تكون فى الذمة أو على العين و العين إن لم يكن لها سوى فائدة واحدة كفى الإطلاق و إلا وجب بيانها و على كل حال

إذا جهلوا جميعاً لقوة السبب و ضعف المباشرة و أما إذا علما أو علموا جميعاً فلا رجوع و إن علم أحدهما اختص بعدم الرجوع و وجه العدم أنهما مباشران و أنه إنما استأجرهما للفعل الصحيح و لم يوقعاه و العلم مقدور لهما فالتفريط منهما لأن ترك المقدور ينسب إلى القادر (و الجواب) أن مثل هذا الجهل لا يعد مقدوراً عرفاً و إلا لم يثبت خيار للمشتري الجاهل بالإجارة أو العيب أو نحو ذلك إلا أن تقول إن الطريق ليس منحصراً في الاقتران فكانت القدرة حاصله فتأمل
(قوله) (و يجوز الاستئجار للزيارة عن الحي و الميت)

كما في جامع المقاصد و هو قضية إطلاق التذكرة و ظاهر إطلاقها و إطلاق الكتاب أنه لا فرق بين الواجبة و المندوبة و ربما اشترط في الواجبة العجز و لعله حينئذ يسقط أصل الفعل كما هو الشأن في غيرها من المندوبات و ربما قيل إن النذر إن تناول فعل الناذر و فعل غيره جاز الاستئجار و إلا فلا و نفى عنه البأس في جامع المقاصد و المراد بالزيارة الحضور مع النية عند نبى أو إمام أو ولى أو مكان شريف تتخبط زيارته و لا يدخل السلام و صلاة الزيارة فيها و المراد بالحضور الإشراف على الضريح و إليه ينصرف إطلاق الزيارة كما في التذكرة قال أما لو استأجره من بعد فلا يجب الإشراف على الضريح المقدس و الدليل على ذلك أنه فعل يقبل النيابة و الدليل على قبوله النيابة الأخبار و استمرار السيرة حتى صار ضرورياً

(قوله) (و في جواز الاستئجار على الاحتطاب و الاحتشاش أو الالتقاط نظر ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر)
معناه من إمكان دخول النيابة في ذلك فيقع للمستأجر و عدمه فيقع للمؤجر و مرجعه إلى أن تملك المباحات هل يحتاج إلى نية أم لا بل يكفي مجرد الأخذ و قد تقدم له مثل ذلك من عدم الترجيح في باب اللقطة و قد تقدم لنا في موضعين من باب اللقطة أن تملك المباحات يتوقف على النية لما استفاد من النصوص المروية فيما حكى في قصص الأنبياء و الأمالي و تفسير مولانا الإمام العسكرى عليه السلام و الكافي حيث تضمنت تقريرهم عليهم السلام لجماعة كثيرين في تصرفهم فيما وجدوه في جوف السمكة بعد الشراء مع اشتغالها على العجز «١» و يجبر أسانيدنا الشهرة و يعضدها الإجماع الظاهر من المختلف و كذا التذكرة مع قوله صلى الله عليه و آله و سلم لكل امرئ ما نوى و لا- قائل بالفصل قطعاً إلى غير ذلك مما تقدم بيانه و قوله في مواضع من جامع المقاصد إن ذلك لا يعد حيازة فالظاهر بطلانه كما تقدم بيانه و حينئذ فجواز التوكيل و الاستئجار واضح و على القول بعدم التوقف على النية فالظاهر أن القائل به لا- يقول به و إن نوى العدم كالإيرث لأنه يردده كلامهم في عدة مواضع و عليه فيتصور جواز الاستئجار و التوكيل و إن لم نقل بأنه يشترط في تملك المباحات النية فلم يتم ما أطلقه المصنف و ولده و الشهيد من أن الحكم المذكور مبنى على البناء المسطور تمام الكلام في باب اللقطة

(قوله) (الثامن أن تكون معلومة و الإجارة إما أن تكون في الذمة أو على العين و العين إن لم يكن لها سوى فائدة واحدة كفى الإطلاق و إلا وجب بيانها و على كل حال

(١) العجز خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧١

لا بد من العلم بقدر المنفعة و الأعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثة و يحال غيرها عليها (١)

لا بد من العلم بقدر المنفعة و الأعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثة و يحال غيرها عليها)

العلم بالمنفعة لا خلاف في اشتراطه فيما أجد بمعنى العلم بقدرها بل العامة الذين اكتفوا في البيع بالمشاهدة وافقونا هنا و أوجبوا العلم بقدر المنفعة و قد صرح باشتراط كون المنفعة معلومة و كونها مقدرة بالزمان أو العمل و أنه يجب أن تكون معلومة و أنه محتاج إلى

تعيينها على اختلافهم في التعبير عن ذلك في المبسوط والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد وسائر ما تأخر عنها إلى الرياض وهو المستفاد من مجموع كلام الكافي والوسيلة وغيرهما وفي (الرياض) نفى الخلاف عن ذلك أي اشتراط تقديرها بالمدّة أو العمل وفي (الغنية) الإجماع عليه بل الحكم في المسألة عقلي قطعي وفي (التنقيح) لا خلاف في صحّة تقديرها بالعمل المعين خاصّة من غير زمان وبالزمان المعين خاصّة من دون تقدير بالعمل وهذا وإن كان مسوقاً لأمر آخر لكنه نافع فيما نحن فيه والفرض من قوله في العبارة والإجارة إما أن تكون في الذمّة إلى آخره بيان أنه يشترط في الإجارة ثلاثة أمور العلم بالعين وقدر المنفعة وبيان حال تعدد المنفعة واتحادها فلا يصح أن يقول آجرتك أحد هذين كما لا يصح أن يقول بعثك أحد هذين كما تقدم بل إما أن يلتزم العين في الذمّة كما يلتزم بالسلم وإما أن يؤجره عينا مخصوصة شخصية ثم إن لم يكن للعين إلا منفعة واحدة كفى الإطلاق في حمل الإجارة عليها وإن كان لها منافع وجب بيان المنفعة المطلوبة منها بالإجارة ولو لم يبين وأطلق فقد احتمل في التذكرة التعميم وقال إنه أقوى ولعله أراد أنه أقوى من احتمال البطلان وعليه أي القول بالتعميم يلزمه امتثال ما يأمره به المستأجر وعلى كل حال من حالي اتحاد المنفعة وتعددتها لا بد من العلم بقدرها ولتقديرها طريقان (الأول) الزمان وذلك فيما لا يمكن ضبطه إلا به كالسكنى والإرضاع (والثاني) العمل وذلك في المنفعة التي يمكن ضبطها به وقد قالوا إن هذه تضبط أيضا بالزمان فيكفي تقديرها بأيهما كان قد جعل ذلك في التذكرة قاعدة وضابطه وذلك كاستئجار الآدمي والدابة فإنه يمكن استئجارهما بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر والعمل كخياطة هذا الثوب وركوبها إلى موضع معين وقد طفحت عباراتهم بذلك كالمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والإرشاد والكتاب فيما يأتي واللمعة والمسالك والروضة والرياض وقد سمعت ما فيه وما في الغنية من الإجماع ونفي الخلاف واقتصر في الفقه الراوندي وجامع الشرائع وغيره على التقدير بالمدّة للعمل ومثله لا يعد خلافاً ونحوه ما في التنقيح من نفى الخلاف عن ذلك كما سمعت وجعل في التحرير ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان وما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والأرض وينتقض الأول باستئجار الظئر للإرضاع فإنه عمل ولا ينضبط إلا بالزمان كما تقدم ويأتي وكذلك استئجاره للتكحيل وينتقض ضابط التذكرة المستفاد من كلام الأكثر باستئجار الفحل للضراب فإنه قد تقدم أنه يوقع العقد على العمل ويقدره بالمدّة والمرتين إذ كان لضراب دابة واحدة وقد احتملنا إمكان تقديره بالمدّة إذا كان للماشية وفي تقدير المنفعة بهما خلاف يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ويأتي هناك بعون الله تعالى ولطفه تمام الكلام (إذا عرفت هذا) فعد إلى تمام الكلام في بيان العبارة ولما كان ضبط الأعيان كلها متعسراً أو متعذراً لمكان كثرتها وانتشارها فضلاً

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٢

[الأول الآدمي]

(الأول) الآدمي ويصح استئجاره خاصاً وهو الذي يستأجر مدّة معينة (١) فلا يجوز له العمل لغيره فيها إلا بإذنه (٢)

عن ذكر ما يعتبر فيها وكان ما تعم به البلوى وتدعو الحاجة إلى الابتلاء بإيجاره واستئجاره ثلاثة الآدمي والدواب والأرض اقتصر المصنف على ذكرها ليكون ضبطها جارياً مجرى القانون لضبط غيرها بأن يحال غيرها عليها ويعلم حاله منها (قوله) (الأول الآدمي) ويصح استئجاره خاصاً وهو الذي يستأجر مدّة معينة

أما جواز استئجار الآدمي فلا - خلاف فيه بين العلماء كما في التذكرة وقد دل عليه الكتاب وأخبار الباب وغيرها كما تقدم وأما جوازه خاصاً فقد صرح به في الانتصار والمبسوط وجميع ما تأخر عنه إلى الرياض وستسمع حكاية الإجماعات عليه وقد نبه على الحكم في النهاية بقوله ومن استأجر غيره إلى آخره لكنه لم يسمه باسم وإنما خلا عنه المقنع والمقنعة والمراسم والفقه الراوندي وكم من حكم عمت به البلوى ترك في هذه المختصرات وقد وسم هذا الأجير الخاص بالخاص والمختص في الانتصار والمبسوط و

السرائر و جميع ما تأخر عنها إلى الرياض و وسم في الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع بالمنفرد و وسم أيضا في الانتصار و المبسوط و السرائر بالمنفرد و وجه تسميته بذلك أن منفعته المخصوصة منحصرة في شخص معين بحيث لا يجوز له العمل لغيره على ذلك الوجه و في (المسالك) أن في إطلاق الخصوص عليه ضربا من المجاز و لو سمي مقيدا كان أولى لأنه في مقابلة المشترك لا في مقابلة العام و المراد بالمشترك هنا المطلق انتهى و لا يخفى أن الخاص أوفق بالعرف بل و أنسب في المعنى و قد عرف بمثل ما في الكتاب أو عينه في الانتصار و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و شرح الفخر و التنقيح و إيضاح النافع و مجمع البرهان و غيرها لكنه زيد في التذكرة و جامع المقاصد قولهما ليعمل بنفسه (قلت) لا بد من إرادة ذلك في عبارة الجميع لما ستعرف على أنه يعلم من قولهم في المشترك هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة و قد أوضحه في جامع المقاصد بما حصله أنه هو الذي يستأجر للعمل بنفسه مطلقا مدة معينة أو لعمل معين مع تعيين أول زمانه و وافقه على ذلك الشهيد الثاني في كتابيه و الخراساني و الكاشاني و صاحب الرياض و قد حاول في الروضة بيان أن الشق الثاني مستفاد من المدة المعينة في كلام الأصحاب بقوله هو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكما كما إذا استأجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده و قد قصرت عبارة الوسيلة عن المعنى الثاني أعنى الحكمي قال المنفرد هو المخصوص بالعمل الواحد و يصح بشرطين تعيين الأجل إن كان العمل مجهولا و تعيين العمل إن كان معلوما و لو قال و تعيين العمل و أول المدة لو كان معلوما لكان قد أتى بما أراد (و يعلم) أن مثل العمل المعين المسافة المعينة كأن يستأجره لحمل متاعه هذا إلى مسافة معينة و أول الزمان غدا (قوله) (فلا يجوز له العمل لغيره إلا بإذنه)

أما أنه لا يجوز له العمل لغيره فقد صرح به في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و عليه نبه في النهاية و هو قضية كلام الانتصار و الوسيلة و الغنية و النافع و اللعة و الروضة بل هو صريح بعض هذه قال في (الانتصار) يختص المستأجر بمنفعته تلك المدة و لا يصح لغيره استئجاره فيها و خالف باقي الفقهاء في ذلك و هو بمعنى لا يجوز له العمل لغيره و يظهر منه أنه إجماع منا و في (الغنية) يختص عمله في المدة بمن استأجره يدل على ذلك الإجماع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٣

فإن عمل من دون الإذن فالأقرب تخير المستأجر بين الفسخ و المطالبة بأجرة المثل أو المسمى الثاني له أو لمستأجره (١)

الماضي ذكره و في (مجمع البرهان) كأن عدم جواز عمله لغيره مما لا خلاف فيه و في (الرياض) الجزم بنفي الخلاف و الأصل فيه بعد الإجماع أنه ملك منافعه المطلوبة في تلك المدة فلا يجوز له صرف منفعته المملوكة للغير المضيق و صرف زمانه المضيق المستأجر فيه في فعل آخر للغير ينافيه و المنع الشرعي كالمنع الحسي كما طفحت بهذا المعنى عباراتهم و لكن ذلك ينقض على جماعة منهم قولهم إن منافع الحر لا تملك استقلالا و إلا لساوى العبد و قد اخترنا فيما سلف وفاقا لفخر الإسلام في شرح الإرشاد مخالفة هؤلاء لما ذكروه هنا و لما سيأتي من أنه مخير بين أخذ المسمى و أجره المثل و لو كان غير مالك لها بل إنما ملكها عليه في ذمته لم يكن له ذلك بل كان المسمى للأجير و ليس عدم الجواز فيما نحن فيه مبني على مسألة الضد لأنه كان الواجب حينئذ تقرير الدليل هكذا أنه وجب عليه العمل للمستأجر فلا يجوز صرفه إلى غيره لأن الأمر بالشئ يقتضى النهي عن ضده الخاص و لأن القائمين بالاعتناء و القائمين بعدمه أطلقوا هنا على عدم جواز عمله لغيره و قال مولانا الأردبيلي يمكن فهم عدم الجواز من صحيحة إسحاق بن عمار قال سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول اشتر بها كذا و كذا و ما ربحت بيني و بينك فقال إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس قال فإنها تدل بمفهومها على البأس بدون الإذن فيمكن حمله على التحريم مع كونه أجيرا خاصا و قال في (الرياض) فيه نظر لأعمية الأجير فيه من الخاص و أعمية البأس (قلت) الأجير

هنا خاص بالخاص وإلا فلا معنى لاستئذانه على أنه يقضى بالكراهية فى العام ولا قائل بها وقد استفاد هو وغيره فى أبواب الربا وغيره التحريم من وجود البأس كما تقدم بيانه فيما سلف من هذا الباب ثم إنه فى مجمع البرهان نبه على ما ناقشه فيه و أما أنه له ذلك إذا أذن له فوجهه واضح ولعله لذلك لم يتعرض جماعة كثيرون له (و ليعلم) أن الممنوع منه إنما هو العمل الذى ينافى العمل الذى استؤجر عليه كما بيناه آنفاً و صرح به الجماعة المتأخرون لا مطلقاً فيجوز للخياط التعليم والتعلم مع الخياطة والعقد ونحوه مما لا ينافيه بوجه فلا معنى لاحتمال المنع فى المسالك ولا لقوله فى الروضة فيه وجهان من التصرف فى حق الغير وشهادة الحال إذ لا حق للغير وإنما حقه العمل وقد حصل من دون أن يدخل فيه خلل ويجوز له العمل بالليل إذا لم يؤد لى ضعف فى العمل المستأجر عليه بلا خلاف لأن المراد الوقت الذى جرت عادته فيه كالنهار

(قوله) (فإن عمل من دون الإذن فالأقرب تخيير المستأجر بين الفسخ والمطالبة بأجرة المثل أو المسمى الثانى له أو لمستأجره)

قال فى (جامع المقاصد) أى فإن عمل الأجير الخاص لغير المستأجر فى المدة التى عينت للعمل كلها فالأقرب تخيير المستأجر بين الفسخ والمطالبة بأجرة مثل ذلك العمل أو المسمى إن سمي له شيئاً بإجاره أو جعله للمؤجر والمستأجر و وجه القرب أما بالنسبة إلى الفسخ فلفوات ما وقع عليه عقد المعاوضة أعنى الإجاره فيرجع إلى ماله و أما بالنسبة إلى المطالبة بأجرة المثل فلأنها قيمة العمل المستحق له بعقد الإجاره وقد أتلّف عليه فاستحق بدله و أما بالنسبة إلى المسمى الثانى فلأن العقد جرى على المنفعة المملوكة له و كان فضولياً بالنسبة إليه و كان له إجازته و أخذ المسمى و متى طالب بأحد الأمرين فله مطالبه المؤجر لأنه المباشر لإتلاف المنفعة المملوكة و كذا المستأجر الثانى لأنه المستوفى لها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٤

و مشتركاً و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة أو المدة (١)

انتهى و فيه نظر من وجهين (الأول) أن كلام المصنف ليس نصاً ولا صريحاً فى ما ذكره من أن المراد فسخ عقد نفسه بل هو محتمل احتمالاً ظاهراً أن المراد بالفسخ هو فسخ العقد الثانى فيطالب المؤجر أو المستأجر بأجرة المثل و هما من جهة الرد على المفيد سواء إلا- أن الثانى باللازم ولعله أبلغ (و كيف كان) فتحرير المقام أن يقال إنه إنما يجوز له فسخ عقد نفسه أو العقد الثانى إذا لم يسلمه الأجير نفسه و لم يعمل له عملاً أصلاً أما إذا سلمه نفسه أو عمل له أو عبده ثم آجر نفسه أو عبده فليس للمستأجر الأول إلا أجره المثل فيما بقى و ليس له فسخ عقد نفسه و لا العقد الثانى سواء كان المستأجر الثانى استوفى المدة أو لم يستوفها كما يعطيه إطلاقهم السابق بل كاد يكون صريحاً فى ذلك و فى (الحواشى) المنسوبة إلى الشهيد أنه له حينئذ فسخ عقد نفسه قال إذا فسخ عقد نفسه فإن كان ذلك قبل أن يعمل الأجير له شيئاً فلا شىء عليه و إن كان بعده تبعضت الإجاره و لزمه من المسمى بالنسبة لكن يجىء هنا فى صحة الإجاره الثانية وجهان يلتفتان إلى من باع ملك غيره ثم ملكه و أجاز فإن قلنا بصحتها فلا بحث و إلا عدل إلى أجره المثل كما إذا لم يكن هناك عقد و تبعه على ذلك الشهيد الثانى فى كتابيه و صاحب الرياض و هو خلاف ما تقدم لهما و لكافة الأصحاب من أن غصب المؤجر و الأجنبى بعد القبض لا يسلط المستأجر على الفسخ (و كيف كان) فالمستأجر الأول إن فسخ عقد نفسه حيث يجوز له كما هو المفروض فى جامع المقاصد لأنه فرض المسألة فيما قبل القبض و أنه عمل للثانى تمام المدة فلا شىء له إلا لمطالبه بالمسمى إن كان دفعه له و إن لم يفسخ عقد نفسه و بقى على الإجاره تخير فى فسخ العقد الطارئ و إجازته و هذا هو الذى أراد المصنف و وجه تخيره أن المنفعة مملوكة له و له عليها سلطان فله مراعاة لا- صلح له و المنع من التصرف لا يجرى مجرى التلف فالعقد عليها فضولى فإن فسخته رجع إلى أجره المثل عن المدة الفائتة لما ذكره هو و إن أجاز ثبت له المسمى فإن كان قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر خاصة لا الأجير لأنه حينئذ بمنزلة الفضولى فلا يطالب بالثمن و هذا هو النظر الثانى و هو مما يرد على المصنف أيضاً إلا أن يقولوا إن إجازته لا تزيل الضمان الثابت بالعدوان السابق نعم إن كانت الإجازة بعد القبض و كانت الأجرة معينة

فالمطالب بها من هي في يده و إن كانت مطلقة فإن أجاز القبض أيضا فالمطالب الأجير و إلا المستأجر و لا يفرق في ذلك بين أن يكون قد عمل الأجير عند غير المستأجر الأول و هو المستأجر الثاني كل المدة أو بعضها و هل للمستأجر الأول فيما إذا عمل الأجير للثاني بعض المدة الفسخ بالنسبة إليها خاصة و جهان تقدما فيما إذا رد الغاصب العين في أثناء المدة و يفهم من قول المصنف الأقرب حيث أراد به الرد على المفيد و الشيخ و سلار و أبي الصلاح و ابن حمزة و المحقق في النافع حيث قالوا بالانفساخ كما إذا أتلّف البائع المبيع قبل القبض أن المسألة مفروضة فيما إذا كان ذلك قبل قبض المستأجر العين لو كان المستأجر عبدا أو حرا لم يسلمه نفسه و مما ذكر يعلم الحال فيما إذا عمل بجعالة و إن عمل تبرعا و كان العمل مما له أجره في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأجره المثل و إلا فلا شيء له و في معناه عمله لنفسه و لو حاز شيئا من المباحات بنه التملك ملكه و كان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرناه

(قوله) (و مشترك و هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة أو المدة)

هذا هو لأجير المشترك و كل من تعرض له كما ستعرفه سماه مشترك إلا الشهيد في اللمعة فإنه سماه مطلقا و قال في (الروضة)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٥

.....

إنه أولي من تسميته مشتركا لأنه في مقابلة المقيد و هو الخاص (و فيه) أنه قد روى في التهذيب بسند صحيح عن أبي الجوزاء منبه بن عبد الله عن الحسين بن علوان عن عمرو بن (أبي خ ل) خالد عن زيد عن آبائه عليهم السلام أنه كان يقول كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن فسألته ما المشترك فقال الذي يعمل لي و لك و لذا و هؤلاء الثلاثة و إن كانوا من رجال الزيدية إلا أن فيهم مدحا بل ربما وثق منبه و سماه أمير المؤمنين عليه السلام أيضا في خبر ضعيف بالمشارك فلعل نظر الأصحاب إلى الخبر لكني لم أجد أحدا ذكر الخبر و لا أشار إليه و قال في (الروضة) سمي مطلقا لعدم انحصار منفعته في شخص معين فمن ثم جاز له أن يعمل بنفسه أو بغيره مع أنه عد من أقسامه العمل المجرد عن المدة مع تعيين المباشرة فتأمل و ليس معناه أن منفعته مشتركة بالفعل بين المستأجر و شخص آخر بل معناه أنه يجوز له العمل لغيره لأن منفعته غير منحصرة في شخص معين و قال في (جامع المقاصد) في تفسير العبارة هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تشخيص المدة كما يدل عليه ظاهر قوله أو المدة مثل أن يستأجره لخياطة الثوب و يعين أول الزمان أو يستأجره للخياطة يومين و لعله لو قال لتحصيل خياطة الثوب لكان أوضح و لعله أراد بالخياطة يومين التشخيص حقيقة بأن يعين الأول و الآخر أو أراد تقدير العمل بالزمان و هو كونه في يومين و إن لم يكونا معينين فيكون غرضه أن المنفعة حين التجريد عن المباشرة إما أن تعين بالعمل المشخص مع تشخيص المدة من دون تطبيق كخياطة هذا الثوب و يعين أول الزمان و إما أن تعين بالزمان فقط بمعنى عدم تشخيص العمل كخياطة يومين و يأتي عن قريب تحقيق ذلك و تحريره قال في (جامع المقاصد) في تمام تفسير العبارة أو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة مع التقييد بالمباشرة مثل أن يستأجره أن يعمل عنده بنفسه من غير تعيين مدة فيكون العمل مطلقا باعتبار عدم تشخيص الزمان (قال) و يعلم من العبارة أن للمشارك مسمى آخر و هو الذي يستأجر للعمل مجردا عن المباشرة و المدة معا (قلت) و هذان لا بد فيهما من تشخيص العمل لأن المنفعة فيهما خالية عن التقدير بالزمان فلا بد من تقديرها بأحدهما و قد وافقه على تقسيمه للأقسام الثلاثة الشهيد الثاني في كتابيه و الفاضل الخراساني و في (الانتصار و الغنية و التذكرة و المختلف) المشترك هو الذي يستأجر على عمل في الذمة و ظاهر الأولين الإجماع عليه و في (المبسوط و الوسيلة و السرائر و الشرائع و التحرير) أنه الذي يستأجر على عمل مجرد عن المدة و في (التنقيح) هو الذي يستأجر لعمل مطلق معين أو لزمان مطلق مضبوط مجرد عن المباشرة و أراد بالأول المجرد عن المدة و المباشرة لكن قوله مطلق يناهض ذلك لأنه لا بد من تشخيص العمل كما تقدم و أما الثاني فالظاهر منه أنه أراد به ما إذا قال آجرتك بنفسى لتحصيل الخياطة في ضمن شهر من الشهور مثلا لا أزيد و لا أنقص لأن

هذا الزمان مطلق و مضبوط لكنه ليس واحدا من الأقسام الثلاثة المتقدمة إلا على الاحتمال الثانى فى اليومين فى عبارة جامع المقاصد كما تقدم و يأتى تحقيق الحال و فى (مجمع البرهان) أنه الذى يعمل عملا معلوما فى زمن معين كلى كيوم إما مع تعيين المباشرة أو مطلقا قال فإنه يجب عليه ذلك العمل بنفسه أو بغيره أى زمان أراد (قلت) مثاله أن يقول له آجرتك نفسى على الخياطة بنفسى أو بغيرى يوما فتأمل و لعل المصنف و من تأخر عنه لما لم يظفروا بالخبر على ما يظهر لحظوا ما اعتبر فى الخاص من القيود فصح لهم أن يقسموا المشترك إلى الأقسام الثلاثة لأنه يباينه بالاعتبارات الثلاثة إذ القسم الأول من المشترك يباين الخاص بالنسبة إلى المباشرة و الثانى بالنسبة إلى المدة و الثالث بالنسبة إليهما فيجوز للأول إيقاع عقد خاص و مطلق و للثانى إيقاع المطلق قطعاً و أما الخاص فيحتمل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٦

و تملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجرة به (١) فإذا استؤجر لعمل قدر إما بالزمان كخياطة يوم أو بمحل العمل كأن يستأجره لخياطة ثوب معين (٢)

المنع و الجواز لإمكان التأخير حتى يمضى زمان الإجارة الثانية نعم ليس له أن يؤجر نفسه مدة حياته مع تعيين المباشرة و يحتمل أنهم دققوا النظر و لحظوا الخبر فرأوا أن ما تضمنه جار فى الاعتبارات الثلاثة و لعل السيدين و من وافقهما على تعريفه بأنه هو الذى يستأجر على عمل فى الذمة لحظوا الخبر لأنه أظهر فى هذا التعريف مع ملاحظة احتمال المنع فى القسم الثانى «١» فى كلام المتأخرين بالنسبة إلى إيقاع العقد الخاص كما عرفت و لعل الشيخ فى المبسوط و من وافقه لحظوا الخبر و أن تشخيص المدة و تعيينها يقضى بكونه مقيدا غير مطلق لا يصح له أن يعمل فيها لى و لك و لذاك و حكم الأول من الاعتبارات الثلاثة بالنسبة إلى طلب المستأجر العمل منه أنه يجب عليه تحصيله فى تلك المدة بنفسه أو بغيره فلو لم يفعل كان له فسخ عقد نفسه فلو لم يفسخ طالبه بأجرة المثل عنه فى تلك المدة و ليس له فسخ عقد غيره إن كان قد آجر نفسه و ليس له مطالبته المستأجر الثانى بأجرة المثل و حكم الثانى وجوب العمل بنفسه متى طلبه فإن لم يفعل فله فسخ عقد نفسه و الرضا بالعمل متى ما عمله و ليس له المطالبة بأجرة المثل لأحد و لا فسخ عقده إن كان عقد و حكم الثالث وجوب تحصيل العمل مطلقا متى طلبه و له فسخ عقد نفسه بالتأخير الكثير و الرضا بالعمل فتأمل فى الأول (و للشافعية تفسير آخر) للخاص و المشترك قال الخاص المنفرد هو الذى عين عليه العمل و موضعه و لم يشاركه فى رأيه و المشترك هو الذى شاركه فى رأى و قال له اعمل فى أى موضع شئت (قوله) (و يملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الأجرة به)

أطبق علماؤنا و الشافعى و أحمد على أن المستأجر يملك المنفعة بنفس العقد و قد طفحت بذلك عباراتهم فى مطاوى كلماتهم من غير خلاف أصلا و حكى فى الخلاف على ذلك إجماع الفرق و أخبارهم و حكى فيه و فى التذكرة الخلاف عن أبى حنيفة حيث قال إنه لا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة كالثمرة و الولد فتحدث على ملك المؤجر و يملكها المستأجر شيئا فشيئا لكن أخبارنا ليست مصرحة بذلك و إن كان يستفاد منها ذلك كصحيحه إسحاق بن عمار و نحوها و أما أنه يملك الأجرة أيضا بنفس العقد فقد حكيت عليه أيضا الإجماعات و طفحت به العبارات و عقدت له العنوانات و قد خالف أيضا فى ذلك أبو حنيفة كما تقدم بيان ذلك كله و قد أعاده هنا تمهيدا لما بعده

(قوله) (فإذا استؤجر لعمل قدر إما بالزمان كخياطة يوم أو بمحل العمل كأن يستأجره لخياطة ثوب معين)

قد تقدم أن لمعرفة قدر المنفعة عندهم طريقين (أحدهما) التقدير بالعمل و أن ذلك فى كل منفعة يمكن تقديرها به و قد أشار هنا إلى أمرين (الأول) أن معرفة العمل و تقديره تكون بتشخيص محله و تعيينه و ظاهرهم جميعا أنه لا يحتاج بعد ذلك إلى شىء آخر و سيأتى له ما قد يخالف ذلك (و الثانى) إلى ما جعله ضابطا فى التذكرة كما تقدم من له يصح فيما يقدر بالعمل فقط أن يقدر بالزمان

فقط حيث قال قدر إما بالزمان و قد تقدم أن ذلك مستفاد من كلام المعظم و قد نقضنا عليهم باستئجار الفحل و الأمر فى ذلك سهل (و الثانى) التقدير بالزمان و قد أشار فى مطاوى كلامه إلى أن بعض المنافع لا يمكن تقديرها إلا بالزمان و هى أعمال و غير أعمال فمن الأعمال الإرضاع فقال و فى الإرضاع تعيين الصبى و محل الإرضاع و مدته و منها الكحل فقال و يقدر بالمدّة خاصّة و من غير الأعمال الأرض و الدار فقال و يجب تعيين المدّة فى إجاره

(١) الثالث خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٧

.....

الأرض و قد تقدم نقل الفتاوى و الإجماعات على ذلك كله بقى الكلام فى شىء و هو أنهم مثلوا تقدير العمل بالزمان بما إذا استأجره للخياطة يوما أو شهرا و قد وقع ذلك فى المبسوط و المذهب و فقه القرآن للراوندى و السرائر و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الروض و الرياض و غيرها بل قال فى الروض من دون أن يعين اليوم و قال فى (جامع المقاصد) لا يشترط كون اليوم معيناً لتعيينه فى نفسه بخلاف الثوب فإنه يختلف باختلاف الأمور التى سيذكرها المصنف فلا بد من تعيينه و فى (المبسوط و المذهب و فقه القرآن للراوندى و السرائر) تمثيل العلم بالمدّة و الجهل بالعمل بما إذا قال له استأجرتك شهرا أو يوما لتبنى أو تخطط قالوا فهذه مدّة معلومة و العمل مجهول قالوا فى عكسه ما إذا استأجره ليخطط له ثوبه من دون ذكر مدّة و قد صرحوا أيضا بأنه يجوز أن يقول آجرتك الدابة للركوب يوما أو شهرا كما تقدم بيانه فى أول هذا الشرط و قضية ذلك أن يصح أن يقول آجرتك الدار شهرا و إن لم ينزل العقد على الاتصال و قد تقدم لنا نقل الخلاف فى ذلك و أن ظاهر خمسة كتب البطلان منها التحرير و الإرشاد و الروض إن لم ينزل على الاتصال و أنه خيرة الخلاف و المبسوط و المختلف و التنقيح و المسالك و المفاتيح فبعضها ظاهر فى ذلك و بعضها صريح حكينا عنهم ذلك فى الشرط السادس فيما إذا آجره الدار شهرا و أطلق و فيما ذكر قبل ذلك و لكن قد يظهر من المقنعة و النهاية و الخلاف و الغنية و الشرائع أن العقد صحيح و هو صريح القاضى و السرائر كما نبهنا على ذلك فيما إذا آجره كل شهر بدرهم فليلاحظ فكلامهم هنا إما عدول عن ذلك لمكان العمومات و إن الإجارة تحمل ما لا يحمل غيرها من الجهالة و إما مبنى على الفرق بين العقار و بين الآدمى و الدابة لكن ظاهر جماعه و صريح آخرين أنهما من واد واحد قال فى (الغنية) فإن كان سكنا احتيج مع ما تقدم من الشروط إلى تعيين المدّة و إن كان دابة افتقر إلى ذلك أيضا بدليل إجماع الطائفة و إما أن ينزل على التعيين إما بالتشخيص و التسمية أو بالتنزيل على الاتصال لكنه ياباه كلام الجماعة جميعا و قد سمعت ما فى جامع المقاصد و الروض بل قال فى جامع المقاصد أيضا و قد يقال إن الأيام تختلف اختلافا بينا بطول الزمان و قصره فيفتقر إلى التعيين على أن فى بعض البلاد لا يستوفى النهار كله فى العمل فى زمن شدة الحر و طول الزمان و فى (حواشى شيخنا الشهيد) إشكال على خياطة اليوم من جهة الاختلاف فى الصناعات و هو إشكال آخر انتهى لكنه قد مثل فى الأربعة الأول أعنى المبسوط و الثلاثة التى بعده ما إذا كان العمل معلوما و المدّة معلومة بما إذا قال له استأجرتك اليوم لتخطط قميصى هذا إذ قد يعطى أن اليوم فيما مثلوا به للعلم بالمدّة و جهل العمل متصل بالعقد فليأمل فى المسألة و فى الجمع بين كلماتهم و قد قال فى (التذكرة) فى أواسط الباب لا بد فيما قيد بالمدّة من تعيين ابتدائها أو انتهائها بلا خلاف و فرع عليه أنه إذا قال آجرتك سنه أو شهرا و قصد الإطلاق على معنى سنه من السنين أو شهرا من الشهور لم يكف تعيين القدر قال بل لا- بد من تعيين المبدأ و يكفى عن تعيين المنتهى و بالعكس بلا خلاف (ثم قال) فإن لم يقصد الإطلاق المذكور حمل على ما يتصل بالعقد انتهى و هذا يحكم على من يظهر منه عدم الاشتراط و على من أطلق لكن الظاهر أن ذلك فى العقار فيكون فرق بينه و بين الآدمى و الدابة لأن المدار فيهما على العمل فتعيينه تارة بتشخيصه و تارة بالزمان و إن كان

غير معين و لا- كذلك العقار فإن منافعه لا قوام لها إلا بالزمان فالزمان جزء فيها فلا بد من تعيينه لكن لم نجد لهم كلاما صريحا فى ذلك و لعل ما أطلقوه لا يكفى فى ذلك و قد سمعت ما فى الغنية و غيرها لكن لا مناص عن ذلك مع موافقة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٨

و يصح هذان فى الذمة و معينا (١) فإذا عينه بالمحل و جب تعيين الثوب و طوله و نوع التفصيل و نوع الخياطة (٢) و لو جمع بين الزمان و المحل بطل للغير (٣)

الاعتبار فتأمل

(قوله) (و يصح هذان فى الذمة و معينا)

أى يصح تعيين العمل بالزمان و تعيينه بمحل العمل سواء كان العمل فى الذمة أو معينا بتعيين الأجر (قوله) (و إذا عينه بالمحل و جب تعيين الثوب و طوله و نوع التفصيل و نوع الخياطة)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لاختلاف العمل و الأجره بذلك اختلافا بينا فتعيين الثوب يتحقق بالمشاهدة و الوصف ليعرف غلظه من رفته فتسهل خياطته أو تصعب و كذلك الطول و العرض و كان ينبغى أن يذكر العرض و يتحقق نوع التفصيل بالقباء و القميص و نحو ذلك و نوع الخياطة بالرومية و الفارسية و غير ذلك قال فى (التذكرة) لا أن تطرد العادة بنوع فيحمل المطلق عليه و وافقه فى جامع المقاصد على ذلك و هو كذلك و قد ذكر فى التذكرة هنا فرعا فذكره فى جامع المقاصد هنا و قد تركناه لأن المصنف سيتعرض له

(قوله) (و لو جمع بين الزمان و المحل بطل للغير)

اختير البطلان فيما إذا جمع بين الزمان و العمل فى التذكرة و شرح الإرشاد و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروض و الروضة و الإرشاد لكن قد قيد ذلك فى ما عدا الأخير بما إذا قصد التطبيق بين العمل و الزمان بحيث لا يزيد و لا ينقص بأن يتبدئ بابتدائه و ينتهى بانتهاؤه و مثله بخياطة هذا الثوب فى هذا اليوم و ركوب هذه الدابة إلى موضع كذا فى يومين و هو معنى ما فى المبسوط و المهذب و فقه القرآن و السرائر من توجيه البطلان فى المثال بأنه ربما يخطط الثوب قبل مضى النهار فيبقى بعض المدة بلا عمل و ربما لا يفرغ منه بيوم و يحتاج إلى مدة أخرى و يحصل العمل بلا مدة و قد عنونوا ذلك بما إذا كانت المدة معلومة و العمل معلوما و قالوا إن ذلك لا يصح و إن العقد يبطل حينئذ و هو معنى قوله فى الوسيلة و لا يصح تعيين الأجل و العمل معا فإن عينا بطل و الوجه فى البطلان على هذا التقدير مع أنه عبث لا حاجة بهما إليه ظاهر لأنه يكون قد استأجره على ما لا قدرة له عليه فكانت صحة الإجارة مفضية إلى بطلانها لأنه إذا لم ينطبق العمل على المدة امتنع حصول المستأجر عليه فيجب أن تنفسخ الإجارة فلم يتضح لنا وجه تردده فى الشرائع و تجوز الصحة فى التحرير و الحواشى فضلا عن الحكم بها فى المختلف فيما حكاه عنه جماعة و لم أجده فيما عندنا من نسخه و هى متعددة و فيها الصحيح الملحوظ بنظر الشيوخ مستندين إلى أن الغرض أنما يتعلق (تعلق خ ل) بفعله تلك المدة و ذكر الانطباق للمبالغة إذ لا ثمره مهمة فى تطبيقه على الزمان و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا إن فرع قبل آخر الزمان ملك الأجره لحصول الغرض و هو التعجيل و لا يجب شىء آخر و إن انقضى الزمان فللمستأجر الفسخ فإن فسخ قبل حصول شىء من العمل فلا شىء له و إن فسخ بعد شىء فأجره مثل ما عمل و إن اختار الإمضاء ألزمه بالعمل خارج المدة و ليس للأجير الفسخ هذا ما ذكره فى التحرير و لعل القلم أثبت المختلف مكان التحرير سهوا فى حواشى الشهيد و تبعه المحقق الثانى و الشهيد الثانى (و فيه) أنه خارج عن محل النزاع إذ المفروض أن العقد أنما وقع على التطبيق لا العمل فقط و المدة ذكرت للمبالغة فى التعجيل كما قضى به التوجيه و التعليل و حاصله أنه أراد الظرفية المطلقة فيما يمكن وقوع العمل فيها و ذلك مما لا ريب فيه و قد دلت عليه موثقة محمد الحلبي قال كنت قاعدا عند قاض من قضاة المدينة و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأثارة رجلان فقال أحدهما إنى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٧٩
و يعين في تعليم القرآن السور (١) أو الزمان (٢) و في الإرضاع تعيين الصبي (٣)

تكايرت إبل هذا الرجل ليحمل متاعا إلى بعض المعادن و اشترطت عليه أن يدخلني يوم كذا و كذا لأنها سوق أتخوف أن يفوتني إلى أن قال فلما قام الرجل أقبل إلى أبو جعفر عليه السلام و قال شرط هذا جائز الحديث و قد تقدم نقله برمته عن الباقر عليه السلام ثم عد إلى تفریع التحرير فلعل الوجه في أن للمستأجر الفسخ أن الأجير لم يف بالشرط و في أن الأجير لم يملك الفسخ إن رضی المستأجر بالبقاء عليه أن الإحلال بالشرط جاء من قبله فلا يكون ذلك وسيلة إلى ثبوت الخيار له كما لو تعذر المسلم فيه في وقته فإن المسلم إليه لم يملك فسخ العقد و في أنه إذا اختار الإمضاء ألزمه بالعمل لا غير إنه كالمسلم إذا صبر عند فقد المسلم فيه إلى حين وجوده فإنه ليس له أكثر من المسلم فيه و في أن للأجير أجره مثل ما عمل إذا فسخ المستأجر أنه إذا فسخ العقد سقط المسمى و رجع إلى أجره المثل (و فيه) أنها لو زدت على المسمى ربما جعل الأجير التواني في العمل وسيلة إلى أخذ الزائد فينبغي أن يكون له أقل الأمرين مما يخصه من المسمى إن كان أتم العمل على تقدير التقسيط و من أجره مثل ذلك العمل فتأمل و الأصح أنه له أجره المثل مطلقا كما هو مقتضى القواعد (و يعلم) أنه قال في الشرائع و لو قدر بالمدّة و العمل قيل يبطل لأن استيفاء العمل في المدّة قد لا يتفق و فيه تردد و مراده الإشارة إلى ما في المبسوط و غيره من أن استيفاء العمل في المدّة المعينة على وجه التطابق بحيث يتمان معا قد لا يتفق غالبا لا ما قد يشعر به التعليل من كون المدّة ظرفا للفعل بحيث يستوفى فيها فإن هذا يمكن جعله متفقا بتكثير المدّة كما تقدم و لعله متردد في حمل الإطلاق على التطبيق أو في إمكان حصوله و عدمه أو في صحّة اشتراطه على تقدير حصوله لأن كان لا يتفق إلا نادرا و الظاهر أنه غير ما في التحرير فتأمل جيدا

(قوله) (و يعين في تعليم القرآن السور)

هذا مما لا خلاف فيه فيكون الاستئجار مقدرًا بالعمل و سيأتي للمصنف أنه يقدره بالعمل فيعدد السور و المراد بتعدادها تعيينها فإن التعيين لا بد منه لامتناع الصحة مع الغرر و لا ريب أنه مع التعيين لا حاجة إلى التعداد
(قوله) (أو بالزمان)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و قد نسبه في الإيضاح إلى إطلاق الأصحاب و لعله أراد أن الأصحاب أطلقوا القول بجواز الاستئجار على تعليم القرآن حيث لا يجب و ذلك يقتضى بأنه لا بد من التعيين و هو يكون بالزمان أو العمل لأن كل ما يتعين بالعمل يتعين بالزمان إلا ما ندر من نحو استئجار الفحل فتأمل و استشكل المصنف في تقديره بالزمان من تفاوت السور في سهولة الحفظ و قد استجود المنع من الاكتفاء بالزمان في التذكرة أيضا و من أن طريق التعيين في الإجارة أحد الأمرين كما بينه بذلك في جامع المقاصد و من إطلاق الأصحاب كما بين به الوجه الثاني في الإيضاح و لم يرجح و يرد على الشق الأول أن هذا التفاوت لا يعتبر لحصول التعيين المعتبر و ذلك إنما هو حيث يجوز الاستئجار كما تقدم و يأتي
(قوله) (و في الإرضاع تعيين الصبي)

كما في المبسوط و الوسيلة و الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبيان في الصغر و الكبر و النهمه و القناعة و در اللبن على بعض كما قيل كما يأتي و تعيينه يكون بمشاهدته و تمييزه عن غيره بل قال أكثر هؤلاء و لا بد من مشاهدة الصبي و اكتفى مولانا الأردبيلي بالوصف كالراكب و هو قول لبعض العامة لا بأس به بل ظاهر جماعة عدم اشتراط هذا الشرط حيث يقتضون على ذكر المدّة و الصبيّة مثل الصبي و إن لم يذكرها إلا صاحب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٠

ومحل الإرضاع أ هو بيتها فهو أسهل أو بيت الصبى فهو أوثق للولى فى حفظه (١) و مدته (٢) ولا تدخل الحضانه فيه و هل يتناول العقد اللبن أو الحمل و وضع الثدي فى فيه و يتبعه اللبن كالصبغ فى الصباغة و ماء البئر فى الدار الأقرب الأول لاستحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها و الرخصة سوغت تناول الأعيان (٣) و على المرضعة تناول ما يدر به لبنها من المأكول و المشروب (٤) فإن سقته لبن الغنم لم تستحق أجرا (٥) و لو دفعته إلى خادمتها فالأقرب ذلك أيضا (٦)

المسالك و ينبغى أن يشترطوا تعيين المرضعة لأن الحال يختلف باختلافها و قد استحَب الشارع اختيار العاقلة المسلمة العفيفة الوضيئة لأن الرضاع مؤثر فى الطباع و الأخلاق و الصورة و اللسان و هو أى الاشرط خيره مجمع البرهان و كذا المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير لأنهم قالوا إذا ماتت بطلت الإجارة لكنهما لم يعدها من الشروط و قد يظهر ذلك من جامع الشرائع بل و من الكتاب فيما إذا دفعته إلى خادمتها و قد ترك ذكر اشرطه الباقيون بل ظاهرهم عدم اشرطه و أظهرها عبارة الوسيلة و كذا التذكرة حيث جعل شروط الإرضاع فى الأول خمسة و فى الثانى أربعة و لم يعدها من جعلتها تعيين المرضعة فتأمل و صريح قول المصنف فيما يأتى عدم الاشرط حيث قال فإن مات المرتضع أو المرضعة بطلت إن كانت معينه و مثله قال فى السرائر و هو خيره جامع المقاصد هنا «١» و المسالك و هو ظاهر الإيضاح

(قوله) (و محل الإرضاع أ هو بيتها فهو أسهل أو بيت الصبى فهو أوثق للولى فى حفظه)

اشرط هذا الشرط خيره المبسوط و الوسيلة و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح لاختلاف محال الإرضاع فى السهولة و الصعوبة و الوثاقه فى الحفظ كما أشار إليه المصنف و قد تردد فيه صاحب الشرائع مما ذكر و من أصالة عدم الاشرط و قد تركه الأكثر مع تعرضهم للأول و ينبغى جريان الحكم فى كل موضع يختلف فيه الفعل (العمل خ ل)

(قوله) (و مدته)

بالجر عطفًا على محل الارتضاع المعطوف على المضاف إليه و قد تقدم أنه لا يمكن تقديره إلا بالزمان كما فى المبسوط و غيره و قد طفحت عباراتهم هنا باشرط تعيين مدته كعبارة المبسوط و الوسيلة و الشرائع و غيرها للجهالة بدونه لأنه لو ضبطه بالعمل لم نعلم قدر ما يحصل له من اللبن و لا القدر الذى يستوفيه فى كل مرة و قد تعرض له الأمراض و الأسباب الملهية كما ذكر ذلك فى التذكرة لكن ذلك يأتى فى التقدير بالزمان فتأمل

(قوله) (و لا تدخل الحضانه فيه و هل يتناول العقد اللبن أو الحمل و وضع الثدي فى فيه و يتبعه اللبن كالصبغ فى الصباغة و ماء البئر فى الدار الأقرب الأول لاستحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها و الرخصة جوزت تناول الأعيان)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله فى الشرط الرابع مسبقا محررا بما لم يوجد فى كتاب

(قوله) (و على المرضعة تناول ما يدر به لبنها من المأكول و المشروب)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن مقدمه الواجب واجبه و أنه من تمام التمكين فى الرضاع و يجب عليها أيضا تناول ما يصلحه و عليه نص فى التذكرة و التحرير لأن فى تركه إضرارا بالصبى

(قوله) (فإن سقته لبن الغنم لم تستحق أجرا)

كما فى المهذب و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه غير المستأجر عليه لأنه ليس بإرضاع فتكون متبرعه و مثله ما لو أطعمته

(قوله) (و لو دفعته إلى خادمتها فالأقرب ذلك أيضا)

كما فى المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد لكنه لم يخص الفرض بالخادمة فى الأول بل قال امرأة غيرها و وجه أن الأقرب عدم استحقاقها أجرا هو ما تقدم من

(١) هناك خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ١٨١

و يقدم قولها لو ادعته لأنها أمينة (١) و له أن يؤجر أمته و مدبرته و أم ولده للإرضاع (٢) دون مكاتبته (٣) فإن كان لإحدهن ولد لم يجز له أن يؤجرها إلا أن يفضل عن ولدها (٤) و لو كانت مزوجة افتقر المولى إلى إذن الزوج (٥) فإن تقدم الرضاع صح العقدان (٦) و للزوج وطؤها و إن لم يرض المستأجر (٧)

أنه غير المستأجر عليه لأنه يختلف باختلاف المرضعات فحيث يطلق يحمل مطلقه على المباشرة لأنه المتبادر إلى الفهم و العرف جار عليه فيبطل المسمى لبطلان العقد و لا تجب أجره المثل لأنها متبرعة و لعل هذا هو المراد من العبارة كما فهمه ولده و فيه نظر ظاهر لأنه على القول باشتراط التعيين يقع العقد باطلا كما إذا أطلق و لم يعين الولد إلا أن تقول إن التبادر يقوم مقام التعيين و ينبغى الجزم بالاستحقاق على تقدير عدمه و قد يكون نزاع المصنف فى هذا الفرع إلى القول بالاشتراط و لعله الظاهر هنا من جامع الشرائع كما تقدم التنبيه عليه

(قوله) (و يقدم قولها لو ادعته لأنها أمينة على إشكال)

و حكم بذلك فى التحرير من دون التعليل و لعله لأنه لا يلزم من أمانتها تقديم قولها خصوصا و إنما تريد بذلك إثبات استحقاق الأجر لها و فى (جامع المقاصد) يمكن أن يحتج على ذلك بأن ذلك فعلها و هى أعلم به و يعسر الإشهاد عليه ليلا و نهارا فلو لم تقبل يمينها لأدى ذلك إلى عدم الرغبة فى الإرضاع قال و هو حسن قلت و هو كذلك

(قوله) (و له أن يؤجر أمته و مدبرته و أم ولده للإرضاع)

بلا- خلاف كما فى المبسوط و قد نص عليه فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنهن مملوكات فليس لواحدة منهن الامتناع و إجارة نفسها من دون إذنه و أراد بأمته القنة و إلا فالكل إماء

(قوله) (دون مكاتبته)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و الحواشى و موضع من التحرير غير فارقين بين المطلقة و المشروطة تصريحاً من الشهيد و الكركى و المصنف فى موضع من التذكرة و إطلاقاً فى موضع آخر لانقطاع سلطته عنها بالكتابة مطلقاً أو مشروطة و لهذا لا يملك تزويجها و لا وطأها و لا إجاتها فى غير الرضاع و لها أن تؤجر نفسها مطلقاً من غير إذنه لأنه نوع اكتساب و مثل المكاتبه ما أعتق بعضها فى أنه ليس لمولاه إجاتها من دون إذنها و فى (المبسوط و موضع من التحرير) أن له أن يجبر المشروطة دون المطلقة و فيه نظر ظاهر نعم إذا عجزت المشروطة عادت قنة فتأمل

(قوله) (فإن كان لأحدهن ولد لم يجز أن يؤجرها إلا أن يفضل عن ولدها)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن السيد إنما يملك فاضل حاجة مملوكه و كذا القول فى كل مرضعة و إنما خص المملوكات بالذكر لأنهن محكوم عليهن فهن فى مظنة عدم ملاحظه ولدهن خصوصا إذا كان الولد مملوكا بخلاف الحره بالنسبة إلى ولدها لاقتضاء الشفقة الجبليه خلاف ذلك نعم يجوز له ذلك أعنى إجارة أمته و إن لم يفضل عن ولدها إذا أقام له مرضعة ترضعه

(قوله) (و لو كانت مزوجة افتقر المولى إلى إذن الزوج)

هذا بإطلاقه يخالف ما سلف له من أنه إنما يفقر إلى إذن الزوج فيما يمنع حقوقه لا مطلقاً و لا فرق بين الأمه فى ذلك و الحره و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى فى الشرط السادس و نقلنا هناك كلامه هنا

(قوله) (فإن تقدم الرضاع صح العقدان)

لعدم منافاة الرضاع للزوجة فلا اعتراض للزوج قطعا كما في المسالك كما تقدم لنا بيان ذلك

(قوله) (و للزوج وطؤها وإن لم يرض المستأجر)

هذا أيضا قد تقدم لنا الكلام فيه و أنه إن تقدم الرضاع ليس له وطؤها إلا وقت الفراغ منه حيث لا يضر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٢

فإن مات المرتضع أو المرضعة بطلت الإجارة إن كانت معينة (١) و لو كانت مضمونه فالأقرب إخراج أجره المثل من تركتها (٢)

باللبن

(قوله) (فإن مات المرتضع أو المرضعة بطلت الإجارة إن كانت معينة)

كما في السرائر و الحواشي و جامع المقاصد و المسالك بناء على أنه لا يشترط في المرضعة التعيين فقيدوا البطلان بموتها بما إذا كانت معينة و اختير في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير البطلان بموت الرضيع أو المرضعة من دون تقييدها بكونها معينة و ظاهرهم هنا أنه يشترط فيها التعيين و يرشد إليه توجيهه في التذكرة بأن المنفعة قد فاتت بهلاك محلها فأشبهت البهيمه المستأجرة إذا ماتت فإنها تنفسخ الإجارة فكذا هنا و استظهر في المسالك من الشرائع كونها معينة لمكان قطعه بالحكم فتأمل و من الغريب ما في الإيضاح في شرح العبارة فإنه وجه احتمال البطلان بموت المرضعة باحتمال انصراف الإطلاق إليها و الغرابه من وجوه و هي أن المصنف جزم بالبطلان بموتها إذا كانت معينة و هو في محله فكيف احتمله احتمالا و جعل وجه انصراف الإطلاق إليها و المفروض أنها معينة و قد عرفت فيما سلف أن القائل باشتراط التعيين يقول بالبطلان عند الإطلاق و القائل بالعدم يقول بالصحة عنده و الناس بين قولين و كل من تعرض لهذا الفرع جزم ببطلانها بموت المرتضع جزما من دون أقوى و أقرب و نحو ذلك بل في المسالك أنه لا إشكال في ذلك فالإجماع من المتعرضين محصل لأنه قد تقدم من هؤلاء المذكورين هنا و من غيرهم و هم جماعة الإطباق على اشتراط تعيين الصبي لاختلاف الصبيان في الصغر و الكبر و النهومه و القناعة و در اللبن عليه دون غيره و قضية ذلك ببطلانها بموته و قد جعله في الإيضاح احتمالا مع أنه إنما احتمل عدم البطلان بموته بعض الشافعية فجعلوا موته كموت الراكب و جعله في التذكرة كتلف الثوب لأن اللبن قد يدر على أحد الولدين دون الآخر فيتعذر إقامة غيره مقامه و نحوه ما في الإيضاح أيضا و هو كما ترى و الأصل فيه ما ذكرناه و لا فرق في ذلك بينه و بين الراكب إذا عين كذلك لأنه يختلف أيضا اختلافا كثيرا و أما در اللبن على البعض دون البعض فعلى تقدير تسليمه إذ المشاهد غالبا خلافه يجب على المستأجر أن يأتي لها بمن تدر عليه إلا أن تقول أنهما أرادا بذلك التنبه على أنه لا بد فيه من التعيين فليتأمل و قد قال ابن إدريس في المقام كالشيخ في المبسوط أنها تبطل بموت المستأجر إلى أن قال و لا- خلايف في أن موت المستأجر يبطل الإجارة و قد خالفه فيما سلف له قبله كما تقدم الكلام في ذلك مفصلا (و كيف كان) فحيث تبطل بموت أحد يرجع بحصة الباقي إن كان في الأثناء و إلا فبالجميع

(قوله) (و لو كانت مضمونه فالأقرب إخراج أجره المثل من تركتها)

كما في الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك لأنها كغيرها من الإجازات المتعلقة بالذمة لأن الإرضاع في ذمتها بمنزلة الدين فينتقل إلى مالها إذا فاتت ذمتها فتخرج أجره المثل لما بقي من المدة من أصل تركتها لأنها قيمة الواجب في الذمة فيدفع إلى وليه و يحتمل أنه أراد بغير الأقرب أنه يجب على وليها الاستئجار للإرضاع من تركتها لأن الواجب في ذمتها هو الإرضاع و لم يتعذر و إلا لانفسخت الإجارة و لا- معنى للصبر إلى أن يوجد مرضعة في هذا الفرض و هو جيد جدا كما جزم به فيما يأتي قريبا فيما إذا مرض الأجير و كانت مضمونه نعم إن تعذر عليه ذلك تعين الأول و إن تعذر بالكلية انفسخت و لا فرق بين الموت و المرض المستوعب المدة و قد يكون أراد المصنف أن أجره المثل تخرج من تركتها ليستأجر به عنه لا لتدفع إلى وليه لكنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٣

و يكفى فى العمل مسماه و لو اختلف فالأقرب و جوب اشتراط الجودة و عدمها (١) و لو مرض الأجير فإن كانت مضمونة لم تبطل و ألزم بالاستئجار للعمل (٢)

ليس حيثئذ هناك شىء آخر غير الأقرب و قال فى (جامع المقاصد) و يحتمل انفساخ الإجارة كما اختاره ابن إدريس فإنه حكم بالبطلان بموت المرضعة و المرتضع و الأب المستأجر و نحوه ما فى الإيضاح و قد عرفت أنه إنما حكم فى السرائر بالبطلان بموت المرضعة إذا كانت معينة و كأنهما لم يلحظا تمام كلامه فإنه قال بعد ذلك بلا فاصله لأن الصبى إذا مات بطلت الإجارة و كذلك المرأة إذا كانت الإجارة معينة بنفسها انتهى و هلا نسبا خلاف الأقرب إلى المبسوط و ما ذكر بعده فى المسألة التى قبلها (قوله) (و يكفى فى العمل مسماه و إن اختلف فالأقرب اشتراط الجودة و عدمها)

إذا كان العمل مما لا تختلف الأغراض باختلافه جودة و رداءة و إدادآب و توانيا كفى فى تحصيل البراءة منه أقل مراتب ما صدق عليه الاسم و هو مسماه لغه كالضرب و الأكل أو عرفا كالاحتشاش و الاحتطاب أو شرعا كالصلاة و الطواف و إن كانت الأغراض تختلف باختلافه جودة كان تركه مفضيا إلى الجهالة و غررا منفيًا فى الشريعة فيجب الاشتراط و يحتمل العدم فينزل الإطلاق على ما يقع عليه الاسم و قال فى (الإيضاح) التحقيق أن هذه المسألة راجعة إلى الاختلاف بالاشتداد و الضعف فى سببه و أن الناس قد اختلفوا على ثلاثة أقوال (الأول) أنه اختلاف بالنوع و هو التحقيق (الثانى) أنه باعتبار اجتماع الأمثال (الثالث) أنه باعتبار اجتماع الأضداد فعلى الأول يجب اشتراط الجودة و عدمها و لهذا اختاره المصنف و على الباقيين لا يشترط فعلى الثانى يجب مسمى العمل و على الثالث لا يكون الضد كالنوى فى التمر و تراب العادة و الشعير فى الحنطة فيحمل على الجيد (ثم قال) و الأصح عندى ما جعله المصنف أقرب انتهى و أراد باجتماع الأمثال اجتماع الأجزاء مثلا- السواد الكثير ذو أجزاء و هى أمثال و مرجعه إلى اتحاد النوع و أراد باجتماع الأضداد اجتماع الأشياء المختلفة فى الماهية و ليست متلازمة عادة كالنوى فى التمر بل المراد أن السواد الكثير يضعف بمخالطة غيره فالماهية واحدة فالإطلاق فى هذا يحمل على الجيد الخالى من الضد (و نحن نقول) إن النوع فى ذلك متحد و لكن لما كانت أفراده مختلفة جودة و رداءة و كانت الأغراض تختلف باختلافها أو جينا اشتراطها رفعا للجهالة فالشأن فى الأعمال كالشأن فى الأعيان المتحدة الماهية و أفرادها مختلفة فى الجودة و الرداءة فكان النظر فى كلامه من وجهين و أما إذا كان العمل يختلف بالإدادآب و التوانى كما إذا استأجره إلى المكان الفلانى فإنه يحمل على الأوسط المعتاد لأن الإدادآب فوق المعتاد نادر و الأغراض لا تختلف به غالبا كالتوانى و التراخى و ليس هما كالسرعة و البطء و لهذا قالوا فى باب الغصب فيما إذا غصب عبدا له منافع أنه يضمن أعلاها بأوسطها أجرة كما تقدم بيانه فتأمل

(قوله) (و لو مرض الأجير فإن كانت مضمونة لم تبطل و ألزم بالاستئجار للعمل)

قد جزم هنا بأنه يلزم بالاستئجار و جعله احتمالا فيما إذا ماتت المرأة و لم يتضح لنا الفرق بين الموت و المرض المانع من العمل طول المدة لأن الواجب فى ذمته الإرضاع و العمل و لم يتعدرا حتى يجيء الفسخ فوجب الاستئجار فيهما و الشارحان ساكتان و يجب تقييده بما إذا كان العمل معينًا بالمدة كأن يستأجره شهرا فى ذمته للبناء مثلا أما لو استأجره فى ذمته لىبنى له هذا البيت فإنه ينتظر و لا يلزم بالاستئجار لأن المنفعة حيثئذ معينة بالعمل

(قوله) (و إن كانت معينة بطلت)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٤

و إن كانت معينة بطلت (١) و كذا لو مات و لو اختلف العمل باختلاف الأعيان فالأقرب أنه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان (٢)

وجهه ظاهر إذا استوعب المرض و تعين زمان الإجارة كما قيده بالأول فى الحواشى و به و بالثانى فى جامع المقاصد لأنه إذا لم يستوعب المدة و مرض بعضها بطل فيه و تخير المستأجر و إن لم يتعين الزمان أنظر و لا بطلان و الظاهر أن الأول يغنى عن الثانى و لذلك اقتصر عليه الشهيد

(قوله) (و لو اختلف العمل باختلاف الأعيان فالأقرب أنه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان)

قال فى جامع المقاصد أى لو اختلف العمل اختلافاً بينا باختلاف الأعيان و قد عين بالوصف فالأقرب عند المصنف أن الحكم فيه كالمعينة و وجه القرب عدم حصول المستأجر عليه إلا من النسخ المعين فتبطل الإجارة بموته و يحتمل عدم لأنه العمل الموصوف فى الذمة (و اعلم) أن العبارة غير مستقيمة و ذلك لأن الذى يمكن تنزيل العبارة عليه هو أنه إذا استأجره للكتابة الموصوفة بأوصاف لا تنطبق إلا على كتابة كاتب مخصوص فإنها كالمعينة لعدم انطباق الوصف إلا عليه فإذا مات بطلت و يحتمل عدم لأنها فى الذمة فهى أمر كلى فى الواقع و إن لم يكن له إلا فرد واحد فلا تنفسخ بالموت لأن الكلى فى الذمة فيتخير المستأجر بين الفسخ و الصبر إلى أن يوجد كاتب بذلك الوصف و الأول أقوى لأن الكاتب و إن لم يتعين بسمته (تسمية خ ل) إلا- أن أوصاف الكتابة مثلاً اقتضت تشخيصه خصوصاً إذا علم انحصار الوصف فى عمل ذلك الكاتب فإن ظاهر الحال و المتعارف إرادته بالإطلاق إذ يبعد أن يستأجر لكتابة يتوقع لها حدوث كاتب على مرور الأزمان و تراخى الأوقات و هذا الحكم حسن إلا أن تنزيل العبارة عليه لا يخلو من شىء لأن قوله لو اختلف العمل باختلاف الأعيان بمجرد لا يقتضى انحصار العمل الموصوف فى فرد مخصوص و كذا دليله لا يرتبط بالمدعى فإن ذلك لا ينتج كون هذا كالمعينة تنفسخ بموت الكاتب الموجود بالأوصاف كما هو معلوم و الحق أن العبارة غير حسنة انتهى كلامه برمته (و نحن نقول) إنه رحمه الله تعالى ما ألم بمعنى العبارة إذ معناها أنه لما كان العمل يختلف باختلاف العاملين بالجودة و الرداءة و الخفة و البطء قرب عنده أن هذا العمل لا يصح جعله فى الذمة مدة معينة بحيث يحصله من شاء لما فى ذلك من الغرر لمكان الاختلاف الكثير إذ ربما يستأجر له كاتباً بطيئاً فى الكتابة يكتب له فى اليوم كتابة غير جيدة مائتى بيت و هو يريد كاتباً يكتب فى اليوم كتابة جيدة خمس مائة بيت أو أكثر و فى ذلك كمال الغرر و كذا الحال فى الخياطة و نحوها فلا بد عنده من تعيين الكاتب مثلاً دفعا للغرر سواء كان الكاتب هو المؤجر أو غيره مع إمكان تحصيل المنفعة المذكورة منه فإذا قال له آجرتك نفسى لأكتب لك ما تشاء شهراً جرى مجرى أن يقول آجرتك نفسى لأكتب لك بنفسى فكانت كالمعينة كما قال المصنف لأنه ما عمد إليه دون غيره مع علمه باختلاف هذا العمل باختلاف العاملين إلا و أراد العمل بنفسه و إنما قيدنا كلامه بما إذا كان التعيين بالمدة لأنه إذا كان بالعمل كما لو استأجره على كتابة هذا الكتاب المعين الشخصى صح و إن لم يعين الصانع لأن المنفعة إذا عينت بالعمل و جب ضبط جميع ما يختلف به العمل من الجودة و عدد الأوراق و قدرها و عدد السطور فى كل صفحة و قدر الحاشية و دقة القلم و غلظه عدا الخفة و البطء لأن الاختلاف فيهما الموجب للزيادة فى العمل و النقيضة غير قادح فى ذلك إذ الغرض تحصيل كتابة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٥

و يجوز الاستئجار لحفر الآبار و الأنهار و العيون (١) و يفتقر إلى معرفة الأرض بالمشاهدة و أن يقدر العمل بالمدة (٢)

الكتاب المخصوص على الوصف المشروط و هو حاصل سواء أسرع أو أبطأ إذ لا غرر فى ذلك و إنما ترك المصنف التقييد بالمدة لظهور ذلك مما تقدم مراراً و إلى ذلك أشار بقوله فى المبسوط لو استأجر رجلاً ليحصل له خياطة خمسة أيام بعد شهر لم يجز لأن العمل يختلف باختلاف العامل من حدادته و بلادته فإذا قدر من غير أن تكون العين معينة كان فى ذلك تفاوت شديد و من الغريب أنه فهم فى التحرير أن عدم الجواز من هذه العبارة إنما هو لمكان الفصل بالشهر فإنه نقل كلام المبسوط هذا إلى قوله لم يجز و ترك التعليل بالكلية و سكت عليه مع أنه فى المبسوط قوى جواز الفصل نعم عدم الجواز مذهبه فى الخلاف فأراد بهذه العبارة فى المبسوط بيان أن عدم الجواز لم يكن من أجل الفصل بل مما علله (علته خ ل) به و قد عبر عن هذه العبارة أعنى عبارة المبسوط فى الشرائع و

لا تصح إجارة العقار في الذمة لما يتضمن من الغرر بخلاف استئجار الخياط للخياطة و النساج للنساجه و إذا استأجره مدة فلا بد من تعيين الصناع دفعا للغرر الناشئ من تفاوتهم في الصنعة لكن بين كلام المصنف و كلام الشيخ و المحقق فرقا تظهر ثمرته عند الإطلاق فعندهما أنها تبطل لأنه لا بد من التعيين و عنده أنها تصح لأنها تجرى مجرى المعينة و يرشد إلى ذلك أنه أشار في التذكرة إلى كلام المبسوط بقوله و إن قال أئزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوما فالأولى الجواز للأصل و قال بعض الشافعية لا يصح لأنه لم يعين عاملا يخطط فلا ترتفع الجهالة و ليس بجيد لأن الخياطة مدة معلومة و أمر معلوم فصح العقد انتهى و من دقق النظر فيما ذكرنا و لحظ كلام المسالك ظهر له أنه لا- وجه لقصره تفاوت الصناع في الأعمال على الخفة و البطء و لا لاعتراضه على إطلاق كلام الشرائع و جزم الشرائع في محله بناء على ما تقدم من أنه مع التقدير بالمدّة لا يحتاج إلى غيرها و لعل عدم جزم المصنف لما يأتي له بعد هذه في الاستئجار لحفر الأنهار و غيرها من بعض المسائل من أنه لا بد مع التقدير بالمدّة من ذكر بعض ما يختلف الحال بذكره و عدمه فلتكن هذه منها فتبطل بدون التعيين و هذا هو المراد بغير الأقرب على ما فهمناه و كلام الإيضاح يخالف ما فهمناه و ما فهمه المحقق الثاني قال ما ذكره المصنف هو الصحيح فإن الغرض لا يحصل من غير الناسخ فأشبهه ما لو أسلم إليه في نوع فسلم إليه غيره و يحتمل عدمه لأنه ثبت في ذمته النسخ مطلقا و الأصح الأول لتعين كل ما تختلف الأغراض به و خصوصا الناسخ معتبر «١» لاختلافهم في الجودة و الصحة انتهى و قد يكون المصنف أراد هنا بغير الأقرب ما ذكره في التذكرة من وجه الصحة و لعله غير ما في الإيضاح أو هو هو فليتأمل

(قوله) (و يجوز الاستئجار لحفر الأنهار و الآبار و العيون)

كما نص عليه في المبسوط و هو قضية كلام الباقيين كما ستسمع و قال في (التذكرة) يجوز الاستئجار لحفر الآبار و القنى و النهران و السواقي و لا- نعلم فيه خلافا و قد ترك فيها ذكر العيون كالشيخ في المبسوط و لعلها لأنها عندهم من أفراد البئر كما تقدم في باب الطهارة

(قوله) (يفتقر إلى معرفة الأرض بالمشاهدة و إن قدر العمل بالمدّة)

يريد أنه لا بد من تقدير الفعل إما بالمدّة أو العمل فإن قدر بالمدّة كأن قال استأجرتك شهرا لتحفر لى بئرا أو نهرا أو نحو

(١) كذا في النسخ و حق العبارة أن تكون هكذا لأن تعيين إلى قوله معتبر (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٦

و لو قدر بتعيين المحفور كالبئر و جبت معرفة دورها و عمقها و طول النهر و عمقه و عرضه (١) و يجب نقل التراب عن المحفور (٢)

ذلك فإنه لا يحتاج إلى معرفة قدر البئر و دورها و عمقها و طول النهر و عمقه و عرضه كما صرح بذلك في التذكرة و التحرير و هو قضية كلام المبسوط و كذا السرائر ذكره في نواذر القضاء و قد احتمل الاحتياج إلى ذلك في المسالك و لم يحتمله غيره من الخاصة و العامة نعم لا بد عند المصنف هنا من مشاهدة الأرض التي يحفر فيها كما جزم به المحقق الثاني و في (التذكرة) أنه أقرب و قال في (التحرير) فيه نظر و ظاهر المبسوط أنه لا يشترط لأنه تركه و هو خيرة بعض الشافعية لعدم الاختلاف و إليه أشار المصنف بأن الوصلية و وجه اعتباره أن الأغراض تختلف بذلك باعتبار الأراضي في الصلابة و الرخاوة فيحصل الاختلاف بالسهولة و الصعوبة و فيه نظر لأنه إذا كان المدار على الزمان فلا التفتات لاختلاف الأعمال للأصل و الاعتبار و ما ذكر من اختلاف الأراضي و الأغراض يجرى في كل عمل قدر بالزمان فتأمل و يؤيد ذلك ما سيأتي له و لغيره في مسألة ضرب اللبن و ما بعدها من المسائل و المراد مشاهدة ظاهرها و الباطن تابع لعدم الاطلاع عليه بها و قد اعترضه فيما يأتي في جامع المقاصد بأن مشاهدة الظاهر لا يعرف منه حال ما يصل إليه العمل و الوصف أقرب و ستعرف الحال

(قوله) (و لو قدر بتعيين المحفور كالبر و جب معرفة دورها و عمقها و طول النهر و عمقه و عرضه)

يريد أنه إذا قدر الفعل بالعمل فلا بد من اعتبار العمق و السعة كما صرح به فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و الشرائع و الإرشاد و الروض و المسالك و المفاتيح و كذا المهذب و مجمع البرهان مخافة الغرر لأن العمل يختلف بذلك و قد أمر بالتأمل فى الدليل مولانا المقدس الأردبيلي و فى الخمسة الأول التصريح بأنه لا بد من مشاهدة الأرض لاختلافها بالسهولة و الصعوبة قال فى (التذكرة) و لا يمكن ضبط ذلك بالوصف و فى (جامع المقاصد) فيما يأتى فى الاستئجار أن دعوى كون الوصف لا يفي بحال الأرض بحيث يحصل الغرر معه مدفوعة فإن الوصف التمام ينفي الغرر و فى (السرائر) و ما ذكر بعده أنه لا بد من تعيين الأرض و هو يشمل المشاهدة و الوصف الراجع للجهالة و يحتمل أنهم أرادوا بالتعيين المشاهدة لأنها أدخل فى تحقق التعيين و يأتى للمصنف أنه إذا استأجر للحرث و جب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف فاكتفى هناك بالوصف و فى (جامع المقاصد) هناك أنه لا يخلو عن قوة و قد مال أو احتمل فى المسالك أن الوصف أضبط منها لإمكان اطلاع مالك الأرض على الباطن بكثرة الممارسة و المشاهدة لا تفيد إلا معرفة الظاهر و فى (جامع المقاصد) فيما يأتى أن الوصف أقرب إلى الكشف و ليس كذلك فإن أهل الخبرة بالأرضين إذا شاهدوا الأرض عرفوا صلابتها و رخاوتها

(قوله) (و يجب نقل التراب عن المحفور)

كما فى المبسوط و السرائر ذكره فى باب القضاء و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد و قال فى (جامع المقاصد) ثم إن نقله إلى أى موضع يكون لم يتعرض له المصنف و لا وجدت به تصريحاً و لعلمهم اعتمدوا على رد ذلك إلى العرف و هو واضح و قال و هل يكفي إلقاءه إلى حافة النهر أو البئر أم يجب إبعاده فيه احتمال انتهى (قلت) كلام التحرير فيه تنبيه على أن الواجب إلقاءه على الحافة و هو الذى يقتضيه الأصل قال و لو وقع من التراب الذى أخرجه منها لزم الحفار إخراجه إلا أن يقع بعد تسليمها محفورة و لعله لذلك قال و لا وجدت تصريحاً و كأن فى المسالك ما يخالف ذلك قال و لو وقع من التراب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٧

و لو تهور تراب من جانبيه لم تجب إزالته كالدابة (١) و لو وصل إلى صخرة لم يلزمه حفرها (٢) فله من الأجرة بنسبة ما عمل (٣)

المرفوع شىء و جب على الأجير إزالته لاستناده إلى تقصيره فى الوضع إذ يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع إليه و المرجع فى قدر البعد إلى العرف انتهى فتأمل و لعل قوله فى جامع المقاصد و هل يكفي إلقاءه إلى آخره بعد أن استوضح الرجوع إلى العرف لا يخلو من منافاة فليتأمل

(قوله) (و لو تهور تراب من جانبيه لم تجب إزالته كالدابة)

كما فى المبسوط و السرائر ذكره فى نوادر القضاء و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان لأن الأجير قد امتثل ما و جب عليه و لم يتضمن عقد الإجارة إخراجه فيجر على المالك إخراجه كما لو سقط فيها دابة أو حجر و ما أشبه ذلك فلو امتنع المالك من إخراجه كان التقصير من قبله كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها

(قوله) (و لو وصل إلى صخرة لم يلزم حفرها)

قال فى التذكرة و إن انتهى إلى موضع صلب أو حجارة أو شجرة يمنع الحفر لم يلزمه حفره لأن ذلك مخالف لما شاهده من الأرض و إنما اعتبرنا مشاهدة الأرض لأنها تختلف و إذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار فى الفسخ انتهى و به فسر العبارة فى جامع المقاصد و اختاره على الظاهر منه هنا و هو خيرة التحرير و المراد بالمنع من الحفر فى كلام التذكرة المشقة و العسر لا التعذر و عدم الإمكان و فى (المبسوط و المهذب و السرائر) إذا وصل إلى حجر فإن أمكن حفره و نقبه لزمه و إن كان عليه فيه مشقة و إن لم

يمكن حفره و لا نقيه انفسخ العقد فيما بقى انتهى و هذا حكاة فى التذكرة عن بعض الشافعية و هو قضية كلام الشرائع و المسالك حيث عبرا بالتعذر و كذا جامع المقاصد حيث عبر فى آخر المسألة بالعجز (قال فى الشرائع) و لو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي إما لصعوبة الأرض أو مرض الأجير أو لغير ذلك قوم حفره و ما حفر منها و يرجع عليه بنسبته من الأجرة و لم ينص على أنه حينئذ يفسخ العقد كما فى المبسوط (و قال فى التحرير) و لو كانت الصخرة مما يمكن حفرها أو ثقبها مع المشقة قال الشيخ يجب عليه ذلك و عندى فيه نظر انتهى و لعل مختار المصنف أشبه إذا لم يقطع عادة باشمال تلك الأرض على صخرة و لا وجب حفرها و لا يجوز الفسخ

(قوله) (فله من الأجرة نسبة ما عمل)

أى متى فسخ الإجارة أو انفسخت بنفسها فله ذلك (فالأول) على مختار المصنف فى كتبه و ولده على الظاهر منه و المحقق الثانى (و الثانى) على مختار المبسوط و السرائر و كذا الشرائع و المسالك و فى الأخير نسبة أن له ذلك إلى الشيخ و الجماعة و معناه أنه متى فسخ أو انفسخ فله من الأجرة أى المسمى بمثل نسبة أجرة ما عمل إلى أجرة مثل المجموع لأن التقسيط إنما يكون باعتبار ذلك و قيمة المنافع أجرة أمثالها فحينئذ ننسب أجرة مثل ما عمل إلى أجرة مثل المجموع بأن يقوم جميع العمل المستأجر عليه و يقوم ما عمل منفردا و ينسب إلى المجموع فيستحق الأجير من المسمى بتلك النسبة فى العبارة حذف كثير للعلم به و يحتمل أن يكون أراد أن له من المسمى بنسبة ما عمل إلى المجموع فتأمل و لو فرض تساوى أجرة الأجزاء فله من الأجرة على قدر ما عمل فلو استأجره على حفر بئر عمقه و طوله و عرضه عشرة عشرة فحفر بئرا عمقه و طوله و عرضه خمسة خمسة فله ثمن الأجرة لأن ذلك ثمن القدر المشروط فمع التساوى له ثمن الأجرة و مع الاختلاف بالحساب و إنما كان ذلك ثمنا لأن مضروب المستأجر عليه بعضا فى بعض و هو العشرة فى الأبعاد الثلاثة ألف و مضروب الخمسة فى الأبعاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٨

و روى تقسيط عشر قامات على خمسة و خمسين جزءا فما أصاب واحدا فهو للأولى و الاثنى للثانية و هكذا (١)

الثلاثة و هى الخمسات الثلاثمائة و خمسة و عشرون و هو ثمن الألف و طريق معرفته بالاعتبار أنه لم يحفر من النصف الأسفل شيئا و لا من نصف النصف الأعلى و لا من نصف نصفه و ذلك سبعة أثمان

(قوله) (و روى تقسيط عشر قامات على خمسة و خمسين جزءا فما أصاب واحدا فهو للأولى و الاثنى للثانية و هكذا)

هذه الرواية رواها الشيخ فى التهذيب فى باب الزيادات فى القضايا و الأحكام عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن أبى شعيب المحاملى عن الرفاعى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامه ثم عجز قال تقسم عشرة على خمسة و خمسين جزءا فما أصاب واحدا فهو للقائمة الأولى و الاثنى للثانية و الثلاثة للثالثة و على هذا الحساب إلى العشرة و ليس للشيخ إلى سهل طريق و حاله معروف و معاوية بن حكيم قد وسم المصنف فى المنتهى فى الطهارة فى الدماميل و الشهيدان فى القصاص حديثه بالصحة و قد يظهر من الأخبار و غيرها أنه ليس فطحيا و أبو شعيب صالح بن خالد ثقة و ما زادوا على قولهم فى الرفاعى و هو محمد بن إبراهيم أنه من أصحاب الصادق عليه السلام فلم تكن قوية و لا- معتبرة و قد قال فى الشرائع و فى المسألة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة (قلت) أما القائل به قبله فلم نجده بعد فضل التبع من المقنع إليه بل إلى الرياض إلا من ستعرف و أما أنها مهجورة فكذلك لأن الشيخ ذكرها فى النهاية فى أبواب النوادر على سبيل الرواية لا الفتوى قال روى و ما زاد فى المبسوط بعد أن ذكر الحكم كما حكينا عنه على قوله روى أصحابنا فى مثل هذا مقدرنا ذكرناه فى النهاية (و قال فى السرائر) أن الشيخ ضعف هذا الخبر و لم يلتفت إليه و جعله رواية و لذلك أورده فى أبواب النوادر فى نهايته و لم يورده غيره من أصحابنا المتقدمين عليه لا المفيد و لا السيد و لا أمثالهما رحمهم الله تعالى جميعا انتهى قلت و لا أوردها أحد بعده قبله فى السرائر

نعم عمل بها سبطه فى الجامع و قد ردت فى جامع المقاصد و المسالك بأنها واقعة خاصة و حكم فى عين فلا عموم لها (و فيه) أن أحكام الأعيان و قضاياها التى لا- عموم لها إنما هى ما إذا كانت أفعالا مخالفة للقواعد الممهدة كقولهم قضى أمير المؤمنين عليه السلام و سجن و نحو ذلك لأن الأفعال لا- عموم لها و أطرف من ذلك ما وقع فى بيان ذلك لبعض المعاصرين كشيخنا صاحب القوانين من أنها إنما تكون فيما إذا صدر الحكم من دون تقدم سؤال إلى آخر ما قال و قد حملها فى الإيضاح على ما إذا استأجره لاستسقاء التراب و إخراجة و الحافر غيره و حملها المحقق الثانى و الشهيد الثانى على ما إذا تناسبت القامات على هذا الوجه بحيث يكون نسبة القامة الأولى إلى الثانية أنها بقدر نصفها فى المشقة و الأجرة و هكذا و إنما قسط ذلك على خمسة و خمسين نظرا إلى أن تناسب القامات على هذا الوجه يقتضى جمع الأعداد الواقعة فى العشرة فما بلغت قسطت عليه الأجرة و لا ريب أن الأعداد فى العشرة «١» إذا جمعت بلغت ذلك و هو الضابط فى مثل ذلك و طريق ضابط ذلك أن تضرب عدد القامات فى نفسه فما بلغت زدت عليه عشرة و نصفته ففى المسألة مضروب العشرة فى نفسها مائة و جذر ذلك عشرة إذا نصفتها كان خمسة و خمسين و ذلك مجموع الأعداد التى تضمنتها العشرة (و ليعلم) أن ضرب العدد فى نفسه يسمى تجذيرا و تربيعا كضرب الأربعة فى الأربعة و ذلك العدد

(١) كواحد و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة و هكذا إلى العشرة (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٨٩

فإن عمل به احتمال تعديه فتقسم الخمسة على خمسة عشر (١) و لو استأجره لعمل اللبن (٢)

المضروب يسمى جذرا و حاصل الضرب و هو ستة عشر يسمى مجذورا و يظهر من الإيضاح بل و من السرائر أنهما لم يظفرا بها إلا فى النهاية و قد يظهر من صاحب الكفاية أنه لم يظفر بها أصلا (قوله) (و إن عمل به احتمال تعديه فتقسم الخمسة على خمسة عشر) احتمال التعدى لمكان المشاركة فى العلة و العدم لمكان الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص و على الحملين المتقدمين فلا ريب فى التعدية و كيف كان فحيث يتعدى إذا استأجره لحفر خمس قامات فحفر البعض ثم عجز أو عسر قسطت الأجرة على خمسة عشر لأن مضروب الخمسة فى نفسها خمسة و عشرون فإذا زدت عليها جذرها و هو الخمسة كان نصفها خمسة عشر و إن استأجره لحفر أربع قسطت على عشر (قوله) (و لو استأجره لعمل اللبن)

ظاهر من تعرض لهذا الفرع أنه لا ريب فى جواز ذلك لأنه فائدة مقصودة معينة مباحة و يجوز تقديرها بالزمان كما هو ظاهر و لعل المصنف لم يتعرض له لظهوره و أنه لا يشترط فيه شىء بعد تقديره به و بتقديره به صرح فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و ظاهر المبسوط كما هو صريح التذكرة أنه حينئذ لم يحتج إلى ذكر العدد و موضع الضرب و مشاهدة الغالب أو تقديره و هو الظاهر كما أشرنا إليه فى مسألة حفر النهر و فى (التحرير) أنه لو قرنه بالزمان لم يفتقر إلى ذلك سوى موضع الضرب على إشكال و فى (جامع المقاصد) أنه يجب تعيين موضع الضرب و فى تعيين الموضع الذى يضرب منه إشكال من وجود كثرة الاختلاف و عدمه و قال و فى التحرير ذكر إشكالا فى موضع الضرب و الظاهر أن المراد به المعنى الثانى و الظاهر وجوب تعيينه كالأرض المحفورة و إنما يكون ذلك بالمشاهدة لعدم انضباط ذلك بالصفة و قد صرح المصنف بذلك فى التذكرة فى مسألة حفر النهر و البئر و نحوهما و لا يجب شىء سوى ذلك و عبارة التحرير لا تخلو من مؤاخذه حيث قال و لو قرنه بالزمان إلى آخر ما قد سمعت فإنه باعتبار تفاوت الأمكنة فى القرب و البعد و موافقة الغرض و مباينته و الاحتياج إلى كلفة النقل و عدمه يتحقق الغرر بالإخلال بالتعيين انتهى كلامه بتمامه و فيه مواضع للنظر لأنه استشكل فى وجوب تعيين الموضع الذى يضرب منه ثم استظهر من دون تقادم عهد وجوب تعيينه و

استنهض على ذلك ما ادعاه من أنه صريح التذكرة فى مسألة حفر النهر مع أنه لم يتعرض هناك لضرب اللبن إلا أن يستند فى ذلك إلى التعليل و تنقيح المناط و هلا لحظ صريح كلامه فيها فى المسألة فإنه قد صرح بعدم الاحتياج إلى موضع الضرب فضلا عن الموضوع الذى يضرب منه إلا أن تقول أراد بما استنهضه من التذكرة خصوص اعتبار المشاهدة و عدم كفاية الصفة لا غير حيث يجب التعيين و هو كما ترى و خلاف ظاهر العبارة ثم إن الأولى بالمؤاخذة على مختاره عبارة التذكرة الصريحة فى عدم وجوب تعيين موضع الضرب إلا أن تقول إنه فهم منها موضع الضرب منه و عبارة التحرير أنما استشكل فيها فيما استشكل هو فيه أولا على ما فهم و الذى فهمناه منه بعد معاودة النظر فى نسختين منه أن الإشكال إنما هو فى تعيين موضع الضرب لا الموضوع الذى يضرب منه ثم إن ما بينه من وجهى الإشكال كما ترى ثم إنه لم يذكر الصلابة و الرخاوة فى مناقشة التحرير التى هى الأصل فى الإشكال عنده لمكان احتياجها إلى المشاهدة و إرادة ذلك من موافقة الفرض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٠

فإن قدره بالعمل احتيج إلى عدده و موضع ضربه و ذكر قلبه (١) فإن قدره بقلب معروف (٢) و إلا احتيج إلى تقدير الطول و العرض و السمك (٣) و لا تكفى الحوالة على قلب مشاهد غير معروف (٤) و لو قدر البناء بالعمل و جب ذكر موضعه و طوله و عرضه و سمكه و آلة البناء من لبن و طين أو حجر و جص (٥) فإن سقط بعد البناء استحق الأجر إن لم يكن لقصور فى العمل كما لو بناه محلولا (٦) و لو شرط ارتفاع الحائط عشر أذرع فسقط قبلها لرداءة العمل و جب عليه الإعادة (٧)

و مباينته بعيدة (١)

(قوله) (فإن قدره بالعمل احتيج إلى عدده و موضع ضربه و ذكر قلبه)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و زيد فى الأخيرين تعيين الموضوع الذى يضرب منه و هو كذلك و فى الأخير أن ذلك إنما يحصل بالمشاهدة و الوجه فى اشتراط ما ذكره المصنف ظاهر (قوله) (فإن قدره بقلب معروف)

أى فذاك كما فى التذكرة أو فلا بحث كما فى جامع المقاصد أو جاز كما فى التحرير

(قوله) (و إلا احتيج إلى تقدير الطول و العرض و السمك)

كما هو الشأن فى المكيال فإنه إن كان معروفا لم يحتج إلى ذكر مقداره و إلا احتيج

(قوله) (و لا تكفى الحوالة على قلب مشاهد غير معروف)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لإمكان تلفه فيتعذر معرفته القدر كما لو أسلم فى طعام و شرط مكيالا بعينه (و قال فى التحرير) أن الأقرب الجواز و هو مذهب بعض الشافعية و فى (التذكرة) أنه ليس بشيء و المراد بكونه غير معروف أنه غير معروف بأحد الطريقين المشاهدة و التقدير

(قوله) (و لو قدر البناء بالعمل و جب ذكر موضعه و طوله و عرضه و سمكه و آلة البناء من لبن أو طين أو حجر أو جص)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (قلت) أما وجوب معرفة الموضوع فلأنه يختلف قرب الماء و بعده و سهولة التراب و صعوبته و أما وجوب تعيين الأبعاد و الآلة فظاهر و الوجه فى عدم ذكره للزمان ما تقدم و ما زاد فى المبسوط على قوله و يقدر ذلك بالزمان ما شاء من الأيام و نحوه التذكرة و التحرير و ظاهر كلامهم أنه إذا قدره به لا يشترط ذكر شيء من الأمور الثلاثة و احتمل فى جامع المقاصد وجوب تعيين المحل و الآلة

(قوله) (فإن سقط بعد البناء استحق الأجر إن لم يكن لقصور فى العمل كما لو بناه محلولا)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المراد بالمحلول الذى لا يكون أجزاء العمارة فيه متداخلة و قضية العبارة أنه لو سقط

لقصور فى العمل لم يستحق أجره و هو كذلك بل لو بناه محلولا و لم يسقط لم يستحق أجره و بالجمله أنه حيث يخالف المستأجر عليه و المأمور به لا- أجره له و كل ما نقص حينئذ من الآلات فعليه أرشه كما نص على ذلك فيما يأتى فى الأحكام فى الكتاب و التذكرة و جامع المقاصد و ليس الحال فى الأعمال كالحال فى الأعيان فإنه قد تقدم أنه لو أجره الدابة أو الدار فظهر فيهما عيب سابق أو تجدد فإن له الخيار فى الفسخ أو الإمساك بالجميع و ليس له المطالبة بالأرض على الأصح كما تقدم محررا (قوله) (و لو شرط ارتفاع الحائط عشر أذرع فسقط قبلها لرداءة العمل و جب عليه الإعادة) لما وقع و إتمام ما وقع العقد عليه كما فى التذكرة و التحرير و يجب عليه تنظيف الموضع

(١) إلا أن تقول المناقشة باعتبار نفيه الاحتياج إلى ذكر ما يضرب فيه و فيه أنه حينئذ لا يطرد التعليل بكلفة النقل و عدمه (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩١

و لو استأجره لتطيين السطح أو الحائط جاز و إن قدره بالعمل (١) و يتقدر النسخ بالمدّة و العمل (٢) فيفتقر فى الثانى إلى عدد الورق و السطور و الحواشى و دقة القلم (٣) فإن عرف و وصف الخط و إلا وجبت المشاهدة (٤) و يجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع أو الأصل و المقاطعة على الأصل (٥) و يعفى عن الخطب اليسير للعادة لا الكثير (٦) و ليس له محادثه غيره وقت النسخ (٧) و يجوز على نسخ المصحف (٨)

و تهيئته للبناء لأن شغله بتلك الآلات بفعله و قد وقع على وجه غير مأذون فيه (قوله) (و لو استأجره لتطيين السطح أو الحائط جاز و إن قدره بالعمل)

كما فى الحواشى و جامع المقاصد و جزم فى التذكرة بأنه إنما يقدر بالزمان و قال لا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف بالرقه و الثخن و أرض السطح تختلف فبعضها عال و بعضها نازل و كذا الحيطان فلم يجز إلا على مدّة معينة انتهى و حكى ذلك فى الحواشى عن التحرير و لم أجده فى نسختين منه و نظره فى الكتاب إلى أن ذلك مضبوط عرفا و عادة و لا يلتفت إلى هذا التفاوت اليسير كسقى الماشية فيرجع فيه إلى العرف و أوجب فى جامع المقاصد تعيين المحل و الآله و هو فى محله فى المحل (قوله) (و يتقدر النسخ بالمدّة و العمل)

قال فى التذكرة يجوز استئجار ناسخ ليكتب له شيئا مباحا لا نعلم فيه خلافا

(قوله) (فيفتقر فى الثانى إلى عدد الورق و السطور و الحواشى و دقة القلم)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد مع زيادة قدر الورق فى الأولين و ظاهره فى كتبه الثلاثة أنه إن قدر بالزمان لا يحتاج إلى هذه الأمور و فى (جامع المقاصد) يمكن أن يقال يجب التعرض لوصف الخط و قدر السطور و الحواشى (قوله) (فإن عرف و وصف الخط و إلا وجبت المشاهدة)

أى إن كان وصف الخط معروفا و ضبطه بالوصف الراجع للجهالة ممكنا كفى و وصفه فبالجزء محذوف و إلا وجبت المشاهدة ليندفع الغرر و بذلك صرح فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و ذلك بعد اشتراط ما ذكر (قوله) (و يجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع و الأصل و المقاطعة على الأصل)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد فالتقدير بالأجزاء كأن يقول لكل جزء من الأصل أو الفرع درهم أو لكل ورقه كذا و أما المقاطعة فكان يقاطعه على نسخ الأصل بأجرة واحدة و على التقدير بالأجزاء فهل يشترط العلم بها حين العقد أم يكفى العلم بها بعده احتمالا كما تقدم فيما إذا باعه استحقاقه من التركة و هو محصور إلا أنه غير معلوم القدر عند البيع و ربما رجح هناك عدم الصحة

فالأجزاء كذلك لمكان الغرر

(قوله) (و يعفى عن الخطأ اليسير للعادة لا الكثير)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و فى الأخير أن المرجع فى اليسير و الكثير إلى العادة و فى (التحرير) أنه حيث لا يعفى لو كان الكاغذ من عند المستأجر كان عليه الأرش
(قوله) (و ليس له محادثة غيره وقت النسخ)

كما فى الكتب الثلاثة لأن ذلك يوجب غلظه و فى (جامع المقاصد) أنه لو كان من عادته عدم الغلط بسببها لم يجز أيضا لأن المحادثة معرضة للغلط انتهى و فيه نظر ظاهر و فى (التذكرة) ليس له التشاغل بما يشغل سره و يوجب غلظه و لا لغيره محادثته و شغل سره و كذلك الأعمال التى تفتقر إلى حضور القلب و بجريان عدم جواز محادثته غيره فى الأعمال التى تفتقر إلى حضور القلب
صرح فى التحرير

(قوله) (و يجوز على نسخ المصحف)

قد تقدم الكلام فى ذلك فى باب المكاسب و قد نقلنا هناك الحكم بالجواز من دون ذكر كراهية و لا شرط عن سبعة كتب و حكينا عن إجارة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٢

و على تعليم القرآن إلا- مع الوجوب (١) فيقدره بالعمل فيعدد السور (٢) أو بالزمان على إشكال ينشأ من تفاوت السور فى سهولة الحفظ (٣)

التذكرة و جامع المقاصد نسبة ذلك إلى أكثر علمائنا و نقلنا عن النهاية و النافع أنه مكروه مع الشرط و عن (السرائر) الإجماع على أنه مكروه معه و حلال طلق بدونه و استظهرنا أن الكراهية لا تخص المشترط بل تشملهما و أنها تجرى فى تصحيفه و أن المدار على ما يسمى كتابة قرآن فلا كراهية فى الحروز و التعويذات فليراجع
(قوله) (و على تعليم القرآن إلا مع الوجوب)

قد حكينا فى باب المكاسب أن جواز الأجرة على تعليم القرآن خيرة المعظم و أنه مكروه عندهم و أن المخالف فى الأول الشيخ فى الإستبصار و أبو الصلاح فى (الإستبصار) أن أخذ الأجرة حرام مع الشرط و مكروه بدونه و أطلق التقي تحريم الأجر على تلقين القرآن و تعليم المعارف و الشرائع و كيفية العبادات و الفتوى و خيرة الإستبصار و هو ظاهر موضع من التذكرة فى الباب لكنه قد صرح بالكراهية فى موضعين آخرين منه و المخالف فى الثانى جماعة حيث أثبتوا الكراهية مع الشرط و نفوها بدونه و فى (السرائر) الإجماع على ذلك نفيا و إثباتا و ظاهر الإرشاد و الكتاب هنا عدم الكراهية أصلا و يعلم أن حكم الأجرة جار فى الإجارة و تمام الكلام فى الأقوال و الأخبار و تفصيله فى باب المكاسب و قد حكينا هناك عن ظاهر جماعة أن المراد بالقرآن الذى يجوز أخذ الأجرة عليه ليس كله فجماعة على أنه هو ما زاد على الواجب عينا أو كفاية و آخرون على أنه غير ما يحتاج إليه فى الصلاة و بعض على أنه لو تعين للتعليم لم يجز له أخذ الأجرة و إلا- جاز و بعض هؤلاء قيد ذلك بما إذا تعين لتعليم الأحكام الواجبة عينا و ظاهر الأ- كثر أن المراد به كله حيث أطلقوا الكلمة بجواز أخذ الأجرة على تعليمه و جواز الاستئجار عليه و حررنا هناك تحريرا شافيا و هو أن الواجب من تعلم القرآن على قسمين عيني و كفائي و أن العيني على قسمين ما وجب على الأعيان عينا و ما وجب تخيرا و أن الكفائي أربعة أقسام و احتملنا أنه بأقسامه الأربعة منتف بعد اشتهاار الإسلام و انتشاره و لله الحمد و المنه و على تقديره قلنا إن تعليم القرآن لمن وجب عليه التعلم عينا أو كفاية واجب كفائي و احتملنا «١» فى وجوبه على المعلم كفاية أن يكون وجوبه لغيره كحفظ المعجز أو غيره حتى يكون كالصناعات الواجبة كفاية أو يكون لذاته كالفقاهة و إقامة الحجج العلمية و تغسيل الموتى فإن كان الأول

جاز أخذ الأجر عليه و إن تعين كما هو الشأن فى الصناعات الواجبة كفاية توصلا و إن كان الثانى أشكل الأمر جدا فى إطلاق المعظم جواز أخذ الأجر عليه إلا- أن يقال بأن مرادهم أن ذلك فى غير تعليم الواجب عينا و أن الواجب الكفائى بأقسامه منتف أو يقولون إن الواجب الكفائى على المعلم بالنسبة إلى الوجوب العينى على المتعلم أيضا منتف فلا يجب الآن على أحد كفاية و لا عينا تعلم شىء من القرآن لقيام الناس بذلك فى الأعصار و الأمصار أو يقال إنا لسنا فى حاجة إلى تقسيم الواجب الكفائى إلى القسمين المذكورين و إن الأول يجوز أخذ الأجر عليه دون الثانى بل المدار على وجوبه و حيث يسقط الوجوب بشروع الناس فيه أو ظن القيام به يجوز أخذ الأجر عليه سواء كان وجوبه على المتعلم عينا أو كفاية كما تقدم و يأتى قريبا و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب المكاسب و استوفيناها أكمل استيفاء و بذلنا الجهد فى توجيه كلام الأصحاب بحيث تلتئم الكلمة فلا بد من مراجعة ذلك هناك (قوله) (فيقدره بالعمل فيعدد السور)

قد تقدم الكلام فى ذلك و أنه مما لا خلاف فيه و أن المراد من تعددها تعيينها (قوله) (أو بالزمان على إشكال نشأ من تفاوت السور فى سهولة الحفظ) هذا أيضا قد تقدم الكلام فيه مستوفى و قد جزم المصنف به هناك

(١) و إن احتملنا خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٣

و لو قال عشر آيات و لم يعين السورة لم يصح و يكفى إطلاق الآيات منها (١) وحده لاستقلال بالتلاوة و لا يكفى تتبع نطقه (٢) و لو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسى الأولى ففى وجوب إعادة التعليم نظر (٣)

و استشكل هنا

(قوله) (و لو قال عشر آيات و لم يعين السورة لم تصح و يكفى إطلاق الآيات منها)

أى السورة المعينة أما عدم صحة الإجارة فى الأول فلأن الآيات تتفاوت فى الحفظ و التعليم سهولة و صعوبة و الصحة و وجه لبعض الشافعية و أما أنه يكفى أن يقول له عشر آيات من سورة البقرة مثلا- من دون تعيين الآيات فلتقارب آيات السورة الواحدة و لقوله صلى الله عليه و آله فى تزويج سهل الساعدي ما تحفظ من القرآن فقال سورة البقرة و التى تليها فقال قم فعلمها عشرين آية و هى امرأتك (و فيه أولا) أنه لم يذكر ذلك صلى الله عليه و آله فى معرض العقد إذ لم يوجد هناك إيجاب و لا قبول و إنما أرشده إلى أن يعقد عليها بمهر معين و إيجاب و قبول (و ثانيا) أنه قد قطع الأصحاب بأن المهر يحمل من الجهالة ما لا يحمله غيره و لهذا اكتفوا بالمشاهدة عن اعتبار كيله و وزنه و عدده كما بين فى محله و التفاوت بين آيات السورة فى السهولة و الصعوبة و القصر و الطول أمر واضح فيتحقق الغرر فلا يصح الاستناد إلى التقارب فالأصح اشتراط تعيين الآيات و السورة كما هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد و هل يشترط تعيين القراءة أم لا قال فى (التذكرة) أن الأولى وجوب تعيين قراءة أحد السبعة لأنها تختلف فلا بد من التعيين و احتمله فى جامع المقاصد و المشهور عدم حتى أنه فى نكاح جامع المقاصد اعترف بعدم معرفة القائل بذلك و هنا حكاة عن التذكرة و لو تشاحا قدم مختاره

(قوله) (وحده لاستقلال بالتلاوة و لا يكفى تتبع نطقه)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و لم يختلف فيه اثنان فى باب النكاح لعدم صدق اسم التعليم من دون الاستقلال بالتلاوة

(قوله) (و لو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسى الأولى ففى وجوب إعادة التعليم نظر)

و قال فى نكاح الكتاب فى مثل هذه العبارة فى إشكال و جزم فى نكاح التحرير بالوجوب و هو الذى قواه فى الإيضاح فى البابين و

قربه في الحواشي و في (جامع المقاصد) في المقام أنه أولى من غير ريب لأنه يبعد وقوع اسم التعليم على ذلك و في نكاحه أن الذي يقتضيه النظر اتباع العرف فإن كان هناك معنى معروف متحد وجب الحمل عليه و إن اضطرب العرف أو تعدد اشترط و في نكاح الروضة أن المرجع في قدر المستقل به إلى العرف فلا يكفي الاستقلال بنحو الكلمة و الكلمتين و متى صدق التعليم عرفا لا يقدح فيه النسيان انتهى و قوى في نكاح المبسوط عدم الوجوب على ما حكى إذا علمها آية تامة و قرب في التذكرة أولا اعتبار العادة في تسمية ذلك تعليما ثم حكى عن بعض أصحابنا أنه إن تعلم آية و نسيها لم يجب تعليمها ثانيا و إن تعلم دون آية و جب (قلت) هذا هو الذي قواه في المبسوط و قد حكى عن نكاح المبسوط وجها ثانيا و هو أن الزوجة التي أصدقها تعليم سورة لا تكون قابضة أقل من ثلاث آيات لأنها أقل ما يقع بها الإعجاز لقوله تعالى فَأَتُوا بِسُورَةٍ مِنْ مِثْلِهِ و أقل سورة وجدت في القرآن ثلاث آيات سورة الكوثر فليلاحظ هذا و ليتأمل فيه و لعله يقضى بأنه لا بد من استقلالها بالثلاث مجتمعات (و ليعلم) أن محل البحث إنما هو ما عدا دون الآية أما ما هو دون الآية ففي (جامع المقاصد) أنه لا ريب عندهم في أن الاستقلال بتلاوة ما دون الآية لا يعد تعليما و ظاهره الإجماع على ذلك كما أن ظاهرهم على ما يلوح من جامع المقاصد أيضا الإجماع على أنه إن علمه ثلاث آيات برئت ذمته و تحقق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٤

.....

التعليم و إن نسي فيكون محل الخلاف و الإشكال فيما إذا علمه آية واحدة لكن في كلامهم ما يخالف هذا الإجماع إن كان هناك إجماع و قال في (جامع المقاصد) ينبغي أن يكون محل البحث ما إذا كان المعقود عليه آيات فلو كان آية واحدة أو اثنتين فينبغي الجزم بالاكْتفاء بتعليمها أو تعليمهما انتهى و فيه تأمل من وجهين و ظاهر نكاح الإيضاح أو صريحه أن محل البحث ما إذا كان المعقود عليه السورة و لعله لا - تفاوت لأنه لعل المدار عنده على المعجز و لا يتحقق الإعجاز عنده إلا بالثلاث سورة كانت أو آيات فتأمل و الذي ينبغي أن يكون ذلك عاما لما إذا استأجره على تعليم القرآن كله فصار كلما علمه سورة نسي ما قبلها و لم يكن القرآن محفوظا عنده بجملته و لما إذا استأجره على تعليم السورة فصار إذا علمه بعضها نسي ما قبله و كذلك الآيتان إذا نسي الأولى لما لقنه الثانية لأن غرضهم في المقام بيان ما يتحقق به تسليم هذه المنفعة أعنى التعليم و إيجادها و إدخالها تحت يد المستأجر أو الزوجة إذا جعلت مهرا لها لمكان خفاء تسليم التعليم في بعض الأفراد و قد حدوه بالاستقلال بالتلاوة و أنه لا يكفي تتبع النطق و وقع الاشتباه في أمرين (أحدهما) مقدار ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليما أ هو الآية و الاثنان أم لا بد من الثلاث فليتأمل فيه و ليلحظ ما فهمناه (الثاني) مقدار مدة بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب النسيان أما الأول فقد عرفت أن محل الخلاف فيه إنما هو الآية الواحدة فيمكن أن يكون نظر المصنف في الإشكال في البابين إليه و هو الذي استظهره في جامع المقاصد في باب النكاح و ظاهر الإيضاح في الباب كما هو ظاهر بعضهم أن نظر المصنف في الإشكال إلى الثاني و لعله لأن الاستقلال إذا صار ملكة له فلا إشكال فيه و إنما الإشكال فيما إذا كان إذا استقل بالثانية نسي الأولى ففي تحقق الإقباض به وجهان و نحن نذكر وجهي الإشكال بالنسبة إلى الأمرين و من المحتمل أيضا أنه أرادهما معا و ذلك على نحو ما فهمه الشارحون لا على ما قلنا إنه هو الذي ينبغي أن يكون كما هو المشاهد في الواقع مع كثرة النظائر (فنقول) نظره في جامع المقاصد إلى ما استظهره من كلام الشيخ و الجماعة من أن كل ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليما من آية واحدة أو ثلاث على الوجهين لا يضره عروض النسيان له بالانتقال إلى غيره و أنه لا خلاف و لا إشكال في ذلك فيكون الإشكال في مقدار ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليما و إقباضا و تسليمها هو الآية الواحدة أم لا بد من الثلاث (وجه الأول) أن إيجاب تعليم مجموع الآيات يقضى بإيجاب تعليم الآية الواحدة فإذا أتى به فقد أقبض و سلم و برئت ذمته و هو الذي قواه في المبسوط كما عرفت (و وجه الثاني) أن الإعجاز إنما يقع بثلاث آيات و ما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض (و فيه) أن كون الإعجاز لا يقع إلا على الثلاث لا يستلزم نفي الإقباض عن تعليم ما دون و الملازمة غير ظاهرة و احتمال إرادة أن ذلك لا يسمى

قرآنا غلط صرف فينبغي أن يكون الوجه أنه لم يحصل عنده ثلاث آيات مجتمعات لأن العقد وقع على المجموع و لم يحصل و أما منشأ الإشكال بالنسبة إلى الثاني فمن أن النسيان الطارى بتفريطه فلا- يخل بالتعليم و من أن ما لا ثبات له لا يعد تعليما و قال فى (الإيضاح) فى منشأ النظر فى عبارة الكتاب هنا ينشأ من أنه لا يصدق تعلم السورة أى حفظها إلا بحفظ آياتها مجتمعة فى القوة الحافظة لأن السورة هى جملة الآيات و إنما وقع العقد على المجموع و وجوب الأجزاء بالتبعية و من أنه قد تعلم هذه فيسقط عنه تعليمها فإذا نسيها لا- تجب إعادة التعليم لأن الإجارة لا- تقتضى التكرار و جعل المنشأ فى باب النكاح من أن الصورة التركيبية للمجموع و لم تحصل و من أن إيجاب تعليم المجموع يقتضى إيجاب تعليم الآية الواحدة كما تقدم و هو كلام جيد جدا يجرى فيما إذا استأجره على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٥

و يجوز جعله صداقا فلو استفادته من غيره كان لها أجر التعليم (١) و يجوز الاستئجار على تعليم الخط و الحساب و الآداب (٢) و هل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب و الجواز لا معه (٣)

القرآن كله و على الآيتين كما تقدم ثم قال فى المقام إن التحقيق أن هذه المسألة تبتنى على مسألتين (الأولى) أن النسيان هل هو مقدور أم لا فناس على الأول لأنه ضد العلم و العلم مقدور و كلما كان أحد الضدين مقدورا كان الآخر مقدورا و ناس على الثاني لأنه عدم و العدم غير مقدور فعلى الأول لا- تجب إعادة و على الثاني يبتنى على (المسألة الثانية) و هى أنه هل السورة عبارة عن مجموع الآيات مع الهيئة الاجتماعية أو لا- معها فإن كان الأول وجبت إعادة و إن كان الثاني لم تجب و ظاهره فى النكاح الجزم بالأول و هو كذلك عرفا (و كيف كان) فالمدار على العرف و الذى يحكم به و المتبادر عنده من التعليم التلقين إلى أن يصير المحفوظ المستأجر عليه ثابتا أو التدريب للقراءة فى المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءة فيه سواء كان الاستئجار على القرآن كله أو السورة أو آيتين من سورة و بدون الأمرين لا يكاد يصدق التعليم عرفا فإن عين العرف أحدهما فذاك و إلا وجب تعيينه و كأن كلامهم فى الباب غير محرر فليتأمل فيه

(قوله) (و يجوز جعله صداقا فلو استفادته من غيره كان لها أجر التعليم)

أما جعل تعليم القرآن صداقا فمما لا أحد فيه خلافا بل يأخذون جواز إصداقها السورة فى باب المهور مسلما مفروغا منه حيث يقولون و لو أصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحروف و يستندون فى ذلك إلى خبر تزويج سهل الساعدى و قد استطرده المصنف ذكره هنا و أما أنها إذا استفادته من غيره كان لها أجر التعليم فلتعذر وصول التعليم إليها فيعدل إلى قيمته لأنها أقرب شىء إليه و ذلك لأن الوطاء المحترم لا يخلو عن مهر و لا ريب أن مهر المثل أبعد من أجره المثل عن المسمى و المصير إلى الأقرب أولى مع تعذر المعقود عليه كما هو الأقوى فيما هو مثل ذلك و قيل إنه يجب لها مهر المثل لتعذر المسمى و الأول أقوى لما عرفت و قد يقال إنها لا مهر لها لأنها هى التى تلبست بمتعذر الاستيفاء و إذا تعذر المعقود عليه انفسخ العقد كما إذا ماتت الدابة و غرقت الدار بحيث لا يمكن إعادتها أو برئت العين من المرض حيث يستأجره لتكحيلها فإنه إذا وقع ذلك من أول الأمر انفسخ العقد كله و لا أجر و إن كان فى الأثناء انفسخ فى الباقي و لا أجر فيه أى الباقي و يجب بأن الانفساخ فى هذه الأمثلة لا يستدعى إلا بطلان المعاوضة بخلاف ما نحن فيه فإنه يستلزم وجوب مهر المثل لامتناع خلو الوطاء المحترم عن مهر و الأجره أقرب من مهر المثل إلى المسمى كما تقدم بيانه و هذا معنى قول الشهيد و يمكن أن يقال إن المعلم لها أن قصد التبرع على الزوج فقد استوفت و أن قصد التبرع عليها رجعت و الظاهر أن مرادهم أن ذلك حيث يمتنع من تعليمها أو نحو ذلك كما إذا تعلمته اتفاقا و من البعيد أن يكون مرادهم أن لها أجره التعليم على كل حال

(قوله) (و يجوز الاستئجار على تعليم الخط و الحساب و الآداب)

لأنها منافع جامعة لجميع الشرائط و يحتمل أن يكون أراد بالأداب علوم الأدب أو المستحبات لأننا قد بينا فى باب المكاسب جواز الاستتجار عليها و على المكروهات و احتملنا أن الأصل فيهما الجواز إلا ما خرج بالدليل و أنه لو لا إجماع جامع المقاصد لقلنا بجواز الاستنابة عن الحى فى جميع المندوبات و احتملنا أيضا أن الأصل العدم إلا ما خرج بالدليل
(قوله) (و هل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب و الجواز لا معه)
قد تقدم الكلام فى المسألة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٦

.....

فى باب المكاسب مستوفى و هو من متفردات الكتاب و نحن نشير هنا إلى ذلك على سبيل الإجمال (فقول) قد أطلق الأصحاب الكلمة بأنه يجوز أخذ الأجر على الصناعات بل فى النهاية و غيرها كل صنعة من الصناعات المباحات إذا أدى فيها الأمانة لا بأس بأخذ الأجر عليها و أطلقوا الكلمة أيضا بتحريم الأجر على الواجب الكفائى و عرفوه تارة كما فى باب الجهاد و غيره بأنه كل مهم دينى يتعلق غرض الشارع بحصوله حتما و لا- يقصد عين من يتولاه و الحقوا به الصناعات و عرفوه أخرى بأنه كل ما ينتظم به أمور النوع و لعل الغرض من التعريفين تقسيمه إلى القسمين كما تقدم فبعضهم أبقى إطلاق تحريم أخذ الأجر على الواجب الكفائى إلا ما خرج بالدليل من نص أو إجماع و بعضهم خصص إطلاق التحريم بما عدا الصناعات و خصص الصناعات بما عدا الدينية و بعضهم قال إن الواجب الكفائى إن أريد به الفعل على وجه القربة كصلاة الجنائز لم يجز أخذ الأجر عليه و إن لم يقصد على وجه القربة جاز و خرج الدفن و نحوه بالنص من الشارع نعم الواجب العينى لا يجوز أخذ الأجر عليه بحال و بعضهم على أن الواجب الكفائى إنما يجوز أخذ الأجر عليه عند عدم وجوبه كما إذا كان فى القطر من هو قائم به و إن وجب لا- يجوز أخذ الأجر عليه بحال فالصناعات الواجبة كفاية قد وجد فى كل قطر من يقوم بها فيجوز أخذ الأجر عليها و نحن قسمنا الواجب الكفائى إلى قسمين واجب لذاته و واجب لغيره (فالأول) لا يجوز أخذ الأجر عليه و هو كل ما تعلق أولا و بالذات بالأديان و الغرض منه الآخرة (و الثانى) يجوز أخذ الأجر عليه و إن تعين و هو ما تعلق أولا و بالذات بالأموال و بالجملة ما كان الغرض الأهم منه هو الدنيا بجلب نفع فيها أو دفع ضرر و قلنا هناك إنه لا ينتقض إلا بالجهاد و قد خرج عن ذلك لمكان الإجماع المحكى من الشهيد على ذلك و تحرير الأقوال و تفصيلها و أدلتها و التصريح بالقائلين بها قد استوفينا فى باب المكاسب (و ليعلم) أن الفقه فى عرف الفقهاء عبارة عن الملكة التى يقتدر بها على العلم اليقينى بالأحكام الشرعية الفرعية الظاهرية أو الواقعية عن أدلتها التفصيلية لأن المجتهد قد يحصل له العلم بالحكم الواقعى أو عن الملكة التى يقتدر بها على العلم اليقينى أو الظن بالأحكام الواقعية عن أدلتها التفصيلية و الأولى أولى لأن الحقيقة أولى من المجاز فى التعريف المشهور و هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية و لا يعارضه التجوز بالأحكام حيث يخصها العامل بالقطعيات بالواقعية لأنه يدعى أنها هى المتبادرة الظاهرة و لا تعارض عند العامل بالظن لأنه يجرى بعموم الأحكام على ظاهره لأن التعريف المذكور وقع لمن لا- يعمل إلا بالقطعيات لأنه يقول المراد بالعلم اليقينى و بالأحكام الواقعية و من يعمل بالظن يقول المراد بالعلم اليقينى و بالأحكام الظاهرية و الواقعية (أما الأولى) فلأنه يقطع بالحكم الظاهرى و يظن بالحكم الواقعى (و أما الثانية) فلأنه قد يحصل له القطع بالحكم الواقعى و الكلمة المشهورة و هى قولهم إن ظنية الطريق لا تنافى علمية الحكم لا تتأتى أصلا عند من لا يعمل إلا بالقطعيات و لا عند من يعمل بالظنيات و يقول إن لله عز و جل فى كل واقعة حكما واحدا و إن المراد بالأحكام الواقعية و دليل الفريقين على ذلك أن القطع فيما طريقه الظن ممتنع أما على قول الفريق الأول فظاهر و أما على قول الثانى فلأنه لا يعلم إلا الحكم الظاهرى بالدليل الظنى و لا يعلم الواقعى نعم تتأتى على مذهب العامة النافين للحكم الواقعى القائلين بأن الحكم تابع لآراء المجتهدين فكل ما ظنه المجتهد فإنه حكم الله الواقعى فيتعدد حكم الله سبحانه بتعدد الآراء نعم لو أراد العامل بالظن القائل بأن

لله حكما واحدا بهذه الكلمة أن ظنية طريق الحكم الظاهري لا تنافى القطع بالحكم الظاهري و أنى مأمور به معذور فيه كانت تامة صادقة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٧

و على الختان و المداواة و قطع السلع و الحجامة على كراهة أجره مع الشرط (١) و على الكحل (٢) فيقدر بالمدّة خاصّة (٣)

كما إذا سمع من لفظ المعصوم حكما ورد مورد التقيّة و التشبيه أنما هو فى حصول القطع بغير الواقعى مع أن طريقه قطعى عرفا (و بالجملة) إن أرادوا بالأحكام المعنى الأعم من الظاهرية و الواقعية صحت هذه الكلمة على قول المخطئة و المصوبة و إن أرادوا خصوص الحكم الواقعى كما هو الظاهر عند الإطلاق لم يصح إلا على قول المصوبة هذا و قد قال فى جامع المقاصد أن الفقه قد يراد به المسائل المدونة و قد يراد به التصديقات و قد يراد به الملكة (قلت) أما إرادة المسائل منه فى لسان الفقهاء مع تعريفهم له فى أصولهم و فروعهم بما سمعت بعيدة جدا و أما إرادة التصديقات فكل من عرفه بالعلم بالأحكام الشرعية إلى آخره أراد التصديق لأنه المتبادر و لأنه لا تصح إرادة خصوص التصور و لا مطلق الإدراك لأنه حينئذ يعم المسلم و الكافر فضلا عن المتردد و المقلد و لحصول التصور للكل و كل من قال إنه التصديق أراد الملكة التى يقتدر بها على التصديق كما عرفت آنفا بل هم صرحوا بذلك حيث أوردوا سؤال أن المجتهد لا يحيط بجميع الأحكام فقالوا فى الجواب أن المراد بالعلم الملكة التى يقتدر بها على التصديق و العلم و الفقه فى كلامهم بمعنى واحد (و كيف كان) فلنائل أن يقول يرد على جميع التفاسير عدم صحة الإجارة على ذلك لمكان الجهل و عدم ضبط ما يراد تعليمه ملكة كان أو غيرها لعدم ضبط الملكات و مقدار المسائل و كذلك سائر الصناعات فلا بد فيما نحن فيه من أن يستأجره للتدريس فيه و يعينه بالمدّة و إن لم يعين من يتعلم و ما يتعلم و هذا أيضا لا يخلو عن الجهالة لكنها جازت كما فى الإيضاح و الحواشى لمكان الحاجة كالاستئجار للجهاد بمعنيين و قد علمت أنا لا نشترط مع التعيين بالمدّة شيئا آخر أو يستأجره لتعليم مسائل مضبوطة أن عين من يتعلم و ما يتعلم و بالجملة أن عينه بالعمل

(قوله) (و يجوز الاستئجار على الختان و المداواة و قطع السلع و الحجامة على كراهية أجره مع الشرط)

لأنها منافع مقصودة متقومة محللة و القيد مختص بالأخير على الظاهر لأن المداواة ليست من الصناعات الدنية نعم قد تكون منها فى بعض الأفراد فإن اعتبر ذلك صح أن يكون قيدها فى الجميع لأن كراهية الاكتساب بالصنائع الدنية أنما هو مع الشرط على الظاهر كما صرح به أكثر الأصحاب فى الحجامة لأنه المفهوم من جملة من الأخبار فليتأمل فى ذلك جيدا و قد تقدم الكلام فيها فى باب المكاسب مسبغا مشبعا و فى أطرافها و فروعها و لعلها لا تقدر إلا بالزمان لعدم ضبط المحجمة و الجروح و قدر الدم و لا يبعد جواز التقدير بالعمل مع ضبط ذلك كله أو بعضه فتأمل و فى (جامع المقاصد) ينبغى أن يراد بذلك كله ما إذا لم يجب شىء منها و لو كفاية و قد عرفت الحال فى ذلك آنفا بما لا مزيد عليه و لا يخفى ما فى قوله و يجوز الاستئجار مع قوله على كراهية أجره مع الشرط لأنه قد يعطى أنه يجوز الاستئجار بدون شرط الأجرة

(قوله) (و على الكحل)

أى يجوز الاستئجار على كحل العين لأنه عمل سائغ يمكن تسليمه و فيه منفعة مقصودة

(قوله) (فيقدر بالمدّة خاصّة)

كما فى التذكرة لأن العمل غير مضبوط لأن قدر الدواء لا ينضبط و يختلف بحسب الحاجة فلا يجوز تقديره بالعمل و نفى البعد عن تقديره به فى جامع المقاصد تبعا للحواشى لإمكان ضبط النوبات و لعل غرض المصنف أن النوبة تختلف لو ضبطه بالنوبات كأن يقول له عند

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٨

و يفتقر إلى تعيين المرة فى اليوم أو المرتين (١) و الكحل على المريض (٢) و يجوز اشتراطه على الأجير (٣) و الأقرب

الصبح نوبة مرة «١» و عند العصر نوبة مرة كل نوبة خمسة أميال مثلا إذ ربما احتاجت نوبة الصبح فى نظر الطبيب إلى خمسة أميال و نوبة العصر إلى أقل أو أكثر على أن النوبة قد تختلف فى نظر الحكيم بالتقديم و التأخير و إن لم يعين وقتها زادت الجهالة و لا كذلك الحال فى المدة و لكن يرد على التقدير بالمدة أنه إن قدرها بمدة تزيد على الفعل لم يمكن استيعابها فيكون قد أخذ أجره الزائد من الزمان من دون عمل فيه و لا يمكن الاقتصار فيها على مقداره لأنه غير معلوم لأنه ربما طال مرة و قصر أخرى لكن قوله و يفتقر إلى أجره يقضى بأنه أراد المدة الزائدة و حينئذ لا حاجة إلى تعيين المرة و المرتين فليتأمل و إرادة الظرفية بأن يكون اليوم و اليومان ظرفا للكحل مع مخالفته لظاهر العبارة يقضى بوجوب تشخيص العمل زيادة على تعيين المرات (قوله) (و يفتقر إلى تعيين المرة فى اليوم أو المرتين)

إذا قدر بالزمان افتقر إلى بيان قدر ما يكحله فى كل يوم إما مرة أو مرتين أو عشرا إذا كان اليوم بحيث يسعها و الوجه فى ذلك أنه لا ريب أنه لا يستوعب أجزاء اليوم بالكحل فلا بد من التعيين إلا أن تكون هناك عادة مضبوطة معروفة ينزل عليها الإطلاق (قوله) (و الكحل على المريض)

لأن العقد وقع على الفعل و ليس الكحل جزءا منه و لأن الأعيان لا تستحق بعقد الإجارة و يأتي فى الفصل الثالث فى الأحكام تمام الكلام فى الكحل و الحبر و الخيوط و الصبغ و الكش و نقل الأقوال و أن المرجع فى الجميع إلى العادة فإن لم تكن أو اختلفت و جب الاشتراط و التعيين و إلا بطلت (قوله) (و يجوز اشتراطه على الأجير)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لمكان جريان العادة بذلك مع مشقة تحصيله على المكتحل بل قد يعجز عنه غالبا فكان كالصبغ و اللبن و الحبر و الأقلام قد يخرج به عن الأصل فى الإجارة و وجهه فى جامع المقاصد بعدم منافاة الشرط للعقد و لا مخالفة فيه للكتاب و السنة لأن استحقاق العين حينئذ على جهة التبعية كما لو اشترط سكنى الدار مدة معينة فى البيع و قد يقال عليه إنه مناف للعقد لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة أصالة و لا تبعا بل قد يقال إنه يرجع إلى بيع الكحل بلفظ الشرط و إجارته للعمل بلفظ الإجارة أو يقال إنه عقد على المنفعة و شرط فيه عقدا على البيع فتأمل ثم إن التشبيه غير موافق لما نحن فيه إن كان فاعل اشترط البائع لأنه إذا شرط عليه سكنى الدار المبيعة مدة أو سكنى غيرها فقد جعل المنفعة ثمنا و ذلك مما لا خلاف فيه إلا ممن شذ نعم المثال الموافق هو ما إذا باع الدار و شرط المشتري على البائع سكنى داره الأخرى سنة مثلا حيث تكون المنفعة ثمنا لا ثمنا فهذا إن صح وافق ما نحن فيه و نحن قلنا فيما سلف إن هذا الشرط إذا كان مقصودا بالذات لا يصح نعم يصح إذا لم يقصد و جاء تبعا و إن بعد الفرض إلا أن يقال إن غرضه أن الأصل فى البيع أن يرد على الأعيان دون المنافع ثمنا كانت أو ثمنا فالأصل بمعنى الغالب و ستسمع تحرير ذلك و مثل اشتراط الكحل على الكحال اشتراط الدواء على الطبيب من غير فرق فيما نجد فى الحكم و لا فى الدليل و المصنف فرق بينهما فجزم هنا بالجواز و قربه هناك كما يأتى و وجهه ولده بجريان العادة تكون الكحل من الكحال و لا كذلك الدواء بالنسبة إلى الطبيب انتهى فتأمل

(قوله) (و الأقرب)

(١) كذا فى نسختين و لا يبعد كون مرة نسخة بدل عن نوبة و كذا قوله و عند العصر نوبة مرة (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ١٩٩

جواز اشتراط الأجير على البناء (١) و لو لم يحصل البرء فى المدة استقر الأجر (٢) و لو برأ فى الأثناء انفسخ العقد فى الباقي (٣) فإن

امتنع مع عدمه من الاكتحال استحق الأجير أجره بمضى المدء و لو جعل له عن البرء صح جعله لا إجارة (٤) و لو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز (٥)

جواز اشتراط الأجر على البناء)

و في الإيضاح و جامع المقاصد أنه الأصح و ظاهر التذكرة أو صريحها أنه لا يصح و وجه القرب و الصحة أنه شرط غير مخالف للكتاب و لا للسنة فكان سائغا داخلا تحت عموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و وجه العدم أن الإجارة إنما ترد على المنافع دون الأعيان و لا ضرورة و لا حاجة تدعو إليه و لا عادة تشهد له كما في الكحال و الطبيب بل المتعارف المعتاد في ذلك أنه من عند المالك (و قال في جامع المقاصد) و جوابه أن أصل الإجارة ذلك كما أن أصل البيع أن يرد على الأعيان دون المنافع لكن قد ثبت خلاف ذلك تبعا كشرط السكنى و الرهن و الضمان انتهى و أنت خبير بأن الأصل في أن الإجارة إنما ترد على المنافع بمعنى القاعدة كما أن الأصل في البيع أن يرد على الأعيان بمعنى القاعدة إن أراد الأعيان المبيعة الواقعة ثمنا و إن أراد الأعيان الواقعة ثمنا فهو بمعنى الغالب لأن الأصحاب مطبقون على جواز كون المنافع أثمنا إلا ممن شذ من لا نعرفه على أن الشرط لا يقضى بمخالفة الأصل في الإجارة لأن العقد لم يقع على الأعيان و إنما جاء به الشرط و قد عرفت قريبا أن شرط السكنى إن كان من المشتري على البائع لا يصح لأنه يكون مبيعا و ثمنا و هذا هو المناسب أن يكون جوابا إن صح اشتراط و إن كان من البائع صح لأنه يكون ثمنا و هذا لا يناسب أن يكون في الجواب لما عرفت و أما اشتراط الرهن و الكفيل و نحو ذلك مما هو من مصالح المتعاقدين و لا يدخل في شيء من العوضين فجائز في الموضوعين أعني الإجارة و البيع و إن أبيت إلا- دخول مثل ذلك في أحد العوضين و أنها منافع كالسكنى قلنا حالها كحال السكنى يصح اشتراطها من البائع و لا يصح من المشتري (و كيف كان) فالأصح عدم الصحة و وجه ذكره في أثناء مسألة الكحل ظاهر لكنه غير جيد

(قوله) (و لو لم يحصل البرء في المدء استقر الأجر)

إذا تمت المدء استحق الأجر سواء برأت عينه أم لا لأنه في مقابلة العمل لا في مقابلة البرء كما هو واضح و به صرح أيضا في التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و لو برأ في الأثناء انفسخ العقد في الباقي)

كما في التذكرة و جامع المقاصد لتعذر المعقود عليه و قد عرفت فيما سلف الفرق بينه و بين ما إذا أصدقها تعليم سورة فتعلمتها من غيره

(قوله) (و لو جعل له عن البرء صح جعله لا إجارة)

لا يجوز تقدير الكحل بالبرء لأنه من الله سبحانه و تعالى شأنه و هو غير مقدور للكحال غير معلوم الحصول و على تقدير الحصول فهو مجهول الوقت و العمل و يجوز ذلك على سبيل الجعالة كرد الأبق و الضالة لأن السبب إلى حصوله كاف في استحقاق الجعل إذا حصل و إن كان من فعل الله عز و جل لأن ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض و بالحكمين صرح في التذكرة و جامع المقاصد و لو امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الأجره بمضى المدء و لو برأ حينئذ من غير كحل أو تعذر لا من جهة المؤجر استحق الأجره و في التذكرة استحق أجره مثله و قد حكاه عنها في جامع المقاصد ساكتا عليه

(قوله) (و لو شرط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز)

كما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٠

و لو قدر الرعى بالعمل افتقر إلى تعيين الماشية فتبطل بموتها (١) و يحتمل عدمه لأنها ليست المعقود عليها و إنما يستوفى المنفعة بها

الإيضاح و جامع المقاصد و قد تقدم الكلام في ذلك في مسألة الكحل
 (قوله) (و لو قدر الرعى بالعمل افتقر إلى تعيين الماشية فتبطل بموتها)

قال في (التذكرة) يجوز الاستئجار على الرعى و هو قول أهل العلم لا نعلم فيه خلافا و قد اختار المصنف هنا أنه يقدر بالعمل و هو الظاهر من كلام المبسوط و المهذب و التحرير و جامع المقاصد بل هو صريح الأخير و هو خلاف صريح التذكرة قال الرعى لا ينضبط بنفسه و لا يمكن تقديره بالعمل لأنه لا ينحصر و قضية التعيين بالعمل أنه يجب تعيين الجنس و القدر و تشخيص الماشية و تعيينها كما هو الشأن فيما إذا عين الخياطة و نحوها بالعمل و به صرح المصنف بقوله افتقر إلى تعيين الماشية و في الإيضاح أنه الأصح (قلت) و هو قضية كلام المبسوط و التحرير (قال في المبسوط) إذا استأجر راعيا ليرعى له غنما بأعيانها جاز العقد و يتعين في تلك الغنم بأعيانها و إن هلكت لم يبدلها و انفسخ العقد هذا و لا يخفى أن تقدير الرعى بالعمل لا يكفي فيه تعيين الماشية إذ ليس هو كالثياب بل لا بد فيه أيضا إما من تعيين الأرض التي يريد رعيها أو من تقديره بالمدّة أيضا مع العمل كما نبه عليه في الإيضاح كما يأتي إذ لا يتصور صحة الإجارة في التقدير بالعمل إلا بأحد الأمرين و إهمالهم ذكر ذلك مما لا ينبغي و في (جامع المقاصد) أن تعيين القدر و الجنس يكفي في صحة الإجارة و لا حاجة إلى تعيين شخصها لزوال الغرر و الجهالة بذلك و لعله يقول بالفرق بين الشياه مثلا و الثياب لأن الخير في مظنة الاختلاف في سهوله خياطتها و مشقتها (و فيه) أن الشياه تختلف أيضا باعتبار صغرها و كبرها إلا أن يلتزم مثل ذلك في الثياب المتساوية (و كيف كان) فإن كان مراده أن تعيين القدر و الجنس يكفي عند تعيين العمل بالمدّة و عند تعيّن بالأرض فيه أنه حينئذ لا يحتاج إلى تعيين القدر و يكفي الجنس بل لا يحتاج إلى تعيين «١» أيضا و ستمسح تحقيق المقام و كيف كان فإذا عينها و شخصها بطلت بموتها إجماعا كما في الإيضاح و قطعا كما في جامع المقاصد

(قوله) (و يحتمل عدمه لأنها ليست بمعقود عليها و إنما تستوفى المنفعة بها)

لما ذكر أنها تفتقر إلى التعيين و أنها إذا عينت بطلت الإجارة بموتها قال يحتمل عدم الافتقار إلى التعيين فلا تبطل الإجارة بموتها فتطوى عدم بطلان الأجرة بموتها للعلم به كما هو قضية المقابلة ثم إنه نبه عليه بالتعليل لأنه لا ينطبق إلا على ذلك و ذلك لأنها حيث لم يعينها تكون آله تستوفى بها المنفعة كالقدوم في التجارة و هذا هو الذي اعتمده في جامع المقاصد في توجيه العبارة إلا أنه قال فيه تكلف و تعسف و قال إن أبقينا العبارة على ظاهرها من دون تقدير حذف كان المراد و يحتمل عدم الافتقار إلى تعيين الماشية لكن التعليل لا يرتبط به لأن عدم كونها معقودا عليها لا يكون دليل عدم الافتقار إلى التعيين (قلت) يمكن إبقاؤها على ظاهرها و يرتبط بها التعليل أكمل ارتباطا لأنها قد قدمنا أنه لا يتصور تقدير الرعى بالعمل من دون أحد الأمرين تعيين الأرض أو تقديره بمدّة فصح للمصنف أن يقول يحتمل عدم الافتقار إلى التعيين على التقديرين لأنه إذا قدر العمل برعى علف هذه الأرض لا يحتاج إلى تعيين الماشية لأن المعقود علف هذه الأرض و الماشية ليست معقودا عليها و كذلك إذا قدر العمل بالمدّة كأن يقول له آجرتك نفسي لأن أرعى لك غنما مثلا شهرا فالمعقود عليه هو المدّة و لا يحتاج إلى أن يقول له آجرتك نفسي لأن أرعى لك غنمك هذه المعينة التي عددها عشرون مثلا فيكون في هذا الفرض مما تساوى فيه

(١) تعيينه خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠١

و إن تلف بعضها بطل فيه (١) و لو ولدت لم يجب عليه رعيها (٢) و لو قدره بالمدّة افتقر إلى ذكر جنس الحيوان (٣)

التقدير بالعمل و التقدير بالمدّة و الوجه فى ذلك أنه حيث يقدره بالعمل كأن يقول آجرتك نفسى لأن أرعى لك هذه المائة شاء أسرح غدوة و أروح عشية أرهاها فيما تعارف الرعى فيه من أطراف البلد فمع إتيانه بجميع هذه المشخصات لا تصح الإجارة حتى يعين مدّة ذلك لرفع الغرر فإذا عين المدّة استغنى عن جميع ذلك و رجع إلى التعيين بالمدّة لذاتها لا لتعيين هذا العمل بها فصار حاصل الأمر أنه إذا عين الرعى بالعمل لا بد من أحد أمرين إما تعيين الجنس و القدر و الشخص و الأرض التى يريد رعى علفها فتعيين الثلاثة الأول ليصدق أنه تعيين بالعمل و تعيين الأرض لرفع الغرر و الجهالة و أما تعيين المدّة مع تعيين الثلاثة الأول (أما المدّة) فللضبط و رفع الجهالة و الغرر و تعيين الثلاثة ليصدق التعيين بالعمل فاحتمل المصنف عدم الاحتياج إلى تعيين الماشية بل يكفى تعيين الأرض حيث يضبط بها العمل و يكفى تعيين المدّة حيث يضبط بها لكن يرد عليه فى الثانى أنه يخرج عن التعيين بالعمل و يرجع إلى التعيين بالمدّة و فى الأول أنه تعيين نوع من العمل فليتأمل و قد قال فى الإيضاح التقدير بالعمل فى الرعى بأن يستأجره للرعى مدّة معينة أو لرعى علف هذه الأرض المشاهدة بدوابه فهل يفتقر إلى تعيين الدواب التى يرعاها أم لا قال شيخنا يفتقر و هو الأصح (و قال فى المبسوط) لا- يجب التعيين لا- فى العدد و لا- فى الشخص بل له أن يسترعيه القدر الذى يرعاه مثله و جعل قوله يحتمل عدمه قول الشيخ فى المبسوط و هو يشهد بما قلناه من أنه لا بد فى التقدير بالعمل من أحد الأمرين و لعل جعله قول والده الأصح لأنه بدون تعيين ذلك يخرج عن كونه تعيينا بالعمل كما تقدم و فى المبسوط بعد ما نقلناه نحن عنه آفنا ما نصه فأما إذا كان أطلق و استأجره لرعى له غنما مدّة معلومة فإنه يسترعيه القدر الذى يرعاه الواحد فى العادة من العدد فإذا كانت العادة مائة استرعاها مائة انتهى فلم يوجب التعيين فى العدد و لا فى الشخص مع التقدير بالمدّة و قد عرفت أن التقدير بها قد يكون للعمل و قد يكون للتقدير بها لذاتها وحدها و على التقديرين لم يوجب التعيين و صح ما نسبه إليه فى الإيضاح و لم يتوجه ما اعترضه به فى جامع المقاصد على أن فى كلامه فى هذه المسألة فى جامع المقاصد مواضع للنظر تظهر لمن تدبر فيما ذكرناه فى تحرير المقام (قوله) (و إن تلف بعضها بطل فيه)

كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد ذكروا ذلك فى صورة التعيين كما هو المراد من العبارة و حينئذ يحتمل أن يتخير كل منهما لبعض الصفة عليه و يحتمل العدم لأنهما أقدا على ذلك و يحتمل أن يختص به المستأجر فتأمل و فى (المهذب) فى مثله ما يدل على أنه يصح أن يشترط المستأجر عدم نقصان الأجرة أو بطلان الإجارة بموت البعض و أن يشترط المؤجر النقصان من الأجر بموت البعض فلتلحظ عبارة المهذب (قوله) (و لو ولدت لم يجب عليه رعيها)

كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و فى الأخير أنه موضع اتفاق و وجهه ظاهر و هو أن العقد لم يتناولها و الغرض أنها معينة (قوله) (و لو قدره بالمدّة افتقر إلى ذكر جنس الحيوان)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو الذى يفهم من المبسوط كالإبل و البقر و الغنم لأن الأغراض تختلف باختلاف الرعى فى السهولة و الصعوبة و فى الكتب الثلاثة أنه لا بد من ذكر العدد و بيان المقدار و ذكر الصغر و الكبر للتفاوت الظاهر فى المقدار و بين الصغار و الكبار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٢

و لا تدخل الجواميس و البخاتى فى إطلاق البقر و الإبل لعدم تناول عرفا على إشكال (١) و يذكر الكبر و الصغر و العدد و يجوز الاستئجار للزرع و لحصاده و سقيه و حفظه و دياسه و نقله (٢)

كما يأتى للمصنف حيث قال و بذكر الكبر إلى آخره فهو معطوف على افتقر لكنه وسط بينهما قوله و لا يدخل إلى آخره و قد خالف

فى المبسوط فى الأمرين فى المقدار تصريحاً و فى الصغر و الكبير ظهوراً أو تصريحاً و قد سمعت كلامه و هو الموافق للأصل و لكلامهم فى العمل الذى قدر بالمدّة فإنهم لم يزيدوا على ذكر بيان النوع كما إذا استأجره للخياطة شهراً فإنهم لم يتعرضوا لذكر بيان المخيط مع التفاوت الظاهر بين أفرادها و كذا إذا استأجره للاحتطاب و الحياكة إلى غير ذلك مما تقدم (قوله) (و لا تدخل الجواميس و البخاتى فى إطلاق البقر و الإبل لعدم تناول عرفا على إشكال)

فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أن الجواميس لا تدخل فى البقر عرفاً و فى الأول و الأخير أن البخاتى تدخل فى الإبل بل فى الأخير أنه أمر لا يكاد يدفع قلت و الأمر كذلك فى الأمرين و استشكل فى دخول البخاتى فى التحرير و لا ترجيح فى الإيضاح و ظاهر العبارة و الإيضاح أن الإشكال فىهما معا لكنه يحتمل أن المصنف مستشكل فى عدم الدخول أو فى عدم تناول فيصير المعنى على الثانى لا يدخل هذان فى هذين لعدم تناول اللفظ لهما عرفاً على إشكال فى عدم تناول فيكون متأملاً فى استقرار العرف على عدم تناول و عدم استقراره و يصير على الثانى أنه جازم بعدم تناول عرفاً شاك فى عدم الدخول و هو كما ترى لأن العرف إذا كان حاكماً بعدم تناول لا يكون للشك و الإشكال وجه و إن تناول البقر الجواميس و الإبل البخاتى لغه كما نص عليه اللغويون و الفقهاء فى باب الزكاة لأن العرف مقدم على اللغة و لم يتضح لنا كلام الإيضاح فى بيان الإشكال قال ينشأ من تعارض النقل و المجاز فإنه فى العرف لا يستعمل فىهما غالباً و من تعارض المجاز العرفى الغالب الذى لم يبلغ إلى حد الحقيقة و الحقيقة اللغوية التى قل استعمالها و لم تبلغ إلى حد المجاز العرفى انتهى و الظاهر أنه أراد من تعارض النقل و المجاز أن لفظ البقر كان شاملاً للجواميس بنص أهل اللغة ثم اختص بالبقر فى العرف فكان منقولاً عرفاً لكن يحتمل أن ذلك الاختصاص مجاز لأنه لم يبلغ درجة الحقيقة فهو فى هذا الشق شاك فى كونه حقيقة أو مجازاً مشهوراً و هو فى الشق الثانى جازم بالثانى و قد يكون أراد أنه هل هو من باب تعارض النقل و المجاز المشهور أو من باب تعارض المجاز المشهور و الحقيقة اللغوية و على كل حال فلا يخلو من شيء لأنه على هذا الاحتمال على ما فيه لا بد من التوقف على التقديرين و لا يقضى واحد منهما بدخول و لا خروج إذ لا بد للحمل على الحقيقة اللغوية حيث يعارضها المجاز المشهور أو حيث يعارض هو النقل و ترجح المجاز عليه من قرينه لأن حمل اللفظ على معناه الحقيقى مشروط بعدم قرينه المجاز كيرمى فى أسد يرمى مثلاً- فحمل لفظ الأسد على المفترس مشروط بعدم وجود قولنا يرمى لفظاً و لما كانت قرينه المجاز المشهور الشهرة و لا يمكن إزالتها من اللفظ فلا بد من نصب قرينه مع الحقيقة لإزالتها لأنه صار مجازاً محتاجاً إلى قرينه الإرادة بل هى قرينه تعيين كما فى قرينه تعيين المشترك فليتأمل و إذا لم يكن هناك قرينه فالواجب التوقف ثم إنه من المعلوم أن الأصوليين مختلفون فى تقديم المجاز المشهور على الحقيقة

(قوله) (و يجوز الاستئجار للزرع و لحصاده و سقيه و دياسه و نقله)

قال فى التذكرة يجوز أن يستأجره لحصاد زرع و لقطه ثمرة و لا نعلم فيه خلافاً بين العلماء انتهى و قال و يجوز تقدير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٣

و على استيفاء القصاص فى النفس و الأعضاء (١) و على الدلالة على الطريق و على البدرقة (٢) فيجب تعيينها بالعمل و لا تكفى المدّة (٣) و على الكيل و الوزن و العدد فيتعيين بالعمل أو المدّة (٤)

الحصاد بالعمل و الزمان أما العمل فبأن يستأجره على حصاد زرع معين مشاهد أو موصوف بوصف يرفع الجهالة و أما المدّة فبأن يستأجره للحصاد شهراً أو يوماً و لا بد من تعيين جنس الزرع و نوعه و مكانه فإنه يتفاوت بالطول و القصر و الشخانة و عدمها و يحصل بذلك تفاوت الغرض للتعب و الراحة انتهى و وافقه على وجوب تعيين الأمور الثلاثة فى المدّة فى جامع المقاصد و لنا فيه تأمل و إذا استأجره للزرع فإن قدره بالعمل فلا بد من بيان قدره و جنسه من حنطة و شعير و نحوهما و إن عينه بالزمان ففى (جامع المقاصد) أن الظاهر أنه لا بد من تعيين الجنس و الظاهر عندنا عدم اشتراطه و أما الحفظ و الدياس و النقل فإن عينها بالعمل فلا بد من ذكر القدر و

المشاهدة أو الوصف الراجع للجهالة وإن عين بالزمان لم يحتج إلى ذكر القدر ولا تعيين الجنس وأوجب تعيينه فى جامع المقاصد إن تفاوت التعب باختلافه قال ولا بد فى النقل من تعيين أمر زائد وهو المحل المنقول عنه والمنقول إليه أو وصف ذلك وصفا يرفع الجهالة

(قوله) (و على استيفاء القصاص فى النفس والأعضاء)

قال فى التذكرة يجوز الاستئجار فى استيفاء الحدود والتعزير والقصاص فى الأطراف ولا نعلم فيه خلافا ثم قال وأما استيفاء القصاص فى النفس فيجوز عند علمائنا الاستئجار فيه وبه قال مالك والشافعى وأحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن عدد الضرب مجهول وموضع الضرب متعدد (قلت) موضع الضرب معلوم وجهل العدد لا يضر كجهل عدد الغزات فى الخياطة والنجات فى النجارة وقد طفحت عباراتهم فى باب القصاص بجواز الاستئجار للقصاص فى النفس والأطراف حيث يأخذونه مسلما وقد أطلقت الكلمة فى التذكرة وجامع المقاصد أن الأجرة على المقتص منه وفى (التحرير) أن فيه قوة وقالوا فى باب القصاص إذا كان الولي لا يستوفيه بنفسه ولم يكن هناك من يتبرع استأجره الإمام من بيت المال ولو لم يكن فيه مال دفع المقتص منه الأجرة وقد استدل عليه فى الخلاف بإجماع الفرق وأخبارهم وبه جزم المصنف فى قصاص الكتاب والتحرير والإرشاد وكاشف اللثام وقال الشهيد أنه المنقول لأنها مئونة التسليم الواجب على الجاني كأجرة الكيال الواجبة على البائع وقوى فى المبسوط أنها من مال المستوفى لأنه وكيل فأجرته على موكله وإنما على الجاني التمكين لا الفعل (وفيه) أنا نقطع بأن القطع مستحق عليه بدليل أنه لو مكنه منه ولم يقطع و قطع آخر لم يسقط حق صاحب القصاص وينتقل إلى الديق فخالف ما مثله به وهو ما إذا اشترى ثمرة على نخلة (و كيف كان) فقد جعلوها على الولي أو الجاني بعد تعذر بيت المال كما بين ذلك فى محله وعلى كل حال فيجوز تقديره بالعمل فيعين المحل و بالمدّة إذا كان كثيرا يقطع بزيادته على المرة وهو المراد بقوله فى التحرير يجوز أن يقرنه بالمدّة مع كثرته

(قوله) (و على الدلالة على الطريق وعلى البذرقة)

كما فى التذكرة وجامع المقاصد لأنهما من الأعمال المقصودة المحللة والبذرقة بالذال المعجمة الخفارة

(قوله) (و يجب تعيينهما بالعمل ولا تكفى المدّة)

قد صرح فى التذكرة بجواز تقدير البذرقة بالمدّة والعمل وفى (جامع المقاصد) أنه لا مانع من تعيينهما بالزمان فما ذكره المصنف هنا ضعيف انتهى

(قوله) (و على الكيل والوزن والعد فيعين بالعمل أو المدّة)

قال فى التذكرة يجوز استئجار كيال ووزان وناقد ويقدر إما بالعمل أو بالزمان وحكاة عن العامة وقال لا نعلم فيه خلافا انتهى و حيث يعين بالعمل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٤

و على ملازمة الغريم فتعين بالمدّة (١) و على الدلالة على بيع ثياب معينة وشراؤها (٢) و على السمسرة (٣) و على الاستخدام سواء كان الخادم رجلا أو امرأة حرا أو عبدا لكن يحرم عليه النظر إلى الأمة من دون إذن وإلى الحرّة مطلقا (٤)

[الثانى الدواب]

(الثانى الدواب) (٥) فإذا استأجر للركوب وجب معرفة الراكب بالمشاهدة (٦)

يجب تعيين الجنس والقدر والوصف وأجرة الكيال والوزان على البائع إذا أمره بذلك أو بالبيع وأجرة ناقد الثمن ووزانه على المشتري كما تقدم بيانه فى باب البيع

(قوله) (و على ملازمة الغريم فيعين بالمدّة)

أى و لا يصح تقديره بالعمل لعدم قبوله التعيين و قد يلوح من إطلاق التذكرة جوازه و هو ممكن التصوير و قال فى (التذكرة) يجوز الاستئجار على المحاكمة و إقامة البيئات و إثبات الحجج و المنازعة و ظاهره أن هذه كلها تقدر بهما و لعله لا ثمره لتقديرها بالزمان و فى (جامع المقاصد) أنه لا- يبعد صحة (جواز خ ل) الاستئجار على الاستيفاء و إن اختلف زمان الاستيفاء بالطول و القصر باختلاف حال الغريم

(قوله) (و على الدلالة على بيع ثياب معينة و شرائها)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و قد حكى فى التذكرة الخلاف فى بيع الثياب المعينة و غيرها عن أبى حنيفة لأن ذلك يتعذر عليه لأنه قد لا- يظفر بالراغب و حاصله أنه لا يتقدر بالعمل و إنما يقدر بالزمان و رده بأنها لا تنفك عن راغب و حكى فيها فى شرائها الخلاف عن بعض الشافعية لأن ذلك لا يكون إلا من واحد و قد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحسب الظاهر و لأن رغبة مالكة فى البيع غير معلومة و لا ظاهرة قلت لعله غير بعيد و مثله ما لو استأجره للبيع لرجل بعينه هذا و فى (التحرير) فى جواز استئجار لدلال على كلمة تريح بها السلعة من غير تعب نظر و أجره الدلال على من يأمره (قوله) (و على السمسرة)

هى التوسط بين البائع و المشتري قال فى (التذكرة) يجوز أن يستأجر سمسارا ليشتري له ثيابا و غيرها معينة لأنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها و يجوز على مدّة معلومة كأن يستأجره عشرة أيام ليشتري له شيئا فإن عين العمل دون الزمان فجعل له فى كل ألف درهم شيئا معلوما صح أيضا و مثله ما فى التحرير و قد تقدم فى باب البيع فى آخر المطلب الأول من الفصل الثانى فى التسليم بسط الكلام فى المسألة و هو من متفرقات الكتاب

(قوله) (و على الاستخدام سواء كان الخادم رجلا- أو امرأة حرا أو عبدا لكن يحرم عليه النظر إلى الأمة من دون إذن و إلى الحرّة مطلقا)

أما جواز الاستئجار على الاستخدام و عدم الفرق فى الخادم بين الذكر و الأنثى و الحر و العبد فقد تقدم لنا أنه مما لا خلاف فيه بشرط ضبط ما وقعت عليه الإجارة إما بالعمل إن كان مما ينضبط به أو بالزمان كالיום و الشهر و إذا ضبط بالزمان بنى على العادة فى الخدمة من أمثاله لأمثاله هذا و له منعه عن النوافل إن كانت فى وقت الخدمة و أما جواز النظر إلى الأمة مع الإذن فقد حكيناه فيما سبق عن المصنف هنا و عن المحقق الثانى فى جامع المقاصد و قد ترك فى غيرهما و احتملنا أنه تحليل أو من قبيل النظر لمن يريد الشراء (الثانى الدواب)

منافع الدواب متعددة كالركوب و الحمل و الاستعمال و قد أجمع أهل العلم كافة على استئجار الدواب للركوب كما فى التذكرة و قال فى موضع آخر لا نعلم فيه خلافا

(قوله) (فإذا استأجر دابة للركوب و جب معرفة الراكب بالمشاهدة)

لا خلاف فى أن معرفة الراكب شرط فى إجارة الدواب للركوب إلا من مالكة فإنه جوز إطلاق الراكب لأن أجسام الناس متقاربة لأنه أحد نوعى ما وقعت المعاوضة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٥

و فى الاكتفاء بوصفه من الضخامة و النحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر (١) و يركبه المؤجر على ما شاء من سرج و أكاف و زامله على ما يليق بالدابة (٢) فإن كان يركب

عليه فتجب معرفته كالبيع و طرق معرفة الراكب (المعرفة خ ل) ثلاثة وزن الراكب و مشاهدته و وصفه و قد أجمعوا كما فى الإيضاح

على أن المشاهدة تكفى (قلت) و به صرح فى المبسوط وغيره

(قوله) (و فى الاكتفاء بوصفه فى الضخامة و النحافة ليعرف الوزن تخميناً نظراً)

قد صرح فى المبسوط و فقه القرآن للراوندى أنه لا يمكن العلم بالراكب إلا بالمشاهدة لأنه لا يوزن و هو ظاهر الوسيلة و قد يظهر ذلك من التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان بل و من الشرائع كما ستسمع لأن الرجل قد يكون طويلاً خفيفاً و قصيراً ثقيلاً و تختلف الرجال بكثرة الحركات و شدتها و قلتها و كثرة السكنات و الوصف لا- يضبط ذلك كله و لا يفيد فى جميع ذلك فى المبسوط) فلا بد من المشاهدة ثم هو بالخيار إن شاء أركبه هو أو أركب من يوازنه قلت و المشاهدة وحدها قد لا تفيد جميع ذلك و الذى يفيد ذلك كله مشاهدته مع ذكر أوصافه من كثرة الحركات و قلتها و كثرة السكنات أو ذكر وزنه مع ذكر أوصافه من الطول و القصر و حركاته و سكناته بل و الضخامة و النحافة و هذا قول ذكره فى التذكرة و لعل هذا هو الوصف التام الراجع للجهالة القائم مقام المشاهدة الذى اختاره بعد تمام الكلام فى التذكرة و ولده فى الإيضاح و فى (جامع المقاصد) الاكتفاء بالوصف التام و لم يصرح بالوزن و فى (المسالكة) الاكتفاء بوصفه بالضخامة و النحافة و القصر و الطول و الحركة إذا أفادت الوصف التام (و قال فى الشرائع) و لا بد من تعيين ما يحمل على الدابة إما بالمشاهدة و إما بتقديره بالكيل أو الوزن و ما يرفع الجهالة و لا يكفى ذكر الحمل و لا ركب غير معين انتهى و معناه أنه لا بد من تعيين الراكب و المتبادر أنه بالمشاهدة فتأمل و الظاهر أنه أراد بما يحمل ما يشمل الراكب فتأمل (و كيف كان) فالظاهر أن نظر المصنف فى وصفه الموجب لمعرفة وزنه تخميناً كالضخامة و النحافة و الطول و القصر من أنه هل هو كالمشاهدة أو لا و الأصح الاكتفاء بذلك كما هو المتعارف بين الناس و لا يحتاج إلى ذكر الحركات و السكنات لأنها اختيارية و لهذا ادعى فى الإيضاح الإجماع على الاكتفاء بالمشاهدة و لكن المصنف اقتصر على ذكر الضخامة و النحافة كما حكاه عن بعض الشافعية فى التذكرة و لعلهما من دون ذكر الطول و القصر لا يعرف بهما الوزن تخميناً فتأمل

(قوله) (و يركبه المؤجر على ما شاء من سرج و أكاف و زاملة على ما يليق بالدابة)

إذا تعين الراكب بما عرفت و عينت الدابة بما سيأتى و لم يكن معه ما يركب عليه و يوطأ له على الدابة بأن كان مجرداً أركبه المؤجر على ما يشاء و لم يحتج إلى ذكر ما يركب عليه و يجب فى توطئة الدابة ما جرت به العادة فى مثلها فإن كانت فرساً و طئها بالسرج و اللجام و إن كانت حماراً فبلا و كاف و البرذعة و أكاف الحمار ككتاب و غراب و وكافه برذعته كذا فى القاموس و الظاهر أن المراد بالزاملة هنا نوع مما يوطأ به و إلا فهى الذى يحمل عليها من الإبل و غيرها و إن كانت بعيراً فبالحداجه و القتب و الزمام الذى يقاد به البعير لأن ذلك مقتضى العرف مع الإطلاق إذا لم يشترط شيئاً بعينه و إلا وجب اتباع الشرط و هو معنى قوله ما يليق بالدابة فإنه منزل على ما إذا لم يشترط مراد منه أنه ينظر إلى ما يليق بالدابة و لا يلتفت إلى ما يليق بالراكب و لو صلحت للأمرين معاً من سرج و غيره وجب التعيين و لعل الظاهر مراعاة حال الراكب و لو اقتضت العادة شيئاً حمل عليه

(قوله) (فإن كان يركب (٣))

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٦

على رحل المستأجر و يجب تعيينه فيجب أن يشاهد المؤجر الآلات (١) فإن شرط المحمل و يجب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن و ذكر الطول و العرض و الغطاء و جنسه أو عدمه (٢) فإن عهد اتفاق المحامل كفى ذكر جنسها و الوطاء و جنسه أو عدمه (٣) و وصف المعاليق إن شرط بما يرفع الجهالة و الوزن أو المشاهدة (٤)

على رحل للمستأجر و يجب تعيينه فيجب أن يشاهد المؤجر الآلات

أراد بيان ما إذا لم يكن الراكب مجرداً كأن كان يريد أن يركب على رحل عنده أو فوق زاملة له أو سرج أو نحو ذلك فقال و يجب تعيين الرحل فيجب أن يشاهده و يشاهد ما كان نحوه من الآلات من الرحل و الزاملة و السرج لأن إطلاق الإجارة لا يقتضيها حتى

ينزل عليها و لا- يخفى ما فى العبارة من بيان حكم الخاص بتفريع حكم العام عليه و هو كما ترى غير جيد و المتبادر من العبارة أنه يجب أن يشاهد آليات الرحل لكن المعنى الأول هو الذى ذكره فى التذكرة و يناسب ما فرعه عليه و كيف كان فمعرفة الآلات من الرحل و الزاملة و غيرهما بمشاهدتها دون وصفها فى ظاهر المصنف هنا و الشيخ فى المبسوط و الطوسى فى الوسيلة لكن المصنف سيكتفى فى المحمل بالوصف مع ذكر الوزن فالرحل أولى و قال فى (التذكرة) يجب أن يعرف المؤجر هذه الآلات فإن شاهدها كفى و لا حمل على العرف المطرد بينهم و إن لم يكن لهم معهود مطرد فلا بد من ذكر وزن السرج و الأكاف و الزاملة و وصفها و هو قول بعض الشافعية و لا يشترط أكثرهم وزن السرج و الأكاف لقله التفاوت بينهما و لهم فى العمارة و المحمل ثلاثة أوجه (الأول) تعيين المشاهدة و لا يكفى الوصف (الثانى) كفاية الوصف فى البغدادية لأن كانت خفافا و عدمه فى الخراسانية لأن كانت ثقالا (الثالث) كفاية الوصف مع ذكر الوزن فى الجميع

(قوله) (فإن شرط المحمل و جب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن و ذكر الطول و العرض و الغطاء و جنسه أو عدمه)

أما و جوب تعيين المحمل إن شرطه بالمشاهدة أو الوصف مع ذكر الوزن بمعنى ذكر الطول و العرض و الوزن فهو خيرة الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر المبسوط عدم الاكتفاء بالوصف و اقتصر فى التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان و غيرها على ذكر التعيين و أما و جوب بيان كونه مغطى أو مكشوفاً فقد اتفقت عليه هذه الكتب الستة كما اتفقت عدا المبسوط على و جوب ذكر وصف الغطاء و هو المراد بذكر جنسه و فى (المبسوط) أنه الأولى و الوجه فى الجميع ظاهر لاختلاف الحال فى ذلك إلا أن يكون فى المحمل و غطائه عرف مطرد معهود فيحمل الإطلاق عليه كما نبه عليه المصنف بقوله و لو عهد اتفاق كفى ذكر جنسها أى لو عهد اتفاق جنس من أجناس المحامل كالبغدادية كفى ذكر الجنس عن ذكر الوزن و الطول و العرض نظراً إلى المعهود المتعارف و به صرح فى التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و الوطاء و جنسه أو عدمه)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك أى يجب تعيين الوطاء بالرؤية أو الصفة فرارا من الغرر غير أنه قال فى التذكرة ينبغى و هو بكسر أوله عطف على الغطاء و هو الذى يفرش فى المحمل ليجلس عليه (قوله) (و وصف المعاليق إن شرط بما يرفع الجهالة و الوزن أو المشاهدة)

إذا استأجر للركوب و لم يشترط المعاليق كالقربة و الإداوة و السفرة و السطيحة و نحو ذلك لم يستحق حملها لأنه قد لا يكون للراكب شىء من ذلك و قد يكون له بعضها أو كلها فإذا لم يكن هناك ضابط و عادة فلا شىء ينصرف الإطلاق إليه لعدم الدلالة عليه فإن شرط المعاليق أو كانت العادة تقتضيها و جب معرفتها إما بالمشاهدة أو الوصف الراجع للجهالة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٧

و لا بد من تعيين الراكبين فى المحمل (١) و لا بد من مشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها و ذكر جنسها كالإبل و نوعها كالبخاتى أو العراب و الذكورة و الأنوثة (٢) فإن لم يكن السير إليهما لم يذكر (٣)

من الكبر و الصغر المتضمن لذكر الوزن كما فى التذكرة و جامع المقاصد و هو المراد بقوله فى الشرائع لا يكفى ذكرها ما لم يعين قدرها و جنسها و كذا قوله فى التحرير يجب معرفة المعاليق و فى (المبسوط) لا بد من ذكر المعاليق و الأولى أن يشاهدها و ظاهر الوسيلة أنه لا بد من مشاهدتها و الواو فى الوزن بمعنى مع كما سمعت عن التذكرة هذا فإن أطلق مع اشتراط حملها بدون تعيينها بطل العقد و ذلك مع خلو السفرة عن الزاد و الإداوة و القربة من الماء و أما الزاد الذى فيها فلا بد من بيان مقداره كما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى و لعل الأمر فى الماء سهل فتأمل و واحد المعاليق معلوق نص عليه فى المبسوط

(قوله) (و لا بد من تعيين الراكبين فى المحمل)

كما نص عليه أيضا في التحرير و لقد كان يغنى عنه قوله آنفا و جب معرفة الراكبين بالمشاهدة

(قوله) (و لا بد من مشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها بذكر جنسها كالإبل و نوعها كالبخاتي و العراب و الذكورة و الأنوثة)

كما ذكر ذلك كله في المبسوط و فقه الراوندى و الشرائع و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك مع احتمال عدم اشتراط الذكورة و الأنوثة في الثلاثة الأخيرة و هو قضية الاقتصار في الإرشاد و الروض و مجمع البرهان على المشاهدة أو الوصف لأن التفاوت بينهما يكون الذكر أقوى و الأثني أطيب سيرا لا- يمكن ضبطه فلم يكن معتبرا في نظر الشرع و لا- كذلك الاختلاف في الجنس و النوع لأنه أمر ظاهر واضح تختلف فيه الأغراض و إذا كان في النوع ما يختلف مشيه جودة و رداءه و جب ذكره و إن كانت مشاهدة كالخيل فإن فيها القطوف و غيره و قد نص عليه في التذكرة و التحرير و هذا إذا أشار إلى عين شخصية غائبة و كذلك الحال إذا كانت الإجارة في الذمة غير مشار بها إلى عين شخصية فإنه أيضا لا بد من ذكر الجنس و النوع و الوصف الذي تختلف به العادة في السير و الركوب كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و هذا كله إذا كان الاستئجار للركوب و لا يشترط شيء من ذلك إذا كان الدابة للحمل كما صرح بذلك في الشرائع و التذكرة و المسالك و هو قضية غيرها إلا أن يكون المحمول مما تضره كثرة الحركة كالزجاج و الفاكهة فلا بد من معرفة حال الدابة كما في التذكرة و ينبغي أن يقيد عدم الاشتراط في الحمل بما إذا كانت الإجارة واقعة على ما في الذمة أما لو كانت على عين غائبة فلا بد من رؤيتها أو وصفها كما يأتي بيان ذلك كله

(قوله) (فإذا لم يكن السير إليهما لم يذكر)

إذا استأجر الدابة للركوب إلى مكة أو إلى مكان لا يكون أمر السير فيه إلى اختيارهما فلا فائدة في ذكر وقته و قدره بل لا وجه له و إن كان إلى اختيارهما و جب بيان قدره في كل يوم و وقته كما هو صريح مجموع كلام التذكرة و جامع المقاصد و هو قضية كلام التحرير فيهما و المبسوط في التقدير خاصة و صريح الشرائع و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان في الوقت خاصة و إطلاق كلام الشرائع و ما ذكر بعدها حيث لم يفصل فيها بالاختيار و عدمه و قيل فيها يجب تعيين وقت السير ليلا أو نهارا محمول على الغالب من كون الاختيار إليهما أو على أنه حيث لا يكون السير إليهما تكون الإجارة باطلة لأن معرفة السير إذا كان لا بد منها في صحة الإجارة و بدونها يتحقق الغرر و يفقد الشرط تكون باطلة و مثله ما إذا استأجر دابة إلى مكة فإن تعيين أول المدّة ليس إليهما و قد أشكل ذلك على المحقق الثاني و الشهيد الثاني و قد يندفع بأنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٨

و كذا إذا كانت المنازل معروفة (١) فإذا اختلفا فيه أو في السير ليلا أو نهارا حمل على العرف (٢) و إن لم تكن معروفة و جب ذكرها (٣) و إذا شرط حمل الزاد و جب تقديره (٤) و ليس له إبدال ما فنى بالأكل المعتاد (٥)

لا بد أن يحصل لهما في الفرضين علم إجمالي لا يختلف اختلافا يعتد به بحيث يقضى بالغرر الموجب للفساد خصوصا الأخير و له نظائر كما ستسمع كلامهم في الزاد و نحوه و لو فرض الاختلاف الكثير بحيث يعد في العرف أنه جهالة و غرر لا تحمله الإجارة معنا من صحتها و على ذلك يحمل منعه في التذكرة من صحة الاستئجار في الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفا لا يمكن ضبطه (قوله) (و كذا إذا كانت المنزل معروفة)

أى و كذا لا يذكر قدر السير إذا كانت المنازل معروفة لأن الإطلاق ينزل على المتعارف كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط و لا فرق في ذلك بين كون السير دائما في الليل أو دائما في النهار أو في الصيف ليلا و في الشتاء نهارا و لو كان السير باختيار المؤجر ففي (التحرير) أن الأقرب أنه لا يجب ذكر قدر السير بل يستحب و لا تغفل عن قوله يستحب لأنه ليس مما يترتب عليه ثواب

(قوله) (فإذا اختلفا فيه أو في السير ليلا أو نهارا حمل على العرف)

يريد أنهما لو اختلفا فى قدر السير أو وقته حمل على العرف لأن الإطلاق ينزل على المتعارف فيرجع إليه عند الاختلاف و عليه نزل فى المبسوط اختلافهما فى الوقت و لم يذكر اختلافهما فى القدر و عكس فى التذكرة و مثله ما إذا اختلفا فى موضع النزول فهذا يقول داخل البلد و هذا يقول خارجها فإنهما يرجعان إلى العرف كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و أما إذا اختلفا فى النزول للراحة أو الرعى فقد قوى فى المبسوط أنه لا يلزم أحدهما إجابة الآخر و به جزم فى التذكرة و احتمال فيما إذا أراد أحدهما النزول للخوف أو التجاوز عن الشرط أو العادة لمكان كون ذلك عذرا و أن يأمر الآخر بموافقته (و ليعلم) أنه قد خلا كلام القدماء عن ذكر هذه الشروط بل ظاهر الوسيلة و الكافى عدم اعتبارها (قال فى الوسيلة) إذا استأجر للركوب عين أربعة أشياء الراكب و الطريق و المنزل و الركوب بالمحمل أو الزاملة أو القتب بعد رؤية ذلك و معالقتها و ظاهره كما هو عادته الحصر و لعله لأن الإجارة تحمل من الغرر ما لا يحمله البيع و هذه الشروط مبنية على قواعد البيع

(قوله) (و إن لم تكن معروفة و جب ذكرها)

أى إن لم تكن المنازل معروفة و كانت العادة مختلفة أو لم يكن منازل أصلا لم يصح حتى يبين أو يقدر ذلك بالزمان كما فى التذكرة و كذا جامع المقاصد (و قال فى التحرير) لو لم يكن للطريق منازل معروفة فالأولى صحة العقد و الرجوع إلى العادة فى غير تلك الطريق و هو قوى جدا

(قوله) (و إذا شرط حمل الزاد و جب تقديره)

كما فى الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و كذا الكفاية و هو قضية كلام المبسوط و التحرير و التذكرة أيضا فى أثناء كلام له و تكفى الرؤية عن التقدير كما نص عليه فى التذكرة و الوجه فيه اختلاف الناس فيه فمنهم من يكثر الزاد و منهم من يقنع بالسير فلا عرف له ليرجع إليه فيه

(قوله) (و ليس له إبدال ما فنى بالأكل المعتاد)

كما فى الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأن المتبادر من الزاد ما يفنى فى الطريق بالأكل و العرف و العادة أنه إذا نقص بالأكل لا- يبدل لأنه لا- يبقى جميع المسافة و لذلك يقل أجره عن أجر المتاع (و قال فى المبسوط) إن أكله أو أكل بعضه كان له إبداله و إكماله على الأقوى و فى (التحرير) أنه ليس بردىء و قد احتمل فى التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٠٩

إلا مع الشرط (١) و إن ذهب بسرقة أو سقوط أو بأكل غير معتاد فله إبداله (٢) و إن شرط عدم الإبدال مع الأكل (٣) و يجب على المؤجر كلما جرت العادة أن يوطئ للركوب به للراكب من الحداجه و القتب و الزمام و السرج و اللجام و الحزام أو البرذعة و رفع المحمل و حطه و شده على الجمل و رفع الأحمال و شدها و حطها و القائد و السائق إن شرط مصاحبته و إن أجره الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب (٤)

الأميرين ثم قال و لو قيل ليس له إبداله أبدا كان مذهبا قال و محل النزاع ما إذا كان يجد الطعام فى المنازل المستقبلية بسعر المنزل الذى هو فيه أما إذا لم يجده أو وجدته بثمان أعلى فله الإبدال لا- محالة (قلت) و على ذلك نبه فى المبسوط و التحرير و لعل محل النزاع أيضا ما إذا أراد إبداله بزاد غيره لا بشيء آخر كما هو ظاهر كلام المبسوط و غيره لكن تنظيره فى المبسوط يقضى بالإطلاق قال كما إذا اكرهاه لحمل شيء معلوم ثم إنه باعه أو باع شيئا منه فى الطريق كان له إبداله انتهى فتأمل

(قوله) (إلا مع الشرط)

أى شرط الإبدال فيجوز له الإبدال و يصح الاشتراط كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و فى الأخيرين أنه لا إشكال و لا ريب فى الصحة و وجوب الوفاء بالشرط قلت و لا يضر عدم علمه بوقت فئانه تنزيلا على العادة التى لا تختلف غالبا

اختلافا يعتد به و قال في (جامع المقاصد) و يعلم من ذلك أنه لو شرط حمل زاد زائد على المعتاد فليس للزائد حكم المعتاد بل له إبداله نظرا إلى العادة (قلت) لعله أراد أنه يصير حينئذ كالمحمول المطلق (و فيه) أنه إذا أراد جعل الجميع زادا توسعة كان له حكمه (قوله) (و إن ذهب بسرقة أو سقوط أو بأكل غير معتاد فله إبداله)

بلا- خلاف كما في المبسوط و التذكرة و قد نص عليه في التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الخلاف المنفى في المبسوط أنما هو بين العامة لأنه لم يتعرض له منا أحد قبله و أما هم فلهم في أصل المسألة أقاويل مختلفة و تفاصيل متشعبة و لعلهم أرادوا بالأكل الغير المعتاد الضيافة الغير المعتادة

(قوله) (و إن شرط عدم الإبدال مع الأكل)

معناه أنه له إبداله إن ذهب بسرقة و نحوها و إن شرط عدم الإبدال لأن المراد بالشرط أنما هو على تقدير الأكل المعتاد تنزيلا لإطلاق الشرط على العادة المستمرة المضبوطة كما هو قضية كلام الباين

(قوله) (و يجب على المؤجر كل ما جرت العادة أن يوطئ للركوب به للراكب من الحداجنة و القتب و الزمام و السرج و اللجام و الحزام و البرذعة و رفع المحمل و حطه و شده على الجمل و رفع الأحمال و شدها و حطها و القائد و السائق إن شرط مصاحبته و إن آجر الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب)

حكم المصنف هنا و في التحرير بأن هذه الأشياء التي تتوقف عليها توفية المنفعة و جرت العادة بتوطئها للركوب تجب على المؤجر للراكب إن شرط الراكب مصاحبته و حكم بأنها على الراكب إن آجره الدابة ليذهب بها و لم يبين لنا الحال فيما إذا أطلق و لم يذكر شيئا من هذين الأمرين و ينبغي أن يكون حكمه أن ينظر إلى العادة فإن اقتضت شيئا بخصوصه و كانت مضبوطة حمل الإطلاق عليه و لو لم تقتض شيئا و لم يشترط أمرا بخصوصه نظرنا إلى الإجارة فإن كانت في الذمة بمعنى أنه أوقع العقد على التبليغ فقال آجرتك نفسى على أن أبلغك إلى موضع كذا و جبت هذه الأشياء على المؤجر سواء ذكر الدابة أم لا عينها أم لا و كذا إن كانت في الذمة على دابة موصوفة لأنه بمعناه و إن كانت على عين مخصوصة و لم يذكر تبليغا و جب التخليه بين المستأجر و بينها لكننا نسأل عن الفرق بينه و بين ما إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٠

و أجره الدليل و الحافظ على الراكب (١) و على المؤجر إركاب المستأجر إما برفعه أو ببروك الجمل إن كان عاجزا كالمرأة و الكبير و إلا فلا (٢)

وقعت على دابة موصوفة و لعله لأنها في الثانية يجب إبدالها إذا تلفت ففيها نوع من التبليغ و يأتي في أواخر الفصل الثالث ما له نفع في المقام و له في التذكرة ضابط آخر و هو أنه أطلق القول بوجود هذه الأشياء على المؤجر إن كانت في الذمة و عدمه إن كانت معينة قال و إن ورد على دابة بعينها و جب على المؤجر التخليه بينها و بين المستأجر و لا يجب أن يعينه في الركوب و لا الحمل و لم ينظر إلى اشتراط مصاحبته و لا إلى اقتضاء العادة شيئا معينا و لعله يقيد ذلك بما إذا لم يكن أحد هذين و في (المسالك) ضابط آخر قال بوجوبها مع اشتراط المصاحبة أو قضاء العادة بها أو كانت الإجارة في الذمة أما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء و لم تقتض العادة بذلك فجميع ذلك على الراكب و لم يبين لنا حال ما إذا كانت مخصوصة و لم يكن أجرها له ليذهب بها كيف شاء و قد عرفت حكمه و في (المبسوط) يجب على المؤجر كل ما يحتاج إليه للتمكن من الركوب كالحزام و شده و حبله و شيل المحمل و حطه و لم يفرق بين ما إذا كانت في الذمة أو على عين و لا- بين اشتراط المصاحبة و عدمه و نحوه ما في الشرائع يلزم المؤجر ما يحتاج إليه في إمكان الركوب من الرحل و القتب و في رفع المحمل و شده تردد أظهره اللزوم انتهى و نحوه ما في اللمعة و الروضة يجب على المؤجر كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة و نحو ذلك ما في الإرشاد و مجمع البرهان و الروض يلزم آلات

الركوب من الرحل و القتب و الحزام و رفع المحمل و شده و إعانة الراكب للركوب و النزول و لعل مراد المبسوط و ما كان نحوه أن ذلك إذا قضت به العادة و ليعلم أن هنا عادتین (الأولى) عادة ما يحتاج إليه الراكب من الحداجه و نحوها من الآلات التي يوطأ بها له (و الثانية) عادة ما يجب أن يكون من عند المؤجر من مقدمات الركوب و التحميل و أسباب تهيئتها و إيصال الحق من ركوب و تحميل إلى أهله و قد حكم المصنف هنا و في التذكرة و التحرير و الإرشاد و المحقق و الكركي و الشهيد الثاني و المولى الأردبيلي بأن شد المحمل و رفعه على المؤجر و حكي في المبسوط في رفع المحمل و جهين من دون ترجيح و قد جزم في الكتب المذكورة عدا الشرائع فإنه لم يتعرض له بكون القائد و السائق على المؤجر و في (المبسوط و السرائر و التحرير) أن السوق على الراكب قالوا نعم إن استأجره لحمل المتاع فعلى المؤجر و قد قال قبل ذلك في التحرير بسطرين إن القائد و السائق على المؤجر و الجمع ممكن فتأمل و الجار في قوله للراكب متعلق بقوله يجب أو بالعادة أو بيوطئ و لو قدمه فقال يجب للراكب لكان أوضح (قوله) (و أجرة الدليل و الحافظ على الراكب)

كما في جامع المقاصد و بالثاني صرح في التذكرة و الإطلاق يقضى بأنه لا فرق بين أن يكون شرط مصاحبة المؤجر أم لا و لا بين أن تكون وردت على العين أم الذمة (أما الأول) فلأن الدليل لا يتوقف عليه الركوب فلا يجب على المؤجر (و أما الثاني) فلأنه ليس مما يتوقف عليه تحميل المتاع حتى يكون مقدمه له

(قوله) (و على المؤجر إركاب المستأجر إما برفعه أو ببروك الجمل إن كان عاجزا كالمرأة و الكبير و إلا فلا)

كما في المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و إليه أشير في الإرشاد و الروض و مجمع البرهان بقولهم على المؤجر إعانة الراكب للركوب و النزول في المهمات المتكررة و مرادهم في المهمات و إن تكررت كالبول و نحوه و مثل بروك البعير تقرب الحمار و الفرس و البغل من نشز من الأرض ليسهل معه الركوب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١١

و لو انتقل إلى الطرفين تغير الحكم فيهما (١) و على المؤجر إيقاف الجمل للصلاة و قضاء الحاجة دون ما يمكن فعله عليه كصلاة النافلة و الأكل و الشرب (٢) و لو استأجر للعقبه جاز و يرجع في التناوب إلى العادة (٣)

(وجه الأول) أنه يجب عليه إيصال الحق إلى أهله و هو المنفعة فلو توقف على أمر من إركاب و نحوه وجب ذلك الأمر و فيه تأمل (و أما الثاني) فلأنه لم يتوقف الإيصال على ذلك لأنه قادر قوى متمكن فيمتنع و جوب ما لم يتوقف عليه الحق (و قال في جامع المقاصد) إن ذلك كله إنما هو إذا كانت الإجارة في الذمة أو شرط ذلك على المؤجر و إلا لم يجب (قلت) قضية إطلاق العبارات أنه لا فرق في ذلك بين كون الإجارة واردة على عين أو في الذمة و لا بين أن يكون قد شرط ذلك أم لا أو شرط مصاحبة أم لا قضت به العادة أم لا (سلمنا) أن إطلاقهم لا يتناول ذلك كله لكن قضية كلام جامع المقاصد أنه لو قضت العادة بذلك أنه لا يجب ذلك إلا أن تقول إنه تركه للعلم به و لعله أراد بما في الذمة أنه استأجره للتبليغ أو على دابة في الذمة لأنه في معنى التبليغ و الدليل المذكور تام فيما إذا شرط عليه ذلك لكنه يقرر بخلاف ذلك فهو مسوق لما إذا كانت الإجارة على التبليغ بمعنييه لكنه لا يخلو عن تأمل من وجهين فليتأمل جيدا

(قوله) (و لو انتقل إلى الطرفين تغير الحكم فيهما)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه لو انتقل المستأجر من القوة إلى طرف العجز أو بالعكس تغير الحكم فيهما فحكم القوى أن لا يجب على المؤجر إركابه و يتغير إذا صار ضعيفا فيجب حينئذ أن يركبه و العكس بالعكس و لا يعجبني هذه العبارة

(قوله) (و على المؤجر إيقاف الجمل للصلاة و قضاء الحاجة دون ما يمكن فعله عليه كصلاة النافلة و الأكل و الشرب)

كما فى الكتب الأربعة المتقدمة و السرائر و فى (المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير) ما حاصله أنه إذا وقف للصلاة لا تجب عليه المبالغة فى التخفيف و ليس له الإبطاء و التطويل و فى (المبسوط و السرائر) أنه يصلى صلاة المسافر يتم الأفعال و يختصر الأذكار قال فى (السرائر) لأن حق الغير تعلق به و فى (التحرير) أنه لو كان فى موضع التخيير جاز الإتمام و ليس للمؤجر منعه منه و فى (التذكرة) ليس له النزول أول الوقت لينال فضيلته

(قوله) (و لو استأجر للعقبة جاز و يرجع فى التناوب إلى العادة)

كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر التذكرة الإجماع على جواز الاستئجار للعقبة حيث قال عندنا فإن كانت العادة مضبوطة بالزمان بأن يركب يوما و ينزل يوما حمل عليها و كذا إن كانت مضبوطة بالفراسخ بأن يركب فرسخا و ينزل فرسخا و قضية إطلاق الكتب المذكورة أنه لا يشترط فى صحة الإجارة تعيين من يبدأ بالركوب فى متن العقد بل يتفقان فإن تشاحا أقرع كما هو خيرة التحرير فى ما نحن فيه و التذكرة فى مثل مسألتنا و احتمال فيها أن لا يصح كراهما لأنه عقد على مجهول و مفض إلى التنازع و قال فى (جامع المقاصد) و كذا المسالك إن القول بالقرعة بعيد لأن محلها الأمر المشكل و لا إشكال فى عقد المعاوضة الموجب للجهالة و المفضى إلى التنازع و قد تقدم فى الشرط السادس أنه لا بد من تعيين من يبدأ بالركوب و محل الركوب و محل النزول و تشخيص الزمان فليرجع إليه (قلت) نظر الجماعة إلى أن ذلك لا يقدح فى الصحة لأن أصل العقد صحيح و إنما الجهالة فى القسمة كما إذا اشتريا طعاما من صبرة فإن أحدهما يقبض قبل الآخر و إن تشاحا أقرع و لا يعد ذلك جهالة و كما إذا استأجرا دارا ليسكنها على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٢

و تقسم بالسوية إن اتفقا و إلا فعلى ما شرطاه (١)

التناوب كما إذا علمنا ذلك من نيتهم بل قال فى التذكرة لو استأجر اثنان جملا يركبانه عقبه بأن ينزل أحدهما و يركب الآخر صح و يكون كراهما طول الطريق و الاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه و إن تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو أزمته معينة إلى آخر ما قال فقد صحح هذا العقد مع ما فيه من الجهالة فما نحن فيه أولى بالصحة (و كيف كان) فإن لم يكن فى مسألتنا عادة مضبوطة بالزمان أو بالفراسخ و جب تعيين تناوبهما هل هو بالزمان المعين أو بالفراسخ لأن بعض الأشخاص يقدر على التناوب بالفراسخ و لا يقدر عليه بالزمان و إلا بطل و إن اتفقا على خلاف العادة و كان مضبوطا جاز كما صرح بالحكمين فى التذكرة و غيرها و العقبة بالضم النوبة و هما يتعاقبان على الراحلة إذا ركب هذا تارة و هذا أخرى كما إذا استأجرها رجلان ليتعاقبا أو تعاقب المستأجر و المالك أو تعاقب مع الدابة كما إذا آجرها له ليركبها بعض الطريق و يتركها من دون ركوب و يمشى البعض الآخر و لا فرق فى ذلك بين الجمل و غيره و هذه العقبة هى المهैयाة التى تقدم بيانها عند قوله و لو استأجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح و احتيج إلى المهैयाة إن قصد التراوح كما تقدم بيانه مسبقا

(قوله) (و يقسم بالسوية إن اتفقا و إلا فعلى ما شرطاه)

لما بين أنه يرجع فى التناوب إلى العادة فإن كانت عادة المتعاقبين التناوب بالزمان حمل الإطلاق على الزمان و إن كان بالمسافة حمل عليها أراد أن يبين أنهما كيف يقسمان الزمان إن ضبطت به و كيف يقسمان المسافة إن ضبطت بها فقال إنهما يقسمان الطريق بالسوية إن اتفقا فى الاستحقاق و تساويا فى الأجرة فلماذا يوم أو نصف يوم و للآخر كذلك إن كانت العادة على الزمان و لهذا فرسخ و للآخر فرسخ إن كانت على المسافة و إنهما إن تفاوتوا فى الاستحقاق و الأجرة فعلى ما شرطاه و اتفقا عليه من القسمة أثلاثا إن كانا دفعها كذلك مع ملاحظة العادة و الجرى على مقتضاها و هو التناوب بالزمان مثلا إن كان العادة على القسمة به و بالفراسخ إن كانت على القسمة بالمسافة و قد عرفت أن المصنف و غيره فى الكتاب و غيره لا يشترطون تعيين محل الركوب و محل النزول و لا من يبدأ

بالركوب و على هذا فالعبارة على مختار المصنف هنا خالية عن كل وصمة و لها وجه آخر يأتى (و قال فى جامع المقاصد) أنها لا تخلو عن شىء و بينها بأن الطريق يقسم بينهما فى الركوب بالسوية إن استويا فى الاستحقاق و إن لم يستويا فيه قسم بينهما على ما شرطاه بينهما و عيناه لكل واحد منهما ثم قال لكن لا يستقيم ذلك لأنه لا بد من تعيين ركوب كل منهما و نزوله إما بالتنزيل على العادة المضبوطة أو بالتعيين فى العقد و حينئذ فلا مجال للقسمة إلا بمقتضى المعقود عليه (قلت) قد عرفت أن القسمة فيما ذكرناه على مقتضى المعقود عليه و لا- يشترطون غير ذلك بل قد يقال إن العادة متناولة لما أراد ثم قال و يحتمل أن يكون مراده أن إطلاق التناوب يقتضى المساواة إلى أن يشترط غيره لكن قوله و يرجع فى التناوب إلى العادة ينافى ذلك مع أن العبارة لا تؤديه لأن قوله إن اتفقا أى استويا فى الاستحقاق ينافى ذلك (قلت) أنت إذا لحظت ما ذكرناه عرفت أنه لا منافاة فيه لشىء من العبارتين لأنه يصير حاصله أن إطلاق التناوب يقضى بالمساواة فى الركوب على العادة المعتادة من زمان أو مسافة إن تساويا فى الأجرة إلا أن يشترط مع المساواة فى الأجرة الاختلاف فى الركوب بأن يركب هذا ساعة و هذا ساعتين أو هذا فرسخا و هذا فرسخين و هذا هو الوجه الآخر الذى أشرنا إليه آنفا لكن فيه أن تقدير الشرط بعد أن يحتاج إلى تجشم شديد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٣

و أن يستأجر نوبا مضبوطة إما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراسخ (١) و إن استأجر للحمل فإن اختلف الغرض باختلاف الدابة من سهولتها و سرعتها و كثرة حركتها و جب ذكره فإن الفاكهة و الزجاج تضره كثرة الحركة و بعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب و إلا فلا (٢) و أما الأحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهدة (٣)

(و قال فى جامع المقاصد) و يمكن أن يريد وجوب الأجرة عليهما بالسوية إن اتفقا فى الركوب و إلا فعلى ما شرطاه من الركوب بينهما إلا أنه خلاف المتبادر من العبارة و لم يجر للأجرة ذكر انتهى و لا ينبغي ذكر هذا الاحتمال

(قوله) (و أن يستأجر نوبا مضبوطة إما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراسخ)

يريد أنه يجوز أن يستأجر مع كونه وحده من المالك دابته ليركبها فى هذا الطريق خمس نوبات مثلا أى خمسة فراسخ أو خمسة أيام و يعين ذلك بأنه الفرسخ الأول و الثالث و هكذا فى الأيام و هذا التناوب يكون إما مع المالك كأن يركب المالك يوما أو فرسخا ثم المستأجر يوما أو فرسخا و إما مع الدابة كأن يركبها المستأجر فرسخا و ينزل و يمشى فرسخا كما نبهنا عليه آنفا و على هذا الأخير اقتصر فى المبسوط و التحرير فى بيان هذه العقبة الخاصة و قد قصد بذلك الرد على الشافعى بل و على الشيخ لأن الشافعى صرح هنا فى الفرض الأول بعدم الجواز لتأخر حق المكترى و تعلق الإجارة بالزمان المستقبل و هو لازم للشيخ كما عرف مما تقدم و للشافعى فى الفرض الثانى وجوه و على هذا فالفرق واضح بين هذه و بين العقبة بالمعنى الآخر و احتمل فى جامع المقاصد الفرق بأن يراد بالأول ما إذا اكتفى بالعادة المضبوطة و أطلق فى العقد و يراد هنا التعيين فى نفس العقد و ضبط النوب إما بالزمان أو بالفراسخ و أشار بقوله فيحمل على زمان السير إلى أن نزوله فى المنزل يوما أو يومين لا- يكون محسوبا من النزول بين النوب لأن المتبادر من ذلك النزول فى خلال السفر و السير

(قوله) (و إن استأجر للحمل فإن اختلف الغرض باختلاف الدابة من سهولتها و سرعتها و كثرة حركتها و جب ذكره فإن الفاكهة و الزجاج تضره كثرة الحركة و بعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب و إلا فلا)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و عليه نبه فى المبسوط و قد سمعت فيما تقدم قريبا ما حكيناه عن الشرائع و غيرها من أنه لو استأجرها للحمل لا يشترط فيها شىء مما يشترط للركوب و المراد أنه لو استأجر دابة فى الذمة و لم يختلف غرضه باختلافها و لم يكن الطريق مما يختلف فيه حال الدواب فيصعب قطعه على بعض الدواب دون بعض لم تجب معرفتها من كونها فرسا أو إبلا أو غيرهما و لا ذكر أوصافها لأن الغرض حمل المتاع كالحنطة و الشعير و الإبريسم و لا يطلب حملها و لا سهولتها

ولا صعوبتها فلا يختلف الغرض بحال الحامل لكن قال في التذكرة غير مستبعد اشتراط معرفة الدابة كالركوب لأن الأغراض تختلف في تعلقها بكيفية سير الدابة وسرعته و بطئه وقوته و تخلفه عن القافلة مع ضعفها وقد استجوده في جامع المقاصد و أما إذا اختلف الغرض بالنسبة إلى الحمل ككون المحمول زجاجا أو خزفا أو فاكهة أو نحو ذلك أو كان حال الدواب في قطع ذلك الطريق مختلفا فلا بد من التعيين ليرتفع الغرر و إنما قيدنا الدابة بكونها في الذمة لأنها إذا كانت معينة فلا بد من رؤيتها أو وصفها وصفا يرفع الجهالة كما في التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و أما الأحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهدة)

كما في الشرائع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٤

أو الوزن مع ذكر الجنس (١) و ذكر المكان المحمول إليه و الطريق (٢) و لو استأجر إلى مكة فليس له الإلزام بعرفة و منى بخلاف ما إذا استأجر للحج (٣)

و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروض و مجمع البرهان لأنها من أعلى طرق العلم كما في التذكرة (قلت) لكنها قد لا تثمر العلم بالقدر و لعل لذلك قال في التذكرة و لو كان في ظرف و جب أن يمتحنه باليد تخمينا لوزنه و وافقه على ذلك صاحب المسالك قال لما كان الضابط التوصل إلى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة بل لا بد معها من امتحانه باليد تخمينا لوزنه إن كان في ظرف لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل و الخفة مع التفاوت و لعل الوجه في التقييد بكونه في ظرف في الكتابين لأنه هو الذي يمكن أن يمتحن باليد فتأمل و هذا كله إذا كان حاضرا و يأتي بيان الحال فيما إذا لم يكن حاضرا و لم يتعرض في المبسوط لذكر المشاهدة لكنه أشار إلى اعتبارها في آخر كلامه

(قوله) (أو الوزن مع ذكر الجنس)

كما في المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك لكنه خير فيما عدا المبسوط بين ذلك و بين المشاهدة و خير في الشرائع و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان بين المشاهدة و التقدير بالكيل و الوزن من دون تعرض للجنس و الظاهر أنه لا بد منه للاختلاف الفاحش باختلافه فإن القطن يضر من جهة انتفاخه و دخول الرياح فيه فيزداد ثقله في الهواء و الحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره و تحمिल بعض الأجناس أصعب من بعض و كذا تجب زيادة الحفظ في البعض كالزجاج و الوجه في البطلان مع الإخلال بالمقدار واضح لأنه إن قال لتحمل عليها من الحنطة ما شئت ربما دخل فيه ما يقتلها و العادة في ذلك تزيد و تنقص كما يأتي بيانه و إن قال ما تطبق فلا ضابطه له أيضا فتأمل و هذا إذا لم يكن المحمول حاضرا و لعل الاقتصار هنا على الوزن لما تقدم في محله من أنه الأصل أو أنه أخصر كما في التذكرة و ذكر الوزن مع الجنس هو المعبر عنه بالوصف بالقدر و الجنس لكنه وقع في التذكرة أنه إن لم يكن حاضرا فلا بد من تقديره بالكيل أو الوزن إلى أن قال و لا بد من وصفه فيشترط معرفة القدر و الجنس فليلاحظ (قوله) (و ذكر المكان المحمول إليه و الطريق)

أما أنه لا بد من ذكر المكان المحمول إليه فلما في عدمه من الغرر و الضرر و أما الطريق فإنما يجب ذكره عند تعدده و اختلافه لما في عدم ذكره حينئذ من الغرر أيضا إن كانت الأغراض تختلف باختلافه و لو كانت العادة جارية مستمرة بسلوك طريق معروف مألوف فإن الإطلاق ينصرف إليه

(قوله) (و لو استأجره إلى مكة فليس له الإلزام بعرفة و منى بخلاف ما إذا استأجره للحج)

قال في التذكرة لو استأجر دابة ليركبها إلى مكة لم يكن له الحج عليها بل إذا وصل إلى عمران مكة نزل و قال بعض الشافعية إن له الحج عليها لأنه عبارة عن الاستئجار للحج و لو استأجره للحج ركبها من مكة إلى منى ثم إلى عرفات ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم

إلى مكة للطواف لأن ذلك من تمام الحج و هل يركبها من مكة عائدا إلى منى للرعى الوجه أن له ذلك لأنه من تمام الحج و توابعه و هو الذى استظهره فى جامع المقاصد (قلت) و على تقدير تسليم ما قاله بعض الشافعية من أنه عبارة عن الحج و أنه يريد بذلك الحج نقول إنا نعمل بصريح اللفظ و اللفظ قد دل على أنه استأجره إلى مكة التى هى أول أفعال الحج و الإرادة لا تدفع صريح اللفظ و لا سيما إذا لم تنافه «١»

(١) و عساك تقول إن مكة صارت عبارة عن الحج مجازا و القرينة حالية لأننا نقول إن الناس يختلفون فى الخروج من مكة إلى عرفه فبعضهم يركب البعير و بعض غيره (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٥

و لو شرط أن يحمل ما شاء بطل (١) و لو شرط حمل مائة رطل من الحنطة فالظرف غيره فإن كان معروفا و إلا وجب تعيينه (٢) و لو قال مائة رطل دخل الظرف فيه (٣)

(قوله) (و لو شرط أن يحمل ما شاء بطل)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد للغرر و قال فى الأخير لا يقال إن ذلك ينزل على العادة بحسب حال الدابة لأن العادة فى ذلك تزيد و تنقص و قال بعض الشافعية يصح و يكون قد رضى بأسوأ الأحوال و أضر الأجناس (وفيه) أنه لو صح هنا لصح فى كل موضع فيه غرر تنزيلا- على أضر الأحوال و الأجناس و كذلك الحال إذا آجرها له ليحمل عليها طاقتها كما تقدم و لا يخفى أن هذا ليس كقوله آجرتك الأرض لتزرع ما تشاء لأن الدابة لا تطبق كل ما تحمل و للحيوان حرمة ليست للأرض و الضابط فى الغرر المنفى فى الشريعة ما كان على ثلاثة وجوه لا يخلو عنها و قد تجتمع (أحدها) ما يفضى إلى التنازع (و الثانى) ما كان على غير عهده و لا ثقة (و الثالث) ما خالف ظاهره باطنه المجهول فالأولان موجودان فى تحميل الدابة ما تشاء «١» و لا كذلك الأرض فليتأمل

(قوله) (و لو شرط حمل مائة رطل من الحنطة فالظرف غيره فإن كان معروفا و إلا وجب تعيينه)

كما صرح بذلك فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد قال فى الأول لو قال آجرتكها لتحمل مائة رطل من الحنطة فلا بد من معرفتها أى الظروف بالرؤية أو بالوصف إلا أن تكون هناك غرائر متماثلة معروفة اطرد العرف باستعمالها و جرت العادة عليها كغرائر الصوف و الشعر حمل مطلق العقد عليها و لم يجب ذكر الجنس لقله التفاوت بينهما جدا و نحوه ما فى التحرير و جامع المقاصد و هذا هو الذى أرادته المصنف بقوله معروفا إذ مراده أنه إذا كان معروفا مطردا فى العرف صح و لا- يحتاج إلى تعيينه و إلا وجب تعيينه بالرؤية أو الوصف و قد يقال إنه لا يجب تعيينه على كل حال لأن الاختلاف بين الحنطة و ظرفها كائنا ما كان يسير جدا و إنما يجب بيان الجنس إذا اشتد الاختلاف و تفاحش كالحنطة و الحديد و الإبريسم و القطن ألا ترى أنه لو كان عنده من ماش و من من أرز و خلطهما فإنه يصح أن يستأجره على منوين من أحدهما من دون بيان كل على حدة و يأتى فى التذكرة ما يشهد لذلك كما

ستسمع

(قوله) (و لو قال مائة رطل دخل الظرف فيه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قال فى الأول إنه أصح وجهى الشافعية و الوجه الثانى لهم أن الظرف مغاير لها لأنه السابق إلى الفهم و قال إن هذا يتفرع على الاكتفاء بالتقدير و إهمال الجنس إما مطلقا أو إذا قال مائة مما شئت و قد وافقه على أن ذلك إنما يتفرع على ذلك صاحب جامع المقاصد لكنه لم يرتض إهمال الجنس فى الكتاب و التحرير و قد ذكر هذا الفرع فى غير مبين لذلك فالذى أراه أنه لا- حاجة بنا إلى بناء ذلك على ذلك لأن الذى يجب فيه ذكر الجنس هو ما كان الاختلاف فيه شديدا كما تقدم آنفا و ليس النظر هنا إلى جنس الرطل و إنما البحث و النظر إلى جنس الظرف بالنسبة إلى المظروف و الاختلاف بينهما

يسير جدا من أى جنس كانا كما نهبنا عليه آنفا و المفروض فى المثال أن المظروف مفروغ منه لأمر من الأمور منها أن يقول من أجناس لا تختلف أو يكون هناك قرينة حال تدل على ذلك غاية الأمر أنه لم يبينه و لم يميزه حتى لا يكون الطرف خارجا عنه و لما لم يبين المائة و الحال أن الطرف من لوازمها دخل فيها و يرشد إلى ذلك أنه قال فى التذكرة إن الظروف إن دخلت فى الوزن لم يحتج إلى ذكرها كأن يقول استأجرتك لحمل مائة من الحنطة بظروفها و يصح العقد لزوال الغرر بذكر الوزن انتهى و قضية

(١) شاء خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٦

و لو استأجر للحرث و جب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف و تقدير العمل بتعيينها أو بالمدّة و تعيين البقران قدر العمل بالمدّة (١)

اعتبار ذكر الجنس مع ذكر الوزن أنه لا بد من معرفة قدر الحنطة وحدها و قدر الطرف وحده كما قاله بعض الشافعية فليتأمل (قوله) (و إن استأجره للحرث و جب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف و تقدير العمل بتعيينها أو بالمدّة و يعين البقران قدر العمل بالمدّة)

قال فى المبسوط فأما إن كان للحرث فلا بد من مشاهدة الثور أو يذكر ثورا قويا من حاله و قصته و أن يذكر الأرض لأنها تكون صلبة و تكون رخوة و لا بد من ذكر المدّة و قصيته أنه لا بد من ذكر المدّة سواء قدر العمل بتعيين الأرض أو بالمدّة و أنه لا بد من ذكر الأرض و مشاهدة الثور أو وصفه (وفيه) أنه إذا قدر العمل بتعيين الأرض لا حاجة إلى المدّة فحرره فى الشرائع فقال إن كان لحرث جريب معلوم فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها و إن كان لعمل مدّة كفى تقدير المدّة و مراده أنه إما أن يقدره بالعمل أو المدّة فإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة الأرض بالمشاهدة أو الوصف و لو قدره بالمدّة لم يعتبر معرفة الأرض فقد خالف المبسوط فى الأمور الثلاثة التى قال فى المبسوط إنه لا بد منها و حرر المصنف كلام المبسوط فى كتبه الثلاثة الكتاب و التذكرة و التحرير بتحرير آخر وافقه عليه صاحب جامع المقاصد و صاحب المسالك و هو أنه يجب و يشترط أن يعرف صاحب الثور إذا آجره للحرث الأرض على كل حال و أن يعرف تقدير العمل و تقديره إما بتعيين الأرض كهذه القطعة أو هذا البستان و لا يحتاج إلى تعيين الثور و نحوه إلا أن تكون الإجارة واردة على عين و إما بالمدّة لكنه لا بد فى هذا التقدير من تعيين الثور مثلا سواء كانت الإجارة فى ذلك واردة على عين أو فى الذمة فصار الحاصل أنه لا بد فى التقدير بالمدّة من تعيين الأرض و الثور و لا بد فى التقدير بالعمل من تعيين الأرض فقط و قد مثل فى التذكرة للتقدير بالمدّة بما إذا قال استأجرتك لتكرب لى هذه الأرض بالبقر الفلانى يوما أو شهرا و هو يوافق ما فهمناه من كتبه و الذى يوافق ما تقدم له و لغيره أن يمثل بما إذا قال له استأجرتك لتكرب لى شهرا أو يوما لأنه مع التعيين بالمدّة لا ينبغى ذكر الأرض إلا على التطبيق أو الظرفية و هما غير مرادين بل لا يحتاج إلى ذكر شىء آخر كما سمعته هنا عن الشرائع كما تقدم فيما إذا استأجره لىنى له شهرا أو يحفر له يوما و إن اشترط المصنف و المحقق الثانى فى بعض المقدر بالمدّة فى بعض المسائل معرفة بعض الأشياء و يأتى بعد هذه ما فى جامع المقاصد فى ما إذا استأجر للطحن نسبة ما ادعيناه فى الطحن إلى ظاهر الأصحاب (و فى الإرشاد و شروحه) أنه يجب أن يشاهد الأرض التى يريد حرثها و هو يعطى أنه لا بد من معرفة الأرض سواء قدر العمل بالمدّة أو بالأرض و هو يوافق ما هنا و لا تعرض فى الإرشاد كالشرائع لوجوب تعيين الدابة إذا عين بالمدّة و فى (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) أن كل موضع وقع العقد فيه على مدّة فلا بد من تعيين الظهر الذى يعمل عليه لأن الغرض يختلف باختلاف الدابة فى القوة و الضعف و إن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لأنه لا يختلف مع احتمال الحاجة انتهى و أنت إذا لحظت مسائل الكتاب السابقة و اللاحقة و جدته يلحظ هذه الضابطة نعم يشبهه قوله فى الكتاب فيما تقدم و لو اختلف العمل باختلاف الأعيان فالأقرب أنه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان (و كيف كان) ففضية كلام المبسوط و صريح الكتاب هنا و التحرير و جامع

المقاصد و المسالك أنه يكتفى فى تعيين الأرض بالوصف و صريح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٧

و إن استأجر للطحن و جب تعيين الحجر بالمشاهدة أو الوصف و تقدير العمل بالزمان أو بالطعام (١) و لا بد من مشاهدة الدولاب إن استؤجر له و معرفة الدلاء و تقدير العمل بالزمان أو بملاء البركة مثلا (٢)

التذكرة و ظاهر الإرشاد و الكتاب فيما تقدم فى الاستئجار لحفر البئر أنه لا بد من المشاهدة و أنه لا يكفى الوصف و قد أطال فى التذكرة فى بيانه فى المقام و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى الكلام على الاستئجار لحفر البئر و ذكرنا هناك ما ذكره هنا و قد قرب فى التذكرة عدم الافتقار إلى مشاهدة السكة و أنه يكتفى فيها بالعادة و قال و كذا فى قدر نزولها فى الأرض يرجع فيه إلى العادة و قد وافقه على الأمرين صاحب جامع المقاصد و صاحب المسالك

(قوله) (و إن استأجر للطحن و جب معرفة الحجر بالمشاهدة أو الوصف و تقدير العمل بالزمان أو الطعام)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و تفصيله أنه يجب فى استئجار الدابة لإدارة الرحى معرفة شيئين الحجر و تقدير العمل أما الحجر فيعرف إما بالمشاهدة أو بالصفة إن أمكن الضبط بها لأن الحجر يتفاوت الحال بثقله و خفته تفاوتاً كثيراً و الطحن يختلف فيه فلا بد لصاحب الدابة من معرفته و أما تقدير العمل فإنه يكون بالزمان كأن يقول على أن تطحن يوماً أو يومين و فى (جامع المقاصد) أن ظاهرهم أن التعيين بالزمان كاف عن ذكر جنس المطحون لانتفاء الغرر بذلك (قلت) قضية التعيين به أن لا يحتاج إلى غيره حتى الدابة كما فى غيره كما تقدم غير مرة لكنه قال فى التذكرة و وافقه صاحب جامع المقاصد إنه لا بد من معرفة الدابة إن قدر العمل بالزمان و لعله لاختلاف الدواب فى ذلك قوة و سرعته و ظاهر الكتاب و التحرير أنه لا حاجة إلى ذلك و يكون تقدير العمل بالطعام كأن يقول على أن تطحن قفيزاً أو قفيزين و فى (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) أنه يجب أن يذكر أيضاً جنس المطحون من حنطة أو شعير أو دخن أو عفص أو قشور رمان و غير ذلك لأن هذه الأشياء تختلف بالطحن فى السرعة و البطء و السهولة و الصعوبة و لما كان الباب معقوداً لاستئجار الدواب لم يتعرض للاستئجار للطحن على رضى الماء و حكمه أنه يقدر بالزمان أو بالعمل فيجب فى الأخير أن يذكر الجنس

(قوله) (و لا بد من مشاهدة الدولاب إن استؤجر له و معرفة الدلاء و تقدير العمل بالزمان أو بملاء البركة)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و التحرير غير أنه لم يذكر فى الأخير معرفة الدلو و زيد فى الأولين معرفة موضع البئر و عمقها بالمشاهدة أو الوصف بل نفى عنه الريب فى الثانى إن قدر العمل بنحو ملاء البركة و اقتصر فى المبسوط و الشرائع و الإرشاد و الكفاية على أنه لا بد من مشاهدة مؤجر الدابة الدولاب و زاد فى الأول أنه لا بد من ذكر المدة (و كيف كان) فالمراد أنه يجوز استئجار الدواب لإدارة الدولاب و الاستقاء من البئر بالدلو فإن كانت الإجارة على عين الدابة و جب تعيينها كما هو الشأن فى نظائره من الاستئجار للركوب و الحمل و إن كانت فى الذمة لم يجب بيان الدابة و معرفة جنسها و على التقديرين يجب على صاحب الدابة معرفة الدولاب و الدلو و يجب عليه عنده فى التذكرة معرفة موضع البئر و عمقها و يجب تقدير المنفعة إما بالزمان كيوم أو بالعمل كأن يقول لتستقى خمسين دلو من هذا البئر بهذا الدلو أو لتدور بهذا الثور خمسين دورة أو لتملأ هذه البركة لكنه يحتاج حينئذ إلى معرفة البركة و عمقها و فى (جامع المقاصد) أنه لا ريب فيه و قضية العبارة و التحرير أنه لا يكفى وصف الدولاب و هو خلاف صريح التذكرة و جامع المقاصد و الملاء بالكسر اسم ما يأخذه الإناء إذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٨

لا بسقى البستان لاختلاف العمل بقرب عهده بالماء و عطشه (١) و لو كان لسقى الماشية فالأقرب الجواز لقرب التفاوت (٢) و لو استأجر للاستسقاء عليها و جب معرفة الآلة كالراوية أو القرية بالمشاهدة أو الصفة و تقدير العمل بالزمان أو عدد المرات أو ملاء معين

(٣) و يجوز استئجار الدابة بآلاتها و بدونها و مع المالك و بدونه (٤)

[الثالث الأرض]

(الثالث الأرض) (٥) و يجب وصفها أو مشاهدتها (٦) و تعيين المنفعة للزرع أو الغرس أو البناء (٧)

امتلاً و يجوز فتحه على أنه مصدر

(قوله) (لا بسقى البستان لاختلاف العمل بقرب عهده بالماء و عطشه)

أى يقدر العمل أو المنفعة (و المنفعة خ ل) بملء البركة لا بسقى البستان لأنه لا ينضب ربه على وجه لا غرر فيه كما هو خيرة التحرير و جامع المقاصد و المسالك (و قال فى التذكرة) فيه إشكال ينشأ من أن سقيه يختلف بحرارة الهواء و برودته و كيفية حال الأرض و من قلّة التفاوت فيه و لعله الأقوى لأن الحال فى الأمرين يظهر فى البين و أن الإجارة تحمل من الغرر ما لا يحمله غيرها مع أن الحاجة قد تمس إلى ذلك فتأمل

(قوله) (و لو كان بسقى الماشية فالأقرب الجواز لقرب التفاوت)

كما هو خيرة الإيضاح قلت و لا سيما إذا ذكر نوع الحيوان و فى (جامع المقاصد) لا ريب أن التقدير بغير ذلك أولى و لعله للتفاوت بحرارة الهواء و برودته و قربها من الماء و عدمه خصوصا فى الحيوان العظيم و خصوصا إذا كثر عدده و لم يذكره فى التذكرة (قوله) (و لو استأجر للاستقاء عليها و جب معرفة الآلة كالأروية و القرية بالمشاهدة أو الصفة و تقدير العمل بالزمان أو عدد المرات أو ملء معين)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير و زاد فى التذكرة و جامع المقاصد أنه لا بد من مشاهدة الدابة لتفاوتها فى القوة أو الضعف و هو الذى ذكره فى المبسوط لا غير قال فإنه يذكر أنه بغل أو دابة أو حمار و فى (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) أنه إن وصف القرية و الراوية و جب معرفة الوزن و لا يجب ذلك مع المشاهدة فليتأمل فيه و حاصل ما ذكره أنه يجب تقدير العمل بثلاثة أمور (الأول) الزمان كيوم أو بعضه (الثانى) عدد المرات فيحتاج حينئذ إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه و الذى يذهب إليه و الطريق المسلوک للاختلاف الكثير فى ذلك نص على ذلك فى التذكرة و جامع المقاصد (الثالث) ملء شىء فيجب معرفته و تعيينه و فى التذكرة و جامع المقاصد أنه يجب حينئذ معرفة ما يستقى منه

(قوله) (و يجوز استئجار الدابة بآلاتها و بدونها مع المالك و بدونه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد فى المسائل المتقدمة لأنه لا مانع من ذلك بعد البيان (فرع) ذكر فى التذكرة و جامع المقاصد أنه لو استأجر الدابة لبل تراب معروف جاز لأنه معلوم فى العرف (قوله) (الثالث الأرض)

لا خلاف إلا ممن شذ فى صحة استئجار الأرض كما فى التذكرة

(قوله) (و يجب وصفها أو مشاهدتها)

ظاهرهم الاتفاق على أنه لا بد من معرفة الأرض و الاتفاق على الاكتفاء بالمشاهدة كما يعرف ذلك من المقام و غيره كالاستئجار لحفر البئر و حرث الأرض نعم وقع للمحقق الثانى و الشهيد الثانى فى بعض المواضع أن الوصف للأرض أقرب فى الكشف و هو لا ينافى فى الاكتفاء المذكور و اختلفوا فى الاكتفاء بالوصف و قد نص فى التذكرة فى غير المقام على عدم الاكتفاء به و قال هنا لا بد من معرفتها إما بالمشاهدة أو بالوصف الراجع للجهالة إن أمكن و إلا تعينت الرؤية لأن المنفعة تختلف باختلافها

(قوله) (و تعيين المنفعة للزرع أو الغرس أو البناء)

كما في التحرير و جامع المقاصد حيث قال في الأول وجب تعيين أحدها و في الأخير أما إذا لم يعين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢١٩

فإن أجرها لينتفع بها بمهما شاء فالأقرب الجواز (١) و يتخير المستأجر في الثلاثة (٢) و لو قال للزرع أو الغرس بطل لأنه لم يعين أحدهما (٣) و لو استأجر لهما صح و اقتضى التنصيف (٤) و يحتمل التخيير (٥)

فإنه لا- يجوز قطعاً و لعله أراد فيما إذا أجره لأحدها مبهما كما يأتي و إلا فقد نقل في التذكرة عن الشافعية قولين فيما إذا أجرها و أطلق بأن لم يقل للزراعة و لا غيرها و مال إلى الصحة أو قال بها و لعله استند إلى إطلاقات أخبار إجارة الأرض على كثرتها جدا و ليس فيها إشارة إلى ذلك و إلى أن الشأن في ذلك كالشأن فيما لو استأجر داراً أو بيتاً فإنه لم يحتج إلى ذكر السكنى لأنهما لا يستأجران إلا- للسكنى و وضع المتاع فيهما و ربما استأجرت لخلاف ذلك كما لو استأجرت لتتخذ مسجداً و لعمل الحدادين و القصارين و لطرح الزبل فإذا استأجر للسكنى لم يكن له شيء من هذه الانتفاعات فالذي جعلوه مبطلاً في إجارة الأرض مطلقاً موجود في الدار فينصرف إلى الزرع (لا- يقال) إنه إذا أجر الدار و أطلق نزل على أدنى الجهات ضرراً و هي السكنى و وضع المتاع (لأننا نقول) فليكن في إجارة الأرض مثله حتى تنزل على أدنى الجهات ضرراً و هي الزراعة و يصح العقد لها أي الزراعة فليتأمل في ذلك كله

(قوله) (فإن أجرها لينتفع بها بمهما شاء فالأقرب الجواز)

كما في التذكرة و التحرير و الإيضاح و مزارعة المسالك و الكفاية و في (جامع المقاصد) أنه قريب و الأصل فيه الأصل المستفاد من إطلاق النصوص كما عرفت آنفاً و أنه نص أو كالنص على عموم المنافع لأن في ذلك تعميماً في الأفراد و قدوماً على الرضا بالإضرار و أنه كما لو أطلق له المزارعة و قد حكى الإجماع و الشهرة على الصحة في المزارعة و قد حكى في الإيضاح و جامع المقاصد فيما نحن فيه القول بوجود التعيين أو النص على التعميم حذراً من الغرر (و قال في جامع المقاصد) في الفرق بين هذه و بين ما إذا استأجر الدابة ليحمل ما شاء نظر انتهى و لعلهما أشارا بقولهما و قيل بوجود التعيين إلى المصنف في مزارعة التذكرة فإنه قال فيما إذا استأجرها و أطلق يحتمل قوياً و جوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات و لم نجد له غيره و لا نسب إلا إليه فيها و أما القول بوجود النص على التعميم فلم نجد به مصرحاً و إن كان مستفاداً من كلماتهم و أما قوله في جامع المقاصد و في الفرق إلى آخره (ففيه) أنه قد فرق هو فيما سبق و قد فرق أيضاً في التذكرة بأن في إجارة الدابة لأكثر الركاب و ليحمل ما شاء إضراراً بها و هو غير جائز لأن للحيوان حرمة في نفسه فلم يجز الإطلاق فيه بخلاف الأرض و قد تحرر فيما تقدم على أن المدار على الغرر بمعانيه الثلاثة فتدبر

(قوله) (و يتخير المستأجر في الثلاثة)

أي الأمور الثلاثة الزرع و الغرس و البناء لمكان الإطلاق و احتمال التنزيل على أقل الدرجات ضعيف كاحتمال البطلان كما عرفت

(قوله) (و لو قال للزرع أو الغرس بطل لأنه لم يعين أحدهما)

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 ٧، ص: ٢١٩

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد إذا قصد التفصيل لا التخيير و هو معنى قوله لأنه لم يعين أحدهما و بعبارة أخرى إذا أجره

لأحدهما مبهما لا ما إذا آجره لينتفع بمهما شاء منهما لأن الإجارة حينئذ للقدر المشترك بينهما

(قوله) (و لو استأجرها لهما صح و اقتضى التنصيف)

هذا هو الأقوى كما في الإيضاح و جامع المقاصد و التحرير على إشكال في الأخير لأن الإجارة للأمرين لا لأحدهما كما هو الظاهر المتبادر من اللفظ فلا بد من التشريك لأن مقتضى كون الإجارة لهما أن يكون المطلوب بالإجارة كل واحد فعند الجمع يجب التنصيف و له أن يزرع للجميع و لا يجوز غرس الجميع لجواز العدول من الغرس إلى الزرع دون العكس

(قوله) (و يحتمل التخيير)

كما هو خيرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٠

و لو آجرها لزرع ما شاء صح (١) و لو عين اقتصر عليه و على ما يساويه أو يقصر عنه في الضرر على إشكال (٢)

التذكرة لأن استيفاء المنفعتين معا من جميع الأرض غير ممكن فيكون ذلك موكولا إلى اختياره فكأنه قال لتفعل بها ما شئت من الجنسين كما لو قال لترعها ما شئت و قد صح فليصح هذا إذ ليس اختلاف الجنسين إلا كاختلاف النوعين فله أن يغرستها كلها و أن يزرعها جميعها و أن يزرع بعضها و يغرر بعضها و اختير البطلان في الخلاف و المبسوط و الغنية و في (التحرير) أنه قوى لأنه لم يعين مقدار المغروس و المزروع لمكان الجهالة و الغرر و الضرر فكان كما لو قال بعثك أحد هذين العبدین بألف و الآخر بخمس مائة و عليه أكثر الشافعية و قد يقال إنه يرد مثله فيما لو قال مهما شئت

(قوله) (و لو آجرها لزرع ما شاء صح)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير فله زرع ما هو أبلغ ضررا و أدناه و ما بينهما و قد تقدم لنا أنه يصح استئجارها لينتفع بها بما شاء فهذا أولى (و عساک تقول) إنه كما وجب تعيين الراكب وجب تعيين المزروع فلا يصح الإطلاق أو تقول إنه لو استأجر دارا للسكنى مطلقا لم يجز له أن يسكنها من يضر بها كالحداد و القصار فلا يجوز أن يزرعها هنا ما هو أضر و إن أطلق (لأننا نجيب) عن (الأول) بأنه لا يجوز إجارة الدابة لأكثر الركاب ضررا لأن للحيوان حرمة في نفسه فلا يجوز إطلاق ذلك فيه و لما في ذلك من الغرر كما تقدم و لا كذلك الأرض فلا يصح أن يؤجره الدابة لتركب بالبناء للمجهول و لا ليركب عليها من يشاء و الإطلاقان في الأرض صحيحان كما ستعرف و عن (الثاني) بأن السكنى لا تقتضى ضررا أو ضررا يسيرا جدا فمنعوه من إسكان من يضر بها لأن العقد لا يقتضيه و لا يتناوله نعم لو قال لتسكن فيها من تشاء كما هو المفروض فيما نحن فيه قلنا بالجواز لعدم الغرر و الضرر و لا كذلك الزرع فإنه يقتضى الضرر قطعا فإذا أطلق كان راضيا بأكثره و المراد بالإطلاق في كلامنا هو ما إذا قال لترعها فتساوى الأرض و الدار إذا قال لتسكنها من تشاء و لترعها ما تشاء و مختلفان فيما إذا قال لتسكنها و لترعها فيصح الثاني دون الأول

(قوله) (و لو عين اقتصر عليه و على ما يساويه أو يقصر عنه في الضرر على إشكال)

الإشكال في العدول عن المعين إلى المساوى و الأقل ضررا و قد قال في التذكرة أن القول بأن له أن يزرع ما عينه و ما ضرره كضرره أو أدون و لا يتعين ما عينه قول عامه أهل العلم إلا داود و باقى الظاهرية فإنهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها حمراء لم يجز أن يزرع البيضاء و نسبه في الخلاف أيضا إلى أبى حنيفة و الشافعي و عامه الفقهاء و في المبسوط إلى جميع المخالفين و في (جامع المقاصد) أن جواز العدول هو المشهور بين عامه الفقهاء و قال أيضا إنه المشهور (قلت) و قد نص عليه الشيخ في المبسوط في أول كلامه و المصنف في التذكرة و التحرير و لا ثالث لهما فيما أجد بل ظاهر المبسوط أو صريحه أن ما ذكره أولا إنما هو للمخالفين فانحصر الخلاف في التذكرة و التحرير لكنه في التذكرة بعد أن جزم بالأول حكى عن الشيخ العدم و نفى عنه البأس فانحصر الخلاف في التحرير و بعدم جواز التعدى في الإجارة صرح جماعة في باب المزارعة و الأصحاب مطبقون من المقنعة

إلى الرياض فى باب المزارعة على أنه لو عين له الزرع لا- يجوز له التعدى إلى الأقل ضررا أو المساوى و قد اعترض فى جامع المقاصد على ما احتج به فى التذكرة للقول بالعدول فيما نحن فيه و هو أن المعقود عليه منفعة الأرض و لهذا يستقر العوض بمضى المدّة إذا سلم الأرض فلم يزرعها و أن ذكر المعين أنما كان لتقدير المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر دارا ليسكنها كان له أن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ٢٢١

و لو شرط الاقتصار على المعين لم يجز التخطى

يسكنها غيره و أن المركوب و الدراهم فى الثمن معقود عليهما فتعينا و الذى اقتضاه العقد هنا هو تعيين المنفعة المقدره بذلك المعين و قد تعينت دون ما قدرت به كما لا- يتعين المكىال و الميزان فى المكىال و الموزون و قال فى (جامع المقاصد) قوله المعقود عليه منفعة الأرض إن أراد على وجه مخصوص فحق و إن أراد مطلقا فغير واضح و استقرار الأجره بمضى المدّة ليس لكون المعقود عليه المنفعة مطلقا بل لكون المعقود عليه قد تمكن من استيفائه ببذل العين له و تسليمه إياها فكان قابضا لحقه و لأن المنفعة قد تلفت تحت يده فكانت محسوبة عليه انتهى و قوله أن ذكر المعين أنما كان لتقدير المنفعة ليس بشىء و كيف يكون كذلك و الغرض قد يتعلق بزراع المعين و مثل ذلك آت فى الاستئجار للسكنى فىكون الأصل ممنوعا و قوله أن المعقود عليه المنفعة المقدره بذلك المعين فهو كالمكىال (مردود) لأن الأغراض تختلف فى ذلك اختلافا بينا فلا يجوز الخروج عن مقتضى العقد و أما المكىال و الميزان فإن اللفظ و إن اقتضى تعيينهما إلا أنه لما قطع بعدم تعلق الغرض بهما و عدم التفاوت فى التقدير بهما أو غيرهما بوجه من الوجوه التى لها دخل فى مقصود الإجارة و يتفاوت به مقاصد العقلاء حكمنا بخلاف ظاهر اللفظ و ألغينا ذكر التقدير بهما حتى لو فرض وجود غرض صحيح فى تعيينهما حكمنا بلزوم ذلك كما لو قطع بسلامة ميزان مخصوص من العيب دون غيره فإن تعيينه يقتضى تعيينه و معلوم أن الأغراض تتفاوت بتفاوت المزروعات و ليس هذا بأدون من تعيين الأثمان انتهى و لقد أطال فى غير ما طائل إذ قد يقال إنه يرد جميع ما ذكر شىء واحد و هو أن الغالب المعروف المألوف أن الغرض المقصود فى الإجارة للمالك تحصيل الأجره خاصة و هى حاصله على التقادير الثلاثة (فكلام) أهل العلم مبنى على الغالب المعروف و هو الذى أراده المصنف بما ذكره من الأدلة و إن قصرت عبارته فى الإيضاح عنه لأن كان أمرا واضحا مفروغا منه فتأمل جيدا (نعم كلامه) يتم فى المزارع المالك إذا عين إذ ربما كان غرضه فى الأكثر ضررا لا فى الأقل من حيث نفعه أو الحاجة إليه و إن حصل للأرض ضرر و لا يتعلق غرضه بالأخف و إن انتقصت الأرض و لا كذلك المؤجر فى الغالب ثم إن قضيه كلامه فى جامع المقاصد أنه لو آجرها للغرس فليس له الزرع مع أنه سيجوزها فيما يأتى و يرشد إلى ذلك ما حكاه فى المبسوط من أنه لو قال لتزرعها طعاما و ما يقوم مقامه فهو تأكيد كما لو قال بعثك هذا على أن أسلمه لك لكن يوهن ذلك كله إطباق عليه و فى خلافهم مع ندره القائل به منا و من الغريب عدم التعرض لذلك فى الإيضاح و المخالف الشيخ فى الخلاف و المبسوط فى آخر كلامه قال إنه هو الذى يقوى فى نفسه و ابن إدريس فى السرائر و هو الذى استظهره المحقق الثانى و قال إنه أوضح دليلا و أقوى حجة و استدلل عليه بأن المنافع أنما تنتقل على حسب مقتضى العقد و الفرض أنه لم يقع إلا- على الوجه المعين فلا يجوز تجاوزه (و عساك تقول) أن قضيه ذلك أنه إذا استأجر الدابة ليركبها إنه لا يجوز أن يركب من هو مثله من مستوى الخلقه لأنهم يشترطون تعيين الراكب بالمشاهدة أو الوصف و لا أن يسكن من هو مثله إذا استأجر الدار ليسكنها مع أنهم لا- يختلفون فى جواز ذلك (و الجواب) أن المتعارف فى الراكب و الساكن أنه يستأجر لنفسه و لمن هو مثله و عليه حملنا صحيحة على بن جعفر فى من استأجر دابة ثم آجرها و ليس المتعارف فى من استأجر الأرض ليزرعها حنطه أنه يزرعها حنطه و ما كان مثلها كما تقدم بيانه فى أوائل الباب هذا و يستفاد من العبارة أنه لو أراد زرع الأضر لم يجز و به صرح فى المبسوط و غيره و فى جامع المقاصد الإجماع عليه

(قوله) (و لو شرط الاقتصار على معين لم يجز له التخطى إلى الأقل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٢

ولا إلى الأقل (١) وكذا التفصيل لو أجرها للغراس فله الزرع وليس له البناء وكذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع (٢) وإذا استأجر للزرع ولها ماء دائم أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صحح وإن كان نادرا وإن استأجرها بعد وجوده صحح للعلم بالانتفاع وإلا فلا (٣) ولو أجرها على أن لا ماء لها أو كان المستأجر عالما بحالها صحح وكان له الانتفاع بالنزول فيها أو وضع رحله و جمع حطبه وزرعها رجاء للماء وليس له البناء ولا الغرس (٤)

كما فى المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد عملا بمقتضى الشرط وظاهر الأخير وكذا التذكرة الإجماع على ذلك وليس فى المبسوط والتحرير لفظ (قوله خ ل) إلى الأقل لكنه مراد جزما بل كلام المبسوط يدل عليه بالأولوية كما يعرف مما تقدم (قوله) (و كذا التفصيل لو أجرها للغراس فله الزرع وليس له البناء وكذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع) أى وكذا التفصيل فى جواز التخطى إلى الأقل ضررا والمساوى دون الأضر لو استأجر الأرض للغراس فله الزرع لأنه أقل ضررا من الغرس وقد نص على ذلك فى التحرير والتذكرة فى أثناء كلام له وليس له البناء بلا خلاف كما فى المبسوط وأما أنه إذا استأجرها للبناء فليس له الغرس ولا الزرع فقد وجهه فى جامع المقاصد دفعا لتناقض الواضح فى العبارة ولعله لم يرتفع بذلك بأن ضرر البناء أشد من الغرس من وجه فإن البناء أدموم فى الأرض وأكثر استيعابا لوجهها والغرس أضر لانتشار عروقه واستيعابه قوة الأرض ونحوه الزرع فلا يجوز له العدول عن البناء إلى الغرس والزرع وظاهره اختياره وهو كما ترى إذ لا ريب أنهما أقل ضررا من البناء وقد صرح فى التحرير بأنه يجوز العدول عن البناء إلى الغرس فبالأولى أن يجوز إلى الزرع (قوله) (و إذا استأجر للزرع ولها ماء دائم أو يعلم وجوده وقت الحاجة صحح ولو كان نادرا فإن كان بعد وجوده صحح للعلم بالانتفاع وإلا فلا)

كما نص على ذلك كله فى المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وفى الأخيرين الإجماع على جواز إجارة الأرض ذات الماء الدائم من نهر أو عين أو بئر ووجهه ظاهر كالوجه فى الأحكام الثلاثة الأخر والمراد بالعلم الظن الجارى مجرى العلم عادة وحاصله العمل على الظاهر (قوله) (و لو أجرها على أن لا ماء لها أو كان المستأجر عالما بحالها صحح وكان له الانتفاع بالنزول فيها أو وضع رحله و جمع حطبه و زرعها رجاء للماء وليس له البناء والغرس)

قد صرح بالأولى وهى صحة الإجارة وجوازها إذا أجرها على أنها لا ماء لها فى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفى الأخير نفى الريب عنه لأن منفعة الأرض غير منحصرة فى الزرع وإن كان المقصود الغالب استئجارها له لأن اشتراط عدم الماء ينفى كون المقصود الأصلى من استئجارها هو الزرع فينتفع بها بنحو الأمور المذكورة وهى له أن ينتفع فيها بالزرع كما هو صريح التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأنه لم ينف ذلك فى العقد وإنما نفى كونه المقصود الأصلى أم لا- كما هو ظاهر المبسوط فى موضع وصريحه فى آخر والمراد بقوله فى العبارة ولو أجرها إن إجارته وعقده كان خاليا عن التعرض لذكر الزرع كما فى الكتب الأربعة المتقدمة وإن كان العبارة بملاحظة ما قبلها قد توهم أن الإجارة للزرع وهى لا يتم إلا على القول بأن المنفعة لا تتعين بالتعيين وقد صرح بصحة الإجارة فى الثانية وهى ما إذا علم المتعاقدان أن لا ماء لها فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد يفهم ذلك من كلام المبسوط لأن علمهما يقوم مقام التصريح بنفى الماء فحكمها كأولى ولما كانت المنفعة المطلوبة المقصودة مختصة بالمستأجر غالبا اقتصر المصنف هنا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٣

ولو استأجر ما لا ينحصر عنه الماء غالبا للزرع بطل (١) ولو كان ينحصر وقت الحاجة وكانت الأرض معروفة أو كان الماء صافيا

يمكن مشاهدتها صح و إلا فلا (٢)

على كون المستأجر عالما بحالها كما اقتصر عليه فى الشرائع فلا يقدح جهل المؤجر بالحال وقد بقى من صور حالات الأرض التى يندر حصول الماء الكافى لها صورتان (الأولى) أن يستأجرها مصرحا بالمنافع المخصوصة كالنزول فيها ونحوه والحكم فيها كما فى الأوليين وله الزرع على القول بأن المنفعة لا تتعين بالتعيين ويتجاوز إلى المساوى والأقل (و الثانية) أن يستأجرها مطلقا من غير تعيين للمنافع ولا اشتراط لعدم الماء مع كونه غير عالم بحالها وقد تقدم الكلام فى ذلك كله عند شرح قوله أما لو لم يعين الزرع انصرف إلى غيره وحاصله أنه إما أن يكون سوق الماء مرجوا أم لا والظاهر عدم الصحة فى الثانى وفى صحتها فى الأول وجهان وقرب فى التذكرة الصحة وأما أنه ليس للمستأجر البناء والغرس فقد صرح به فى الصورة الأولى فى الكتب الأربعة وفى الثانية فى جامع المقاصد وفاقا للكتاب وهو قضية كلام الثلاثة الأخر كما هو ظاهر ووجهه فى التذكرة بأن تقدير المدّة يقتضى بظاهرة التفرغ عند انقضائها والغرس والبناء للتأييد بخلاف ما إذا استأجر للبناء والغرس فإن التصريح بهما قد صرف اللفظ عن ظاهره (قوله) (و لو استأجر ما لا ينحصر عنه الماء غالبا بطل)

كما فى المبسوط وغيره مع التقييد فى المبسوط بكون الاستئجار للزراعة لأن الغالب بمنزلة اليقين وقال فى (جامع المقاصد) ينبغى أن يكون المراد من العبارة أنه استأجره للزراعة أو مطلقا ولم يشترط كونه مغمورا بالماء ولا علم المستأجر بالحال وإلا لم يتم الحكم بالبطلان (قلت) لا ريب فى إرادة ذلك كما يأتى بيانه

(قوله) (و لو كان ينحسر وقت الحاجة و كانت الأرض معروفة أو كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها صح و إلا فلا)

قال فى المبسوط وإن كان الماء ينحسر عنها يقينا أو فى الغالب جاز ولا ريب أن مراده أن الانحسار وقت الحاجة وأن الأرض كانت معروفة و لو بمشاهدتها وفى (التذكرة) وإن كان يرجى زواله وقت الزراعة صح العقد وما فى العبارة من التعبير بوقت الحاجة أولى ليشمل وقت الزراعة إن كان ذلك النوع لا يزرع فى الماء و وقت إرادة الحصاد بعد الزرع بحيث لا يفسد الزرع به إن أمكن الزرع فى الماء كالأرز وقد حكم المصنف هنا بصحة الإجارة مع الشرطين وعدمها مع عدمهما وحكى فى التذكرة عن بعض الشافعية صحة الإجارة وإن لم تكن الأرض معروفة ولم تحصل الرؤية لأن الماء من مصالح الزراعة من حيث إنه يقوى الأرض ويقطع العروق المنتشرة فيها فأشبهه استتار اللوز والجوز بقشرها ثم نفى عنه البأس والأصل فى ذلك أن الشافعى نص على صحة العقد إن كان يرجى انحسار الماء عنها وقت الزراعة فاعترضوا عليه بوجهين (الأول) أن شرط الإجارة عنده التمكن من الانتفاع عقيب العقد (و الثانى) أن رؤية الأرض ليست حاصله عند العقد لأن الماء حينئذ سائر لها وأجاب أصحابه عن الأول بوجهين (الأول) أن مراده ما إذا كان الاستئجار لزراعة ما يمكن زراعته فى الماء كالأرز (الثانى) أن الماء فيها من مصالح العمارة والزراعة فكان إبقاؤه فيها ضربا من العمارة وأيضا صرف الماء بفتح موضع ينصب إليه أو حفر بئر ممكن فى الحال (و أجابوا) عن الثانى بأنه قد رأى الأرض قبل حصول الماء فيها أو كان الماء صافيا لا يمنع رؤية وجه الأرض ومنهم من قطع بالصحة وإن لم تحصل الرؤية لأن الماء من مصلحة الزراعة من حيث إنه يقوى الأرض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٤

وفى كون إنكار الموكل الوكالة فسحا نظر (١) (الفصل الثالث) فى النزاع وفيه بحثان (الأول) فيما يثبت به الوكالة وهو شيان تصديق الموكل وشهادة عدلين ذكرين (٢)

الأخير عبر عن الأخير بقوله لا- تتصرف و امتنع من التصرف فاكتفى بالمثل عن العنوان وقد ذكر فى المبسوط الفسخ والنقض و العزل ثم قال فيه كما قال فى التذكرة و ما أشبه ذلك من ألفاظ العزل أو المؤدية معناه ولم يذكر فى الشرائع صرفتك و أزلتك و لا

نهيه عن فعل ما أمره به لكن ذلك كله داخل تحت قوله و ما جرى مجراه و هذه صورة العزل بالقول و أما العزل الفعلى فقد تقدم ما يدل عليه

(قوله) (و فى كون إنكار الموكل الوكالة فسخا نظر)

قد استشكل أيضا فى التحرير و لا ترجيح فى التذكرة و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح أنه ليس فسخا (و قال فى الأخير) إن منشأ النظر هنا يظهر مما مر فى جحود الوكيل و فى عبارة الإيضاح سهو من قلم الناسخ فلا تغفل عنه و به تشهد النسخ المتعددة

(قوله) (الفصل الثالث فى النزاع و فيه بحثان الأول فيما تثبت به و هو شيان تصديق الموكل و شهادة عدلين ذكراين)

أما الأول فلا ريب فيه و لا خلاف و لذلك تركه الأكثر و ظاهر التذكرة بل صريحها و صريح مجمع البرهان الإجماع عليه و به صرح فى الوسيلة و بعض ما تأخر و ربما عبروا عنه بإقرار الموكل و اعترافه و أما الثانى فكذلك و ظاهر التذكرة أو صريحها و صريح مجمع البرهان الإجماع عليه و فى (المفاتيح) نفى الخلاف فيه بل هو ضرورى قد أرسى الشارع قواعد شرعه عليه تعبدا محضا و لهذا قيل إنهما من قبيل الأسباب الموجبة للحكم على الحاكم لا- من حيث إفادة الظن و ظاهر كلامهم كما فى مجمع البرهان أنه لا بد فى الإثبات بالشاهدين من ضم حكم الحاكم إلا ما استثنى كالهلال و دليله غير واضح و كذا الحكم و المستثنى فإنه غير مضبوط كما اعترف به فى المسالك (قلت) قد بينا فى باب القضاء و ضوح الدليل و اتضاح السبيل و ما استظهره من كلامهم من أنه لا بد من حكم الحاكم فقد صرح به فى التذكرة أيضا بل قد يلوح منها حيث لم ينقل فيه خلافا عن أحد من العامة أنه لا خلاف فيه كما هو كذلك و لا ريب فى أنه مخصوص بما إذا كان هناك منازع كان ينكرها الموكل و إلا فلو ادعاها من دون منازع فلا حاجة إلى حكم الحاكم كما هو قضية القاعدة الكلية من أن من ادعى و لا منازع له فإنه يسمع قوله لأن كان الأصل فى فعل المسلم و قوله الصحة و لذلك قبلوا قول المرأة فى الخروج من العدة ما لم يعلم كذبها و موت الزوج و أنها حلت نفسها بتزويج محلل و طلاقه لها و قول آخذ الكيس القائل إنه لى بل دعوى الفقير الفقر و قد أطبق الناس على إرسال الوكلاء بالأموال إلى البلدان البعيدة التى يتعذر فيها إقامة البينة على الوكالة بل قال هو أنه لم ينقل عن أحد من آل الله سبحانه و تعالى و لا عن العلماء التوقف فى ذلك و كانوا يشتركون من الوكلاء و يقبضون الهدايا منهم و أن كل أحد يعلم أن الغنم مثلا ليست ملكا للقصاب و كذا سائر أمتعة البراز و فواكه البقال بل قالوا يجوز الأخذ من الصبى و العبد إلى أن قال الظاهر أنه لا كلام فيه و قال إن الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة (قلت) هذا الظهور من كلامهم فى غاية الظهور إذ فى بعض العبارة كقوله فى الإرشاد و لا تثبت إلا بعدلين اتفقا و كقوله فى التحرير و إنما تثبت إلى آخره و كقوله فى الكتاب و هو شيان لأن مفهوم اللقب فى عباراتهم حجة و به يثبت الوفاق و الخلاف و كقوله فى الوسيلة إنما تثبت بالبينة و اعتراف الموكل و كقوله فى السرائر لا تسمع إلا أن يقيم بينة شاهدين عدلين و عبارة التذكرة تشعر بذلك لأنه قال تثبت الوكالة بإقرار الموكل و شهادة العدلين و لا تثبت بشهادة رجل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٥

و لو كان الماء ينحسر على التدرج لم يصح لجهالة وقت الانتفاع إلا أن يرضى المستأجر (١) و لو أمكن الزرع إلا أن العادة قاضية بغرقها لم يجز إجارتها لأنها كالغارقة (٢)

قسمين باعتبار علمه و جهله و لا ثالث لهما و قال فى (جامع المقاصد) إن عبارة الكتاب قاصرة عن أقسام المسألة قال إن ما لا ينحسر عنه الماء من الأرضين وقت الحاجة إليه إذا استأجره فإما أن يكون ماؤه قليلا لا يمنع أصل الزرع فيمكن معه زرع شىء أو يكون كثيرا و يمنع و حينئذ فإما أن يعلم المستأجر بالحال فى وقت الإجارة أو لا فإن كان الماء قليلا صحت الإجارة و إن جهل المستأجر بالحال كان له الفسخ و الرضا بالحصة إن كان المزروع بعض الأرض و إن كان جميعها مع النقيصة احتمل وجوب الأرش و إن كان الماء كثيرا و علم الحال و رضى صحت الإجارة و انتفع غير الزرع من اصطلياد و نحوه و لو ندر انحسار الماء كان له الزرع لعدم المانع و إن

لم يعلم الحال فيما أن يكون قد صرح باستنجاره لنحو الاصطياد أو لا ففى الأول تصح الإجارة و يستوفى تلك المنفعة و مع انحسار الماء بفعله بحفر بئر و نهر يجرى فيه أو مطلقا كان له الزرع إن كان مساويا لتلك المنفعة فى الضرر أو أقل على القول به و إن لم يصرح بذلك لم تصح الإجارة نظرا إلى أن المنفعة المقصودة منتفية و مما قرناه يعلم أن عبارة الكتاب قاصرة عن أقسام المسألة انتهى (و نحن نقول) قوله إذا استأجره فإما أن يكون ماؤه قليلا إلى آخره إن أراد به أنه استأجره للزراعة لم يتجه أن يفرع عليه قوله فإما أن يكون قد صرح باستنجاره لنحو الاصطياد و لا قوله و إن كان الماء كثيرا و علم الحال صحت الإجارة و ينتفع بغير الزرع إلى آخره إلا على القول بأن خصوص ذكر المنفعة لا يقتضى التعيين مع إهمال ذكر معرفة الأرض و كذلك إذا كان الإطلاق منزلا على الزراعة لمكان الغلبة و التبادر و إن أراد أنه استأجره لغير الزراعة لم يتجه جميع ما فصله و فرعه كما إذا بقى الإطلاق على حاله مضافا إلى أمور آخر كحال قوله و إذا لم يعلم بالحال إلى آخره و غيره فكلامه غير محرر فتدبر

(قوله) (و لو كان الماء ينحسر على التدريج لم يصح لجهالة وقت الانتفاع إلا أن يرضى المستأجر)

قضية ما سبق له فيما لا ينحسر عنه الماء و ما يأتى فيما يغرق أنه استأجرها فى المسألة للزراعة جاهلا بحالها عارفا بنفس الأرض من قبل أو وصفت له قبل العقد (و وجه) عدم الصحة حينئذ ظاهر لجهالة وقت الانتفاع لأنه إذا كان لا ينحسر أصلا كان الانتفاع معدوما و الانتفاع هنا غير معدوم لكن وقته غير معلوم (و أما وجه) الصحة إذا علم و رضى فلأن علمه بالحال يرفع الجهالة فى الإجارة فيكون قد أقدم على حفر بئر أو نهر يجرى فيه الماء فيكون كالقدرة على تسليم الأبق و نحوه أو يكون ذلك منه بمنزلة استنجارها لغير الزرع فى الصحة و الغرض رفع الجهالة بمعنى الإقدام عليها و الرضا بها بناء على أن الإجارة تحمل مثل هذه الجهالة فإن أمكن الزرع فذاك و إلا أبقاها على حالها أو استعملها فى غيره بناء على القول بعدم التعيين بالتعيين و هذا إن قلنا بعدم انفساخ الإجارة إذا امتنع المعين كما تقدم و يأتى قريبا و منه يعلم حال ما فى جامع المقاصد قال الحكم بالصحة مع رضا المستأجر أعم من أن يستأجرها مطلقا أو للزراعة بناء على القول بعدم التعيين بالتعيين (و وجهه) أن علمه بالحال بمنزلة الاستنجار لغير الزرع فى الصحة فلا تلزم الجهالة فى الإجارة نظرا إلى المقصود لأن الزرع على ذلك التقدير ليس هو المقصود الأصلي انتهى فتأمل فيه فإنه كما ترى مع ما فيه من أن استنجارها للزرع بمنزلة استنجارها لغيره

(قوله) (و لو أمكن الزرع إلا أن العادة قاضية بغرقها لم تجز إيجارها لأنها كالغارقة)

و نحوه ما فى التحرير و معناه أنه لو استأجر الأرض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٦

و لو اتفق غرقه أو تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على المؤجر و لا خيار للمستأجر (١) إلا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق أو انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفى للزرع أو تفسد الأرض فيتخير فى الإمضاء فى الجميع و يحتمل بما بعد الأرش (٢)

للزرع عارفا بها و بإمكان الزرع فيها جاهلا بأن العادة قاضية بغرقها كانت إيجارها غير صحيحة لأنها كالغارقة عارفا و أما إذا علم بذلك فلا مانع لأنه يكون قد أقدم على دفع الغرق عنها أو يكون ذلك منه بمنزلة استنجارها لغير الزرع على نحو ما تقدم آنفا و قال فى (جامع المقاصد) ينبغى أن يكون هذا إذا استأجرها للزرع أو مطلقا و لم يعلم الحال أما إذا علم نزلت على قصد باقى المنافع (قوله) (و لو اتفق غرقه أو تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على المؤجر و لا خيار للمستأجر)

أى لو اتفق على وجه الندرة لا لقضاء العادة هلاك الزرع فى الأرض المستأجرة للزراعة بحريق أو جائحة من سيل أو جراد أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر أو مسيل سيل بحيث حصل الغرق للزرع دون الأرض لم يكن له الفسخ و لا حط شىء من الأجرة و قد نص عليه فى التذكرة و جامع المقاصد لأن الجائحة لحقت مال المستأجر لا منفعة الأرض فكان كما لو استأجر دكانا لبيع البز فاحترق المتاع فإن الإجارة لا تبطل فى الدكان

(قوله) (إلا- أن يتعذر الزرع بسبب الغرق و انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفى الزرع أو تفسد الأرض فيتخير فى الإمضاء بالجميع و يحتمل بما بعد الأرض)

لما حكم بعدم الضمان على المؤجر و عدم الخيار للمستأجر فيما إذا لحقت الجائحة زرع المستأجر فيما إذا استأجرها للزراعة استثنى ما إذا أصابت الجائحة فى مدة الإجارة منفعة الأرض إما بإبطال منفعتها أعنى الزراعة بالكلية أو إبطال بعضها و لما كان للأول حكمان انفساخ الإجارة و العقد و تخيره بين الفسخ و الإمضاء على القول بجواز التخطى من المعين إلى غير المعين ترك التعرض للأول لتقدمه و ظهوره و تعرض للثانى و قد يكون بنى الحكم فى المستثنى و المستثنى منه على أنه أطلق الصيغة فى عقد الإجارة من دون تخصيص لها بالزراعة و حينئذ إذا تعطلت الزراعة و بقى للأرض منفعة مقصودة تخير بين الفسخ و الإمضاء على تأمل لنا فى ذلك و إن كان قد ذكر فى التذكرة و جامع المقاصد فقوله يتخير فى الإمضاء إلى آخره جار على التقديرين كما ستسمع و يأتى للتخير وجه آخر (و كيف كان) فقد ذكر هنا أن تعذر الزرع يكون بسبب الغرق أو انقطاع الماء بالكلية أو فساد الأرض بإبطال قوة نباتها بسبب الحرق و نحوه فقوله أو يفسد معطوف على قوله أو يتعذر و لو قال أو فساد الأرض بعد قوله و انقطاع الماء لكان أوجز و أبعث عن التعقيد كما أن الواجب تأخير ذكر قلة الماء و ذكره أخيراً وحده لأنه لا يتحقق فيه تلف جميع الزرع حتى ينظم مع الغرق و انقطاع الماء كما هو واضح و لكن الأمر سهل و قضيه كلام التذكرة أنه لا فرق فى انفساخ العقد بفساد الأرض و نحوه و استرداد حصه ما بقى من المسمى بين بقاء زمان يمكن الزرع فيه لو كانت الأرض سليمة و عدمه و لا بين سبق فساد الزرع على فساد الأرض و بالعكس لمكان فوات المنفعة فى متعلق الإجارة و لا- سيما العكس لأن أول الزرع غير مقصود لأنه لم يستأجرها للتفصيل مثلاً و لم يسلم له الأخير و قضيه إطلاق الكتاب عدم الفرق فى ثبوت التخيير الذى ذكره بين ما ذكر من بقاء الزمان و عدمه و سبق فساد الأرض و عدمه فيحمل تعذر الزرع على ما إذا تعذر زرعه أولاً أو تعذر بقاؤه أو تجديده و حكى فى التذكرة عن بعض الشافعية أنه قال أن الأرض إذا فسدت بجائحه أبطلت قوة الإنبات بعد فساد الزرع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٧

.....

فيه احتمالان الظاهر منهما أنه لا يسترد شيئاً لأنها لو بقيت صلاحية الأرض و قوتها لم يكن للمستأجر فيها فائدة بعد فوات الزرع (و الثانى) أنه يسترد لأن بقاء الأرض على صفتها مطلوب و إذا خرجت عن أن يكون منتفعا بها و جب أن يثبت الانفساخ و لم يفرق فى التذكرة أيضاً فى ذلك أعنى انفساخ العقد بالفساد و نحوه بين أن يكون قد استأجرها للزراعة فبطلت منفعة الزراعة خاصة دون باقى المنافع أو استأجرها مطلقاً فبطلت منفعة الزراعة و فى الأخير نظر ظاهر و جعل فى التذكرة ما فى الكتاب احتمالاً قال بعد أن جزم بما ذكرناه و يحتمل أن يقال إما أن يستأجر الأرض للزراعة أو يستأجرها مطلقاً فإن استأجرها للزراعة فبطلت منفعة الزراعة خاصة دون باقى المنافع فإنه يثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ و الإمضاء بجميع الأجره أو بعد حط الأرض إن سوغنا له الانتفاع بغير الزرع و إن استأجرها مطلقاً كان له الخيار إن بقيت لها منفعة مقصودة لتعييها و نقص منفعتها انتهى (و كيف كان) فالتخيير المذكور فى الكتاب يكون عند نقص المنفعة بقله الماء حيث لا يكفى الزرع و مع الإطلاق إذا تعطلت الزراعة و بقى غيرها و مع التخصيص على القول بالتخطى و هو أى التخيير بين الفسخ و الإمضاء بجميع الأجره لأنه هو الذى وقع عليه العقد فإذا أمضاه و جب العمل بمقتضاه و المسمى إنما قوبل به مجموع المنفعة و لم تجعل الأجزاء فى مقابلة الأجزاء و بعبارة أخرى أن الإجارة تقرير للعقد الأول على ما بقى من المنافع فصار الباقي هو الكل أو كالكُل و لعل هذا التقرير يتناول توجيه الشق الأخير فليتأمل (و عسك تقول) لو لم تكن الأجزاء فى مقابلة الأجزاء لم يجب التقسيط مع الانفساخ (لأننا نقول) التقسيط إنما هو مع تعطيل أصل المنفعة فى بعض المدة لا مع نقصانها فى مجموع المدة أو بعضها مع الانفساخ على أنه مع الانفساخ جاء للضرورة إذ لا مندوحة عنه فتأمل و احتمال هنا و فى (التذكرة) أن له الإمضاء

بما بعد الأرض و فى (الإيضاح) أنه أصح و فى (جامع المقاصد) أنه أقرب لأن الأجرة فى مقابلة جميع المنافع و هو يقضى بملك كل جزء منها فى مقابلة كل منفعة منها و قد فات بعضها فيجب أن يسقط قسطه ثم إنه لا ريب فى زيادة الأجرة بزيادة المنافع و نقصانها بنقصانها و ذلك يقضى بكون أبعاد المنفعة مقصودة بالأجرة قال فى (جامع المقاصد) لا ريب فى أن عدم اعتبار الأرض بعيد جدا لأنه لو فات تسعة أعشار المنفعة فمقابلة مجموع المسمى بما بقى كأنه بديهى البطلان لكنهم فيما إذا ظهر فى المنفعة عيب خيره بين الفسخ و الإمضاء بالجميع و لم يقولوا بالتقسيت و الأرض إلا- إذا كان منقصا فى المنفعة لنقصان فى العين حتى يكون كتلف أحد العبدى فى البيع و لعلمهم يقولون إن ما نحن فيه من باب النقصان فى العين و لعله كذلك ثم إن القول بالتخطى ينبغى أن يكون فيما إذا عين منفعة بعينها و كانت باقية فإنه يجوز على القول به التخطى و أما إذا تلفت المنفعة المعينة فليس إلا انفساخ العقد و إن أمكن الانتفاع بالعين فى غير المعينة كما تقدم بيان ذلك كله ثم إن احتمال الأرض لا يتأتى إلا فى الشق الأول أعنى نقص المنفعة بقله الماء و هذا الأرض كما فى الإيضاح و جامع المقاصد أرض معاوضة نسبتبه إلى المسمى كنسبة أجرة مثل ما نقص من المنفعة إلى مجموع أجرة المثل لمجموع المنفعة لأن إيجاب أجرة مثل ما نقص ربما أحاط بالمسمى فيكون قد حصل للمستأجر جميع المسمى مع استيفائه باقى المنافع و هو بديهى البطلان و قال فى (جامع المقاصد) و اعلم أن التفرع فى قوله فيتخير إلى آخره غير مستقيم لأنه ذكر أشياء بعضها يقضى انفساخ العقد كانقطاع الماء فكيف يتفرع عليه ثبوت الخيار (قلت) قد عرفت توجيه العبارة بما يصح التفرع ثم إن المحقق فى الشرائع و المصنف فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٨

فإن فسخ رجع إلى أجرة الباقي و استقر ما استوفاه و يوزع على المدتين باعتبار القيمة و هى أجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة (١) فإن تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضا (٢) و يبقى الزرع إلى الحصاد و عليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ و أجرة المثل إلى الحصاد لأرض لها مثل ذلك الماء القليل (٣) و يجب تعيين المدة فى إجارة الأرض لأى منفعة كانت من زرع أو غرس أو بناء أو سكنى أو غير ذلك (٤)

الكتاب و التذكرة و التحرير و المقدس الأردبيلى و كذا المحقق الثانى قالوا جميعا فى باب المزارعة إنه لو انقطع الماء فى الأثناء فللزارع الخيار إن زارع عليها أو استأجرها للزراعة فحكموا بثبوت الخيار للمستأجر إن انقطع الماء فى الأثناء بالكلية من دون تعرض للتخطى كما يأتى بيانه مسبقا و كأنه فى جامع المقاصد لم يمعن النظر فى العبارة و إلا فيها مناقشات لا تندفع إلا بما وجهناها به و من لحظ ما شرحناها به من أوله إلى آخره مترويا و لحظ كلامه فى شرحها عرف أنه لم يوجه النظر إليها بكمال العناية (قوله) (و إن فسخ رجع إلى أجرة الباقي و استقر ما استوفاه و يوزع على المدتين باعتبار القيم و هى أجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة)

كما نبه عليه فى المبسوط و نص على ذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و معناه أنه إن اختار الفسخ فى الأحوال الثلاثة رجع على المؤجر بأجرة الباقي و هى حصته من المسمى و استقر عليه من المسمى ما قابل ما استوفاه فيوزع المسمى على قيمة المنفعة للمدتين أعنى ما مضى و ما بقى و المراد بقيمة المنفعة أجرة المثل لها باعتبار المدتين لمكان حصول التفاوت فى بعض الأحوال فإنه ربما كانت أجرة المثل لما مضى خمسين و لما بقى أربعين مثلا فلو وزع على أجرة المثل لمجموع المدة من حيث هى من غير اعتبار خصوص المدتين لزم الظلم فتتظر نسبة أجرة المثل لإحدى المدتين إلى مجموع أجرة المثل لهما و يؤخذ بتلك النسبة من المسمى فلو كانت أجرة المثل لما مضى خمسة أتساع مجموع أجرة المثل لهما كان نصيب ما مضى من المسمى خمسة أتساعه (قوله) (فإن تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضا)

أى إن تجدد العيب فى الأرض بعد الزرع بقله الماء بحيث لا يكفى للزرع فله الفسخ و هذا قد تقدم حكمه عند استثنائه ما إذا تعذر

الزرع للغرق و انقطاع الماء أو قتلته من قوله و لو اتفق غرقه إلى آخره لأن غرقه و تلفه بحريق و نحوه فرع تحققه و إنما أعادها لبيان أمر آخر و هو وجوب إبقاء الزرع إلى الحصاد بعد الفسخ لكن قوله أيضا يقضى بعدم تقدم ذكره لأن معناها أنه يشارك ما تقدم فى ثبوت الفسخ فلا يكون مذكورا و الأمر سهل و إنما قيدناه بقله الماء مع أنه يكون بانقطاعه أيضا فى بعض المدة لأن المصنف فرضها فى ذلك حيث قال فى آخر المسألة إن عليه أجره أرض لها مثل ذلك الماء القليل فتأمل

(قوله) (و يبقى الزرع إلى الحصاد و عليه من المسمى بحصته إلى وقت الفسخ و أجره المثل إلى الحصاد لأرض لها مثل ذلك الماء القليل)

يريد أنه إذا فسخ بالعيب و جب إبقاء الزرع إلى الحصاد لأنه زرع بحق و ثبت الفسخ بحق فلا يجوز قلعه بل يجب إبقاؤه لأن له أمدا ينتظر و هو الحصاد فعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ بالتوزيع على المدتين كما سبق و يسترد حصة الباقي منه و يلزمه للإبقاء من حين الفسخ إلى الحصاد أجره مثل تلك الأرض و لها مثل ذلك الماء القليل

(قوله) (و يجب تعيين المدة فى إجارة الأرض لأى منفعة كانت من زرع أو غرس أو ماء أو سكنى أو غير ذلك)

قد تقدم لنا عند الكلام على استئجار الآدمى حيث قال المصنف هناك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٩

و لا يتقدر بقدر (١) و لا يجب اتصال المدة بالعقد فإن عين المبدأ و إلا اقتضى الاتصال (٢) فإن استأجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده فإن كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب (٣)

فإذا استؤجر لعمل قدر إما بالزمان إلى آخره أن كلمتهم مختلفة فى معنى تعيين المدة و الزمان و أن فى اثنى عشر كتابا بل أكثر أن تعيين العمل بالزمان أن يستأجره للخياطة يوما أو شهرا و فى بعضها التصريح بأنه لا يشترط كون اليوم معينا و إن فى عشرة كتب أو أكثر أنه لو قال آجرتك الدار شهرا أو سنة أو يوما و لم ينزل على الاتصال بالزمان و قد بذلنا الجهد فى تتبع كلمتهم و الجمع بينها بوجوه أجودها أنه لا بد من تعيين الزمان و تشخيصه فى إجازات العقارات لأنه جزء من المنفعة و لا قوام لها إلا به و لا كذلك الآدمى و الدابة فيقدر عملهما بالزمان و إن كان غير معين و قد أسبغنا الكلام فى المسألة و هى من المشكلات

(قوله) (و لا يتقدر بقدر)

إجماعا كما فى الخلاف و التذكرة و به صرح فى المبسوط و المهذب و التحرير و جامع المقاصد و هو قضيه كلام الباين فى عدة مواضع قال فى (التذكرة) فيجوز أن يستأجر لحظة واحدة بشرط الضبط و مائة ألف سنة و بالجملة يجوز إجارة العين مدة تبقى فيها و إن كثرت بشرط الضبط و هو قول علمائنا أجمع انتهى (قلت) و يدل عليه الأصل المستفاد من إطلاقات الباب و خصوص صحيحى على بن يقطين و صحيحة أبى بصير و خبر سهل إذ فيها عن الرجل يكترى و يتكارى السفينة البيت و السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال الكراء لازم إلى الوقت الذى اكتره إليه كراه لازم إلى الوقت الذى تكاره على اختلاف عبارات الأخبار و كان الواجب على المقنع و المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة التنصيص و التصريح بذلك لأن كانت متون أخبار و كذلك الكفاية و المفاتيح و المخالف الشافعى و قد اضطرب كلامه فقدرها تارة بسنة لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من سنة و تكمل فيها الزرع و الثمار و تنضم الفصول الأربعة و تارة بثلاثين لأنها نصف العمر و الغالب ظهور التغيير بمضيها على الشجر و أخرى بمدة بقاء ذلك الشيء المستأجر و الأصل فيه أنها عنده على خلاف الأصل من وجوه و لا تقدير من الشارع لكنه فى السنة غفل عن قوله عز و جل ^١ثَمَانِي حَجَجَ إِلَّا أَنْ يَقُولَ إِنْ شَرَعَ مِنْ قَبْلِنَا لَيْسَ بِحِجَّةٍ وَ لَا فَرْقَ عِنْدَنَا بَيْنَ الْوَقْفِ وَ غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَخَالَفَ تَقْرِيرَ الْوَاقِفِ كَأَنْ يَكُونَ الْوَاقِفُ قَدْ قَرَّرَ أَنْ يُؤْجَرَ مَدَّةً مَعِينَةً وَ إِلَّا فَحْكَمَهُ حَكْمَ الْمَطْلُوقِ

(قوله) (و لا يجب اتصال المدة بالعقد فإن عين المبدأ و إلا اقتضى الاتصال)

قد تقدم الكلام في عدم وجوب الاتصال في أول الشرط السادس عند قوله و لو أجره للسنة القابلة صح مسبقا مستوفى و تقدم في أن الإطلاق ينزل على ذلك في أثناء ذلك مستوفى بما لا مزيد عليه حيث جمعنا فيه كلمة الأصحاب من كل باب و بقى هنا شيء و هو ما إذا اتفقا على تعيين المبدأ و نسيا تعيينه في العقد ففي (جامع المقاصد) أن عدم صحته ليس بذلك البعيد إذ ليس بمقصود و الأصح الصحة و ينزل على الاتصال كما في نظائره في نسيان الشروط و الخيار و نسيان الأجل في المتعة إلى غير ذلك عملا بالأصل و العموم أو بمعنى العموم و كم من عقد صححناه مع مخالفته القصد

(قوله) (فإن استأجرها للزراعة فانقضت المدة قبل حصاده فإن كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه عاد يشغل الأرض بعد المدة بخلاف ما إذا لم يفرض و لم يقصر كما ستسمع و المراد بتفريطه ارتكابه ما يبقى بعد المدة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٠

و إن كان لعروض برد أو شبهه فعلى المؤجر التيقية و له المسمى عن المدة و أجره المثل عن الزائد (١) و للمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على إشكال (٢)

مع إمكان غيره كما ذكر المصنف و أما إذا أخر اختيارا حتى ضاق الوقت أو أكله الجراد فزرع ثانيا فيكون كالغاصب في جواز إزمائه بتفريغ الأرض من زرعه بغير أرش و طم الحفر و غير ذلك إلا- في شيء واحد و هو أنه لا- يؤمر بالقلع قبل انقضاء المدة لأن منفعة الأرض في الحال له

(قوله) (و إن كان لعروض برد أو شبهه فعلى المؤجر التيقية و له المسمى عن المدة و أجره المثل عن الزائد)

كما في الكتب الأربعة المتقدمة لأنه غير عاد و لا مقصر و قد خرج الشرط أعنى المدة فكان للمالك عوض إبقائه تحقيقا للشرط و جمعا بين الحقين و ذلك لأن ما خرج عن المدة و إن لم يتناوله العقد إلا أنه يستلزمه حيث لا يكون منه تقصير حذرا من تكليف ما لا يطاق و به فارق ما إذا قصر و يحتمل أنه يجب على المالك الصبر إلى الإدراك مجانا لأنه أذن في هذا النوع و هو أحد وجوه الشافعية و لهم وجه آخر احتمله في المبسوط و التحرير و هو أنه له أن يقلع الزرع مجانا لأن التفريط هنا جاء من المستأجر لأنه كان ينبغي له أن يستظهر بزيادة المدة (و فيه) أنه جرى على العادة و في زيادة المدة زيادة أجره لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة و من هذا الباب ما إذا أكل الجراد روس الزرع فنبت ثانيا و تأخر الإدراك و هذا كله إذا كانت الزراعة مطلقة و قد فرض ذلك في التذكرة في المعين و يأتي للمصنف في مثل هذا الفرض في المزارعة ما يخالف ما هنا قال و ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرش أو التيقية بالأجره سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله سبحانه

(قوله) (و للمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على إشكال)

كما في التذكرة و اختيار في التحرير و الإيضاح و كذا جامع المقاصد أنه ليس له منعا (قال في التحرير) نعم له قلعه عند الانقضاء و هو قضية كلام الإيضاح عند الجواب عن حجة الشيخ و قال في (المبسوط) إن له منعه لاحتياجه إلى المطالبة بالقلع و الزرع نابت في ملكه و مثل ذلك يشق فيجعل له المنع في الحال حتى يتخلص من ذلك فإن زرع لم يكن له أن يطالب بالقلع في الحال لأن له حق الانتفاع بالأرض في تلك المدة بالزراعة فإن انقضت المدة كان له أن يطالب بالقلع لأن صاحب الأرض لم يأذن له في ذلك فهو في معنى الغاصب انتهى (و حاصله) أن الزرع يستلزم مشقة المطالبة بالقلع فكان له المنع لكن قضية ذلك أن له المطالبة بالقلع بعد الزرع لأنه قد شغل الأرض بغير ما يستحقه فلعله متناقض لأن قضية قوله أنه له حق الانتفاع إلى آخره أنه ليس له المنع من أول الأمر (و قد يجاب) بأن الشيخ لا يقول بأنه شغل الأرض بغير ما يستحقه و إنما شغلها بما هو حق له لكنه لما استلزم مشقة المطالبة بالقلع كان له المنع لذلك لا غير فلما زرع حصلت المشقة فليتنظر الأمد و يرشد إلى ذلك أن المصنف سيصرح بذلك أي أنه إن زرع لم يكن للمالك

المطالبة بالقلع و ظاهره أن ذلك جار على القولين كما يأتى و نسب إليه فى جامع المقاصد أنه احتج بأن زرعه لذلك يستلزم البقاء بعد المدة المقتضى للتصرف فى ملك المؤجر بما لا يتناوله العقد و الاحتياج إلى المطالبة بالتفريغ و ربما اقتضى ذلك نقصا فى الأرض فيكون له منعه و ضعفه بمنع الكبرى فإنه ليس كلما لم يتناوله العقد من التصرفات يجب المنع مما يستلزمها لأنها قد ثبتت تبعا و لا يكون العقد متناولا لها فكيف يمنع منها و أنت قد عرفت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣١

.....

أن الشيخ لم يتفوه بشيء من ذلك ثم إن فى الاستدلال و الجواب مواضع للنظر «١» و لعله أخذ أصل الاستدلال من الإيضاح و بنى فى الجواب على ما استسمعه مما يحققه (قال فى الإيضاح) لأنه لو لم يملك منعه لوجب إبقاؤه فيلزم قهر الغير على ملكه فيملك منعه فيلزم من عدم الملك الملك (و الجواب) المنع من الملازمة و قال فى (جامع المقاصد) و التحقيق أن يقال لا يخلو الحال إما أن يكون عقد الإجارة للزرع مدة معينة بحيث يتعين زرع ما يبقى بعد المدة أو لا فإن كان الأول فلا حاجة للمنع بعد استحقاقه بالعقد و إن كان الثانى فلا وجه للتجوز لاختصاص العقد بما سواه (فنقول) لا ريب أن الاستئجار للزرع مطلقا يتناول المتنازع لكن تعيين المدة هل يقتضى إخراج ما لا ينتهى عند انتهائها أم لا يحتمل الأول لأن مقتضى التعيين عدم الاستحقاق بعدها فلا يستحق زرع ما يبقى بعدها و فيه منع إذ لا دلالة للتعيين على الاستحقاق و عدمه بإحدى الدلالات و لو سلم فالملازمة ممنوعة و يحتمل الثانى لانتفاء المقتضى للتخصيص فيجب التمسك بالعموم (فإن قلت) تعيين المدة دليل على إرادة التفريغ بعدها (قلنا) هو مشعر بذلك و لو سلم فلا ينهض مخصصا للعموم إذ يمكن أن يجمع بين الزرع الآن و التفريغ بعد المدة (فإن قيل) إجراء لفظ الزرع على حقيقته من التقييد بالمدة يقتضى عدم اندراج ما يبقى بعدها و لا ينتفع به من جهة كونه زراعا إذا بلغ بعد المدة (قلنا) لمانع أن يمنع كون الزرع حقيقة إلقاء البذر فى الأرض على وجه يبلغ الحصاد بل هو أعم من ذلك لأن المعروف أنه إلقاء البذر فى الأرض للاستنبات و اللغى و العرف شاهدان بذلك و هذا المعنى صادق فى المتنازع فيه فإن تم هذا فعدم المنع أقوى و لقد أطال فى غير طائل إذ لا ريب فى أن الاستئجار للزرع مطلقا يتناول المتنازع و به أفصحت كلمة القائمين بأنه ليس له منعه و قد سمعت أنه قال فى المبسوط إن زرع لم يكن له أن يطالب بالقلع فى الحال لأن له الانتفاع بالأرض فى تلك الزراعة إلى آخره كما أنه لا ريب فى أن أهل العرف لا يرتابون فى أنه إذا آجره أرضه ثمانية أشهر أنه لا يريد زرع القوة التى لا ينتهى إدراكها إلا - بسنتين أو أكثر مكان التعيين دليلا - عرفا على عدم الاستحقاق بعدها فلا يستحق زرع ما يبقى بعدها و مخصصا للعموم و قد نفى هو عنه الدلالة أولا ثم قال إنه مشعر ثم تنزل إلى أنه مخصص كل فى سؤال و كان يمكنه جمع الجميع عند سؤال واحد و قد تجشم ما تجشم أخيرا من دعوى شهادة العرف و اللغى و المعارض ادعى أن الزرع واحد الزرع و هو ما قام على ساق و منه حصدت الزرع و تسمية البذر الملقى فى الأرض زراعا إنما هو باعتبار ما يثول إليه و لهذا لو علم أهل العرف و اللغى أنه إنما استنبته ليقضه أو ليرعاه بغنمه لا يسمونه زراعا قطعا و يقول ما استنبته للزرع و إنما استنبته للرعى و القصل كما هو واضح و يشهد على ما قلناه قوله عز و جل أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ إذ ليس معناه أنتم تلقونه أم نحن الملقون بل الظاهر أن معناه أنتم تجعلونه زراعا يحصد أم نحن الجاعلون ثم إنه سيعترف فى جامع المقاصد عند شرح قوله و إن أطلق احتمال الصحة مطلقا بأن تسمية ما لا يبلغ الحصاد و الإدراك زراعا مجازا مرارا (و الحاصل) أن قضاء العرف شيء و ما تقتضيه اللوازم شيء آخر فمن لاحظ العرف لا بد له من أن يقول بالمنع و فى (التذكرة) هل له المنع من زراعة المعين إذا ضاق الوقت الأقرب لعدم لأنه استحق منفعة الأرض فى تلك المدة و فيه نظر

(١) كقوله إن الزرع لذلك يستلزم البقاء بعد المدة فهل أراد أنه يستلزم البقاء شرعا أو البقاء عادة إلى غير ذلك (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٢

فإن زرع بغير إذنه لم يكن له المطالبة بإزالته إلا بعد المدة (١) و لو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها فإن شرط نقله بعد المدة لزم (٢) و إن أطلق احتمال الصحة مطلقا (٣) و يقيد إمكان الانتفاع (٤)

ظاهر إلا أن تقول إنه قد يقصد الفصل في المدة فتأمل

(قوله) (فإن زرع بغير إذنه لم يكن له المطالبة بإزالته إلا بعد المدة)

قضيته أن ذلك جار على القولين و هو على القول بعدم استحقاق المالك المنع ظاهر و إنما الإشكال على قول الشيخ كما أشرنا إليه آنفا و قد سمعت الجواب عنه و أنه ليس كما توهمه عليه لمحقق الثاني حتى يقضى منه العجب في جامع المقاصد

(قوله) (و لو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها فإن شرط نقله بعد المدة لزم)

وجها واحدا كما في جامع المقاصد و فيه أيضا أنه لا بحث في الصحة و به صرح في المبسوط و التذكرة و التحرير و في (جامع المقاصد) أنه ينبغي تقييده بما إذا كان مثل ذلك مقصودا في العادة فلو استأجر للزرع يوما أو يومين فالذي يناسب الباب يوافق أصول المذهب عدم الصحة (قلت) لأن الإجارة إنما تصح على تقدير الاعتداد بالمنفعة فكيف إذا خلى عنها بالكلية فحينئذ لا يراد بالزرع معناه الحقيقي أعنى الذي يبقى إلى أوان حصاده بل يراد منه المعنى المجازي و القرينة اشتراط النقل و لهذا اتفقت الكلمة على حكمه و قد قال في جامع المقاصد إن المصنف لم يذكر ما إذا شرط التبقية إلى زمان أخذه مع أنه ذكره بعد الكلام على الإطلاق (قوله) (و إن أطلق احتمال الصحة مطلقا)

قال في المبسوط و إن أطلق فالإجارة صحيحة لأنه يجوز أن يزرعها للفصل و قضيته أنه لا بد من منفعة و أن الزرع مستعمل في معناه المجازي و نحوه ما في التذكرة و جامع المقاصد و ستمسع كلاميهما و قال في (التحرير) و إن أطلق فالوجه الجواز سواء أمكنه الانتفاع بها في المدة بزرع ما يساوي المشترط في الضرر أو يقصر عنه أو لا- على إشكال و ظاهر الشق الثاني كظاهر الكتاب مع ملاحظة الاحتمال الثاني في الكتاب الصحة مع إمكان الانتفاع و عدمه و يصير ذلك معنى الإطلاق و هو مشكل و لذلك استشكل في التحرير و في (التذكرة) أن الأقوى الصحة لأن التأنيث لحصول المعقود عليه في منفعة تلك المدة إلى أن قال في توجيهه إن الانتفاع بهذا الزرع في هذه المدة ممكن فصح العقد و هو يوافق المبسوط كما عرفت و في (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح الصحة و وجهها في جامع المقاصد بحصول المقتضى و هو الإيجاب و القبول من جائزى التصرف و انتفاء المانع إذ ليس هو إلا كون المدة غير كافية لإدراك الزرع و هو غير صالح للمانع لأن أقصى ما يقال فيه لزوم التجوز بلفظ الزرع و لا محذور فيه لأن العدول إلى المجاز مع القرينة متعين و وجهها في الإيضاح بما حاصله من أنه عقد صدر من أهله في محله و المانع لا يصلح للمانع لأن القلع ليس بمتيقن لجواز الإبقاء بالأجرة تبرعا و صلحا و علم حصول الانتفاع إلى آخر المدة ليس بشرط في صحة الإجارة بل في انتفاء الخيار و ليس بحثنا فيه و إلا لم تصح إجارته أصلا انتهى و نحوه ما في الحواشي و ما حكى عن كثر الفوائد في انتفاء المانع لكن ذلك لا يتم حيث يشترط القلع فيلزم على تفسير الإيضاح أن يكون الزرع في العبارة حين اشتراط نقله مجازا و حين الإطلاق حقيقة فتلزم التفرقة في لفظ الزرع في العبارة فيراد به عند اشتراط النقل فصله و نحوه و بالجملة ما لا يبلغ الحصاد مجازا و عند الإطلاق حقيقة أى ما يبلغ الحصاد (و نحن نقول) لا- بد من ارتكاب المجاز فيهما و القرينة في الأول اشتراط النقل و في الثاني اشتراط المدة أو ارتكاب الحقيقة فيهما بناء على التخاطي

(قوله) (و يقيد إمكان الانتفاع)

أى و احتملت الصحة إن كانت الأرض في تلك المدة مما ينتفع بها في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٣

فعلى الأول احتمال وجوب الإبقاء بالأجرة (١)

زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه إن جوزنا التخطى مع التعيين كأن يزرع شعيرا يأخذه قصيلا فيكون المراد بالزرع معناه المجازى أيضا ليوافق صريح التذكرة أو يراد إن جوزنا التخطى فى زرع يمكن أن يبلغ الحصاد فى تلك المدة كما هو ظاهر التحرير أو صريحه فيكون المراد بالزرع معناه الحقيقى ولا بد من حمل العبارة على الأخير فكأنه قال و إن أطلق احتمال الصحة مطلقا أى سواء تجوزنا بالزرع فأريد به الفصل أو أبقيناه على حقيقته و أريد بلوغ الحصاد بناء على التخطى و احتمال الصحة مع بقائه على حقيقته بناء على التخطى و إلا فإننا إن أبقينا الانتفاع فى قوله بإمكان الانتفاع على ظاهره و هو المطلق ورد عليه لزوم الجواز مع عدم النفع أصلا فى الاحتمال الأول أعنى احتمال الصحة مطلقا و هو باطل فكان ذلك قرينة على أن المراد بالانتفاع الانتفاع بنوع آخر من الزرع يمكن بلوغه فى تلك المدة و إن كانت استفادته من العبارة بعيدة و يبقى الكلام فى وجهى التذكرة فإن تمثيله بقصل الشعير يقضى بأن المراد بالزرع معناه المجازى فيهما و هو كما ترى قليل الفائدة أو لا فائدة فيه (و كيف كان) فالأصح الصحة أما على القول بعدم التخطى فظاهر لأنه حيث يشترط النقل يراد من الزرع المعنى المجازى و كذا حيث يطلق بقرينة ذكر المدة و لا حاجة بنا إلى تقييد الصحة بإمكان الانتفاع و على القول بجوازه أى التخطى فكذلك تمسكا بظاهر اللفظ فى حالتى الإطلاق و التقييد بمعنى أن يراد فيهما حقيقة الزرع و هو ما يبلغ الحصاد بل لو تناول اللفظ كلا من النوعين بعمومه لكان ارتكاب المجاز فى الحالتين أولى من تخصصه بحالة التقييد و إرادة الحقيقة فى حالة الإطلاق كما اقتضاه كلام الإيضاح

(قوله) (فعلى الأول احتمال وجوب الإبقاء بالأجرة)

فى الشرائع أنه أشبه و فى (الإيضاح و الحواشى) أنه الأصح و فى (التذكرة) أنه أظهر الوجهين كما ستسمع لمكان الجمع بين الحقيين لأنه زرع وضع بحق و ليس متعديا به و لا ظالما فلا يقلع قبل إدراكه عملا بمفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق و قد قال فى الإيضاح قد اتفق الأصوليون على حجية دلالة المفهوم فى هذا الحديث و لأن عدم وجوب الإبقاء يستلزم عدم ملكية المستأجر منفعة متقومة مطلوبة بالإجارة انتهى و لا تغفل عن دليله الأخير و هذا الاحتمال على القول الأول أعنى القول بالصحة قد احتمله الشيخ فى المبسوط و المصنف فى التذكرة حيث احتملا أن للمالك إجباره على القلع لانقضاء المدة التى تناولها العقد و عدمه بمعنى أنه ليس له ذلك لأن العادة فى الزرع الإبقاء و إن علمه بذلك يقضى برضاه بالتبعية و قال فى (التذكرة) و على هذا أى الثانى فأظهر الوجهين أن له أجره المثل للزيادة و جعل الوجه الثانى أنه لا أجره للمالك لأنه أجر مدة لا يدرك فيها الزرع فكان معيرا للزيادة على تلك المدة و التقصير منه حيث أجر أرضه مدة للزرع الذى لا يكمل فيها و فى (جامع المقاصد) أن عدم وجوب الإبقاء قوى و فى (المسالك) أنه أقوى لأنه دخل على أن لا حق له بعد المدة لأن منفعة المدة هى المبدولة فى مقابلة العوض فلا يستحق بالإجارة شيئا آخر و لا- يرد ما إذا تخلف إدراك الزرع فتجاوز المدة فإن التكليف بالإزالة مفض إلى ضياع ماله و لم يدخل فى حال العقد عليه فوجب الإبقاء بالأجرة بخلاف ما إذا دخل حال العقد عالما بعدم الإدراك فإنه لا وجه لوجوب الإبقاء حينئذ و لا ترجيح فى المبسوط و حكى فى الشرائع فى باب المزارعة هذين الاحتمالين قولين و حكى ثالثا و هو أنه له إزالته مع الأرش و لم نجد ذلك لأحد منا على أنه جعل عنوان المسألة ما إذا استأجر أرضا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٤

.....

مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة و ستعرف أن حكم الغرس فى مثل هذا عين حكم الزرع فلعل كلامه غير محرر فتدبر و نظره فى ذلك إلى الخلاف لكنه فيه خلاف بعض ما ذكر قال إذا أكره أرضا سنة للغرس فغرس فى مدة السنة ثم خرجت السنة لم يكن

للمكرى المطالبة بقلع الغرس إلا- بشرط أن يغرّم قيمته فإذا غرم قيمته أجبر على أخذها و صارت الأرض بما فيها له و استدل عليه بمفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق و بخبر عائشة من غرس في رباغ قوم بغير إذنهم فله القيمة (القلع خ ل) و قال و مثل هذا رواه أصحابنا و عليه إجماعهم و حكى القول بجبر المستأجر على القلع مع الأرش و القول بالجبر على القلع مع عدم الأرش و قال في (جامع المقاصد) و اعلم أن الشارح قال في الحديث السابق إن الأصوليين أجمعوا على حجية دلالة المفهوم من هذا الحديث و هذا فاسد من وجوه (الأول) أن البحث عن هذا الحديث و نحوه وظيفة الفقيه دون الأصولي و الإجماع الذي ادعاه لم يسمع من أحد من الأصوليين ما يصدقه بعد التتبع الكثير (الثاني) حجية مفهوم الصفة من المفهوم المخالف لم ينعقد الإجماع عليها في شيء أصلا فإن دل دليل على حقية المفهوم فالحجة من جهة الدليل لا من جهة المفهوم (الثالث) أن حقية المخالف لم يثبت بدليل من إجماع و لا غيره فينبغي تأمل ذلك انتهى (و نحن نقول) الظاهر أن مراده بالأصوليين الفقهاء الذين عملوا بالأصول و بحثوا عنها كالسيد و الشيخ و من تأخر عنهما الذين هم غير الأخباريين الذين قصرُوا عملهم على متون الأخبار و لم يتصرفوا في مفوماتها و مقتضياتها و هم الذين صنف لهم الشيخ النهاية كما صرح بذلك في خطبة المبسوط و قد قالوا فيما إذا رجع في عارية الأرض بعد البناء و الغرس و الزرع إنه يجب بشرط دفع أرش ذلك و في (الخلاص) أنا أجمعنا على أنه له قلعه مع الضمان و في (مجمع البرهان) أنه المسطور في الكتب فكأنه لا خلاف فيه انتهى بل منع جماعه من إجابته لقلع الزرع قبل إدراكه و قد طفحت عباراتهم بذلك في باب العارية و باب الصلح حتى إننا في باب العارية حصلنا إجماعهم على لزوم الأرش بل قد سمعت استدلال الشيخ بمفهوم الخبر في مسألتنا كما فهمه في المسالك من الشرائع كما تقدم و ادعى الإجماع عليه و على خير عائشة فكان صاحب الإيضاح مسوقا بذلك و قد استدلوا بالخبر في باب العارية و باب الغصب و غيرها فقد سمعنا منهم جميعا إلا من (ما قل خ ل) ممن لم يتعرض لتلك المسائل ما يصدق هذا الإجماع فلم يبق للوجه الأول وجه أصلا (و أما الوجه الثاني) ففيه أنهم قد قيدوا المطلق بمفهوم الصفة في كفارة الظهار فإذا لم يكن مفهوم الصفة حجة كيف يقيدون بها المطلق و حكى في حاشية الزبدة عن المصنف في نهاية الأصول الإجماع على حجية مفهوم الصفة إذا كانت في مقابلة مطلق كأعتق رقبة مؤمنة لا في مثل جاء العالم (و قد أجاب) عنه في القوانين بأن مفهوم أعتق رقبة مؤمنة عدم وجوب عتق غير المؤمنة لا حرمة غير المؤمنة (و فيه) أن النظر إلى الأجزاء و براءة الذمة و تظهر الثمرة فيما إذا أعتق الكافرة (سلمنا) لكن ما ذا يقول فيما إذا قال يجزى عتق الرقبة المؤمنة أو يجوز عتق الرقبة المؤمنة (سلمنا) لكنهم قد أطبقوا على أن المخصص المتصل هو الاستثناء المتصل و الغاية و الصفة و الشرط و بدل البعض فقد جعلوا التخصيص بالصفة كالاستثناء بآلًا قالوا إن المخرج في قولنا أكرم الرجال العلماء هو غير العلماء و معناه أنهم غير مكرمين كما إذا قال أكرم العلماء لا الجهال فإن الجهال غير مكرمين لا إنهم مسكوت عنهم كما قال أبو حنيفة قال في (القوانين) المخرج في الاستثناء و الغاية هو ما بعد أداتيهما و في الباقيات غير المذكور فقد جعل المخرج بغير الاستثناء من سنخ المخرج بالاستثناء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٥

و لو شرط التبقية إلى وقت البلوغ تجهل العقد (١) و لو استأجرها للغرس سنه صح و له أن يغرّس قبل الانقضاء (٢) فإن شرط القلع بعد المدّة أو لم يشترط جاز القلع و لا أرش على أحدهما و يحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس (٣)

و هو اعتراف بحجية مفهوم الصفة فاندفع الوجه الثاني و الثالث أيضا ثم إنهم أطبقوا أن منصوص العلة حجة سواء كان صريحا أو ظاهرا كما في قولهم أكرم العالم و أهن الجاهل و هو اعتراف بحجية مفهوم الصفة (قوله) (و لو شرط التبقية إلى وقت البلوغ تجهل العقد)

أى و بطل كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن محل البلوغ يحتمل الزيادة و النقصان فيتحقق باشرطه الجهالة في العقد لأن التراضي به أنما كان مع الشرط المتعلق بمجهول مع اشتماله على الناقص فإن تقدير المدّة يقتضى النقل بعدها و شرط

التبقيّة يخالفه و إنه لا يبقى لتقدير المدّة حينئذ فائده و وجه البطلان فى المبسوط بأنه عقد الإجارة على أن ينتفع بالأرض مدّة أخرى و ذلك لا يجوز كما لا يجوز أن يستأجر الدار و يشترط أن ينتفع بدار أخرى للمكرى انتهى و قد تقدم لنا أنه لا مانع من ذلك و إنما الممتنع أن يشترط تملكه رقبه داره الأخرى و إذا فسد العقد للمالك منعه من الزراعة لكن لو زرع لم يقلع مجاناً للإذن بذلك من المالك بل يؤخذ منه أجره المثل لجميع المدّة و لا يلتفت إلى ما سماه لبعضها و فى (المبسوط) أن عليه أجره المثل لتلك المدّة (قوله) (و لو استأجرها للغرس سنه صح و له أن يغرس قبل الانقضاء)

يجوز الاستئجار للغرس مدّة معينة قليلة كانت أو كثيرة بلا- خلاف بين العلماء كما فى جامع المقاصد و قال فى (التذكرة) يجوز الاستئجار للغرس أو البناء سنه و ما زاد و ما نقص بلا- خلاف نعلمه بين العلماء و قد نبه المصنف بالحكمين المذكورين على أن الاستئجار للغرس يخالف الاستئجار للزرع (أما الأول) فبأن استئجارها للغرس سنه يخالف استئجارها للزرع مدّة لا يدرك فيها فإن فى الثانية تأملاً و كلاماً كما تقدم لأن للزرع مدّة تنتظر و لا يكمل بدونها و هى المقصودة غالباً بخلاف الغرس فإنه للتأيد فلا تفاوت فيه المدّة قصيرة كانت أو طويلة و إن كان يفنى فى الطويلة جداً لكن ليس لقيامه جملة أمد معلوم عادة (و أما الثانى) فبأنه إذا استأجرها للزرع مدّة تكفيه ثم تراخى إلى أن بقى منها ما لا يكفى فإنه يحتمل منعه حينئذ من الزرع و لا كذلك الغرس لما تقدم من أن لذلك أمداً ينتظر دون الثانى

(قوله) (فإن شرط القلع بعد المدّة أو لم يشترط جاز القلع و لا أُرش على أحدهما و يحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس)

هذه المسألة قد ذكر أقسامها فى المبسوط مجمله و فصلها فى التذكرة تفصيلاً وافياً و اختصره فى جامع المقاصد و ملخصها أنهما إما أن يشترط القلع بعد السنه أو التبقيّة أو يطلقاً بأن يسكتا عنهما فإن كان الأول صح العقد و الشرط فيؤمر المستأجر بالقلع بعد السنه و ليس على المالك أُرش النقصان و لا يجب على المستأجر تسوية الحفر و لا أُرش نقصان الأرض لو كان لمكان الشرط و لا كلام و لا إشكال لأحد فى ذلك و إنما استشكل فى التحرير فى مؤنّه القلع أ هى على الغارس أم المالك و لا ترجيح أيضاً فى التذكرة و إنما حكى فيها للشافعية وجهين (أحدهما) أنه على المؤجر لأنه اختياره (اختاره خ ل) و أصحابهما أنه على المستأجر لأنه الذى شغل الأرض فليفرغها (قلت) الظاهر أنها على الغارس لأنه إنما قضى الشرط بالإذن له على وجه لا يدخل عليه فيه ضرر فكان كالإذن فى رد العارية حيث يحتاج إلى مؤنّه فإنها على المستعير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٦

.....

دون المعير و كان أيضاً كما لو استأجر داره لتربية فضيله فكبر و احتيج إلى نقض باب الدار فإن على المستأجر رده و إصلاحه و ليس الإذن فى ذلك إذنا فى نقض الباب (و عساک تقول) إن هذا من قبيل نقص الأرض الذى لا يضمه (لأننا نقول) إنه ليس به لأنه يمكن وصول الفصيل إليه بغير النقص كذبحه و إخراجها من أعلى الجدار و غير ذلك و إن اتفقا على الإبقاء بأجره أو مجاناً جاز لأن الحق فى ذلك إليهما و إن شرطاً التبقيّة بعد السنه لم يصح العقد و الشرط لمكان الجهالة كما تقدم و لا تأمل لأحد منا فى ذلك و للشافعية قول بالصحة لأن الإطلاق يقتضى الإبقاء عندهم فلا يضر شرطه و كلاهما ممنوعان و إن أطلقنا صح العقد كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و ظاهر الأخير الإجماع عليه و هذا القسم هو المراد من العبارة و حينئذ فإن اختار المستأجر القلع كان له ذلك بلا- خلاف لأنه ملكه فكان له أخذه و قد صرح فى المبسوط و التحرير أن عليه طم الحفر و زاد فى التذكرة أن عليه الأُرش أيضاً إن نقصت الأرض و اختار المصنف هنا أنه لا أُرش عليه و فى (الإيضاح) أنه أصح و فى (جامع المقاصد) أنه أقوى و حكاه فى الأخير عن التحرير و الموجود فى نسختين موافقة المبسوط مستندين إلى أن تحديد المدّة فى الإجارة يقتضى التفرغ بعدها

فكان مآذونا فيه بهذا الاعتبار بخلاف ما لو قلع في أثناء المدّة (قلت) قد توقف في مثله في جامع المقاصد في باب العارية والتحديد بالمدّة والإذن لا- يقضيان بالتفريغ مجانا إذ الظاهر أنه إنما أذن له على وجه لا يدخل عليه فيه ضرر كما مرّ آنفاً ويكفي في ذلك الشك إذ الأصل في الجناية على مال الغير الضمان إلا أن يعلم عدمه و شرط التمسك بأصل البراءة أن لا يكون في مقام الإضرار بمسلم لأن العقل و الشرع قضيا بنفى الإضرار (و ليس لك) أن تقول إن الدال على اقتضاء الإذن التلازم الخارجى كما هو الشأن فى مقدمه الواجب (لأننا نقول) شرط ذلك القطع العقلى و العرفى و إليه يتول نظر المستدل و لا قطع هنا بل و لا ظنا عرفيا لأنه يصح أن يتفقا على إبقائه بأجرة أو مجانا و لو كان من باب التلازم الخارجى لما صح ذلك كما تقدم بيان ذلك كله مفصلا فى باب العارية بل لو لم يظهر من اتفاق الكلمه فى البابين على أنه لو اشترط القلع لم يجب عليه شيء لكان القول بالوجوب قويا لما عرفت فتأمل جيدا و أما المالك فإن اختار القلع فهل يجبر المستأجر عليه لو امتنع أم لا فى المبسوط أنه لا يجبر لأن الإطلاق يقتضى التأييد لأن الغراس يراد للتأييد على مقتضى العرف و إنما يتخير المالك بين الأمور الثلاثة الآتية و قضيه اختيار الكتاب و الإيضاح و جامع المقاصد أن له القلع مجانا أنه يجبره عليه لأن استحقاق القلع يقتضيه لأنه فرع عدم استحقاق الإبقاء فيكون الإبقاء ظلما و قد نسب ذلك فى جامع المقاصد إلى التحرير مع أن ظاهره التوقف و التردد لعدم الترجيح حيث اقتصر على حكاية قول الشيخ كما قد يظهر التوقف من التذكرة و قد يدعى أنه يظهر منها الميل إلى ما فى الكتاب أو القول به و وجه خيرة الكتاب الأصل و عدم حصول انتفاع المالك إلا بالقلع و لا يجب على الإنسان عوض على تحصيل الانتفاع بملكه و إن تقدير المدّة فى العقد يقضى بالتفريغ عند انقضاءها كما لو استأجرها للزرع و إن مدّة استحقاق المنفعة قد انقضت فلا حق للغراس و وجه الاحتمال المذكور فى العبارة لأن كانا بمعنى واحد هو أنه غرس محترم لم يشترط قلعه فى متن العقد و قد صدر بإذن مع دلالة مفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق و يجوز أن يكون فائده التحديد بالمدّة منع إحداث الغرس بعدها و رده جماعة بأن الغرس بعد انقضاء مدّة الاستحقاق ليس بمحترم و ليس بحق و زاد فى التذكرة أنه لو كان مستحقا للإبقاء لم تجب الأجرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٧

فيتخير بين دفع قيمة الغراس و البناء فيملكه مع أرضه و بين قلعهما مع أرش النقص و بين إبقائهما بأجرة المثل (١)

(و فيه) أنه ربما كان مستحقا للإبقاء بالأجرة لا مطلقا قالوا و أما تحديد المدّة فمعلوم أنه لإرادة تعيين قدر المنفعة المستحقّة بالتعيين إذ لا يتعين ذلك إلا بالزمان و أما دلالة المفهوم فضيفة (قلت) فى دلالة المفهوم المتلقى بالقبول ما يقوى ما فى المبسوط مضافا إلى أن الأصل فى الجناية على مال الغير الضمان كما تقدم و قد قالوا فى الملتهب إذا غرس و بنى و رجع الواهب إنه يجب عليه قبول الأجرة و فى (الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و التذكرة) أن للشفيع إجبار المشتري على القلع إذا رد عليه ما نقص و قد أطبقوا جميعا على أن المعير لو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فإنه يجاب بشرط دفع أرش النقص و حكى عليه الإجماع و طفحت عبارتهم فى باب الصلح من غير فرق بين ما إذا كانت العارية مطلقة غير مقيدة بمدّة أو موقته بأمد معين كما تقدمت الإشارة إليه آنفاً و قد قصر المالك بعدم اشتراط القلع و منه يعرف الحال فيما يقع كثيرا فى هذه الأزمان و هو ما إذا آجره البطن الأول الموقوف عليهم مدّة معلومة للبناء أو الغرس فبنى أو غرس ثم مات البطن الأول و قام البطن الثانى قبل انقضاء المدّة أو بعدها فهل لأهل البطن الثانى قلع الغرس و رفع البناء من دون أرش أم لا بد من الأرش و جهان كما عرفت إذ لو كان الموت بعد انقضاء المدّة كانت المسألة عين ما نحن فيه و لو كان قبلها كانت من فروعها

(قوله) (فيتخير بين دفع قيمة الغراس و البناء فيملكه مع أرضه و بين قلعهما مع أرش النقص و بين إبقائهما بأجرة المثل)

هذا تفريع على قوله و يحتمل منع المالك من القلع و أنه لا- يجبر المستأجر عليه كما هو خيرة المبسوط قال و إن لم يرد المكترى قلعها كان المكبرى بالخيار بين ثلاثة أشياء بين أن يغرم له قيمتها و يجبر المكترى على أخذها فتحصل له الأرض بغراسها و بين أن

يجبره على قلعها بشرط أن يغرم له أرش ما ينقص بالقلع و بين أن يتركها و يطالب بالأجرة و صريح كلام المبسوط و الخلاف أن المستأجر يجبر على أخذ القيمة و قد سمعت آنفا أنه استدل عليه في الخلاف بالإجماع و بروايات أصحابنا و بمفهوم الخبر المشهور أو بخبر عائشة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و قد توقف فيه في التحرير و الحواشي و جزم بأنه لا بد من رضاه في التذكرة و جامع المقاصد و هو خيرة المختلف و الإيضاح و الكتاب في باب العارية و تأمل فيه في الكتاب و الدروس في باب الشفعة و في (الإيضاح) في الباب المذكور أن التوقف على الرضا أصح و أنه مذهب جمهور أصحابنا و نسبه في جامع المقاصد إلى الأ-كثر و قواه هو و صاحب المسالك و قلنا هناك إنه قضيه كلام الشرائع و التذكرة و التحرير و قلنا أيضا إنا لم نجد له ذكرا في باب الشفعة في غير ما ذكر و قد اختار في المبسوط في الباب المذكور ما اختاره هنا و لعله أراد في الخلاف بروايات أصحابنا ما أوردناه في آخر باب الغصب مما رواه ثقة الإسلام موثقا في رجل اكرى دارا و فيها بستان فزرع في البستان و غرس نخلا و أشجارا و فواكه و غير ذلك و لم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال عليه السلام عليه الكراء و يقوم صاحب الدار الغرس و الزرع قيمة عدل و يعطيها الغارس و قد اختلفت الرواية من هنا (ففي الكافي) و إن كان استأمره فعليه الكراء و له الغرس و الزرع يقلعه و يذهب به حيث شاء و في (الفاقيه و التهذيب) إن كان استأمره و إن لم يكن استأمره فعليه الكراء إلى آخره فقد ترك الواو في رواية الكتابين فالخبر برواية الفقيه و التهذيب دال على مذهب الشيخ في المقام و العارية و الشفعة و برواية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٨

و إن استأجر للسكنى و جب مشاهدة الدار أو وصفها بما يرفع الجهالة (١) و ضبط مدة المنفعة و الأجرة (٢)

الكافي يوافق مذهب أبي علي في باب الغصب من أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع و يملك الزرع و هو خيرة أحمد مستندا إلى خبر رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه و آله من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء و له نفقته و نحوه خبره الآخر و قد قوى جماعة في مسألة الصبغ مذهب أبي علي كالمصنف في المختلف و المقداد و الأستاذ و ابن أخته (و أما الشق الثاني) و هو القلع مع أرش النقص فقد سمعت ما حكيناه آنفا عن الخلاف و ما ذكرناه بعده من أن للشفيع إجبار المشتري على القلع إذا رد عليه ما نقص كما قد سمعت ما حكيناه من إطباقهم على و جوب الأرش إذا رجع المعير بعد الغرس و البناء (و كيف كان) فوجهه واضح لأن فيه جمعا بين الحقين و طريق معرفة الأرش هنا أن يقوم قائما بالأجرة و مقلوعا فالتفاوت بين القيمتين هو الأرش و أما الإبقاء بأجرة المثل فظاهر كلام المبسوط أن له ذلك و إن لم يرض المستأجر و قد يظهر من التحرير موافقته و في (الحواشي) أنه مشكل و في (التذكرة و جامع المقاصد) أنه لا بد من رضاه و لم يتعرضوا لهذا الشق في باب الشفعة و لم يحكوا في التوقف على التراضي لو أراد الإبقاء بالأجرة في العارية عن الشيخ خلافا بل في الإيضاح هناك الإجماع عليه لكن كلام المصنف هنا يشعر بأن هناك مخالفا حيث قال الأقرب توقف الإبقاء بالأجرة على التراضي (و كيف كان) فلا ريب هنا في توقف الإبقاء على التراضي إذ ليس هناك ما يدل على عدم اعتباره من دعوى إجماع أو أخبار أو غير ذلك إلا أنه يلزم من قلعه التصرف في أرض الغير بغير إذنه و ليس لك أن تقول إن تحديد المدة في متن العقد يقتضى الإذن في التفريغ لأننا قد قلنا أنه إنما اقتضاه على وجه لا ضرر فيه على المالك فلا دلالة فيه على الإذن مطلقا إلا أن تقول إن ذلك لا يقتضى بوجوب الإبقاء على المستأجر بالأجرة إن اختاره المالك إذ له أن يقلعه مع عدم أرش النقص فلا بد من التراضي و قد استدل عليه «١» في جامع المقاصد بأن البقاء لو كان واجبا لكان وجوبه لكونه حقا للمستأجر فلا يمنع من القلع فكيف يمنع منه بدون التفريغ و هو كما ترى لم يتضح لنا وجهه و لا معناه فليحظ

(قوله) (و إن استأجر للسكنى و جب مشاهدة الدار أو وصفها بما يرفع الجهالة)

قد تقدم لنا في أوائل المطلب الأول عند قوله و تصح إجارة العقار مع الوصف و التعيين لا في الذمة أنهم اتفقوا على صحة إجارة الدار بالمشاهدة و أنهم اختلفوا في صحتها مع الوصف و أن الشيخ في المبسوط و جماعة أطلقوا الاكتفاء بالوصف و أن المصنف و

المحقق الأول و الثاني فصلوا فقالوا إن وصفت بالصفات الخاصة الوافية بصفات الشخصية صحت و إن وصفت بصفات السلم لا تصح لأنه لا يجوز إجارة دار موصوفة بالذمة و قد قال المصنف في أول المطلب المذكور لا بد من المشاهدة أو الوصف إن أمكن و إلا وجبت المشاهدة فاعترضه في جامع المقاصد بأن كل شيء يمكن وصفه بما يرفع الجهالة أما ما يمكن السلم فيه فظاهر و أما غيره فإنه إنما يوصف فيه الشخصي و لا ريب أن الموجود الشخصي يمكن تتبع جميع صفاته و إن كثرت و قد أجبننا عنه بأنه قد يكون لعدم معرفة المؤجر بالوصف أو لعدم رؤيته لها أو لعدم إمكان ضبط بعض الأعيان بالأوصاف كما هو مختار المصنف في التذكرة كما تقدم الكلام مسبقا

(قوله) (و ضبط مدة المنفعة و الأجرة)

قد تقدم الكلام مستوفى أن لتقدير المنفعة طريقتين (الأول) الزمان

(١) أي اعتبار رضا المستأجر (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٣٩

و لو استأجر سنتين بأجرة معينة و لم يقدر لكل سنة قسطا صح (١) و لو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أو في قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى و في إمضاء الجميع فيلزمه المسمى و له أجرة المثل على المالك فيما سكن (٢)

و ذلك فيما لا يمكن ضبطه إلا به كالسكنى و الإرضاع (و الثاني) العمل كما تقدم الكلام كذلك في أنه يشترط أن تكون الأجرة معلومة بالمشاهدة أو الوصف الراجع للجهالة و أنه إن كان مكيلا أو موزونا و جب معرفة مقداره بذلك و أن في الاكتفاء بالمشاهدة نظرا

(قوله) (و لو استأجر سنتين بأجرة معينة و لم يقدر لكل سنة قسطا صح)

قال في (التذكرة) إذا كانت المدة أكثر من سنتين لا يجب فيها تقسيط الأجرة عند علمائنا أجمع و في (المسالك) نفى الخلاف عنه و لعلهما استفادا ذلك من إطلاقاتهم إذ الإطلاق حجة و بذلك جزم في الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروضة «١» و المسالك و مجمع البرهان و في (المبسوط) أنه أقوى و هو أصح قول الشافعية و قد نبه أصحابنا بذلك على القول الثاني لهم حيث أوجبوا تقسيط الأجرة في متن العقد على أجزاء المدة إن كانت سنتين فصاعدا حذرا من الاحتياج إلى تقسيط الأجرة على المدة على تقدير تطرق الانفساخ تلف العين و غير ذلك مما يشق أو يتعذر و يبطله الإجماع على عدم وجوب التقسيط في السنة الواحدة فما دون مع ورود ما ذكره فيه و تظهر الفائدة فيما إذا قسطا بأن قال في متن العقد نصف الأجرة لنصف المدة و عشرها لعشرها فإنه لو كان الفائت نصفًا يكون الساقط من الأجرة نصفًا و إن كان الفائت أكثر نفعًا من الباقي أو أقل بخلاف ما إذا لم يقسطا في متن العقد فإن المسمى يقسط على جميع المدة كما في المسالك و كذا مجمع البرهان (و يعلم) أن عبارة الكتاب تعطي أنه لو قدر لكل سنة قسطا لم تصح و هو خلاف المراد قطعًا و مثله ما يفهم من عبارة التذكرة

(قوله) (و لو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أو في قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى و في إمضاء الجميع فيلزمه المسمى و له أجرة المثل على المالك فيما سكن)

قد تقدم في الشرط السادس للمصنف أنه لو منعه المؤجر من التصرف في العين فإن الأقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى و بين الإمضاء فيطالب بأجرة المثل و هو خيرة خمسة عشر كتابا تصريحًا و ظهورًا و في سبعة كتب أنه لا خيار له و أن العقد يفسخ و ظاهر إطلاقهم أنه لا فرق في كون ذلك قبل القبض أو بعده إلا أن بعضهم قيد ذلك بما إذا كان ذلك قبل القبض و ظاهرهم أنه منعه من العين تمام المدة سواء كان قد استوفى جميع منافعتها أو بعضها انقضت المدة أم لا و احتمال هناك المحقق الثاني فيما إذا منعه المؤجر

من التصرف بعض المدّة ثم سلمه العين أن له الفسخ في الماضي خاصة احتمالاً و قلنا له أن المصنف هنا جزم به و أنت وافقته عليه لأن فوات المنفعة سبب للرجوع إلى المسمى و الفوات في هذه الصورة مختص بالمنفعة الماضية فاستحق الفسخ فيها و لا يقدر تبعض الصفقة على المؤجر لأنه عاد غاصب جاءه ذلك من فعله فإن فسخ و جب التقييد على نحو ما سبق فيسترد نصيب ما سكنه المالك و قد قضت هذه العبارة بإطلاقها أنه لا فرق في ثبوت الخيار للمستأجر بين كون سكنى المالك قبل القبض أو بعده و به صرح في موضعين من التذكرة (أحدهما)

(١) الذي وجدناه في نسختين الروض فأبدلناه بالروضة (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٠

و له أن يسكن المساوى أو الأقل ضرراً إلا مع التخصيص (١) و يضع فيه ما جرت عادة الساكن من الرحل و الطعام دون الدواب و السرجين و التثقيب على السقف (٢)

قوله لو استأجر الدار سنة فسكنها شهراً ثم تركها و سكنها المالك بقیة السنة إن المستأجر يتخير بين الفسخ في باقى المدّة و الإمضاء و إلزام المالك بأجرة المثل و هو أيضاً صريح المحقق الثانى هنا و هو ظاهر إطلاقهم فى العبارة التى ذكرناها فى صدر هذه المسألة لكن ظاهر إطلاقهم فى قولهم لو كان الغصب بعد القبض لم تنفسخ الإجارة لم تبطل الإجارة أى لم يتسلط على الفسخ يخالف ذلك إلا أن يخص هذا بغصب الأجنبي لأنه قد ذكر ذلك فى أثناء الكلام على أحكامه لكن قد قال المحقق الثانى هناك و الشهيد الثانى فى كتابيه إن الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين ما لو كان الغاصب هو المؤجر أو غيره و قد نقلنا هناك كلام المصنف هنا فى ردهما مع أن المحقق الثانى جزم بذلك هنا كما عرفت و قد قلنا لعل الوجه فى ذلك أن المنافع لما كانت معدومة لا يمكن تسليمها دفعه كان كل غصب من المالك للعين غصبا قبل القبض و إن كان بعده بخلاف الأجنبي فإن الواجب على المؤجر تسليم العين إلى المستأجر و قد حصل و ليس عليه أن لا يغصب فليحظ ذلك و ليتأمل فيه هذا و إذا أمضى الجميع لزمه المسمى و له أجرة المثل على المالك فيما سكن لأنه عوض المنفعة المستحقة و إن زادت عن المسمى و لو نقصت عنه ففى (التحرير) أن الأقرب أنه لا يضمن الزائد و هو حسن كما فى جامع المقاصد كما تقدم بيانه فى الشرط السادس

(قوله) (و له أن يسكن المساوى أو الأقل ضرراً إلا مع التخصيص)

يريد أنه لو استأجر الدار للسكنى من دون تعيين الساكن ملك منافع سكنها فله أن يسكن بنفسه و من شاء معه من عياله و من يتبعه و غيرهم ممن يساويه فى الضرر أو ينحط عنه فيه و لا يمنع من دخول زائر و ضيف و نحوهما لأنه لا يجب تعيين الساكنين و لا ذكر عددهم و صنفهم من رجال و نساء و صبيان و لا نعلم فى ذلك كله خلافاً كما فى التذكرة و لا يجب ذكر السكنى و صفتها قال فى (التذكرة) يجوز إطلاق العقد كأن يستأجر الدار و لا يذكر أنها للسكنى لأنها لا تؤجر إلا للسكنى فيستغنى عن ذكرها كإطلاق الثمن فى بلد معروف النقد قال و لا تقدر منفعتها إلا بالسكنى لأنها غير منضبطة كذا وجدنا و الظاهر أنه أثبت السكنى بعد الزمان سهواً و نحو ذلك كله ما فى التحرير و جامع المقاصد و أما مع التنصيص على التخصيص كأن يقول له لتسكن أنت بنفسك لا غيرك فإنه يصح الشرط قطعاً و ليس له إسكان غيره أصلاً ما عدا الضيف و الزائر على الظاهر (و أما) إذا قال له لتسكنها أنت بنفسك فظاهر العبارة كما هو صريح جامع المقاصد أن الحكم كذلك و صرح فى التذكرة فيما إذا استأجرها لزراع حنطة أو نوع بعينه حيث جوز له التخطى إلى المساوى أو الأقل ضرراً أنه يجوز التخطى فى الاستئجار لسكنه إلى المساوى و الأقل ضرراً لأن المعقود عليه فيهما منفعة مقدرة و قد تعينت أيضاً و لا يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال و الميزان فى المكيل و الموزون و كما إذا ثبت له حق فى ذمة إنسان كان له أن يستوفيه بنفسه أو بمن ينوب عنه فكذلك هنا بخلاف ما لو عين الدراهم أو المربوب لأن الدراهم معقود عليها

فتعينت بالعقد و فى مسألتينا (مسألتناخ ل) المعقود عليه المنفعة دون المستأجر و المزروع و لهذا لو لم يسمه فى العقد كان جائزا فليأمل جيدا

(قوله) (و يضع فيه ما جرت عادة الساكن من الرحل و الطعام دون الدواب و السرجين و الثقيل على السقف) هذا كله لا نعلم فيه خلافا كما فى التذكرة و بذلك كله صرح فى التحرير و جامع المقاصد و فيها أنه لا يسكنها من يضربها مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤١
و له إدارة الرحي فى الموضوع المعتاد فإن لم يكن له التجديد (١) و يجوز استئجار الدار ليعمل مسجدا (٢) يصلى فيه

[الفصل الثالث فى الأحكام]

(الفصل الثالث فى الأحكام) إذا استأجر إلى العشاء أو إلى الليل فهو إلى غروب الشمس (٣)

كالقصار و الحداد قال فى (التذكرة) و بالجملة لا يضع فيها شيئا يضر بها إلا مع الشرط قال به الشافعى و أصحاب الرأى و لا نعلم فيه خلافا و قد قيد فى جامع المقاصد الطعام بكونه لقوته و ما جرت العادة به لأن الفأر يفسد أرضها و حيطانها و لا يجوز جعلها محرزا للتمر إلا برضا المالك و هل يلحق الدجاج و الإوز بالدواب و جهان و لعل الأقرب عدم عملا بحكم العادة (قوله) (و له إدارة الرحي فى الموضوع المعتاد فإن لم يكن له التجديد)
له إدارة الرحي مثبتة كانت أو غير مثبتة على حسب العادة لا بدونها فى الموضوع المعتاد إن جرت العادة بإثباتها فى تلك الدار لا فى غيره و إن لم تجر فيها العادة فلا بد من الاشتراط لأنه مع كونه على خلاف العادة يحتاج إلى تجديد شىء من البناء (قوله) (و يجوز استئجار الدار لتعمل مسجدا)

كما فى الخلاف و المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان لأن ذلك غرض مقصود محلل متقوم و قد نسبه إلى الإمامية فى كشف الحق و فى (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك) أنها لا يثبت لها حرمة المسجد فيكون المراد أنه للصلاة فيكون إطلاق الاسم عليها مجازا باعتبار أنه يثبت لها ما يقصد من المسجد و قد يقال لا دليل على اشتراط كون الأصل وقفا فلو أن رجلا استأجر دارا مائة سنة ليجعلها مسجدا فالظاهر ثبوت الحرمة لها كما هو ظاهر إطلاق العبارات هنا و إليه مال المولى الأردبيلي و قد أتى فى التذكرة فيما حكيناه عنه بلفظ الأقرب لكن ظاهر كلامهم فى باب الوقف و صريح كلامهم فى باب الصلاة أنه لا بد فى المسجدية من كون الأصل وقفا بل الإجماع معلوم على ذلك فى باب الصلاة و المنفعة لا تكون وقفا فكان كالمسجد الذى يفعله الإنسان فى داره و حكى فى المبسوط الخلاف فى ذلك و أراد بين العامة و لعله أراد أبا حنيفة فإنه قال لا يجوز لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجاره بحال فلا يجوز الإجارة لذلك و هو مغالطة لأن الصلاة إذا استأجره عليها لا يصح لأنها لا تقبل النيابة فلا ينتفع بها المستأجر و لا كذلك استئجار البقعة لها الأمور

(الفصل الثالث فى الأحكام) (قوله) (إذا استأجر إلى العشاء أو إلى الليل فهو إلى غروب الشمس)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (أما الأول) فلأن العشاء تسمى العشاء الأخيرة و ذلك يدل على أن الأولى هى المغرب و هو فى العرف كذلك كما فى التذكرة فإذا أقتت المدة فى الإجارة بالعشاء حمل الإطلاق على أول الوقت كما إذا أقتت بشهر كذا فإنه يحمل على أول الشهر و عن أبى حنيفة و أبى ثور أن العشاء آخر النهار و آخر النهار النصف الأخير من الزوال فأخر المدة فى المثال زوال الشمس و فى (التذكرة) أن أهل العرف لا يعرفون ذلك و هو كذلك فلا يتعلق به حكم و إن قال فى القاموس العشاء أول الظلام أو من المغرب إلى العتمة أو من زوال الشمس إلى طلوع الفجر و لعله استند فى الأخير إلى ما استند إليه أبو «١» و أبو ثور كما عرفت و هو ما رواه عن أعنى ذا اليمين عن أبى هريرة و إن شئت

(١) يعنى أبا حنيفة للجناس الموافق للواقع (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ٢٤٢

و كذا العشى (١) إلا أن يتعارف الزوال (٢) و لو قال إلى النهار فهو إلى أوله (٣) و لو قال نهارا فهو من الفجر إلى الغروب و ليلا إلى طلوع الفجر (٤) و إذا تمت الأجرة المعينة فى يد المستأجر فالنماء للمؤجر إن كان منفصلا (٥) فإن انفسخت الإجارة ففى التبعية إشكال (٦)

قلت أبو عن أبى هريرة (و أما الثانى) فلأنه يحمل على أوله فيكون الغاية فى الموضوعين غروب الشمس (قوله) (و كذا العشى)

أى إذا أقتت المدة بالعشى فهو الغروب أيضا كما فى الكتب الثلاثة المتقدمة عملا بالمتعارف و ستسمع خلافه (قوله) (إلا أن يتعارف الزوال)

أى إلا- أن يكون المتعارف أن العشى زوال الشمس و فى (التحرير) أن احتمال الزوال ضعيف (قلت) قد قال الله تعالى بِالْعَشِيِّ وَالْإِبْكَارِ - بُكْرَةً وَعَشِيًّا و عن المغرب أنه ما بين زوال الشمس إلى غروبها و فى (مجمع البحرين) أن المشهور أنه آخر النهار و فى (القاموس) صلواتا العشى الظهر و العصر و العشى آخر النهار و فى (الأخبار) و دعاء عرفه و الأشعار ما يدل على أن العشى آخر النهار و فى (الصحاح) أن العشى و العشىة من صلاة المغرب إلى العتمة و من البعيد جدا احتمال أن يكون الاستثناء راجعا إليه و إلى العشاء كما عرفت و الظاهر أن العشى غير العشاء فلا يتم ما ذكره المصنف كما أنه غير العشىة خلافا للصحاح فى الأخير و بعد ذلك كله فالمدار على ما تعارف عند المتعاقدين و اصطلاحا عليه

(قوله) (و إذا قال إلى النهار فهو إلى أوله)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لأن الانتهاء إلى أوله يصدق معه الانتهاء إليه

(قوله) (و لو قال نهارا فهو من الفجر إلى الغروب و ليلا إلى طلوع الفجر)

فى التذكرة و التحرير أنه إن استأجره نهارا فهو إلى غروب الشمس و إن استأجره ليلة فهى ليلة فهى إلى طلوع الفجر و فى (التذكرة) الإجماع على الأمرين معا و لم يذكر فى الكتابين أنه من الفجر فيحتمل أنه من طلوع الشمس و قد ذكر فيهما الليلة دون الليل و فى (القاموس و المصباح و مجمع البحرين) و غيرها هو ضياء ما بين طلوع الفجر إلى غروب الشمس و فى (القاموس) أو من طلوع الشمس إلى غروبها و فى (المصباح و مجمع البحرين) ربما توسعت الناس فأطلقت النهار من وقت الأسفار إلى الغروب و هو فى عرف الناس من طلوع الشمس إلى غروبها انتهى كلامهما هذا و قال فى (التذكرة) لو استأجره يوما دخل الليل و النهار قلت لكن العرف لا يعرف ذلك و فى أخبار التقصير ما يدل على أنه مرادف النهار

(قوله) (و إذا تمت الأجرة المعينة فى يد المستأجر فالنماء للمؤجر إن كان منفصلا)

قد تقدم أنه يملك الأجرة بنفس العقد معينه كانت أو فى الذمة فإذا كانت معينه كما إذا عيناها فى متن العقد أو عين المستأجر ما فى ذمته فى شىء و قبضه للمؤجر بوكالته عنه فمأؤها المنفصل كالولد و الثمرة فى يد المستأجر فى الصورتين للمؤجر لأنه تابع للملك و لا- ريب أن المتصل كذلك إذا لم يكن فسخ و معه يتبع العين فى الرجوع إلى ملك المستأجر لأنه جزء من المسمى حقيقة فيمتنع الانفساخ فى البعض دون البعض لأن من ملك شيئا ملك أجزائه كما هو الشأن فى أحد العوضين فى البيع إذا زاد زيادة متصلة و انفسخ البيع فإنها تتبع الأصل فلذلك قيد المصنف بما إذا كان منفصلا و لم يتأمل فى ذلك أحد فى المقام ممن تعرض له كوله و الشهيد و المحقق الثانى و ذكر يد المستأجر للتخصيص على ثبوت الحكم فى موضع مظنة كونه له أى المستأجر

(قوله) (وإن انفسخت الإجارة ففى التبعية إشكال)

أقواه عدم التبعية كما فى الإيضاح وكذا الحواشى و هو الأصح كما فى جامع المقاصد لأنه نماء حصل فى ملكه فليختص

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٣

بخلاف المتصلة و ظهور البطلان فإنها تابعة فيهما (١) و الأقرب عدم إيجاب الخيوط على الخياط (٢)

به و ليس سبب ملكه سبب ملك الأصل حتى يعود كعوده إذ سبب ملك النماء أنما هو ملك الأصل فى وقت حصول النماء و هذا لم يزل للأصل و الاستصحاب نعم لو كان سبب ملكه عقد الإجارة كما أنه السبب فى ملك الأصل لزال بزواله كالأصل و منه يظهر ضعف الوجه الثانى للإشكال من أنه إنما دخل فى ملكه بتبعية الأصل و قد خرج الأصل عن ملكه فليتبعه النماء لمنع الكبرى كما عرفت نعم لو دخل بما دخل به الأصل كان حقا و استوضح ذلك فى نماء المبيع فى زمن الخيار إذا فسخ ذو الخيار العقد فإن ظاهرهم الإجماع على أنه للمشتري من دون إشكال و لا خلاف قال فى (التذكرة) و استرد البائع المبيع دون النماء عندنا و نسب الخلاف إلى أقاويل العامة و لا ريب فى فساد احتمال أن الفسخ يرفع العقد من أصله فى البابين كما تقدم فى بيانه فى محله

(قوله) (بخلاف المتصلة و ظهور البطلان فإنها تابعة فيهما)

قد تقدم فى البيع أن النماء المتصل المتجدد عند المشتري كالسمن و نحوه تابع للمبيع و أنه إن حصل فسخ كان للبائع من غير خلاف و لا إشكال و كذلك الحال فى نماء الأجرة هنا و لا خلاف فيه و لا إشكال ممن تعرض له كالمصنف و ولده الشهيد و الكركى و وجهه ما سمعته آنفا و إليه أشار بقوله بخلاف المتصلة أى الزيادة المتصلة المتجددة عند المؤجر فعبر عن النماء المتجدد بالزيادة المتصلة و أما إذا ظهر بطلان عقد الإجارة لوجه من الوجوه فلا ريب فى بقاء كل من العوضين على ملك مالكة و النماء له سواء كان متصلا أو منفصلا و إليه أشار بقوله و ظهور البطلان أى بخلاف ظهور البطلان فالضمير المفرد راجع إلى الزيادة مطلقا حصل فسخ أم لا كما فى المتصلة متصلة كانت أو منفصلة كما فى ظهور البطلان ففيه نوع من الاستخدام و الضمير المثنى فى فيهما يعود إلى المتصلة مطلقا و إلى ظهور بطلان الإجارة مطلقا أيضا كل بحسبه فكأنه قال فإن الزيادة فى المتصلة مع الفسخ و دونه و فى ظهور البطلان فى المنفصلة و المتصلة تابعة للأجرة المعينة و فى (جامع المقاصد) أن الضمير فى المفرد يعود إلى المتصلة التى هى صفة لمحدوف و هو النماء بتأويل الزيادة و فى المثنى يعود إلى المتصل فى الانفساخ و المطلق فى ظهور البطلان فليتأمل فيه

(قوله) (و الأقرب عدم وجوب الخيوط على الخياط)

كما هو خيرة التذكرة فى موضع منها و الإيضاح و جامع المقاصد و الروضة و فى موضع آخر من التذكرة و المسالك و الروضة أن المرجع إلى العرف و العادة فإن اختلفت أو لم يكن عادة فعلى المستأجر و فى (الحواشى و مجمع البرهان) أن المرجع إلى العادة فإن اختلفت أو لم يكن وجب الشرط و التعيين و إلا بطلت و فى (السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد) أن الخيوط و المداد على المؤجر لتوقف الخياطة و الكتابة عليهما فيجبان من باب المقدمة و فى (اللمعة) أن المداد على المؤجر و فى (السرائر) أن الأقلام أيضا على المؤجر و الإبرة على الخياط و الصابون على الغسال و الاستناد إلى جعله من باب المقدمة لا وجه له أصلا لأنه لا تلازم بين استجاره للخياطة و كون الخيوط عليه و لا دخل فيما نحن فيه لكون الخياطة متوقفة على الخيوط و سيستشكل المصنف فى إيجاب الحبر على الناسخ و الكش على الملقح و الصبغ على الصباغ مع أنه قرب هنا فى الخيوط عدم الوجوب نظرا إلى عدم استقرار العادة بكونها على الخياط بخلاف الحبر و الصبغ و الكش و لهذا رجح ولده فيما يأتى أن هذه الثلاثة على الكاتب و الصباغ و الملقح و قد جزم المصنف فيما سلف أن الكحل و الدواء على المريض و جزم بجواز اشتراط الكحل على الكحال و قرب اشتراط الدواء على الطبيب و قد قلنا هناك إنه لا فرق بين الطبيب و الكحال و الحق أن المرجع فى الجميع إلى العادة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٤

و استئجار كل من الحضانة و الرضاع لا يستتبع الآخر (١) فإن ضمهما فانقطع اللبن احتمال الفسخ لأنه المقصود و التقسيط و الخيار (٢)

فإن لم يكن أو اختلفت وجب التعيين كما هو مقتضى القواعد
(قوله) (و استئجار كل من الحضانة و الرضاع لا يستتبع الآخر)

قد تقدم له في بحث الآدمي أن الحضانة لا تدخل في الإرضاع إذا استأجرها له و تقدم له أيضا مثل ذلك في الشرط الرابع قال و لو استأجر الظئر لإرضاع ولده مع الحضانة جاز و الأقرب جوازه مع عدمها و قد قلنا هناك في بيان عدم دخولها في الإرضاع و بالعكس إنهما منفعتان متغايرتان مستقلتان غير متلازمتين و لعله إنما أعاده ليرتب عليه ما بعده مع الرد على بعض الشافعية حيث قال إن كلا منهما يستتبع الآخر لأنهما لا يتولاهما في العادة إلا المرأة الواحدة و على بعض آخر منهم حيث قال إن الإرضاع يستتبع الحضانة دون العكس لأن الإجارة أنما تقع على المنافع دون الأعيان فإنها تابعة و كلاهما ليس بشيء و قال في (الإيضاح) أن الحضانة هنا غير التي مرت و هي هنا عبارة عن حفظ الصبي و تعهده بغسله و غسل رأسه و ثيابه و خرقة و تطهيره من النجاسات و تكحيله و إضجاعه في المهد و ربطه و تحريكه في المهد لينام و حمله انتهى (قلت) الحضانة التي مرت هي ما سمعته في المقامين و لم يفسرها أحد بغير ذلك هناك و لعله أراد الإشارة إلى قوله في بحث الآدمي و هل يتناول العقد اللبن و الحمل و وضع الثدي في فيه إلى آخره لأن هذا الحمل و وضع الثدي ليس بحضانة لكنه لم يسمهما هو و لا- أبوه حضانة فتأمل لكنه هو رتب عليهما أي الحمل و وضع الثدي ما يترتب على الحضانة كما ستسمع و قد توسع المصنف في العبارة بإطلاق الاستئجار على الحضانة و الرضاع و إنما هو لهما
(قوله) (فإن ضمهما فانقطع اللبن احتمال الفسخ لأنه المقصود و التقسيط و الخيار)

الذي فهمه الشهيد في حواشيه فيما عندنا من نسخة و المحقق الثاني أن الاحتمالات ثلاثة متفرعة على الأقوال الثلاثة و به صرح في التذكرة و هي التي ذكرها في الإيضاح في بحث الآدمي و فرعها على الأقوال الثلاثة كما هنا حرفا فحرفا لكنه جعلها احتمالات لا أقوالا و قد جعل هنا في الإيضاح المذكور في العبارة احتمالين قال في (التذكرة) إذا استأجر لهما معا صريحا أو استأجر للإرضاع و قلنا إنه يستتبع الحضانة و بالعكس فانقطع اللبن فإن قلنا المقصود بالذات اللبن و الحضانة تابعة انفسخ العقد عند انقطاع اللبن (قلت) هذا يرشد إلى أن المراد بالفسخ في العبارة الانفساخ قال و إن قلنا المقصود بالذات الحضانة و اللبن تابع لم يبطل العقد لكن للمستأجر الخيار لأن انقطاع اللبن عيب و إن قلنا إن المعقود عليه كلاهما لأنهما مقصودان معا انفسخ العقد في الإرضاع و سقط قسط من الأجرة و يتخير المستأجر في فسخه في الباقي لتبعض الصفقة و بذلك كله صرح أيضا في جامع المقاصد و قول المصنف لأنه المقصود يشهد بذلك بل بدون ذلك لا- وجه له لكن الظاهر من العبارة أن الاحتمالات الثلاثة مترتبة على مختاره مع أن الذي يتفرع على مختاره هنا إنما هو الثاني فقط أعنى التقسيط و على مختاره فيما سلف إنما هو الأول فقط (و قال في الإيضاح) وجه الفسخ أنه جعل العوض في مقابلة شئيين قد فات أحدهما فسقط قسطه و لأنهما جميعا مقصودان و وجه الاحتمال الآخر أن الإجارة لا تتناول الأعيان إلا بالتبعية فالأعيان بمنزلة الصفات المكتملة للمقصود و فقدتها عيب فيتخير في الفسخ و الإمضاء بالجميع لأن التابع لا يقابله جزء من العوض و الأقوى الأول انتهى فقد جعل ذلك احتمالين الفسخ فحكم بالتقسيط و الثاني الخيار و في (جامع المقاصد) لا شك في أن الأول غلط لأن المراد حصول الفسخ في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٥

و في إيجاب الحبر على الناسخ و الكش على الملقح و الصيغ على الصباغ إشكال (١) و لو قدر المالك على التخليص لم يجبر عليه إذا كان الغصب بعد الإقباض (٢) و لا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها أو تجدد بعد العقد نعم للمستأجر خيار
(٣) الفسخ

الجميع (و قال فى التحرير) لو استأجرها للرضاع و الحضانه فانقطع اللبن فالأقرب أنه يتخير بين الفسخ و الإمضاء إما بالجميع أو بقدر الحصة على إشكال و لم يتضح لنا ما إذا أراد بغير الأقرب بل لا يكاد يظهر له وجه لأن مراده بالأقرب أنه يفسخ فى الرضاع و يتخير فى الحضانه بين فسخها لمكان تبعض الصفقة و الإمضاء فيها بجميع الأجره أو بحصتها من الأجره و لا يتجه فى ذلك احتمال الانفساخ فى الجميع فليتأمل و حكى فى جامع المقاصد عن حواشى الشهيد أن التقسيط ملزوم للخيار باعتبار تبعض الصفقة فلا يجعل احتمالاً برأسه و مقتضى ذلك كونهما احتمالين الانفساخ فى الكل و الانفساخ فى البعض مع ثبوت الخيار و هو صحيح فى نفسه إلا أنه غير مراد من العبارة ثم إنك قد عرفت أنه صرح فيما عندنا من نسخه بالاحتمالات الثلاثة

(قوله) (و فى إيجاب الحبر على الناسخ و الكش على الملقح و الصنع على الصباغ إشكال)

قد تقدم آنفاً الكلام فى ذلك و ما هو مثله

(قوله) (و لو قدر المالك على التخليص لم يجبره عليه إذا كان الغصب بعد الإقباض)

يريد أنه لو آجره العين و أقبضه إياها ثم غصبت من المستأجر فليس له مطالبه المؤجر بانتزاعها من الغاصب و إن كان قادراً على ذلك لأنه قد أدى ما أوجبه عليه عقد الإجارة و هو التسليم و قضيه التقييد بكونه بعد الإقباض فى عبارة الكتاب و جامع المقاصد أن الغصب لو كان قبله كان له ذلك و ليس كذلك كما نص عليه فى التحرير و هو ظاهر الإرشاد أو صريحه بل هو صريحه حيث قرنه بالعمارة و ظاهر جامع المقاصد أو صريحه كما ستسمع فى مسألة البالوعه و هو قضيه كلام الباقيين حيث يقتضون على تخييره بين الفسخ فيرجع بالمسمى و الإمضاء فيطالب الغاصب بأجره المثل عملاً بالأصل السالم عن المعارض كما تقدم التنبيه على ذلك فى الشرط السادس و لقد نقلنا هناك كلام المصنف هنا و لا ترجيح فى التذكرة ذكره فى أثناء كلام له و لكن لا بد من التأمل فى ذلك

(قوله) (و لا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها أو تجدد بعد العقد نعم للمستأجر الخيار)

يريد أنه لو آجره داراً قد احتاجت إلى مرمة لخلل حدث بعد العقد أو كان قبله مع جهل المستأجر به سواء قضت هذه المرمة بالاحتياج إلى إحداث عين جديدة أم لا كإصلاح مائل فإنه لا يجبر المالك على فعل ذلك نعم للمستأجر الخيار كما صرح بذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و هو قضيه إطلاق الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و به صرح فى المبسوط و كذا التحرير فيما إذا تجدد الخلل بعد العقد و هو يقضى بعدم إجباره على عمارة السابق على العقد بالأولوية لأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه و إصلاحه و الأصل براءة ذمته من وجوبه عليه للمستأجر لأنه يثبت له الخيار لوجود العيب فله مناص عن نقص العوض الذى هو الوجه فى احتمال الوجوب الذى أشار إليه فى التذكرة بقوله ففى إجبار المالك إشكال أقربه العدم قال فى موضع آخر من التحرير لو انهدم بعض المسكن وجب بناؤه و كذا لو سقطت جبهه وجب إبدالها و هو يوافق ما يأتى لهم فى تفريغ الدار و الحش و البالوعه فإنهم يوجبونه على المالك مع أنه لا فرق بينهما فيما نجد من جهة الدليل و هو وجوب التسليم إلا أن يقال أن الخراب عيب و لا كذلك الامتلاء فتأمل و أما ثبوت الخيار له فهو إجماعى سواء تجدد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٦

و على المالك تسليم المفتاح (١) دون القفل (٢) فإن ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر (٣) و ليس له المطالبة ببدله (٤) و على المالك تسليم الدار فارغة (٥) و كذا البالوعه و الحش و مستنقع الحمام (٦) فإن كانت مملوءة تخير (٧)

العيب بعد العقد أو كان قبله بل قضيه دليلهم أنه يثبت له ذلك و إن كان عالماً لكننا لم نجد به قائلًا إلا ما لعله يفهم هنا من إطلاق العبارة و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى أول الباب عند قوله و لو وجدها المستأجر معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ و فى إلزام المالك بالأرض لو أمضى و رضى به وجهان و قد تقدم لنا فى أول الباب أن المشهور بل المعروف من غير خلاف و لا تأمل أنه ليس له ذلك إلا من صريح اللمعة فإنه تردد فى ذلك و قد استوجه الثبوت فى المسالك و الروضة و اضطرب كلامه فى ذلك فى جامع المقاصد

كما تقدم بيانه عند الكلام على المسألة المذكورة فى أول الباب

(قوله) (و على المالك تسليم المفتاح)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و الروضة و مجمع البرهان لأنه من تتمه التسليم و كمال الانتفاع فكان متوقفا عليه لأنه تابع للعلق المثلث مكان تسليمه كتسليم البيت و كالمقود و الزمام فى إجارة البهائم و لا يفرق فيه بين مفتاح الدار و البيوت التى فيها كما نص عليه فى التذكرة و لا كذلك مفتاح القفل حيث لا يجب تسليم القفل كما يأتى

(قوله) (دون القفل)

أى لا يجب عليه تسليم القفل كما فى التذكرة و جامع المقاصد و الروضة لأن الأصل عدم دخول المنقولات فى العقد الوارد على العقار إلا بعادة أو تبعية

(قوله) (فإن ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و هو قضية كلام التحرير قال و لو ضاعت بغير تفريط وجب على المالك بدلها و فى (الإرشاد) فلو ضاع فلا ضمان و الظاهر أن مراده بغير تفريط و ذلك لأنه أمين

(قوله) (و ليس له المطالبة ببدله)

كما فى جامع المقاصد و هو معنى ما فى الإرشاد و شروحه أنه ليس على المؤجر إبداله لأنه لا يجبر الإنسان على إصلاح ملكه و عمارته كما تقدم فى العماره و حينئذ فينبغى للمستأجر أن يضع مفتاحا من عنده لكن لا من حيث إنه ضامن بل من حيث إنه محتاج إليه و يجوز أن يفعله المؤجر لا من حيث إنه يجب عليه بل تبرعا و إرفاقا بالمستأجر و فى (التذكرة و التحرير) أنه يجب على المالك إبداله و لعله لتوقف إيصال المنفعة إليه عليه كما تقدم فى العماره و متى لم يبدله إما لعدم وجوبه عليه أو لعصيانه و امتناعه فالظاهر ثبوت الخيار كما فى التذكرة و جامع المقاصد فأشبهه خراب شىء من الحيطان و ذهاب شىء من الأبواب

(قوله) (و على المالك تسليم الدار فارغة)

الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين ليتحقق الانتفاع الواجب بالإجارة و هو قضية كلام المبسوط بالأولوية لأنه أوجب تفرغ البالوعة و الخلاء

(قوله) (و كذا البالوعة و الحش و مستنقع الحمام)

كما صرح بذلك فى التذكرة و جامع المقاصد و بالأولين صرح فى المبسوط و التحرير و كأنه أيضا مما لا خلاف فيه و به يقضى الاعتبار لما ذكر فى الدار و قد تقدم فى باب البيع أنه يجب تسليم المبيع مفرغا على الفور من غير خلاف و لعل الفصل لأن حكمها عنده يخالف حكم الدار لأنه حكم فى الثلاثة أنه يتخير إذا كانت مملوءة و لا كذلك الدار فإنه يجب عليه تفرغها على كل حال كما يأتى و مستنقع الحمام الموضع الذى تنصب فيه الغسالة و يسمى جبة الحمام

(قوله) (فإن كانت مملوءة تخير)

قضية إطلاقه أنه أى المستأجر يتخير من أول الأمر و قد أوجب عليه فى المبسوط و التحرير و مجمع البرهان فى أثناء كلامه له و التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٧

فإن تجدد الامتلاء فى دوام الإجارة احتمل وجوبه على المستأجر لأنه بفعله (١) و على المؤجر لتوقف الانتفاع عليه (٢) و لا يجب على المستأجر التنقية عند انتهاء المدّة (٣) بل التنقية من الكناسات (٤)

و جامع المقاصد التفرغ و حكم فى الأخيرين بثبوت الخيار مع إهماله و هو قضية كلام الأولين و هو الصواب لأن التفرغ إنما يجب

بعد العقد و المفروض أنه قد بادر بعده إلى تفرغها و أنه لم يفت من النفع شىء و الامتلاء ليس عيبا كالخراب فى الدار و به يحصل الفرق بين المسألتين نعم لو فات شىء من النفع بالتفرغ ثبت الخيار كما تقدم مثل ذلك مرارا (قوله) (فإن تجدد الامتلاء فى دوام الإجارة احتمل وجوبه على المستأجر لأنه بفعله)

هذا الاحتمال هو الذى جزم به فى المبسوط و التذكرة و كذا جامع المقاصد و ظاهر الحواشى لأن النسخة غير نقيه عن الغلط نسبتة «١» إلى القاضى فى الجواهر و وجهه أن ذلك بفعله فإذا أراد أن يكمل له الانتفاع فليرفعها (قوله) (و على المؤجر لتوقف الانتفاع عليه)

هذا الاحتمال قربه فى التحرير على الظاهر لأن ما عندنا من نسخه و هما اثنتان غير نقيتين عن الغلط فى خصوص المسألة و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخفى ضعف دليله لأنه ليس كل ما يتوقف الانتفاع عليه بعد تسليم العين و تمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على المؤجر فإن رفع يد الغاصب كذلك مع أنه لا يجب على أن الأصل البراءة بعد تسليم العين مفرغة (قوله) (و لا يجب على المستأجر التنقيه عند انتهاء المدة)

عدم وجوب تنقيه البالوعة و الحش و مستنقع الحمام على المستأجر عند انتهاء مدة إجارته خيرة التذكرة و جامع المقاصد عملا بالأصل مع عدم المخرج عنه مع أن استعمالها من لوازم الإجارة و ضرورات استيفاء المنفعة و ليس يريد الانتفاع بها فى تمام الإجارة حتى توجب عليه إزالتها بل لو أراد أن يعيد الإجارة لأوجبنا على المؤجر إزالتها كما تقدم و ظاهر إطلاق كلام المبسوط و جوب ذلك على المستأجر على تأمل فى ذلك قال إذا استأجر دارا فانسدت البالوعة و امتلأ الخلاء فعلى المكترى إصلاح ذلك لأنه بسبب من جهته فكان عليه إزالته انتهى فتأمل (قوله) (بل التنقيه من الكناسات)

يريد أنه لا يجب عليه تنقيه المذكورات عند انتهاء المدة بل يجب عليه تنقيه الدار من الكناسات عند انتهاء المدة على ما هو الظاهر من العبارة كما هو صريح التذكرة و قال فى (التحرير) لو خرجت المدة و فى الدار زيل أو قمامة و جب على المستأجر تفرغه على إشكال و فى (جامع المقاصد) للنظر فيه مجال و قد فسر بعض الشافعية الكناسة بالقشور و ما يسقط من الطعام و نحوه دون التراب الذى يجتمع بهبوب الرياح لأنه حصل لا بفعله (قلت) أصل البراءة سالم عن معارض يقوى عليه و ليس هناك إلا أنه من فعله لكنه من ضرورات استيفاء المنفعة فكانت تنقيه الدار منها كتنقيه البالوعة و الخلاء بل تزيد عليها لأن انتفاع المالك أو المستأجر الثانى بالدار لا يتوقف على إزالتها ألا ترى أنها لو كانت موجودة حال العقد فإن قضية كلامهم أنه لا يجب على المالك إزالتها لعدم توقف الانتفاع عليها فكان القول بعدم وجوبها على المستأجر قويا جدا لكنه لم يقل به أحد منا و لا من العامة على كثرة أقاويلهم بل الناس بين متردد و بين قائل بكونها على المستأجر و لعل الخلاف فى مثل ذلك غير ضائر و ما ذكرناه من أن طرحها فى الدار من ضرورات الاستيفاء يستفاد من كلام الجوينى و إن أنكره بعض الشافعية و أما

(١) خبر المبتدأ (كذا بخطه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٨

و رماد الأتون كالكناسة (١) و لو استأجر أرضا للزرع و لها شرب معلوم و للعادة تقتضى التبعية دخل (٢) و لو اضطرت العادة بأن يستأجر مرة الأرض منفردة و تارة معه احتمل التبعية و عدمها (٣)

تنقيه الدار منها فى دوام الإجارة فكأنه لا خلاف فى وجوبها على المستأجر ممن تعرض لها منا كالمصنف فى التذكرة و المحقق الثانى و من العامة كالجوينى و بعض الشافعية و أما كنس الثلج ففى (التذكرة و جامع المقاصد) ما حاصله أن كنس الثلج عن السطح

من وظيفة المالك كالعمارة فإن تركه وحدث عيب ثبت له الخيار وبدونه إشكال و أما ثلج العرصة فإن خف و لم يمنع الانتفاع فكالتراب الحاصل بهبوب الرياح و إن كثف فإشكال من حصول التسليم الواجب و من توقف الانتفاع عليه (قوله) (و رماد الأتون كالكناسة)

أى يجب نقله عند المصنف عند تمام الإجارة و هذا حكاة في التذكرة عن الجويني و حكى عن بعض الشافعية أنه لا يجب و أنه يخالف الكناسة لأن طرح الرماد من ضرورات استيفاء المنفعة و لا كذلك الكناسة لأن هذا البعض قد فسرها بالقشور و ما يسقط من الطعام كما عرفت و مراده أن ليس ذلك من الضرورات و ظاهره في التذكرة التردد في ذلك كما هو صريح جامع المقاصد و قد جزم فيهما أى التذكرة و جامع المقاصد بأنه لا يجب على المالك إزالتها في دوام الإجارة و قال في الثاني هل يجب على المالك في ابتدائها لم أجد به تصريحاً و مقتضى النظر الوجوب لتوقف التمكّن من الانتفاع الواجب عليه (قوله) (و لو استأجر أرضاً للزرع و لها شرب معلوم و العادة تقتضى التبعية دخل)

كما في التذكرة و جامع المقاصد لأن الظاهر أن استئجارها للزرع إنما هو للتحويل على دخول شربها و لأن الإطلاق يحمل على العادة و المتعارف و المفروض أن كل من يستأجرها يذكر الشرب معها و معناه أنه جرت عادتهم بذلك (قوله) (و لو اضطربت العادة بأن تستأجر الأرض مرة منفردة و تارة معه احتمل التبعية و عدمها)

احتمال التبعية أقرب كما في التذكرة و أصح كما في الإيضاح لأن الإجارة للزراعة كشرط الشرب (و الاحتمال الثاني) للشافعي لأنه يجب الاقتصار على موجب اللفظ و إنما يزداد عليه لعرف مطرد (و الثالث) أن العقد يبطل من أصله لأن تعارض المعنيين يوجب جهالة القصد و هذا متجه على ما سلف لنا و في (جامع المقاصد) التحقيق أن يقال إما أن يكون هناك ماء آخر يمكن شرب تلك الأرض منه أو لا فإن كان الأول فلا وجه لدخوله أصلاً و إن كان الثاني لم يستقم قوله بأن يستأجر مرة منفردة لأن استئجارها منفردة للزرع في هذا الفرض لا- يتصور مع توقف الزرع على الشرب فكيف يفرض وقوعه حتى لو وقع كان باطلا- و يمكن أن يريد المصنف بالاحتمالين صحة الإجارة على تقدير التبعية و فسادها بدونها انتهى (قلت) هذا الاحتمال بعيد جدا و الظاهر أن مراد المصنف هنا و في التذكرة و أبى حنيفه و الشافعي أنها تستأجر تارة منفردة عن الشرب ثم يعامله على الشرب بعد ذلك بصلح أو نحوه لأن الشرب لا يصح استئجاره منفرداً و لا منضمماً لأنه عين و تارة يستأجرها مع الشرب بأن يشرطه في عقد إجارتها فلم يكن هناك عادة مستمرة فإذا استأجرها هذا الرجل و أطلق و لم يشترط احتمال الأمرين و الأصح حينئذ عدم التبعية و الدخول و قد يكون أراد باستئجارها منفردة للزرع أنه يزرعها ما لا- يحتاج إلى الماء أصلاً و من تعرض لهذا الفرع لم يقل إن الزرع متوقف على الشرب كما قاله في جامع المقاصد ثم إنه قد وقع في مزارعة الكتاب و الشرائع و الإرشاد أنه لو زرع عليها أو آجرها للزراعة و لا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير و مع الحباله له الفسخ و قد قال هو في جامع المقاصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٩

و لو زرع أضر من المعين فللمالك المسمى و أرش النقص (١)

إنه أى المصنف أراد عدم بطلان المزارعة و الإجارة للزرع مع العلم بأن الأرض لا ماء لها و هو صحيح على القول بجواز التخطى إلى غير المنفعة المشروطة مما يكون مساوياً أو أقل ضرراً إلى آخر ما قال (قوله) (و لو زرع أضر من المعين فللمالك المسمى و أرش النقص)

كما في التحرير لكنه قال له المسمى و أجره الزيادة و هو معنى ما في الكتاب كما ستعرف و قد حكى في المبسوط التخيير بين ذلك و بين أجره المثل و قال إنه أشبه بالصواب و هو خيرة التذكرة و كذا الشرائع و التحرير و الإرشاد في باب المزارعة قالوا لو زرع ما هو الأضر كان لمالكها أجره المثل أو المسمى مع الأرض و الذى يقتضيه التدبر في ملاحظة الكتب الثلاثة أن ذلك فيما إذا استأجرها

للزراعة أو زارع عليها و ليست مسوقة للمزارعة خاصة بل من مارس طريقتهم عرف أن نظرهم إلى ما فى المسوط و أن هذه العبارة خاصة بالإجارة فلا حاجة إلى تجشم توجيهها بالنسبة إلى المزارعة لأن المسمى إذا كان من الحنطة مثلا كيف يأخذه من الشعير ثم إن فى عبارة الإرشاد مسامحة حيث قال تخير المالك فى الفسخ يأخذ أجره المثل أو الإمضاء يأخذ المسمى مع الأرش لأن تعدى العامل لا يقتضى جواز الفسخ و قال فى (جامع المقاصد) فيما نحن فيه إن الأقوى و جوب أجره المثل لما زرع لأنه استوفى غير المعقود عليه و احتمل فيه أيضا أن يجب عليه المسمى و أجره المثل للزيادة و قد عرفت أنه عين ما فى الكتاب قال فى (التذكرة) فى تذييل ذكره قولنا إن المالك يتخير بين أجره الذرة و بين المسمى مع أرش نقص الأرض لسبق الفهم منه إلى ما ينقص من قيمة الأرض و قلنا تارة بدل ما ينقص من الأرض إنه يأخذ المسمى و أجره المثل لما زاد و المراد هو الثانى و قولنا نقص الأرض يحمل على الأجرة الزائدة يأخذ بدل المنفعة التى استوفاهما فوق المستحق و بدل المنفعة الأخرى فيحمل نقص الأرض على الضرر الذى لحقها بما استوفاه من المنفعة و أرشه جزء من أجره ما استوفاه و هو تفاوت ما بينها و بين أجره المنفعة المستحقة مثلا أجره مثلها للحنطة خمسون و للذرة سبعون و المسمى أربعون يأخذ الأربعين و تفاوت ما بين الأجرتين و هو عشرون و إنما حملنا نقص الأرض على ما قلناه لأن رقبته الأرض لا تكاد تنقص قيمتها بالزرع و إن استقر ضررها و الوجه فى ذلك أن المستأجر استحق منفعة الأرض مقدره فاستوفاهما مع غيرها فوجب عليه الأجرة المسماء و عوض الزيادة كمن استأجر دابة إلى موضع فتجاوزه و من استأجر دابة لحمل خمسين رطلا فحمل عليها مائة و إن شئت قلت و جب عليه المسمى و أرش النقصان الزائد على زراعة الحنطة (و فيه) أن ما نحن فيه مما لا- يتميز فيه المستحق عما زاد و ما استند إليه من الأمثلة مما تميزوا لمناسب لما نحن فيه التمثيل بما إذا استأجرها لحمل القطن فحمل عليها بمقداره حديد أو ما إذا استأجر دارا ليسكنها فأسكن فيها الحداد أو القصار و نحو ذلك مما فعل فيه المستأجر ما لا يستحقه لأنه إنما يستحق زرع الحنطة و قد زرع الذرة و هو غيره فكان عليه أجره المثل و لا أثر لاستيفاء منفعة الأرض المستحقة بالمسمى لزرع الحنطة فى ضمن زرع الذرة لأنه لم يستحقها بالمسمى إلا على ذلك الوجه المخصوص الذى لم يكن فأشبهه ما إذا استأجر أرضا فزرع غيرها فتأمل إذ قضيته أن تلزمه أجره المثل و يلزمه المسمى لأنه هو الذى فوت منفعة الحنطة على نفسه إلا أن تقول إن منفعة الحنطة دخلت فى منفعة الذرة من باب التلازم فى الخارج أو تقول بعبارة أخرى إنها دخلت فيها من جهة الجنس لا من جهة الصنف لأنه إذا استوفى منفعة الأرض فقد استوفى جميع منافعها فيها فلم يكن عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٠

و الظرف على المستأجر و كذا الرشاء و دلو الاستقاء (١) و ينزع الثوب المستأجر ليلا (٢) و وقت القيلولة (٣)

إلا أجره المثل و وجه القول بالتخير أنه زرع ما لم يستحقه و موجه أجره المثل كما تقدم و أنه شابه ما إذا استأجر دابة إلى موضع فتجاوزه بالقرب الذى ذكر فكان قد استوفى المستحق و زيادة و موجه المسمى و أجره ما زاد فخيروه بينهما أو إنهم يقولون إن المؤجر استحق أجره الذرة و قد قبض أجره الحنطة و المستأجر استحق منفعة زراعة الحنطة و قد فاتت عليه فى ضمن منفعة الذرة التى لم تفت على المالك فالمؤجر إما أن يأخذ ما يستحق و يرد ما أخذ و إما أن يتقاصا و يأخذ الزيادة فتأمل و القول باستحقاق أجره المثل هو الأوفق بالضوابط و احتمال أكثر الأمرين من أجره المثل و المسمى مع أرش النقصان و الضرر أولى بحال الظالم الغاصب إلا أن يلحظ ذلك الضرر و النقص فى أجره المثل فتأمل و هذا كما إذا لم يعلم المالك إلا بعد الحصاد و أما إذا علم قبله و بعد الزرع فله قلعه ثم إن تمكن من زرع الحنطة زرعها و إلا لم يزرع و عليه الأجرة لجميع المدة لأنه هو الذى فوت على نفسه مقصود العقد ثم إن لم تمض مدة تتأثر لها الأرض فذاك و إن مضت فالمستحق أجره المثل أم قسطها من المسمى و زيادة للنقصان أم يتخير بينهما فيه ما سبق كذا قال فى التذكرة و قال فى (جامع المقاصد) ينبغى أن لا يعتبر تأثر الأرض بل مضى مدة لمثلها أجره و عدمه و هو كذلك (قوله) (و الظرف على المستأجر و كذا الرشاء و دلو الاستقاء)

أما كون الظرف على المستأجر فقد قيده فى التذكرة بما إذا وردت الإجارة على عين الدابة قال و على المكربى إن كانت فى الذمة لأنها إذا وردت على العين فليس عليه إلا تسليم الدابة بالأكاف و ما فى معناه و إن كانت فى الذمة فقد التزم النقل فعليه تهئية أسبابه و العادة تؤيده و حكى عن الجوينى تفصيلا فى إجارة الذمة بين أن يلتزم الغرض مطلقا و لا يتعرض للدابة فتكون الآلات عليه و بين أن يتعرض لها بالوصف فحينئذ تتبع العادة قال فى (التذكرة) بعد حكاية ذلك و متى راعينا اتباع العادة فاضطربت فالأقوى اشتراط التقييد فى صحة العقد و قال فى (جامع المقاصد) إن اضطربت العادة اتجه اعتبار ورود الإجارة على دابة معينة أو التزام النقل فتجب الآلات على المكربى فى الأول و على المكربى فى الثانى (قلت) الظاهر أن مراده فى التذكرة فى اشتراط التقييد ما إذا استأجر الدابة فى الذمة و لم يتعرض إلا لوصفها و قد اضطربت العادة و هذا لم يتعرض له فى جامع المقاصد و الحال فى الرشا بالقصر و كسر أوله و دلو الاستقاء كالحال فى الظروف من دون تفاوت و الظاهر أن فرقه بين وقوعها على العين و بين التزام النقل أنما جاء من حاق اللفظ و ذلك إنما يتم مع اضطراب العادة و أما إذا استمرت على خلاف أحدهما اتبعت و ينبغى بيان الفرق بين ما إذا وقع الإجارة على العين أو على دابة موصوفة فى الذمة فإننا لا نجد بينهما فرقا إلا ما تقدم فى بحث الدواب من أن الدابة إذا كانت موصوفة يجب إبدالها إذا تلفت ففيها شائبة النقل

(قوله) (و ينزع الثوب المستأجر ليلا)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بل لم يحك فيه احتمال و لا خلاف من الخاصة و العامة لمكان العادة و المراد به الثوب المستأجر للتجمل و لا-ريب أنه لو اعتيد النوم فيه فى بعض البلدان و اطردت العادة و جب الحمل على ذلك و إنما يلبس ثوب التجمل فى أوقات التجمل كالجمعات و الأعياد و الخروج إلى السوق و دخول الناس عليه

(قوله) (و وقت القيلولة)

قد جزم به فى المبسوط و التحرير بأنه لا يجب نزعه للعادة و هو الذى قربه فى التذكرة للعادة أيضا فالمدار عندهم على العادة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥١

و يجوز الارتداء به على إشكال (١) دون الاتزار (٢)

[الفصل الرابع فى الضمان]

(الفصل الرابع فى الضمان) العين أمانة فى يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعد أو تفریط (٣)

(قوله) (و يجوز الارتداء به على إشكال)

أى يجوز الارتداء بالثوب المخيط للمستأجر للتجمل على إشكال ينشأ من انصراف العقد إلى اللبس المعهود لانصراف اللفظ إلى الحقيقة العرفية فلا يحمل الإطلاق على الارتداء و من أنه ملك منفعه و أنه أخف ضررا من غيره مع صدق اللبس عليه حقيقة (قلت) فى صدق اللبس حقيقة على ما إذا ارتدى بالثوب المخيط نظر ظاهر و لا ترجيح فى الإيضاح و الحواشى و فى (التذكرة) إن كان الارتداء أقل ضررا من اللبس جاز و إلا فلا و فى (جامع المقاصد) أن الأصح أن لبس كل شىء بحسبه فإن كان الملبوس مخيطا لم يجز الارتداء به إذا استأجر للبس إذ الارتداء لا يعد لبا بالنسبة إلى هذا الثوب بخلاف ما لو كان رداء انتهى و فيه نظر ظاهر و فى (الحواشى) أن الخلاف فى الثياب المخيطة أما المناديل و الثياب التى لم تفصل و البواشى و المقانع فإنه يجوز الاتزار بها و الارتداء بلا خلاف

(قوله) (دون الاتزار)

أى لا يجوز الاتزار بالثوب المخيط كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و ظاهر الأخير الإجماع عليه حيث قال قطعا

و هو ممن يعمل بالظن لأنه أشد ضررا مع مخالفته للبس و كذا إذا استأجره للارتداء لم يجز الاتزار به لأن ضرر الاتزار أكثر و لو استأجره للاتزار جاز التعميم هذا و الصواب الاتزار

(الفصل الرابع في الضمان) (قوله) (العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعد أو تفريط)

لا نعلم في ذلك خلافا كما في التذكرة و بلا خلاف في ذلك كله إذا كان التلف في مدة الإجارة كما في التنقيح و إجماعا كما في إيضاح النافع و الظاهر تقييد كلام التذكرة بذلك و إلا فالخلاف بدون القيد موجود كما ستسمع و في (الرياض) العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر و لا ما ينقص منها إلا مع تعد أو تفريط بلا خلاف أجده بل عليه الإجماع في الغنية و هو الحجج (قلت) إجماع الغنية و الخلاف إنما حكي على الضمان مع التعدى نعم يلزمها أنها أمانة و أنها تضمن مع التفريط أيضا و أنه يضمن ما نقص منها (و كيف كان) فقد طفحت عباراتهم بما في الكتاب غير فارقين بين كون التلف في المدة أو بعدها إذا لم يطلبها المالك لمكان الإطلاق بل في السرائر و التحرير و الكتاب كما يأتي و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح التصريح بذلك لأنها في المدة مقبوضة بإذن المالك بحق القابض و أما بعدها فأصل البراءة و استصحاب عدم الضمان و استصحاب العلم بها السالمات عن المعارض قاضيات بذلك و الاستناد إلى انقضاء المدة يستلزم أنه غير مأذون في قبضها فتصبر أمانة شرعية مضمونة فيجب عليه ردها و مئونة الرد فإذا لم يردها فورا حيث يمكنه الرد ضمن كما في المبسوط و التنقيح و هو اللازم لأبي على حيث أوجب عليه الرد و اللازم للقاضي حيث خير المؤجر بعد المدة بين أخذ قيمة ما نقصت و بين أخذ أجره المثل فيما زاد موهون بمنع وجوب الرد و إنما يجب عليه تمكينه منها و التخليه بينه و بينها كالرهن إذا أدى الرهن الدين و الوديعة و سائر الأمانات فإذا فعل ما وجب عليه أو عزم عليه فلا تقصير و لا تعديا و لا تفريطا للأصلين المتقدمين نعم لو حبسها مع طلب المالك بعد انقضاء المدة ضمن قطعاً كما في جامع المقاصد و بلا خلاف كما في التذكرة و يجب تقييد ذلك بما إذا كان الحبس لغير عذر كما هو ظاهر و به صرح في التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٢

في المدة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب (١) سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة (٢) و لو ضمنه المؤجر لم يصح فإن شرطه في العقد فالأقرب بطلان العقد (٣)

و قد سلم المحقق الثاني للشيخ أنها بعد انقضاء المدة غير مأذون في قبضها لكن لا يجب عليه ردها و قد يظهر ذلك من صاحب المسالك و صاحب الرياض و هو كالمتناقص فلا أقل بناء على ذلك من العرض عليه و حينئذ تكون أمانة ثالثة غير الأمانتين و قد تقدم لنا في أول باب الوديعة أن الأمانة المالكية هي ما حصلت في يد غير مالكة بإذنه أو بغير إذنه و لكنه علم بها أو أخبر عنها و لم يبطلها فكان هنا مأذونا كما هو ظاهر السرائر أو صريحها و ما في التنقيح من الاستناد إلى احتمال النسيان غير صحيح و قد تردد المصنف في المختلف في المسألة كما هو ظاهره في التذكرة أو صريحه و لا وجه له بعد ما عرفت و قد تردد أيضا في موضع آخر من التحرير في وجوب الرد و أطرف شيء ما في المفاتيح حيث جزم بعدم الضمان إذا تلفت بعد المدة من غير تفريط و تأمل في وجوب رد العين إلى المؤجر بعد المدة إذ التردد في ذلك مع الجزم بعدم الضمان كذلك مما لا يجتمعان و من لحظ كلام التنقيح في النقض و الإبرام في المقام عرف أنه غير منقح بل و لا صحيح و قد تسامح جماعة في جعلهم صريح الشيخ صريح أبي على لكنه سهل هذا و قد استفاضت الأخبار بعدم الضمان مع عدم التعدى و به معه كما في موضعين من خبر أبي ولاد الوارد في البغل و كما في صحيح علي بن جعفر و كما في خبر الصيقل الوارد في الحمار إذا عطب و خبره الآخر الوارد فيما إذا جاوز الشرط و شهد له الخبر ليس على مستعير عارية ضمان و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن و كذا الأخبار الواردة في عدم ضمان الأجير لما يتلف في يده إذا كان أميناً فتأمل و كذلك الأجير إذا هلك صغيراً كان أو كبيراً حراً كان أو عبداً لبعض ما مر من التعليل

(قوله) (في المدة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب)

قد تقدم الكلام في هذه المسائل الثلاث مسبقاً محرراً

(قوله) (سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة)

أى لا يضمنها فى المدة و لا بعدها إذا تلفت العين من غير تفريط سواء كانت الإجارة صحيحة كما هو ظاهر أو فاسدة للقاعدة المقررة كما ستسمعها غير مرة و هى أن كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و بالعكس و بذلك صرح فى التذكرة و جامع المقاصد فى المقام و هو ظاهر إطلاق الباقيين و قد تقدم عند قوله و استيفاء المنفعة أو بعضها مع فساد العقد يوجب أجره المثل بيان الوجه فى هذه القاعدة بتوجيهين (أحدهما) أن الإجارة الفاسدة أنما تفسد بالنسبة إلى وجوب العمل و استحقاق المسمى لا بالنسبة إلى الإذن فى التصرف و جوازه و أسبغنا الكلام فيه و مرجعه إلى أن العقد لم يفسد بالكلية (و الثانى) أنا علمنا من حال المؤجر إرادة الأجره على كل حال و لا كذلك البائع و بينا أنها مجمع عليها و ما وجدنا فيها خلافاً إلا من مولانا المقدس الأربيلى و شيخنا صاحب الرياض مع أنهما وافقا لأصحاب فى غير ذلك الموضوع

(قوله) (و لو ضمنه المؤجر لم يصح فإن شرطه فى العقد فالأقرب بطلان العقد)

و مثلها عبارة التذكرة و أحسن منهما عبارة التحرير قال لو شرط على المستأجر ضمان العين لم يصح و هل تبطل الإجارة فيه نظر و ستسمع عبارة الشرائع و قد استظهر الشهيد من عبارة الكتاب أنه ضمنه بعد العقد و حملها فى جامع المقاصد على أنه أراد تضمينه و قد قرب المصنف هنا فيما إذا شرطه فى العقد بطلان العقد و فى (التذكرة و المسالك) أنه أقوى و فى (جامع المقاصد) أنه أصح و قد سمعت ما فى التحرير و لا ترجيح فى الحواشى و أحاله فى الإيضاح على البيع و لا ترجيح له فيه و لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٣

فإذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة أو حملها الأزيد ضمنها (١)

يعجبني قوله فى الشرائع و فى اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد أظهره المنع إذ ظاهره أن فى جواز اشتراط ضمانها تردد أظهره المنع و هو كما ترى و الذى فهمه منه فى المسالك أن فى صحة العقد و الشرط تردداً و من العجيب إغفالهم جميعاً كلام السيد فى الانتصار فإن ظاهره الإجماع على صحة العقد و الشرط لكنه ذكره فى أثناء كلام له لا يجده إلا من تتبع كلامه فى مسألة ضمان الصانع ما يهلك تحت يده حرفاً فحرفاً على أنه ذكره فى غير محله و ستسمعه و قد فصلنا فى باب البيع بين الشروط فأبطلناها فيما وضح منافاته لمقتضى العقد و بالجملة ما يعود عليه بنقضه فى الجملة و إلا فمقتضيات العقد كثيرة لأن المراد بمقتضاه ما رتبته الشارع عليه و ليس المراد ما لم يشرع إلا لأجله كانتقال العوضين و مما وضح منافاته لمقتضى العقد عدم الانتفاع بالمبيع أصلاً لا مدة و عدم ضمانه و عدم قبضه و عدم التصرف فيه ببيع و نحوه إلا أن يقوم دليل على صحته و اشتراط الرجوع عليه بالثمن إن غصبه غاصب و اشتراط عتقه و الولاء للبائع و ما اقتضى تجهيل أحد العوضين إلى غير ذلك مما تقدم مشبعاً و قد يدعى أن اشتراط ضمان العين فى الإجارة مما وضح منافاته لمقتضاها إذ من الواضحات أن مقتضى عقد الإجارة الانتفاع بالعين و كونها أمانة غير مضمونة و إلا أحجم أكثر الناس عن الاستئجار بل كلهم فى بعض الأقسام فليتأمل جيداً فى وضوح ذلك مع سمعته عن علم الهدى و قد اتفقت كلمة من عداه ممن تعرض لهذا الفرع على بطلان هذا الشرط و قد سمعت عباراتهم بل ظاهر جامع المقاصد الإجماع عليه قال و لو شرط الضمان مع التلف و لو بغير تعد فالشرط باطل قطعاً و هذه الكلمة إذا صدرت ممن يعمل بالظن كانت فى معنى الإجماع لكن السيد المرتضى فى الانتصار لما حكى قول الحسن بن حى أن من أعطى الأجره لا ضمان عليه و إن شرط الضمان رده بأنه يخالف الإمامية لأن عندنا إن شرط كان الضمان عليه بالشرط و ظاهره الإجماع و قد قال فى الرياض و فى جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت بأصل العقد لعموم الأمر بالوفاء بالشرط أم العدم لمنافاته لمقتضاه فيفسد قولان و الثانى أشهر و الأول أظهر للعموم مع ضعف المعارض لمنع المنافاة على إطلاقه بل هو حيث لم يكن هناك شرط و فى الخبر رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً و اشترط عليه إن نقص

الطعام فعليه فقال جائز (قلت) إنه ربما زاد الطعام قال فقال يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئاً قلت لا قال لصاحب الطعام الزيادة و عليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلك انتهى و أول من مال إلى ذلك المولى الأردبيلي و اقتفاه صاحب الكفاية على عادته و لكنهما لم يعنونا المسألة بعنوان الرياض إذ لم نجد القائل بالجواز و لعله عنهما به لكنهما قالوا و يمكن أن يقال فذكره على سبيل الاحتمال فكيف يعد قولاً و يقال إن غيره أشهر و احتمال أنه عنى علم الهدى مما يكاد يقطع بعدمه لأن من عنده الانتصار ما وجده و إلا لحكاه و أما الخبر فهو في غير ما نحن فيه لأن كلامنا فيمن أعطى الأجره لا فيمن أخذ الأجره كالملاح و المكارى و الصانع فإن المشهور كما في المسالك أنهم يضمون إذا ادعوا هلاك المتاع أو ادعى عليهم التفریط مع عدم البيئه بل في الانتصار الإجماع على ذلك و في أخبار كثيرة أن الصانع يضمن مع التهمة فهذا الخبر و هو خير موسى بن بكر من أدلة تلك المسألة و الظاهر أنه منهم أيضاً لأنه ما اشترط عليه إلا- و قد اتهمه و هذا كلام إجمالى و قد تقدم لنا و يأتي إن شاء الله تبارك و تعالى قريباً أن المشهور أنهم يضمون ذلك كما يضمون ما جنوه بأيديهم

(قوله) (فإذا تعدى بالدابة المسافه المشترطه أو حملها الأزيد ضمنها)

إجماعاً كما في الغنية و السرائر و التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٤

كلها بقيمتها (١) وقت العدوان (٢) و يحتمل أعلى القيم من وقت العدوان إلى وقت التلف (٣) و عليه أجره الزيادة (٤)

و في (الخلافاً) الإجماع و الأخبار على الأول و قد صرح بالحكمين في المقنعة و النهاية و المبسوط و الغنية و السرائر و غيرها و سائر ما تأخر ممن تعرض لهما من غير إشكال و لا خلاف و قد زيد في معقد إجماعى الغنية و السرائر ما إذا تعدى ما اتفقا عليه من المدة أو خالف المعهود في السير أو في وقته أو في ضرب الدابة و قد صرح بالحكم الأول صحيح أبى و لاد فقلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ و ليس كان يلزمنى قال نعم قيمة البغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر قال عليك قيمة ما بين الصحيح و المعيب يوم ترده و مثله خبر الحسن الصيقل و خبر الحلبي و خبر عمرو بن خالد (و ليعلم) أنه يضمنها حينئذ و لو تلفت بسبب آخر كما هو ظاهر كما تقدم

(قوله) (كلها بقيمتها)

و ضمن نقصانها إجماعاً كما في الغنية و السرائر و بذلك صرح في المقنعة و النهاية و جامع الشرائع و جامع المقاصد و هو قضية إطلاق الباقيين و هو ظاهر إجماع الخلاف فيما إذا تجاوز المسافة و بذلك في صورة التجاوز أفصح خبر أبى و لاد كما سمعت و خبر عمرو بن خالد حيث قال فضمنه الثمن و فصل الشافعى بين ما إذا لم يكن المالك معها فيضمن الجميع أو كان فيضمن النصف لأن السبب شيئان أحدهما بحق و الآخر عدوان و يوزع على مجموع الفراسخ و يعطى العدوان بالقسط أو يضمن الجميع لأقوال ثلاثة و لا ترجيح في المبسوط و في قول المصنف ضمنها كلها إيما إلى رد القولين الأولين و سيختار الأول المصنف في آخر هذا الفصل و يحتمل الثانى و يعرف منه تصوير الأول و هما أوفق بالأصول و لا سيما الأول و عليه جروا في بابى القصاص و الديات و قد عرفت الوجه فيه فكان الشأن فيه كما إذا جرحه زيد و عضه الأسد و سرتا فإن الجراح إنما يضمن النصف و كما لو جرحه واحد عمداً و آخر باستيفاء قصاص أو خطأ فسرتا و الوجه في الثانى أن التلف مستند إلى الجملة فلو ضمن بالأقل مثل الأكثر لزم تساوى الزائد و الناقص و هو محال فسقط ضمان المأذون فيه و بقى الزائد لكن أصحابنا أعرضوا جميعاً عنه في القصاص و الديات قالوا لو جرحه واحد جرحاً واحداً و آخر مائة و مات فالضمان بالسوية فكيف كان فترك الاستفصال في رواية الحلبي و روايتى الصيقل مع غلبة كون المالك مع المستأجر دليل العموم (قال مولانا الصادق عليه السلام) في خبر الحلبي إن جاز الشرط فهو ضامن فقد أطلق الضمان و لم ينفصل و في أحد خبرى الصيقل إن عطب الحمار فهو ضامن و نحوه الآخر و في (التنقيح) تفصيل جيد قال شرط الضمان بالتفريط الانفراد عن

المالك ولا يشترط ذلك فى التعدى فلو تعدى و شارك المالك ضمن بقسطه و لو انفرد عن المالك اختص بالضمان و قال فى التفريط لو تركها فى مسبعة أو مهلكة مع موافقة المالك فلا ضمان (قوله) (وقت العدوان)

كما هو هنا خيرة الشرائع و الجامع و التحرير و الإيضاح و غيرها و لعلمهم نظروا إلى قوله عليه السلام يوم خالفته و هو مع عدم صراحته يظهر من قوله عليه السلام يوم ترده خلافه و تمام الكلام فى باب الغضب و البيع و غيرهما (قوله) (و يحتمل أعلى القيم من وقت العدوان إلى التلف) كما هو هنا خيرة الخلاف و المبسوط و الأقوال هنا هى الأقوال ثمة و الترجيح واحد و قد فصل فى الوسيلة هنا تفصيلا غريبا فقال يضمن بالتفريط قيمته يوم التلف و بالتعدى أكثر قيمته من يوم التلف (قوله) (و عليه أجره الزائد)

إجماعا كما فى الغنية و السرائر و به صرح فى المقنعة و النهاية و الخلاف و المبسوط و التحرير و الإرشاد و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و كذا التذكرة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٥

و لا فرق فى الضمان بعد أن تلف فى الزيادة أو بعد ردها إلى المشترطة (١) و لو تلفت بعد ردها إلى مالكةا بسبب تعييبها و شبهه ضمنها و إلا فلا (٢) و لا يسقط الضمان بردها إلى المسافة (٣) و لو ربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الأجرة فإن تلفت فلا ضمان و إن انهدم الإصطبل إذا لم يكن مخوفا (٤)

لأنه استوفى منها منفعة زائدة على المستحقة فيضمن قيمتها و هى أجره المثل لها و ذلك مع ضمان العين أيضا و خالف فى المقنعة فقال كان عليه أجره الزائد بحساب ما استأجرها و فى (الغنية) يلزمه أجر الزائد على الشرط بدليل الإجماع و لعله منهما بناء على الغالب من أن الاستئجار أنما يكون غالبا بأجرة المثل و الظاهر أن على الشرط فى الغنية صلة الزائد و أغرب القاضى فى المهذب قال إذا تلفت الدابة بعد التجاوز كان ضامنا لها و لا أجره عليه فيما زاد بعد المكان الذى عينه فإن تجاوز بالدابة المكان الذى حده و سلمت كان صاحبها مخيرا بين أن يأخذ منه أجره المثل و بين أن يضمنه نقص ما نقص و هو فى الأولى فتوى أبى حنيفة و قد قال عليه السلام فى رده فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها و يرد فى الثانية أصل عدم التداخل لأن سبب أخذ أرش النقص الجنائى و سبب الأجرة استيفاء المنفعة و مرادهم أنه يأخذ المسمى للمكان المعين و الأبطال المعينة و أجره المثل للزائد و قال فى (مجمع البرهان) ما حاصله أن الأوفى بالضوابط أن يأخذ للأصل و الزيادة أجره المثل لأنه إنما شرط الخمسين وحدها و المائة غيرها و أنها قد تكون أجره رطل مجتمعة أضعاف أضعاف أجره الخمسين وحدها و استوضح ذلك فى أجره الحبة وحدها و الحفنة كذلك قال فإنه لا أجره لكل حبة حبة فى التغار و لجميع الحبوب أجره كثيرة و احتمال حمل كلامهم و خبر أبى ولاد على الغالب الأكثر (و فيه) أن العقد بعد صحته كيف يترك مقتضاه و أجره المثل يلحظ فيها هيئة الاجتماع (قوله) (و لا فرق فى الضمان بين أن تتلف فى الزيادة أو بعد ردها إلى المشترطة)

كما هو قضية إطلاق الجماعة و وجهه ظاهر لأن العدوان لا يزول إلا بالتسليم إلى المالك أو من يقوم مقامه و ردها إلى المسافة المشترطة و العدة المقدرة بالخمسين رطلا مثلا ليس ردا إلى المالك أو نائبه فبقى الضمان لبقاء العدوان (قوله) (و لو تلفت بعد ردها إلى مالكةا بسبب تعييبها و شبهه ضمن و إلا فلا)

يريد أنها إذا تلفت حيث تعدى بها أو بالحمل عليها بعد ردها إلى مالكةا لمكان حدوث عيب حدث بها فى يد المستأجر ضمن لاستناد التلف إلى ما تعدى به و فعله عدوانا و إلا يكن تلفها بعد ردها إلى المالك بسبب من قبله فلا ضمان لأنه قد سلمها إليه و فى

بعض النسخ أو بسبب تعيينها الحاصل لها من زيادة المسافة أو من زيادة الحمل

(قوله) (و لا يسقط بردها إلى المسافة)

إجماعا كما في الخلاف والغنية والسراير و به صرح في المبسوط وغيره لأن العدوان لم يزل بذلك والمراد المسافة المشتركة في الإجارة

(قوله) (و لو ربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الأجرة فإن تلفت فلا ضمان و إن هدم الإصطبل إذا لم يكن مخوفا)

و مثله ما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قالت الشافعية إن كان المعهود في ذلك الوقت أن الدابة تحت السقف كجرح الليل في الشتاء فلا ضمان و إن كان المعهود في ذلك الوقت لو خرج بها أن تكون الدابة في الطريق و جب الضمان لأن التلف و الحال هذه جاء من ربطها (و فيه) أنه أمين مأذون و لم يتعد و لم يفرض فلا موجب للضمان و اتفاق تلفها حين الربط مع الإذن فيه شرعا لا يوجب له و لا- موجب له غير ذلك و أن للوصل في قوله و إن انهدم الإصطبل و المسألة الأولى قد تقدم الكلام فيها و أعادها ليرتب عليها ما بعدها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٦

و كذا يد الأجير على الثوب الذي تراد خياطته أو صبغه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا أو خاصا (١)

(قوله) (و كذا يد الأجير على الثوب الذي يراد خياطته أو صبغه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا أو خاصا) أى كما أن يد المستأجر على العين المؤجرة يد أمانة في الإجارة الصحيحة و الفاسدة فكذا يد الأجير كالخياط و الصباغ و القصار و راض الدابة و غير ذلك كالمكارى و الملاح و الجمال يد أمانة خلافا للمفيد و علم الهدى و المحقق في موضع من الشرائع و الشيخ في موضعين من النهاية كما ستسمع و المصنف في موضع من التذكرة فإنه ذكر عبارة الشرائع كما ستعرف تأويلهما و كذا المولى الأردبيلي و الخراساني و صاحب المفاتيح في بعض الأقسام و ستسمع كلامهم و الضمان محكى عن يونس بن عبد الرحمن قال في (المقنعة) القصار و الخياط و الصباغ و أشباههم من الصناع يضمنون ما تسلموه من المتاع إلا أن يظهر هلاكه منهم و يشتهر بما لا يمكن دفاعه أو تقوم لهم بينة بذلك (ثم قال) و الملاح و المكارى و الجمال ضامنون للأمتعة إلا أن تقوم لهم بينة بأنه هلك من غير تفريط و لا- تعد فيه و كأنه قال بهذا الأخير في التحرير (و قال في الانتصار) الصناع كالقصار و الخياط و ما أشبههما ضامنون المتاع الذي يسلم إليهم إلا أن يظهر هلاكه و يشتهر بما لا يمكن دفعه أو تقوم بينة بذلك ثم ادعى عليه إجماعا و أنه من متفرداتنا و في (المسالك) أنه المشهور و ليست هذه الدعوى في محلها و لعل السيد عنى بالإجماع المفيد و يونس بن عبد الرحمن و كل من روى أخبار الضمان لكن صاحب المسالك لا تصح منه و لا تسمع إرادة ذلك منه و قد استدلل لهم المتأخرون بصحيفة الحلبي و حسنته الغسال و الصباغ إذا ادعى السرقة و لم يقيم البينة فهو ضامن و بقولهم عليهم السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي و في خبر أبي بصير المروى في الكتب الثلاثة بعدة طرق و فيها الصحيح ما يدل أيضا على اعتبار البينة و قد روى الفقيه عن الحلبي في الصحيح و الكليني عنه أيضا في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام إن المكارى لا يصدق إلا ببينة عادلة و مثله خبر الشحام و مرسل الفقيه فهذه الأخبار التي دلت على اعتبار البينة في الصناع و المكارى و رواية السكوني و رواية يونس و ما رواه ابن إدريس عن جامع البنزطى تدل على الضمان في الصناع و حسنة الحلبي تدل على ضمان الملاح و قد دلت روايات كثيرة على ضمان الصناع مع التهمة كصحيفة الصفار و صحيفة أبي بصير و روايته و حسنة الحلبي و رواية محمد عن علي بن محبوب و في خبر خالد بن الحجاج و جعفر بن عثمان عدم تضمين الملاح المأمون و عدم تضمين الجمال الغير المتهم و قد حمل في المختلف الأخبار الدالة على الضمان و على اعتبار البينة على التعدي و التفريط و على ما إذا أخر المتاع عن الوقت المشترك كما في خبر الكاهلي كما ستسمعه و قد وافقه على الأول المحقق الثاني و عليهما صاحب المسالك و في الأخير نوع تفريط و هو بطرفيه حمل بعيد تأباه أخبار البينة و أخبار الأمانة و التهمة على أنه

فاسد و قد يحمل بعضها على ما إذا تلفت فى يده بسببه و إن لم يتعد و لم يفرط و نفى فى مجمع البرهان البعد عن حمل الشيخ لها فى التهذيب على ما إذا كانا غير مأمونين و قال إنه جمع بحمل المطلق على المقيد لوجود القيد فى روايات كثيرة قال و حاصله يرجع إلى أنه إن ظهر التلف لا يكونون ضامين و إلا ضمنوا قال و يشعر به خبر أبى بصير (قلت) لعله أراد خبره الذى تضمن أنه إن ادعى أن الثوب سرق من بين متاعه فعليه أن يقيم البيئه و إن سرق متاعه فليس عليه شيء و قد قال به أو مال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٧

.....

إليه فى الكفاية و حاصله يرجع إلى موافقة المفيد و السيد فى بعض الأقسام و هذا الحمل يدفعه ما ستمعه فى حمل الإستبصار على أن بينه و بين أخبار البيئه عموما و خصوصا من وجه و الأخبار من الجانبين كثيرة و فيها الصحيح إلا أن تقول إذا قامت البيئه ارتفعت التهمة و ثبت الأمانة (وفيه) أن أقصى ما تقول البيئه أنه سرق قطعاً و ذلك لا يدفع عنه التهمة إذ لعله كان بمواطاته و تدبيره و هكذا حمل الشيخ فى الإستبصار صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الصباغ و القصار فقال ليس يضمنان على أنه إذا كان مأمونا يستحب لصاحبه أن لا يضمنه و إن كان ذلك ليس بواجب و هو خيرته فى موضع من النهاية و استدل على الاستحباب و جواز التضمنين و إن كان مأمونا بقوله عليه السلام فى خبر أبى بصير كان على عليه السلام يضمّن القصار و الصانع يحتاط على أموال الناس و كان أبو جعفر عليه السلام يفضل عليه إذا كان مأمونا و نحوه خبر الحلبي من دون تفاوت فى المعنى و أخبار البيئه لا تعارضه و حمل صاحب المفاتيح أخبار الضمان على صورة التفريط أو على ما إذا لم يكن لهم بينه و معنى الأخير أنهم إذا أقاموا البيئه على هلا-كه لا- يضمنون و إلا- ضمنا و إن كانوا مأمونين و هو أيضا موافق للمفيد و السيد فى بعض الأقسام و هو معارض بأخبار الأمانة و عدمها و قال و قيل يضمّن مطلقا و معناه و إن أقام البيئه على هلاكه من دون تفريطه و هذا ليس قول المفيد و لا قول الإستبصار لأنك قد عرفت أنه يقول بأخبار البيئه و أنها لا تعارضه ثم ذكر حكم الملاح و المكارى و قال إنهما لا يضمنان إلا عند عدم البيئه أو مع التفريط خلافا للشيخ مع أن الشيخ إنما استند إلى الحسن الوارد فى الصانع و القصار و لم يتعرض للمكارى و الملاح و صريح كلامه أن ليس مراده خلاف الشيخ فى الخلاف فلا معنى لإبهامه أولا إن كان أراد الشيخ و التصريح به ثانيا فى غير محله و إن كان الحكم واحدا عنده إلا- أن يكون عول بالقياس على ما ستمعه عن الشرائع مع ما فى عبارته فى المقام من الإيهام و التعقيد بلا فائدة (و ليعلم) أنه قد اضطرب كلام المحقق اضطرابا شديدا قال إذا أفسد الصانع ضمن إلى أن قال أما لو تلف فى يد الصانع لا بسببه من غير تفريط و لا تعد لم يضمّن على الأصح و قضيه كلامه أن هناك قائلا بالضمان و إن علمنا عدم التفريط بالبيئه أو الاشتهار و هو الذى فهمه فى المسالك و جزم به قال أما الضمان لو تلف بغير فعله من غير تفريط فقيل إنه كذلك بل ادعى عليه المرتضى الإجماع و الظاهر أنهما معا متوهمان إذ لم يقل به أحد منا و لا من العامة لأنك ستعرف أننا نتبعنا أقاويلهم بل لا أظن أحدا يقول به (و عساك تقول) لعله أراد الشيخ فى الإستبصار و كذا النهاية فى موضع منها (قلت) جوز فى الإستبصار تضمين المأمون و ما كان ليقول بتضمنين من اشتهر و ظهر هلاك العين عنده من دون تفريط بخلاف المأمون فإن احتمال التفريط و الخيانة و الموطأة قائم كما هو واضح سلمنا و لكن كيف يترك خلاف المفيد و السيد و ينقل المذهب الشاذ النادر جدا و يقول فى مقابلة الأصح إلا أن تقول إن مفهوم كلامه اختيار مذهب المفيد كما هو واضح لكل من لحظه ثم إنه قال فى الشرائع بعد ذلك بعده مسائل إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع و أنكر المالك كلفوا البيئه و مع فقدتها يلزمهم الضمان و قيل القول قولهم مع اليمين و هو أشهر الروايتين و هذه العبارة حرفا فحرفا وقعت فى التذكرة فى فصل التنازع و يمكن تنزيل العبارتين على أن الغرض أنه ادعى التلف فى يده لا بسببه و يكون غرضهما بأشهر الروايتين التعريض بالمفيد و السيد و يبقى على الشرائع اختلاف اجتهاده و لا ضرر فيه على الفقيه هذا و ما اختاره المصنف فى الكتاب هو خيرة النهاية فى أول كلامه و الخلاف و المبسوط و المراسم و الكافى و المهذب

و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٨

.....

و التحرير و الإرشاد و المختلف و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و المسالك بل هو ظاهر الشرائع في قوله أشهر الروايتين و صريحها في الموضوع الآخر لأنه يجب تنزيهه على ذلك فرارا من الدعوى الكاذبة في أحد الاحتمالين و جمعا بين العبارتين و هو ظاهر الغنية بمفهومها الذي هو كالمنطوق و هو أشهر الروايتين كما في الشرائع و جامع المقاصد و الأشهر كما في الكفاية و كذا الشرائع في الملاح و في (جامع المقاصد) أنه هو المذهب الصحيح لأصحابنا و في (السرائر) عليه الأكثرون المحصلون و هو الأظهر في المذهب و عليه العمل و في (الخلاص) عليه إجماع الفرق و أخبارهم و في (الغنية) الإجماع على ما فهمناه منها (و ليعلم) أن قول المحقق و المحقق الثاني أنه أشهر الروايتين لا بد و أن يراد أنه أشهر في الفتوى و العمل و إلا فأخبار البيهقي و أخبار التهمة قد روى بعضها بل أكثرها المحمدون الثلاثة في الكتب الأربعة و هي في العدد لا تقصر عن أخبار المشهور بل كادت تزيد عليها (و ليعلم) أنه لا فرق عندهم بين الصانع و بين المكارى و الملاح كما سمعته عن المقنع و غيرها و صاحب المسالك قال إنهما غير داخلين في اسم الصانع الذي وقع عليه الإجماع و الشيخ استند في ضمانهما إلى رواية ضعيفة السند انتهى و قد تبعه على ذلك صاحب المفاتيح و هو كلام خال عن التحصيل من وجوه (الأول) أن الإجماع على ضمان الصانع إنما هو فيما أتلفه بيده (و الثاني) أن الشيخ لم يتعرض في الإستبصار للمكارى و الملاح (و الثالث) أنه استند في تضمين الصانع إلى الحسنه و هي غير ضعيفة السند و هو غير المكارى عند صاحب المسالك (و الرابع) أن ذلك فيما إذا ادعى الهلاك إلى غير ذلك و قد احتجوا عليه بالأصل و أنهم أمناء و بصحيحه معاوية بن عمار و قد سمعته أنفا (و قال الصادق عليه السلام) في خبر بكر بن حبيب إن اتهمته فاستحلفه و إن لم تتهمه فليس عليه شيء و قال أيضا عليه السلام في خبره الآخر لا يضمن القصار إلا ما جنت يدها و إن اتهمته أحلفته و في خبر يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع للقوم بالآجر و عليه ضمان ما لهم فقال إذا طابت نفسه بذلك إنما أكره من أجل أنني أخشى أن يغرموه أكثر مما يصيب عليهم فإذا طابت نفسه فلا بأس و في (الصحيح) في الفقيه و التهذيب عن رجل استأجر أجيرا فأقعده على متاعه فسرق قال هو مؤتمن و في (حسنه الكاهلي) إذا خالف أي الشرط و ضاع الثوب بعد هذا الوقت فهو ضامن و مفهومه يدل على عدم الضمان و مثله خبر موسى بن بكر حيث قال فيه عليه السلام عليه النقصان إن كان اشترط ذلك و في خبر حذيفة ما يدل على ذلك أيضا (و روى في الوسائل) عن كتاب إكمال الدين عن مولانا صاحب الزمان عليه السلام في هدايا حملت إليه أنه قال فيها أي الصرة ثلاثة دنائير حرام و العلة في تحريمها أن صاحب هذه الجملة وزن على حائك من الغزل منا و ربع من فسرق الغزل فأخبر به الحائك صاحبه فكذبه و استرد منه بدل ذلك منا و نصف من غزلا أدق مما دفعه إليه و اتخذ من ذلك ثوبا كان هذا من ثمنه و من أقوى ما يستدل به على ذلك أنهم أطبقوا على أن الغاصب إذا ادعى التلف يقبل قوله بيمينه كما تقدم بيانه فليتأمل في ذلك جيدا هذا و قد تقدم في آخر المطلب الثاني في عشرة كتب و منها الشرائع أنه يكره أن يضمن الصانع مع انتفاء التهمة و هي فيما نحن فيه لا فيما إذا أفسد و قد أسبغنا الكلام فيها هناك فإن كان المراد بها أنه يكره له أن يحاول تضمينه بتحصيل البيهقي عليه بتفريطه كما احتملناه هناك كانت نصه في مذهب المشهور و كذا إن كان المراد أنه يكره له بعد قيام البيهقي عليه بالتفريط أن يضمنه إذا لم يحصل له ظن بتهمته أو إذا لم يكن متهما بمواطاة السارق مثلا و إن أبقيناها على ظاهرها كانت ظاهرة في مذهب المفيد كما تقدم بيانه و قد يقال إن الأخبار التي دلت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٥٩

و لو تعدى بالعين فغصبت ضمن و إن كانت أرضا شرط زرعها نوعا

على الضمان قد اختلفت أشد اختلاف و تعارضت كما عرفت تعارضا لا يرجى جمعه على وجه يرفع الخلاف بينها فقد كفتنا مؤونة نفسها إلا- أن نقول إنها قد اتفقت على قدر مشترك و هو تضمين المتهم الذى لم يقيم بينة و أنتم لا- تقولون به قلت فى خبر ابن مسكان أن هذا يستحلف و نحن نقول بتضمينه إن لم يحلف ثم إن المفيد و السيد و بقيه الأصحاب مجمعون على الإعراض عن أخبار التهمة و الأمانة بالكلية على سبيل الإلزام لا الاستحباب فلا تنهض على معارضة أخبار المشهور و أخبار البيئه و إن صح أكثرها لا تقوى على معارضتها أيضا لاعتزادها بأصل البراءة و القاعدة المجمع عليها من عدم تضمين الأيمن و أنه ليس عليه إلا- اليمين و الشهرة و الإجماعات و شذوذ العامل بتلك إذ لا- عامل بها إلا المفيد و السيد و لا ثالث لهما إلا المحقق رحمه الله تعالى على اضطراب فى كلامه و كذا المصنف فى موضع من التذكرة بعد مضى ثلاث مائة سنة تقريبا معترفين بأن عدم الضمان أشهر الروايتين بل قد عرفت أنهما ليسا مخالفين و لو أغضينا عن ذلك كله كان لنا أن نقول إن هذا الاختلاف الشديد يقضى بأنها خرجت مخرج التقيه لأن القائمين بالضمان فيما نحن فيه من العامة على اختلاف أقوالهم ابن أبى ليلى و الثورى و أبو يوسف و محمد بن الحسن الشيبانى و الحسن بن حى و الشعبى و الليث و الأوزاعى و مالك و الشافعى فى أحد قوليه و أحمد فى روايه عنه و بعض هؤلاء فى عصر الصادق عليه السلام و بعضهم فى عصر الكاظم عليه السلام و بعض فى عصر الرضا عليه السلام و الأخبار الواردة فى الضمان إنما هى عن الصادق و الكاظم و الرضا عليهم السلام و ما حكيناه عن هؤلاء نقلناه عن الإنتصار و الخلاف و التذكرة فالأخبار الواردة عن الصادق عليه السلام كانت تقيه من ابن أبى ليلى الذى هو قاضى الكوفة فى أوائل عصر مولانا الصادق عليه السلام فإنه قال الأجير المشترك يضمن حكى ذلك عنه فى التذكرة و حكى عنه فى الخلاف و عن الشعبى و مالك و الشافعى فى أحد قوليه إن الأجير المنفرد فى غير ملك المستأجر يضمن ما يتلف بأى شىء تلف و فى الأخبار ما يرشد إلى كونها خرجت تقيه زيادة على اختلافها إذ فيها كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و كان أبى يتطول و كان أبو جعفر عليه السلام يتفضل (و فيها أيضا على بن الحسين خ) و فيها أيضا قال قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه الأجير المشارك ضامن إلا من سبغ أو غرق أو لص مكابر و هذا قول أبى يوسف و الشيبانى و عبد الله بن الحسن و هو مذهب الثورى غير أنه لم يقيد اللص بكونه مكابر أو هو فى عصر الصادق عليه السلام فالخبران الواردان عن الكاظم عليه السلام يحملان على من أبى يوسف الذى هو فى زمن الرشيد قاضى بغداد بل من محمد بن الحسن بل من الشعبى فإن مذهبه مذهب ابن أبى ليلى مع أنهما كتابه و هى محل التقيه و أما الخبر الوارد عن الرضا عليه السلام فأجدر بأن يحمل على التقيه لأن التقيه كانت فى زمانه شديدة (و ليعلم) أن مالكا و أحمد فى روايه عنه و الشافعى فى أحد قوليه قالوا بمقالة ابن أبى ليلى حكى ذلك عنهم فى التذكرة و الأوزاعى قال الأجير المشترك ضامن إذا لم يشترط له أنه لا ضمان عليه و قال الحسن بن حى من أخذ الأجره فهو ضامن تبرأ أو لم يتبرأ و قال الليث الصناع كلهم ضامنون لما أفسدوا أو هلك عندهم حكى ذلك عنهم فى الإنتصار و ذلك كله يخالف قوله فيه إنه من متفرداتنا و يمكن أن يراد أنهم لم يقولوا إذا لم يكن له بينة أو يشتهر و قد أشار المصنف بقوله سواء كان مشتركا أو خاصا إلى اختلاف العامة فى تضمين المشترك و الخاص على أقاويل مختلفة

(قوله) (و لو (١))

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٠

فزرع غيره (١) و لو سلك بالدابة الأشق من الطريق المشترك ضمن و عليه المسمى و التفاوت بين الأجرتين و يحتمل أجره المثل (٢) و كذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا (٣)

تعدى بالعين فغصبت ضمن و إن كانت أرضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره)

أما أنه يضمن العين و إن كانت أرضا إذا تعدى فيها و لو بزرعها نوعا آخر غير ما شرط فلأنه لما تعدى صارت يده يد عدوان و

ضمان وقد حاول بوصول قوله و إن كانت أرضا الرد على بعض الشافعية حيث ذهب إلى أنه لو شرط ذلك لم يصح الشرط لأنه مخالف لمقتضى العقد و كان له أن يزرع ما شاء عملا بمقتضى العقد فإنه يقتضى استيفاء المنفعة كيفما اختار و هو غلط لأن ذلك ليس من مقتضيات العقد و إنما هو من مقتضيات إطلاقه و الشرط مخصص للإطلاق كما صرح بذلك في التذكرة و جامع المقاصد و قد تقدم بيان مثل ذلك في باب الخيار

(قوله) (و لو سلك بالدابة الأشق من الطريق المشروط ضمن و عليه المسمى و التفاوت بين الأجرتين و يحتمل أجره المثل) أما ضمانه فلا إشكال فيه كما في جامع المقاصد لعدوانه كما هو ظاهر و أما وجوب المسمى و التفاوت بين الأجرتين فلأنه استوفى المنفعة المعقود عليها و زيادة فإن الغرض الوصول إلى الغاية و قطع هذه المسافة غاية ما في الباب أنه شرط الأسهل فحصل الأشق و قد اشتركا في قطع المسافة و زاد هذا بالمشقة فالمسمى في مقابل المعقود عليه و التفاوت بين الأجرتين في مقابل زيادة المشقة عن الطريق المشروطة لأن هذه الزيادة لم يتناولها العقد فكان كما لو تعدى المسافة المشروطة أو عدل عن حمل خمسين إلى حمل مائة كما تقدم الكلام في مثله (و أما) احتمال أجره المثل فلأن الزيادة هنا غير متميزة و ليس المعقود عليه جزءا من المستوفى بل هو غيره و مبين له فإن المعقود عليه هو الانتفاع بالدابة في الطريق الخاص فهو عقد على وجه مخصوص و قد فات و المسمى إنما هو في مقابله فيفوت بفواته فإذا استوفى غيره وجبت أجره المثل و هذا هو الأصح كما في جامع المقاصد و قد تقدم بيان مثله بل قد عرفت أن بعضهم احتمل وجوبها فيما إذا تميزت الزيادة كما إذا تعدى المسافة المشروطة و حمل خير أبي ولاد و كلام الأصحاب على الغالب الظاهر أن المراد بالتفاوت بين الأجرتين التفاوت بين أجره المثل للمنافع المعقود عليها و أجره المثل لما استوفاه كما في جامع المقاصد و قد فهم السيد عميد الدين فيما حكى عنه أن المراد التفاوت بين الأجره المسماة و أجره المثل و نوقش بأنه ربما كان المسمى بقدر أجره المثل للمجموع فلا يكون هناك تفاوت فيلزم الظلم للمؤجر و ربما كان المسمى قليلا جدا (و قد يجاب) بأنه بناء على الغالب و على الأول فلو كانت أجره المثل للمعقود عليها عشرة و للمستوفاه خمسة عشر فالتفاوت خمسة يدفعها مع المسمى و يبقى الكلام فيما إذا كان قد استأجره على الطريق المشروطه بأضعاف أجره المثل لكونه دينا أو نحو ذلك ثم سلك الطريق الأشق فإنه لا يتأتى فيه الاحتمالان المذكوران و كذا إذا استأجر الدابة ليمضى بها إلى مكان معين أياما معلومة بمقدار معين ثم إنه استعملها في بلده في عمل آخر أجره مثله تنقص عن المسمى أضعافا مضاعفة فإنه لا يتأتى فيه الاحتمالان سيما الثاني

(قوله) (و كذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا)

أى و كذا يجيء الاحتمالان السابقان في كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد كما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قطنا فحمل بقدره حديدا و كما إذا استأجر دارا ليسكنها فأسكنها حدادا أو قصارا و أما إذا تميز فإنه يجب المسمى و أجره المثل و الحاء من حمل مفتوحة على الظاهر و في (جامع الشرائع) أنه هنا يضمن جميع القيمة و هو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦١

و لو شرط قدرا فبأن الحمل أزيد فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابة و الزائد و المسمى (١) و إن كان المؤجر فلا ضمان إلا في المسمى و على المؤجر

قضية كلام غيره

(قوله) (و لو شرط قدرا فبأن الحمل أزيد فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابة و الزائد و المسمى) كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد غير أن في الإرشاد أنه يضمن نصف الدابة و في الثاني أنه المشهور بين الفقهاء يريد فقهاء العامة و في الأخير أنه لا بحث في ذلك (قلت) قد عرفت أن بعضهم احتمل أن المؤجر يأخذ أجره المثل لكل و قد احتمل الشافعي احتمالين آخرين و قد عرفت أنه في الإرشاد احتمل ضمان نصف الدابة للأصل و قد تقدم أنه احتمل في مثله

التوزيع بالنسبة واحتمل مولانا المقدس الأردبيلي أنه يقسط على الزائد على ما علم أنه لو كان الحمل ذلك فقط لم يحصل بالزيادة الضرر ثم بالنسبة ومعنى ضمان الزائد والمسمى أنه يجب عليه دفع أجره مثل الزيادة والمسمى للمؤجر وفي (المبسوط) أنه لو اكتاله المستأجر وحمله المؤجر جاهلا فالحكم كذلك لأنه قد غره فضعف المباشر وهو قضية إطلاق عبارة الكتاب لأنها تقضى بتضمين المستأجر إذا كان هو الكيال على كل حال إلا مع علم المؤجر بالحال وفي (التذكرة و جامع المقاصد) أن ذلك كذلك إذا دلس المستأجر عليه وأخبره بكيلها على خلاف ما هو به وفي الأخير أنه إذا سكت ولم يخبر المؤجر بشيء وحمل أي المؤجر ففي كونه غارا له بمجرد الكيل وتهيئة ذلك للحمل احتمال (قلت) الظاهر أنه غار كما إذا قدم له طعام الغير للأكل فأكله نعم لو كاله المستأجر زائدا وذهب عنه على وجه لا يعد تهيئة وجاء المؤجر وحمله ثم ظهرت الزيادة فلا شيء على المستأجر ولعل هذه الصورة تدخل في إطلاق العبارة فليأمل وفي ما عدا المبسوط أنه لو علم المؤجر بالحال فلا ضمان على المستأجر لتفريط المؤجر بحمل الزيادة مع علمه بها وهل له الأجره للزائد ففي (التحرير) فيه نظر وكذا التذكرة حيث ذكر الاحتمالين من دون ترجيح واستظهر في جامع المقاصد أن لا- أجره له عنها لتبرعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردها (قلت) احتمال لزومها قوى لأنهما إذا كانا عالمين كانت من معاطاة الإجارة لأنه لا- يشترط فيها اللفظ كما هو الشأن في دخول الحمام وفي (التذكرة) إن قال أحمل هذه الزيادة فالأقرب أن عليه الإجارة وفي (التحرير) فيه نظر واحتمل في جامع المقاصد لزوم الأجره مع علم المؤجر بالحال وإخبار المستأجر بالكيل كذبا ولعله كذلك إذ مقتضاه طلب حمله المجموع فيكون حمل الزيادة مأذونا فيه وهذا إذا كانت الزيادة لا يقع الخطأ في مثلها وإن كان يقع الخطأ في مثلها كزيادة مقدار يسير فذلك معفو عنه وحاله حالة المسمى كما في المبسوط وقضيته أنه لا أجره لها كما صرح بذلك في التحرير ولا فرق في الزيادة في الكيل بالنسبة إلى الأحكام المذكورة بين أن تقع عمدا أو غلطا لأن ضمان الأموال لا يعتبر فيه العمد والخطأ فالخطأ والغلط لا- يسقطان الضمان ولا يصيران ما ليس بحق حقا كما نص عليه في الحواشي و جامع المقاصد وفي الأخير أنه لا حاجة إلى التقييد في عبارة الكتاب بعدم علم المؤجر إذا كان المستأجر هو المتولى للحمل (قلت) ولا بد من التقييد به إذا كان المؤجر هو المتولى للحمل ولما كان الغالب أن المؤجر هو المتولى للحمل والتحميل مع قوله ولا فرق إلى آخره جرى بالقييد على الغالب هذا وإن تولى الحمل أجنبي بأمر من كاله أو بأمر الآخر فهو كما لو حمله أحدهما ومعناه أنه إن كان بأمر من فعل الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الأجنبي لا مع علمه وكذلك إذا كان بأمر الآخر إن قلنا إن مجرد الكيل وتهيئة للحمل غرور (قوله) (و إن كان المؤجر فلا ضمان إلا في المسمى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٢

رد الزائد (١) ولا- فرق بين أن يتولى الوضع من تولى الكيل أو غيره (٢) وإن تولاه أجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما (٣) ويضمن الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب (٤)

و على المؤجر رد الزائد

كما صرح بالحكمين في المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد و جامع المقاصد ومعناه أنه إن كان المتولى للكيل هو المؤجر وقد تولى الحمل فلا- ضمان على المستأجر ولا- يجب عليه سوى المسمى ويجب على المؤجر رد الزيادة إلى بلد الأجره سواء علم المستأجر بالحال أم لا- وسواء وقعت الزيادة من المؤجر عمدا أو غلطا كما هو قضية إطلاق العبارة بل قضيته مع قوله فيما يأتي ولا فرق إلى آخره عدم ضمان المستأجر إذا تولى الحمل سواء علم بالحال أم لا وسواء أمره المؤجر بالحمل مع علمه أو جهله أم لا مع أنه إذا كان عالما بالحال وتولى الحال بنفسه من دون أن يأمره المؤجر ضمن قطعا كما في جامع المقاصد وهو نص التذكرة وقضية التحرير لأنه لما علم كان من حقه أن لا يحملها بل عليه أيضا أجره الزائد كما هو نص التحرير لكن قد يتأمل في قطع جامع المقاصد على بعض الوجوه نعم إن كان جاهلا فقد قوى في التذكرة أنه لا ضمان عليه ولا أجره وهو الذي استظهرناه آنفا لأنه مغرور ولعله

جری فی إطلاق العبارة على الغالب من أن المستأجر لا يتولى الحمل لكن قد يدفعه قوله و لا فرق (و ليعلم) أنه حيث يجب رد الزيادة تكون مضمونة بالأولى

(قوله) (و لا فرق بين أن يتولى الوضع من تولى الكيل أو غيره)

هذا قد عرف الحال فيه مما تقدم في الإطالقين

(قوله) (و إن تولاه أجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما)

يضمن الدابة لصاحبها و الطعام لمالكه و عليه أجره الزيادة للمؤجر و عليه الرد إلى الموضع المنقول منه إن طلبه مالكه كما نص على ذلك في التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان و هو معنى قوله في المبسوط بأوجز عبارة و أرسقها إذا اکتال أجنبي فالحكم في ذلك مترتب على ما قلناه فهو مع المكترى فيما يرجع إليه بمنزله الجمال و هو مع الجمال بمنزلة المكترى انتهى و هذا كله إذا كان بدون إذنهما أيضا فلو كان بإذنهما من دون علمهما بالمقدار فهناك احتمالان لمولانا الأردبيلي (أحدهما) أن الحكم كذلك (الثاني) أن الضمان على الإذن منهما فإن كان منهما فتلاثة احتمالات (أحدها) أن الحال في ذلك كما إذا كانا معا هما المعبرين (الثاني) أنه كاعتبار صاحب الدابة للأصل (الثالث) أنه كاعتبار صاحب الحمل هذا و إن تولاه أى الحمل أحد المتعاقدين و هو عالم بالحكم كما لو تولاه بنفسه و إن كان جاهلا فإن أخبره الأجنبي كاذبا فهو كما لو تولاه الأجنبي و إلا فإن عددنا الكيل و الأعداد للحمل غرورا ضمن و إلا فلا

(قوله) (و يضمن الصانع ما يجنيه و إن كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب)

ضمان الصانع ما يجنى عليه بيده و يفسده مما صرح به في المقنعة و الانتصار و المراسم و النهاية و الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و سائر ما تأخر مما تعرض للمسألة فيه و هو ظاهر المقنع أو صريحه و في (الانتصار) الإجماع على ضمان الصانع كالقصار و الخياط و ما أشبههما لما جنته أيديهم على المتاع بتعد و غير تعد و في (جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح) الإجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقا كان أو غير حاذق مفرطاً أو غير مفرط و في (السرائر) نفى الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الصانع و الملاحين و المكارين بالتخفيف ما تجنيه أيديهم على السلع و في (التنقيح) نفى الخلاف عن ضمان الصانع و في (الكفاية) أنه لا يعرف فيه خلاف و في (الخلاف و الغنية) الإجماع على ضمان الختان و الحجام و البيطار و يدل على ضمان الصانع المفسد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٣

و الحمال يسقط الحمل عن رأسه أو يتلف بعثرته (١) و الجمال يضمن ما يتلف بقوده و سوقه و انقطاع حبله الذى شد به حملة (٢)

صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن و مثله حسنة الحلبي أيضا و خبر إسماعيل بن أبي الصباح و لعل الصواب فيهما إسماعيل عن أبي الصباح ليكون إسماعيل بن عبد الخالق أو ابن الفضل و أبو الصباح الكنانى و لكن الموجود في عامة النسخ ما نقلناه و خبر السكوني (قوله) (و الحمال يسقط حملة عن رأسه أو يتلف بعثرته)

قالوا في باب الديات يضمن حامل المتاع إذا كسره أو أصاب به غيره المتاع و المصدوم و قد حكينا هناك ضمانه المتاع إذا كسره عن أربعة عشر كتابا أو أكثر و حكينا هناك ما قاله هنا في جامع المقاصد من أنه يدل عليه النص و الإجماع و قد صرح في أكثرها بأنه يضمنه في ماله و هو ظاهر الباقيين و حكينا ضمانه في دية المصدوم عن ثمانية كتب أو أكثر و قلنا إن ظاهر الروضة أنه محل وفاق و حكينا عن كشف اللثام أنه قال الموافق للأصول إنه إنما يضمن المتاع مع التفريط أو كونه عارية مضمونة و نحو ذلك عن المسالك و الباعث لهما على ذلك ظنهما ضعف الخبر و أنه في ضمان الإنسان متروك الظاهر كما هو الظاهر من كشف اللثام مع أنه قد رواه

المشايخ الثلاثة بطرق عديدة وفيها الصحيح في رواية التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب إنسانا فمات وانكسر منه قال هو ضامن و مع ذلك اعتضد و انجبر بعمل الأصحاب فتخصص به الأصول مع اعتضاده أيضا بخبر زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام و قلنا إنا لم نجد عاملا بصحيح أبي بصير الذي اشتمل على التفصيل في كسره الإناء بالأمانة و عدمها إلا- الشيخ في التهذيب جمع به بين غيره من الأخبار و أما أنه متروك الظاهر في ضمان الإنسان فلأنه إنما يضمنه في ماله إذا تعمد الصدم دون الإتلاف و لم يكن متلفا غالبا و إلا- فهو متعمد عليه القصاص أو مخطئ محض على عاقلته القصاص و جوابه أنه في الأقسام الثلاثة يصدق أنه ضامن عرفا في مقابلة قولنا ليس عليه شيء و هو بالنسبة إلى العاقله لمكان الملابس إذ يكفي أذناها على أن للمقدس الأردبيلي في ذلك كلاما حكينا هناك و تمام الكلام في المسألة في باب الدييات (قوله) (و الجمال يضمن ما يتلف بقوده و سوقه و انقطاع حبله الذي شد به حمله)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و في الأخير أن دليله النص و الإجماع و لعله أراد بالنص الأخبار الثلاثة التي نطقت بأن كل أجبر يعطى الأجره على أن يصلح فيفسد فهو ضامن كل عامل أعطيته أجرا كل من يعطى الأجر و إلا فليس في الباب خبر يدل على ذلك بالخصوص لأن الظاهر أنه أراد أن التلف استند إلى نفس القود و السوق لا إلى ما تجنيه الدابة حال قودها و سوقها برأسها و يديها و رجليها فإن الأخبار و الإجماعات بذلك متضافرة كما حكينا ذلك في باب الدييات و أما الإجماع فكأنه استنباطي بمعنى أنه استعلم مقالة من لا يعلم بوضوح الدليل و بمقالة من يعلم و إن قل و يشهد له إطلاقات أكثر عبارات القدماء ففي (النهاية) كل من أعطى غيره شيئا ليصلحه فيفسده على أنه قد يدخل في أشباه الصانع من (في خ ل) عبارة الإنتصار و المقنعة و النهاية و المراسم ثم إن الجمال مكارى و قد سمعت ما في السرائر من نفى الخلاف عن ضمان المكارين و قد يفهم ضمانه من عبارة النهاية ثم إن المناط منقح و لو قال و انقطاع الحبل الذي يشد به حمله لكان أشمل لأن الحبل لو لم يكن للمؤجر و انقطع فتلف من الحمل شيء بانقطاعه فضمانه على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٤

و الملاح يضمن ما يتلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة (١) و الطيب (٢)

المؤجر و إن كان للمستأجر لأن المؤجر للنقل يجب عليه كل ما يعد من لوازمه فإذا تلف شيء بسببه لزمه كانقطاع الحبل و الظاهر أن نفر الدابة من نفسها كانكسار السفينة لا ضمان به و لو نفرها أحد فالضمان عليه نصا مستفيضا و إجماعا معلوما (قوله) (و الملاح يضمن ما يتلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة)

نصا و إجماعا كما في جامع المقاصد و به صرح في التذكرة و التحرير و كذا النهاية بل و الإنتصار لمكان ذكره الأشباه مضافا إلى الإطلاقات و قد سمعت ما في السرائر من نفى الخلاف عن ضمان الملاحين ثم إن المناط منقح و الجذف بالدال و الذال معا و المراد بما يعالج به السفينة الأحبال و الأخشاب و نحو ذلك و في (التحرير) أنه لا فرق في ضمان الملاح بين أن يكون قد تعدى أم لا و لا بين أن يكون رب المال حاضرا أو غائبا كما يأتي في الكتاب (قوله) (و الطيب)

أى يضمن الطيب إذا أتلف كما في التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و وصفه في التذكرة بالماهر و قال في (التحرير و الإرشاد) و إن كان حاذقا و في الأخير و إن احتاط و اجتهد و قال في (التذكرة) الطيب الماهر إذا قتله بطبه أو وصفه دواء عالجه به (قلت) لا ريب أنه إذا سقاه بيده و علم ترتب التلف عليه يقال عرفا إنه تلف بدواء و كذلك إذا شرب بأمره و إن لم يباشر ذلك بيده و كذلك إذا شرب بوصفه كما إذا قال له مرضك كذا و دواؤه النافع له كذا كما هو المتعارف من أحوال الأطباء يشخص المرض و يصف له الدواء و لا يباشر سقيه بيده و لا يأمره و يلزمه به نعم لو قال الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني فلا ضمان و أما إذا قال لمثل

هذا المرض ففيه تأمل كما فى مجمع البرهان والكفاية (و ليعلم) أنا استوفينا فى باب الديات الكلام فى المسألة أكمل استيفاء بل هو من متفردات الكتاب وقد كتبنا ذاك قبل هذا وخلاصته أنه إن كان قصرا ضمن إجماعا كما فى (التنقيح) وكذا إذا قصر وإن كان عارفا وقد استظهر فى مجمع البرهان أنه لا خلاف فيه وهو كذلك وكذلك إذا كان عارفا وعالج صبيا أو مجنونا أو مملوكا بدون إذن الولي والمالك و ظاهر ديات التنقيح الإجماع على الضمان فى هذه الثلاثة أو بالغأ عاقلا من دون إذنه وإنما الخلاف فى العارف الماهر علما أو عملا- إذا عالج به بإذنه ويلف فابن إدريس على عدم الضمان وهو صريح التحرير ومفهوم عبارة المهذب و عبارة الكتاب قال فى الكتاب ولو ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة إنسان بغير إذنه أو من صبى بغير إذن وليه ضمن وقضيته كما هو صريح التحرير أنه مع الإذن لا يضمن والضمان خيرة المفيد وسلاز والشيخ والقاضى وأبو الصلاح والطوسى وابن زهرة والمحقق والآبى والمصنف ولده والشهيدان وأبو العباس والمقداد والمحقق الثانى والقطيفى وغيرهم وهو المنقول عن الكيدرى والطبرسى ونجيب الدين ولعل المولى الأردبيلى والخراسانى متأملان فى الضمان فى صورة الوجوب على الطبيب فى إجارة الكتاب (و ليعلم) أن التقييد بكون العلاج بإذنه قد خلت عنه عبارات القدماء صريحا لكنه ظاهرهم كما فى غاية المراد وهو الذى فيه ابن إدريس منهم والمحقق ومن تأخر عنه جعلوا النزاع بين ابن إدريس والجماعة مع الإذن وقد قلنا إن الظاهر أن ابن إدريس حمل كلام المتقدمين على صورة عدم الإذن وجعلهم موافقين له كما بينا ذلك هناك وأوضحناه ومما حكم فيه بالضمان مع عدم التقييد بالإذن ديات المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية والنافع وكشف الرموز والتبصرة وإجارة التذكرة والتحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٥

والكحال والبيطار (١) سواء كان مشتركا أو خاصا وسواء كان فى ملكه أو ملك المستأجر وسواء كان رب المال حاضرا أو غائبا وسواء كان الحمل الساقط بالسوق أو القود

والإرشاد والروض «١» و جامع المقاصد فى موضع من الأخير ومما صرح فيه بالضمان مع الإذن ديات الشرائع والتحرير والإرشاد والإيضاح واللمعة وغاية المراد والتنقيح والمسالك والروض «٢» والروض والرياض وإجارة جامع المقاصد فى موضع آخر من الأخير وقواه فى الحواشى وفى (المسالك) أما الأشهر وعليه الشيخ والأتابع وفى (المفاتيح) أنه المشهور (و احتج) ابن إدريس بالأصل بأنه أسقط الضمان بإذنه وأنه فعل سائغ فلا يستعقب ضمانا (و احتج) الأصحاب بأنه قد حصل التلف ولا يطل دم امرئ مسلم وإنما أذن له فى العلاج لا فى الإلتلاف (و احتج) لهم بإجماعى الغنية ونكت النهاية وبقول أمير المؤمنين عليه السلام من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلا فهو ضامن وإنه ضمن ختانا قطع حشفة غلام والمشهور بينهم أنه يبرأ بأخذه البراءة من المريض أو الولي وقد نقلنا هناك عن أحد عشر كتابا أنه يبرأ بأخذه البراءة من المعالج أو وليه وقد حكاه فى غاية المراد عن الشيخين وأتبعهما ونقلنا ما استدلوا به على ذلك من الأخبار والإجماعات الظاهرة فى ذلك وأسبغنا الكلام فى ذلك وحكىنا هناك عن المصنف هنا أنه استشكل وكذا ولده فى الإيضاح كما يأتى وقلنا إن المراد من الإبراء أنه لا يثبت عليه ضمان وحق لو حصل الموجب وأنه لاستبعاد فى ذلك لمكان الحاجة وأنه شرط يجب الوفاء به وأن ما فهمه كاشف اللثام وصاحب المسالك من أن المراد الإبراء مع وجود سببه يخالف العرف وفهم الأصحاب و تمام الكلام فى باب الديات

(قوله) (و الكحال والبيطار)

قد قلنا فى باب الديات إن البيطار طبيب الدواب فحاله حال الطبيب فى جميع الأحكام وقد حكى هنا الإجماع فى الخلاف والغنية على الضمان فى الخان والحجام والبيطار وإجماع المسالك متناول للثلاثة على الظاهر ومما نص فيه على الضمان فى الختان والحجام المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد و جامع المقاصد وغيرها وقد سمعت ما روى عن أمير المؤمنين فى الختان وفى ديات المقتصر أن عليها عمل الأصحاب وفى ديات تعليق النافع أن عليها العمل وفى ديات النافع والتحرير أنها مناسبة للمذهب

وقال فى ديات السرائر إنها صحيحة لكنه حملها على أنه فرط حيث قطع غير ما أريد منه و أراد بالصحة غير المتعارف عندنا و فى (التحرير) لو لم يتجاوز محل القطع مع حذقه فى الصنعة فاتفق التلف فإنه لا يضمن و نفى عنه البعد فى الكفاية (و فيه) أنه كيف لا يضمن إذا كان التلف مستندا إلى فعله و الكحال طيب العيون و هو داخل فى جملة إطلاقاتهم و فى الأشباه فى كلامهم ثم إن المناط منقح

(قوله) (سواء كان مشتركا أو خاصا و سواء كان فى ملكه أو ملك المستأجر و سواء كان رب المال حاضرا أو غائبا و سواء كان الساقط بالسوق

(١) كذا فى النسخ و قد ذكرنا فى بعض الحواشى السابقة احتمال كونه سهوا من النساخ لكون روض الجنان للشهيد الثانى ليس فيه سوى العبادات ثم علمنا أن لأبى الفتوح الرازى كتابا يسمى روض الجنان لقول الشارح فى صلاة العيدين صفحة ١٨٥ و روض أبى الفتوح و ذكره أيضا فى غير ذلك الموضع و قول صاحب المقاييس فى مقدمته كتابه و إذا ذكر روض الجنان أو روض الجنان فللرازى انتهى فعله المراد هنا

(٢) كذا فى النسخ و قد مر احتمال أن يراد به روض أبى الفتوح لكن ينافيه ذكره بين الروضة و المسالك كما لا يخفى عليه من علم طريقة الشارح فى سرد أسماء الكتب فليراجع (محسن الحسينى العاملى) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٦

آدميا أو غيره (١) و لو أتلّف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك فى تضمينه إياه غير معمول و لا أجر عليه و فى تضمينه إياه معمولا و يدفع إليه أجرته (٢) و لو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب خاصة للإذن فى النقص و لا أجره (٣) و كذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته فى الموضع الذى سلمه و لا أجر له و تضمينه فى الموضع الذى أفسده و يعطيه الأجره إلى ذلك المكان (٤)

و القود آدميا أو غيره)

نبه بذلك على تفصيل العامة فى ذلك فإن بعضهم فرق بين المشترك و المنفرد و جمعا منهم فرق بين أن يعمل فى ملك نفسه فيضمن و فى ملك المستأجر فلا يضمن و مثله ما لو كان صاحب المتاع حاضرا فإنهم أجروه كالأجير الخاص فى عدم الضمان و لا ريب فى ضمان التالف بجناية الأجير آدميا كان أو غيره كما فى جامع المقاصد فإذا سقط الراكب أو المتاع بسوق الأجير أو قوده ضمن

(قوله) (و لو أتلّف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك فى تضمينه إياه غير معمول و لا أجره عليه و فى تضمينه إياه معمولا و يدفع إليه أجره)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (أما الأول) فلأن أجر العمل لا يستقر إلا بعد تسليمه و المفروض أنه لم يتسلمه فلم تستقر عليه أجره (و أما الثانى) فلأنه ملكه على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه كذلك فوجب عليه أجره العمل و هو المسمى (و قد يقال) على هذا أنه قد تقرر فى باب الفلس و فى أوائل الباب أن الأعمال تجرى مجرى الأعيان و يأتى أيضا تحقيقه قريبا فيقال حينئذ إنه لم يستقر ملك صاحب الثوب على العمل إلا بتسليمه و تسلمه فيجربى مجرى العين المبيعة التى تلفت قبل القبض فإن تلفها يكون من مال البائع و لا عوض لها فكذلك هنا و لعله لهذا اقتصر فى المبسوط على الشق الأول و لم يذكر التخيير سلمنا لكن هذا التخيير إنما يتم على القول بأنه يملك الأجره بمجرد العقد و أما على ما فهمه ابن إدريس و المحقق و غيرهما من الشيخ من أنه لا يملكها إلا بالتسليم فيصح أن يضمه إياه معمولا و غير معمول و لا أجر عليه فى الحالين أما (الأول) فلأنه ملك و هى على تلك الصفة على ما

يختاره المصنف هنا ولا يلزم من سقوط حق الأجير عن المنفعة سقوط اعتبارها بالنسبة إلى المالك (و أما الثانى) فظاهر لأنه لا أجر أصلا للعمل إلا بعد التسليم و أنت إذا لحظت ما احتملناه فى مناقشة الكتاب ظهر لك أن ما نسب إلى الشهيد فى الحواشى المنسوبة إليه غير سديد

(قوله) (و لو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب للإذن فى النقص و لا أجره)

يريد أنه لو نسج الثوب ثم أتلفه و كانت قيمته ثوبا أنقص من قيمته غزلا فله قيمة الثوب لا قيمة الغزل لأن النقص الحاصل بالنسج غير مضمون لصدوره بالإذن و حيث لم يكن لعمله أثر فى زيادة القيمة فليس للمالك مطالبه الأجير بشيء عنه و ليس للأجير مطالبته بالأجره لأنه لم يسلم إليه العمل و أما إذا كان لعمله أثر فى زيادة القيمة كان له أن يطالبه بقيمته غزلا و لا أجر له و أن يطالبه بقيمته منسوجا ثوبا و عليه أجره النسج و فيه ما سمعته آنفا و كذلك إذا ساوت قيمة الثوب قيمة الغزل

(قوله) (و كذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته فى الموضع الذى سلمه و لا أجر له و تضمينه فى الموضع الذى أفسده و يعطيه الأجر إلى ذلك المكان)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و الوجه فيهما ظاهر مما تقدم و ظاهر إطلاق عبارات المصنف فى الكتاب و غيره أنه لا فرق بين ما إذا زادت القيمة بالنقل و عدمه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٤٧

و لو استأجره لحياكة عشرة أذرع فى عرض ذراع فنسجه زائدا فى الطول أو العرض فلا أجر له على الزيادة و عليه ضمان نقص المنسوج فيها (١) فإن كان حاكه زائدا فى الطول خاصة فله المسمى (٢)

(و وجهه فى جامع المقاصد) بأن التضمين فى موضع الإفساد أثر استحقاق العمل المستأجر عليه أعنى النقل فإذا رضى بالمطالبة بموضع الإفساد فقد رضى بكونه حقا له فيجب عليه المسمى (و فيه) أنه إذا كان قد استأجره على النقل لموضع الإفساد لزمته الأجره رضى أم لم يرض زدت قيمته أم نقصت (و ليعلم) أنه لا يجرى فيه ما احتملناه هناك إذ لا تلف و لا إتلاف هنا للأجره لأن المالك قد وصل إليه ما شرطه عليه و هو إيصالها إلى المكان المعلوم و لا يتأتى فيه أيضا ما ذكرناه على قول الشيخ إلا أن تقول إن الموضع الذى أفسده فيه غير الموضع الذى استأجره للنقل إليه نعم يرد شيء آخر و هو أنه لا وجه لتضمينه إياه فى الموضع الذى سلمه فيه و هو فيه أمين أجير غير مفرط و لا متعد كما إذا استأجره ليحمله من البصرة إلى الكوفة و أتلفه فى الكوفة فكيف يضمه قيمته فى البصرة بل لو كان غاصبا فى المثال غير مأذون فى النقل إلى موضع الإفساد كانت عليه قيمة يوم التلف كما هو الأصح و المشهور و الأوفق بالأصول مع أن صريح المحقق الثانى و ظاهر المصنف فى كتبه أنه مأذون فيه مستأجر عليه و الجار فى قوله فى الموضع الذى سلمه صلة تضمينه لا قيمته بل يصح تعلقه بها أيضا لوضوح المراد

(قوله) (و لو استأجره لحياكة عشر فى عرض ذراع فنسجه زائدا فى الطول و العرض فلا أجر له عن الزيادة و عليه ضمان نقص المنسوج فيها)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و كذا الحواشى و هو صريح كلام التذكرة قطعا إذا لوحظ جميع كلامها فى أقسام المسألة و الوجه فى الحكمين ظاهر (أما الأول) و هو عدم استحقاقه أجر الزيادة فلعدم الإذن فيه بل فى جامع المقاصد أنه لا ريب فيه (و أما الثانى) و هو ضمانه نقص قيمة الغزل بالنسج الواقع فى الزيادة فلأنه تصرف فى مال الغير بغير إذن فيكون ضامنا له و لنقصه و هذان الحكمان للزيادة فقط (و ليعلم) أن بعض ما عندنا من نسخ الكتاب عطف فيه العرض بأو و بعضها بالواو و حكى هذا الأخير فى الحواشى عن ثلاث نسخ و حكاها عن التحرير و الموجود فيما عندنا من نسخه فنسجه زائدا فيهما و هو فى معنى العطف بالواو و حكى فى جامع المقاصد اختلاف النسخ أيضا و قال لا يخفى أن أو أحسن لأن العطف بها يتناول ما إذا زاد فى الطول أو العرض أو فيهما لأن ما زاد

فيهما فقد زاد فى أحدهما قال فيكون هذا إشارة إلى الأقسام و بياناً لحكم الزيادة و ما بعده تفصيل لأحكام الأقسام كلها فلا يكون فى العبارة تكرار و لا خلل (قلت) و كذا قال الشهيد و هو كذلك لكن جعله الزائد فيهما زائداً فى أحدهما خلاف المعروف و إن كان الواقع كذلك و الذراع مؤنث سماعى و قد يذكر كما فى القاموس
(قوله) (فإن حاكه زائداً فى الطول خاصةً فله المسمى)

كما فى التحرير و كذا التذكرة و جامع المقاصد غير أنه استحسن فى الأخيرين ما ذهب إليه بعض الشافعية من أنه لا يستحق شيئاً البتة لا- عن الأصل و لا- عن الزيادة لأنه فى آخر الطائفة الأولى من الغزل صار مخالفاً لأمره فإذا بلغ طولها عشرة كان من حقه أن يعطفها لتعود إلى الموضع الذى بدأ منه فإذا لم يفعل وقع ذلك و ما بعده فى غير الموضع المأمور به و هو الذى صححه فى الإيضاح و وجه خيرة الكتاب أنه قد أتى بالمستأجر عليه و زيادة و هو جيد حيث لم يلزم من ذلك مخالفةً كما لو دفع إليه سداً لينسج منه عشرة فى طول ذراع فزاد فإن له المسمى و لا أجر للزيادة و هذا كله إذا لم يؤثر نقصاً فى الثوب أو مخالفةً شرط كالصفاة و عدمها و إلا فلا أجر له و عليه الأرش كما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٨

و إن زاد فيهما أو فى العرض احتمال عدم الأجر للمخالفة و المسمى (١) و كذا لو نقص فيهما لكن هنا إن أوجبنا المسمى أسقط بنسبة الناقص (٢) و لو قال إن كان يكفى قميصاً فاقطعه فلم يكف ضمن و لو قال هل يكفى قميصاً فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن (٣)

فى التذكرة و التحرير و الحواشى و جامع المقاصد و بالأخير صرح فى المختلف و المراد أرش نقص الثوب عن قيمة الغزل و مثل ذلك كله يجيء فى العرض (و قال القاضى فى المهذب) أن الحائك إذا خالف أمر المالك فنسج أكثر أو أقل خبر صاحبه بين أخذه و دفع الأجرة و بين أن يضمه مثل غزله و يدفع الثوب إليه و هو المحكى عن الشيبانى فيما إذا زاد فى أحدهما و نقص فى الآخر لأن غرضه لم يسلم له و قد رماه الشهيد بالضعف (قلت) لأنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه
(قوله) (و إن زاد فيهما أو فى العرض احتمال عدم الأجر للمخالفة و المسمى)

كما فى التذكرة فيهما من دون ترجيح و قرب فى التحرير أن له المسمى فيهما على إشكال و نحوه ما فى الحواشى و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح أنه لا أجر له لأن المعمول غير المأمور به فلا يكون مأذوناً فيه و وجه ثبوت المسمى أنه أتى بالمشترط و زيادة و أنه إنما يستحق الأجرة بعدم الزيادة خاصةً و هو محال أو بمجرد العمل و هو المطلوب أو بهما و هو محال أيضاً (و يجب) بأنه جاز أن يستحق بالعمل بشرط عدم الزيادة و قد توقف المصنف فيما لو زاد فى العرض و جزم بالمسمى فيما لو زاد فى الطول لأن زيادة الطول لا- تنافى وجود المأمور به بخلاف العرض لأن ما عرضه ذراع و ربع يخالف ما عرضه ذراع و أن زيادة العرض داخله فى نفس الثوب و زيادة الطول خارجة عن المقدار و لهذا يمكن قطع زيادة الطول و يبقى الثوب بحاله بخلاف العرض
(قوله) (و كذا لو نقص فيهما لكن هنا إن أوجبنا أسقط بنسبة الناقص)

أى احتمال عدم الأجر و المسمى لو نقص فى الطول و العرض معا أو على الانفراد و لعل موضع الاحتمالين ما إذا دفع إليه غزلاً لينسجه عشرة فجعل طول السداً من أول الأمر تسعاً و لا كذلك لو جعله من أول الأمر عشرة كما أمره المالك فنسج منه تسعاً و لم يرجح أيضاً فى التذكرة ثم احتمال أنه إن جاء به ناقصاً فى العرض أن لا شىء له بخلاف ما لو جاء به ناقصاً فى الطول و قال فى (التحرير) لو نسجه ناقصاً فى الطول فالأقرب أنه يستحق بنسبة عمله من الأجرة و لو كان ناقصاً فى العرض فالإشكال فيه أقوى و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح أنه لا أجر له و قال فى (التذكرة و التحرير) إن نسجه زائداً فى أحدهما ناقصاً فى الآخر فلا شىء له عن الزيادة و كان الحكم فى النقصان ما ذكرنا و قد سمعت ما ذكره كما سمعت ما حكى عن الشيبانى و لا يخفى أنا لو أوجبنا هنا المسمى أسقطنا

منه بنسبة الناقص لأنه لم يأت بالمستأجر عليه كله فلا- يستحق جميع المسمى و تعرف نسبة الناقص في العرض أو الطول أو فيهما بتكسير الثوب باعتبار المستأجر عليه و باعتبار المنسوج ثم ينظر مقدار التفاوت فينسب إلى المستأجر عليه و يسقط من المسمى بتلك النسبة

(قوله) (و لو قال إن كان يكفيني قميصا فاقطعه فقطعه فلم يكف ضمن و لو قال هل يكفى قميصا فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن)

كما صرح بالحكمين في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد في موضعين من الأخير (و وجه) الضمان في الأولى أنه لم يأذن له في القطع إلا بشرط كونه كافيا قميصا فحيث لم يكف كان عاديا لتصرفه بغير إذن و لا أثر لتوهمه كونه كافيا (و وجه) عدمه في الثانية أنه قطع بإذن من المالك غير مشروط و التقصير من المسالك حيث أطلق الإذن اعتمادا على قول الخياط مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٦٩

و لو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا و مقطوعا و ما بين القطعين (١) و لا- يبرأ الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط إن كان العمل في ملكه و لا يستحق الأجره حتى يسلمه مفروغا (٢)

فأقصى ما في الباب أنه غشه و كذب عليه و ذلك لا يوجب الضمان و عن أبي ثور أنه يضمن في المسألتين لأنه قد غره فتساويا في الضمان (و أجاب) عنه في التذكرة بأن الضمان في الأولى ليس باعتبار غروره كما تقدم بل باعتبار عدم الإذن في قطعه لأن إذنه في الأول مقيد بشرط كفايته فلا يكون مأذونا في غير ما وجد الشرط فيه (و فيه) أن ذلك جاز في الثانية عرفا على أنكم لا تنكرون أنه في المسألتين مغرور لأن الخياط إما مخطئ أو غاش غير أنه في الأولى انضم إلى الغرور عدم الإذن و في الثانية حصل الإذن على تقصير من المالك حيث أخذ إلى قول الخياط فأبو ثور يقول إن المغرور يرجع على من غره و إن أذن المالك أنما صدر بسبب أنه غره فهو في الواقع مقيد بشرط كفايته فلا إذن أيضا و التقصير المذكور جار في كل مغرور و ليس هو بأعظم من تقديم الغاصب طعام المالك إليه و تسليطه إياه على إتلافه بالضيافة فإنه قد صار في يده و تصرف فيه تصرف المالك مع أنه يرجع عليه بمثله أو قيمته فنصرفه هناك كإذنه هنا أنما صدر اعتمادا على قول الخياط و قول الغاصب و فعله و لو أنه فحص و نقر في الموضوعين لوقف على حقيقة الحال فليتأمل

(قوله) (و لو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا و مقطوعا و ما بين القطعين)

وجه الأول أنه عاد متعد بهذا القطع و القطع المأذون فيه لم يفعله و ما فعله مضمون لأنه منهي عنه أو نقول إنه غير مأذون فيه و في (التحرير) أنه أقوى و في (الإيضاح) أنه أصح فيلزمه أرش قطعه إلا أن تكون بعض القطع صالحة للرجل و المرأة بغير تفاوت فلا يلزم أرش قطعها لأنه مأذون فيه و لا أثر لقصد المرأة به و وجه الثاني أن القطع المطلق مأذون فيه و قد قيده بهذا القيد فأوجده بقيد آخر فيضمن تفاوت ما بين القطعين و على التقديرين لا أجره له

(قوله) (و لا يبرأ الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط إن كان العمل في ملكه و لا يستحق الأجره حتى يسلمه مفروغا)

معناه أنه لا يبرأ الأجير من العمل الواجب عليه بعقد الإجارة الذي صار بذلك حقا للمستأجر و لا يستحق تسليم الأجره إليه حتى تسلم العين مفروغ من العمل على الوجه الذي جرى عليه العقد إذا عمل الأجير في ملك نفسه فمعنى قوله لا- يستحق الأجره لا يستحق تسليمها (و حاصله) أن الأجير إذا عمل في ملكه لا يبرأ من الحق و لا يستحق تسليم الأجره حتى يسلم العين و لو عبر بذلك كان أخصر و أوضح و قد جزم هنا بالأمرين و لم يجزم بواحد منهما في التحرير و قد قرب في المطلب الثاني من الكتاب اشتراط تسليم العمل في وجوب تسليم الأجره و هو خيرته في التذكرة و ولده و المقداد و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و قد أسبغنا الكلام في ذلك هناك أكمل إسباغ و بينا هناك أن الشيخ قال إن كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الأجره حتى يسلم و أنه قد فهم منه ابن

إدريس و المحقق و غيرهما أنه لا يملكها حتى يسلم و أن ذلك توهم و أن مراده بقريته ما تقدم له أنه لا يجب على المستأجر دفع الأجرة حتى يسلمه العين و بينا أن هذه الكلمة ذات وجهين (أحدهما) أنهما يتقاضان (و الثانى) أنه يجب عليه تسليم العين و العمل قبل و فرقنا بين استحقاق المطالبة و استحقاق التسليم لأنه قد يستحق المطالبة و لا يستحق التسليم عليه إلا بالتسليم و أزلنا الإشكال و بينا الحال و حكينا عن السرائر و الشرائع و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٠

.....

أنه لا- يشترط فى استحقاق الأجرة و المطالبة بها تسليم العين بل قد يظهر من المقدس الأردبيلى القول أو الميل إلى أنه يجب على المستأجر تسليم الأجرة و إن لم يتسلم العين قال نعم يجب على الأجير تسليم العين إذا طلبها المؤجر و استند فى وجوب ذلك على المستأجر و إن لم يتسلم العين إلى أنه ملك الأجرة بالعقد فلا يجوز منعه منها متى طلبها خرج ما قبل العمل بالإجماع و بقى الباقي و استدل عليه بقول (الصادق عليه السلام) فى حسنة هشام فى الحمال و الأجير لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته و هو بإطلاقه يتناول ما إذا سلمه و ما إذا لم يسلمه و هو استنباط جيد و بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أيده بوجوب أجرة العقارات قبل الاستيفاء (قلت) لا وجه لتخصيص العقارات بالذكر بل الحكم جار فى سائر الأعيان فإنه يجب على المستأجر دفع أجرتها إذا سلمت و إن لم يستوف منفعتها على أنه فى الواقع غير نافع له و ألزمهم بما إذا استأجره ليعمل له فى أرضه فإنه استظهر منهم أنه لا- يحتاج إلى تسليم الأرض فى وجوب الأجرة على نحو تسليم العقارات و اكتفى بالعمل و إن غصبت الأرض أو خربت العمارة (قلت) و لا يقال إن خروج الأجير منها تخلية و تسليم لها لأنه يطرد و إن بقيت آلاته فيها و عملته (و جوابه) أن الأرض لم تخرج من يد المالك فلا نقض ثم قال إن يد الأجير بمنزلة يد المستأجر لأنه وكيل و مأذون و ودعى له ثم إنه منع عليهم كلية قولهم إنه لا يستحق لأجرة إلا بعد التسليم و قال إنه لا يعرف عليها دليلا خصوصا إذا كان العوض منفعه بعد ثبوت الملك (قلت) دليلهم على الكلية أنها معاوضة فلا يجب فيها دفع أحد العوضين من دون دفع العوض الآخر و دليل هذه حكم العقل بواسطة تأصيله قاعدة قبح الترجيح بلا مرجح بل و الإجماع فى تحصيلنا «١» و إن خالف فى البيع جماعة هذا و قضية جزم المصنف بعدم براءة المستأجر لا بتسليم العين أن الخياطة تجرى مجرى الأعيان و أنه لو استأجره على تطهير الثوب من النجاسة إنه لا يبرأ من الحق الواجب عليه إلا بتسليمه لثوب و لا دليل له على ذلك الأجر بأنها تجرى مجرى الأعيان كما قاله الشهيد كما استسمع لا ما قاله المحقق الثانى من أن الخياطة و التطهير قد قوبلا بالأجرة على طريق المعاوضة فما دام لا يتحقق تسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة لأنه لا يفضى و لا يقضى بذلك فى مثل تطهير الثوب لأننا نجد تحقق معناها بتطهيره خاصة من دون توقف على تسليمه فليتأمل إذ لك أن تقول إن مراده مراد الشهيد من دون تفاوت أصلا و كذلك جزمه بأنه لا يستحق الأجرة حتى يسلمه مفروغا منه يقضى بأنه لا إشكال فى عدم استحقاقه الأجرة بتلف العين قبل التسليم من غير تفریط مع أنه سيستشكل فى ذلك بعد هذا بل إن كان مفاد هذه الكلمة و مفهومها أنه يجب عليه تسليم العين و العمل قبل كان اللازم أنه لا يجوز له الحبس و إن حبس كان ظالما ضامنا و إن كان مفادها أنهما يتقاضان كان الحبس جائزا له و هذا هو الذى استظهرناه من المصنف فيما سلف و من غيره لأن كانت الإجارة معاوضة و المنافع جارية مجرى الأعيان على أن الظاهر إن الأول لا قائل به و إن قضت به بعض مفهومات كلامهم لكنه غير مراد قطعا و قد جزم المصنف فيما يأتى بأنه لو حبس العين ليستوفى الأجرة ضمنها و قضيته أنه لا يجوز له الحبس و هو إما مبنى على الاحتمال الذى لا قائل به من وجوب تسليم العين قبل أو على أن الصفة لا تلحق بالأعيان و إلا فلو لحقت بالمشتمن فى البيع كان له حبسها حتى يقبض الأجرة كما أن للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن و يلزم من عدم جواز الحبس و عدم إلحاق الصفة بالعين أن لا تسقط الأجرة بتلف العين و أن لا يتخير المالك فى تضمينه الثوب إذا أتلغه مع المنفعة

(١) كذا فى نسختين و لعل الصواب فى مسألتنا (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧١

فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق أجره على إشكال (١) و لو كان فى ملك المستأجر برئ بالعمل و استحق الأجر به و لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجره ضمنها (٢) و لو اشتبه على القصار فدفع الثوب إلى غير مالكة كان ضامنا (٣) و على المدفوع إليه الرد مع علمه (٤)

و بدونها كما تقدم بل يتعين تضمينه له مع المنفعة و يلزم أن يبرأ الأجير من الحق الواجب عليه بإتمام العمل و لا يجب عليه تسليم العين و لا جواب عن ذلك إلا بأن يلتزم بإلحاقها بالأعيان و أنه يجوز له الحبس مع الضمان و كأنهما متنافيان لأنه إذا جاز فلا ضمان كما قالوه فيما إذا أجر المستأجر الدابة المستأجرة و لم نجد جواز الحبس مع الضمان إلا فى الغاصب للبعد إذا أبق منه و غرم قيمته للمالك ثم ظفر به فإنه يجوز له حبسه حتى يستوفى ما أداه من قيمته مع كونه مضمونا عليه و لعله لا يشبه ما نحن فيه لمكان الاستصحاب و نحوه و ضمان المبيع جاء من أمر آخر و هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه إلا أن تقول إن العمل يجرى مجرى المبيع مطلقا و قد وجه المحقق الثانى الضمان مع جواز الحبس بأن الأجير يستحق حبس المنفعة بمقتضى المعاوضة حتى يتسلم العوض و ليس له فى حبس العين بالنظر إليها حق لعدم جريان المعاوضة إلا على المنفعة لكن لما لم يمكن حبس المنفعة بدون حبس العين و جب أن يجوز له حبس العين و إلا لأدى إلى وجوب التسليم قبل التسليم و هو باطل لكونه خلاف مقتضى المعاوضة و لما كان حبس العين ضررا جوز بمقتضى المعاوضة جعلت مضمونه على الأجير هربا من حصول ضررين (و فيه) أن المالك هو الذى أدخل الضررين على نفسه ضرر الحبس و ضرر التلف بمخالفته ما و جب عليه و كيف يصح فى سعة رحمة الشارع و حكمته أن هذا يقتحم العصيان و هذا يلزمه الضمان ثم استندا أيضا إلى أن حبسها لمحض حق الأجير و مصلحته فناسب أن تكون مضمونة عليه (و فيه) مع أنه كما ترى ينتقض بكثير أن ذلك لمكان عصيان المستأجر و مخالفته و إلى أن كونه أمينا مقصور على كونه أجيرا و حيث فرغ من العمل و حبسها لأخذ حقه فقد انقضت كونه أجيرا و انتقل إلى حالة أخرى فخرج عن كونه أمينا و هو أيضا كما ترى و يلزم على هذا أن يضمن العين مستأجراها إذا انقضت المدة و لم يبادر بالرد (قوله) (فلو تلف من غير تفريط لم يستحق الأجره على إشكال)

أقواه عدم الاستحقاق كما فى الإيضاح و هو الظاهر كما فى جامع المقاصد و بناء المصنف فى التذكرة و الشهيد فى الحواشى على أن الصفة هل تلحق بالأعيان أم لا قال فعلى الأول لا شىء له دون الثانى و ظاهر جامع المقاصد عدم الرضا بهذا البناء حيث قال و ربما بنى إلى آخره مع أنه فى مسألة حبس العين ما اعتمد إلا - عليه كما سمعت و جعل منشأ الإشكال فيه و فى (الإيضاح) من حيث إنها معاوضة تقتضى حصول العوضين معا و لم يحصل أحدهما فلا يحصل الآخر و من حيث إنه استأجر على العمل و قد عمل فوجبت الأجره بفعله فإذا تلف بتلف العين من غير تفريط كان تلفه من المالك و ضعف بأن المستأجر عليه و إن كان العمل لكنه قوبل بالأجره على طريق المعاوضة فما دام لا يتحقق تسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة

(قوله) (و لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجره ضمنها)

قد تقدم الكلام فيه آنفا و قد صرح فى التحرير أيضا بضمائه

(قوله) (و لو اشتبه على القصار فدفع الثوب إلى غير مالكة كان ضامنا)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لأنه دفع بغير حق فيكون عدوانا فيكون ضامنا لكنه غير مأثوم لقبح تكليف الغافل

(قوله) (و على المدفوع إليه الرد مع علمه)

يعنى أنه يجب عليه الرد إذا علم بذلك و تركه فى التحرير لظهوره

(قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٢

فإن نقص بفعله ضمن و رجع على القصار (١) ثم طالبه بثوبه فإن هلك عند القصار احتمل الضمان لأنه أمسكه بغير إذن مالكة بعد طلبه و عدمه لعدم تمكنه من رده (٢) و الشروط السائغة لازمة (٣) فلو شرط أن لا يسير عليها ليلا أو وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها أو لا يسلك بها طريقا معينا فخالف ضمن و إن تلفت لا بسبب فوات الشرط (٤) و للمستأجر ضرب الدابة بما جرت العادة به و تكبيحها باللجام و حثها على السير و لا ضمان (٥)

(فإن نقص بفعله ضمن و رجع على القصار)

كما في جامع المقاصد لأنه سلمه له على أنه ثوبه و ذلك يقتضى تسلطه على التصرف الذى لا يتعقبه ضمان فكان غارا له و قال في (التحرير) إن قطعه رده مع أرشه و فى تضمين القصار الأرش إشكال و جزم فى المهذب بعدم تضمين القصار و لعله لعدم تحقق كونه غارا له عنده

(قوله) (فإن هلك عند القصار احتمل الضمان لأنه أمسكه بغير إذن مالكة بعد طلبه و عدمه لعدم تمكنه من رده)

و نحوه ما فى التحرير حيث استشكل ثم قرب الضمان و فى (جامع المقاصد) لا ريب أنه أقوى لأن يد العدوان المقتضية للضمان متحققة و عدم علمه بالحال لا يكون عذرا فإن منع الغير عن ملكه بغير حق موجب للضمان على كل حال عمدا و جهلا و نسيانا بالنص و الإجماع و عدم تمكنه من الرد ليس له أثر فى سقوط الضمان لأن يد العدوان موجبة له مع إمكان الرد و بدونها فله لا وجه للاستناد إليه فى الوجه الثانى

(قوله) (و الشروط السائغة لازمة)

قال فى جامع المقاصد المراد بها التى لا تنافى مقتضى العقد و لا تخالف الكتاب و السنة و قد عرفت فى أول هذا الفصل أن المراد من مقتضى العقد ما رتبته الشارع عليه و مما ينافيه و ما وضح منافاته له إلى آخر ما تقدم و قد ضبط هو فى باب البيع ضابطا للشروط الصحيحة و الفاسدة و جعله حاسما لمادة الإشكال فقال الشروط على أقسام (منها) ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة أو فساد (و منها) ما وضح فيه المنافاة لمقتضى العقد (و منها) ما ليس واحدا من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه و قد قلنا هناك إن الأصل و الأخبار و الآيات تقتضى فى نظر الفقيه جواز كل شرط إلا ما علم عدم جوازه بالعقل و النقل و تمام الكلام فى باب الشروط فإننا قد أسبغناه هناك

(قوله) (فلو شرط أن لا يسير عليها ليلا أو وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها أو لا يسلك بها طريقا معينا فخالف ضمن و إن تلفت لا بسبب فوات الشرط)

لأن يده من حين المخالفة يد عادية ضامنة فلا تتفاوت الحال بأن تتلف بسبب فوات الشرط أو لا بسببه كما هو واضح

(قوله) (و للمستأجر ضرب الدابة بما جرت العادة و تكبيحها باللجام و حثها على السير و لا ضمان)

كما فى الخلاف و المبسوط و التحرير و المسالك و موضع من التذكرة و هو ظاهر الشرائع و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة (و قال فى التذكرة) فى موضع آخر بضمان جناية الضرب سواء وافق العادة أم لا لأن الإذن منوط بالسلامة (قلت) فيه أنه لعله يرجع إلى أنه يضمن بعقد الإجارة لأن الضرب المعتاد كالركوب لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نخس بعير جابر و ضربه فكان مما اقتضاه عقد الإجارة و حقا ثابتا للمستأجر و كبحت الدابة إذا جذبتها باللجام لكى تقف و لا تجرى و مفهوم عبارة الكتاب أنه يضمن إذا تجاوز المعتاد فى الأمور الثلاثة و هو صريح الخلاف و الشرائع و التحرير و المسالك و التذكرة و فى الأخير أنه لا خلاف فى ذلك و بالضمان بالضرب و السير بغير المعتاد صرح فى الغنية و ادعى عليه الإجماع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٣

و للمعلم ضرب الصبيان للتأديب و يضمن لو جنى بتأديبه (١) و لو ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة إنسان بغير إذنه أو من صبى بغير إذن وليه فسرت الجناية ضمن (٢) و لو أخذ البراءة ففي الضمان إشكال (٣) و يضمن الراعى بتقصيره بأن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره أو يضربها بإسراف أو فى غير موضع الضرب أو لا لحاجة أو يسلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف (٤)

و بالضرب و التكييح كذلك صرح فى المبسوط (و ليعلم) أن الرائض إذا ضرب ضربا خارجا عن عادة الرواض ضمن و إلا فلا كما فى المبسوط و التذكرة و لا يضمن إن خرج فى الضرب عن عادة الركاب (قوله) (و للمعلم ضرب الصبيان للتأديب و يضمن لو جنى بتأديبه)

أما أنه له الضرب المعتاد فلا بحث فيه كما فى جامع المقاصد و هو كذلك إذا كان الصبى ذا عقل و تمييز كما نبه عليه فى التذكرة و التحرير و الحواشى لأنهم يأخذونه سلما فى الباب و باب الديات و أما أنه يضمن جنايته فى ماله فظاهر المبسوط الإجماع عليه حيث قال عندنا و قد نسب فى حدود المسالك إلى الأصحاب أن الأب و الجد للأب يضمنان ديته فى مالهما لو أدباه و قال إن ظاهرهم الوفاق على ذلك و فى موضع آخر صرح بأنه إجماع بالأولى أن يضمن المعلم و الوجه فى ذلك مع أنه يمكنه التأديب من غير ضرب أنه أجير و الأجير يضمن بجنايته و إن لم يقصر كالطبيب و أما إذا ضرب امرأته للتأديب فماتت ففي (المبسوط) أنه يضمن بلا خلاف و عليه نص فى التحرير و ديات الإرشاد و الدروس و حدود المسالك و هو ظاهر إطلاق ديات الكتاب و تردد فى حدود الشرائع لأنه تعزير سائغ و نحوه ما فى حدود الكتاب و كذا ما فى إجارة جامع المقاصد حيث قال للنظر فيه مجال و قد نقض على المحقق فى المسالك بأن ذلك وارد فى تأديب الولد حيث يسوغ قطعاً فلا يمكن الفرق بأن دليل تأديب الزوجة نص قوله تعالى وَ اضْرِبُوهُنَّ (قلت) يمكن الفرق بأن الضرب حق له لا لمصلحتها فكان كضرب الدابة المستأجرة الضرب المعتاد و أما الحاكم فإذا أقام الحد فلا ضمان عليه بلا خلاف كما فى المبسوط

(قوله) (و لو ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة إنسان بغير إذنه أو من صبى بغير إذن وليه فسرت الجناية ضمن)

كما صرح بذلك كله فى التحرير و جامع المقاصد و كذا ديات الكتاب حيث صرح بالضمان فى الطفل و المجنون بغير إذن الولي و فى ظاهر ديات التنقيح الإجماع على الضمان فى الطفل و المجنون و المملوك بغير إذن الولي و المالك و الوجه فى ذلك أنه إذا لم يكن هناك إذن من البائع أو الولي أو المالك كان عاديا بفعله قطعاً كما فى جامع المقاصد و قد حكينا فيما سلف قريبا عن مفهوم هذه العبارة و مفهوم المهذب و صريح التحرير عدم الضمان مع الإذن و قد عرفت أنه خيرة السرائر و أن ظاهر الأصحاب على خلافه (قوله) (و لو أخذ البراءة من الولي ففي الضمان إشكال)

و لا ترجيح أيضا فى الإيضاح و فى (جامع المقاصد) أن عدم الضمان أقوى و فى (الحواشى) أنه قوى كما تقدمت الإشارة إليه قريبا و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب الديات و حكينا هناك عدم الضمان عن أحد عشر كتابا منها المهذب و الشرائع و أكثر ما تأخر عنها إذا أخذ البراءة من الولي أو المريض

(قوله) (و يضمن الراعى بتقصيره بأن ينام عن السائمة أو يغفل أو يتركها تتباعد أو تغيب عن نظره أو يضربها بإسراف أو فى غير موضع الضرب أو لا لحاجة أو يسلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف)

كما صرح بذلك كله فى التحرير و قد أشار إلى ذلك كله فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٤

و لو دفع إلى غيره شيئا ليعمل فيه عملا استحق الصانع أجره مثل العمل إن كان العمل ذا أجره عادة و إلا فلا (١)

المبسوط بقوله و إن لم تكن رعاها فى ملك المالك و لا كان معها لا يضمن إلا بتعد عندنا و أشار بذلك إلى أحد قولى الشافعى من أنه إذا فقد الأمران ضمن و إن لم يتعد فكان عنده كالصناع و قال فى (الخلافة) إذا أطلق له الرعى حيث شاء فلا ضمان عليه فى ما يتلف إلا ما كان هو السبب فيه و فى (المهذب و التذكرة و التحرير) أيضا أنه لا يضمن إلا مع التعدى مع زيادة التفريط فى الأخير و الأمر فى ذلك واضح و قال فى (الحواشى) لو كانت الأرض خربة و المسالك عالم بغيبوتها عنه لم يضمن و قد تقدم الكلام فى حال الأجرة إذا تلفت الماشية أو بعضها

(قوله) (و لو دفع لغيره شيئا ليعمل فيه عملا استحق الصانع أجرة مثل العمل إن كان العمل ذا أجرة عادة و إلا فلا)

الأصل فى المسألة قول الشيخ فى الخلافة إذا سلم الثوب إلى غسل و قال له اغسله و لم يشترط الأجرة و لا عرض له بها فغسله لزمته الأجرة و بمعناه قوله فى المبسوط أنه إذا أمره بغسله كان عليه الأجرة و زاد فى الخلافة أنه إن لم يأمره بغسله لم يكن له أجرة فالمدار عنده على الأمر و كون العمل ذا أجرة بقرينة التمثيل و حكى عن أصحاب الشافعى أنه إن كان معروفا بأخذ الأجرة على الغسل وجبت له الأجرة و إلا فلا و لم يرتضه فأول من انتهض لتحريره المحقق فى الشرائع قال إذا دفع سلمة إلى غيره ليعمل فيها عملا فإن كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسل و القصار فله أجرة مثل عمله و إن لم يكن له عادة و كان العمل مما له أجرة فله المطالبة لأنه أبصر بنيته و إن لم يكن مما له أجرة بالعادة لم يلتفت إلى مدعيها و مثلها من دون تفاوت أصلا عبارتا التذكرة و التحرير و قضية كلامهما فى الكتب الثلاثة أنه لا يحتاج إلى الأمر كما ستسمعه عن صريح التذكرة و جامع المقاصد أو ظاهرهما و التفصيل الأخير فى كلامهما يشير إلى أن المراد من الأول ما هو أعم مما له أجرة أو ليس له (قال الشهيد فى الحواشى) يلوح من كلام صاحب الشرائع أن العمل إذا لم يكن له أجرة عادة و لكن المأمور ناصب نفسه للأجرة ثبوت الأجرة لأنه جعل مناط وجوب الأجرة أحد الأمرين أما كون العامل معتادا للاستئجار و كون العمل ذا أجرة عادة فأخذه الشهيد الثانى و المولى الخراسانى و نسباه إلى المحقق على سبيل أنه مصرح به و قضية ذلك أنه لو قال للحداد افتح لى هذا السكين و ليس فتحها مما يتوقف عليه و ليس صعبا بل هو متيسر لكل أحد أن يجب عليه أن يدفع له أجرة مثل ذلك و المفروض أن لا أجرة له واقعا بمعنى أنه غير متقوم إلا أن تقول إن المفروض أن لا أجرة له عرفا و قد يكون متقوما و له أجرة واقعا كالاستيداع و لعله لذلك لم يلحظه المحقق الثانى من عبارة الشرائع و التذكرة و التحرير و يأتي تحريره و عبارة الكتاب أنما اعتبر فيها كون العمل ذا أجرة عادة سواء كان من عادته ذلك أم لا و وافقه على ذلك صاحب جامع المقاصد فقد خالفت عبارة الشرائع على ما فهموه من الشرائع و على كل حال فلا ريب على ما فى الكتاب و على ما فهموه من الشرائع فى لزوم الأجرة عند كون العمل ذا أجرة و كون العامل معتادا و قال فى (مجمع البرهان) إنه مشهور و احتمال أن يكون مجمعا عليه (قلت) هو كذلك إلا أن يلحظ الأمر و عدمه فى كلام الخلافة و هو سهل و لا ريب أيضا فى عدمه عند عدمهما و إذا كان العمل مما له أجرة فى العادة و لكن العامل ليس من عادته الاستئجار فمقتضى القولين لزوم الأجرة أيضا و هو خيرة المحقق الثانى و الشهيد الثانى و هو ظاهر إطلاق الإرشاد و ستسمع كلامه و يأتي وجهه و أما فى صورة العكس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٥

.....

فعند المحقق على ما فهموه و صاحب المسالك أن له الأجرة دون المصنف هنا و قد وافق فخر الإسلام المحقق فى الجملة فيما إذا كان العمل فى الأغلب لا تؤخذ عليه أجرة فالأقسام أربعة (و قال فى الإرشاد) و لو أمره بعمل له أجرة فى العادة فعليه الأجرة و إلا فلا و هو يشمل بإطلاقه ما إذا كان من عادة العامل الاستئجار أو لم يكن لكن قضيته أنه لا بد من أمره فهو موافق للشيخ و فيه فائدة أخرى و هو أنه لا يشترط كون العمل فى سلعة فيشمل ما إذا أمره ببيع له أو شراء شيء له ليريح فيه كما سينبه عليه فى باب المضاربة و الوجه

فيما إذا كان من عاداته ذلك والعمل ذا أجره أنه إن كان بأمر كان العرف والعادة المستمرة مع الأمر بمنزله قوله بعمل هذا ولك على الأجره فهو إما من الجعالة أو من معاطاة الإجارة وإن كان بدون أمر كان بمقتضى العادة من باب المعاطاة فى الإجارة مضافا إلى أن العمل المحترم لا يحل بغير عوض إلا بإباحة مالكه ولم يتحقق وهذا هو دليل ما إذا كان ذا أجره عادة ولم يكن من عادة فاعله الاستئجار له لكن أصل البراءة كما ستعرف محكم ولعله لذلك تأمل المولى الأردبيلي والخراسانى وأما ما لا أجره له فالظاهر اتفاق كلمتهم على عدم لزوم الأجره له إذا لم يكن من عادة فاعله وفى (مجمع البرهان) أنه ظاهر فيحتمل أن يكون المراد منه ما لم يكن متقوما عرفا فلو كان متقوما عرفا لزمته الأجره بمجرد الأمر بفعله وإن جرت العادة بعدم أخذ الأجره عليه كاستيداع المتاع وقد سبق فى الوديعه احتمال الأجره (و يحتمل) أن يكون المراد منه ما لا أجره له عادة وعرفا وإن كان متقوما بحيث يجوز مقابله بالعوض وقد استحسنة فى جامع المقاصد وقال إن العبارة لا تأباه وقضية كلام فخر الإسلام فى شرح الإرشاد أن المراد بما لا أجره له ما لا تؤخذ عليه الأجره غالبا وفى (التذكرة و جامع المقاصد) أن مثل ما نحن فيه ما إذا جلس بين يدي حلاق ليحلق له رأسه أو دلاك ليدلكه ففعل و كل من دفع إلى غيره سلعة ليعمل فيها ولم يجر بينهما ذكر أجره ولا تعيينها وقضية هذا الكلام أو صريحه أنه لا حاجة فى ذلك إلى الأمر كما ستسمعه فى حكم السفينة ولو لا- اتفاق فتوى من تعرض لهذا الفرع على لزوم الأجره عند اجتماع الأمرين إلا من قل ممن لا نعرفه لأن فخر الإسلام حكى فى شرح الإرشاد فى المسألة قولين لكان احتمال عدم الأجره مطلقا قويا إذ لعله لا يقصر عن قوله أعطنى ما فى يدك أو أطعمنى طعامك وأدنى دينى ولم يقل وعلى عوضه عند جماعة ونحو ذلك مما لا ضمان فيه لأنه مما يحتمل أن يكون بعوض وبدونه والأصل براءة ذمته من لزومه ولعل الذى دعاهم إلى ذلك استمرار السيرة لكنها غير مستمرة فيما إذا لم يكن له عادة فلعل الأصل فى ذلك أنه من باب المعاطاة فى الإجارة وهى كالمعاطاة فى البيع فيلزمه حينئذ الأجره المسماة لمثل ذلك العمل كما نبهت على ذلك عبارة المبسوط والخلاف والإرشاد ومجمع البرهان وكذلك الحواشى والمسالك والكفاية والمفاتيح حيث قالوا كان عليه الأجره أى المسماة لمثل ذلك العمل كما هو الشأن فى المعاطاة ولا يلزمه أجره المثل كما أفصحت به عبارة الكتاب والشرايع والتذكرة والتحرير و جامع المقاصد ومن الغريب أنه فى المسالك فى شرح عبارة الشرايع عبر بالأجره ولم يقل أجره المثل كما فى الشرايع وكذلك ما حكاها فى الحواشى والكفاية عن المحقق وأغرب منه أن المحقق الثانى لم يتنبه له إلا أن تقول إن الغالب توافقهما فلا فرق بين العبارتين أو تقول إن المسمى لا يعتبر فى معاطاة الإجارة حيث يخالف أجره المثل إذا كانت بدون لفظ فلذلك استدركوه على الظاهر من كلام الشيخ فيصير حاصل كلامهم أنه حيث لا تذكر الأجره إن اتفقتا فلا- كلام وإن اختلفتا وقال له عمله ولك عليه ما ضربته أنت على عملك فلا كلام أيضا وإن لم يجر بينهما للأجره ذكر كما هو المفروض فى كلامهم وكان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٦

.....

المستأجر يعلم أن هذا الرجل الجليل يأخذ على عمله أكثر من أجره المثل وإن ساوى عمله عمل غيره بلا تفاوت فعمل ثم تنازعا فإنه لا يثبت للأجير الجليل إلا أجره المثل والتقصير منه حيث لم يشرط ذلك عليه ويلتزمون بمثل ذلك فى البيع إذا كان كذلك ولعل نظر الشيخ إلى أنه لما علم بذلك وأتى إليه فكأنه قال له أنا راض بما ضربته ويظهر ذلك فى مثل السفينة والدار إذا كان المستأجر يعلم أن مالكهما لا- يبيح له الدخول إلى السفينة والعبور فيها لا بالأجره المضاعفة على أجره أمثالها فإن كلام الشيخ فى مثل هذا الفرض أوضح ولعلمهم يوافقون عليه لكن الظاهر منهم خلاف ذلك ومنه يتضح الحال فى السفينة التى يعبر فيها الزوال إلى سرمن رأى زادها الله تعالى شرفا وصلواته على مشرفيها فإن ولاء الجور منعوا الناس من العبور إلا فى سفن لهم مخصوصة وضربوا عليها الأجره الزائدة جدا فعند الشيخ وموافقيه أن العابر فيها من دون ذكر الأجره يلتزم بما ضربوه وإن كان ظلما وعند الجماعة أنه لا

يثبت له إلا أجره المثل و هذا كله على الظاهر من كلامهم لمكان الاختلاف فى التعبير فليتأمل فيه و مثل ما نحن فيه ما إذا دخل سفينة بإذنه و سار فيها إلى الساحل و لم يجر بينهما ذكر الأجرة كما نص عليه فى التذكرة و هنا شىء يناسب ذكره فى المقام و هو أنه قد جرت عادة أصحاب الفنادق و الخانات أن يؤجروا الحجر للتجار و يضربون على كل من اشترى منهم فى كل مائة درهم درهما مثلا و قد اشتهر ذلك عنهم و عرفه المشتري و البائع منهم فهل يجب على المشتري إذا دخل و اشترى من التجار أن يدفع لهم ذلك المقدار لعلمه بأنهم لا يبيحون الدخول بعنوان الشراء إلا مع العزم على أداء ذلك المقدار فيكون من باب المعاطاة فى الإجارة كدخول الحمام للاغتسال و السفينة للعبور أم لا- يجب ذلك و إنما يجب عليه أجره مثل ذلك الدخول احتمالان بل يتعين الثانى لأن من يشترط فى المعاطاة جميع ما يشترط فى البيع إلا الصيغة كشيخنا صاحب الرياض و الشهيد الثانى يقول بأنها معاطاة فاسدة لما فى ذلك من جهل الداخلى بمقدار مكته و أنه هل يشترى أو لا- و جهله بمقدار ما يشترى إلى غير ذلك فيرجع فيه عنده إلى أجره المثل فى العرف المستقيم و العادة المستمرة لا أجره مثل هذا الرجل و لهذا أطلق الأصحاب فى الباب كما سمعت القول بالرجوع إلى أجره المثل فقالوا لزمه أجره مثل ذلك العمل و أجره مثل تلك السفينة و لم يقولوا أجره مثل عمل ذلك العامل و لا أجره مثل ما ضرب صاحب السفينة على العابر فيها و هو الموافق للاعتبار و الضوابط لأنه لو كان هذا العامل جليلا لا يعمل هذا العمل الذى يعمله غيره من دون تفاوت بدرهم إلا بدينار و قد دفع إليه شيئا ليعمل فيه ذلك العمل فعمله فإنه لا يلزمه إلا أجره مثل ذلك الذى وصل إليه لأنه لم يصل إليه من جلاله قدر العامل شيئا «١» و مثل ذلك ضرب الضارب فإنه لم يصل إليه من زيادة ما ضربه إن حقا و إن باطلا شىء أصلا و يرشد إلى ذلك أن أهل الخبرة أنما يقومون بالعمل فى نفسه و المنفعة فى نفسها و لا- يلحظون العامل و لا الضارب و كذلك الحال فى الغاصب لذلك و المتلف له إنما يضمن أجره مثل ذلك العمل و المنفعة فى ذاتيهما و لا يلزم بشىء آخر مع أنه يكلف بأشق الأحوال و أعظم شاهد على ذلك أنه لو أثر عمل العامل و ضرب الضارب فى منفعة العين لأثر فى قيمتها إذ من المعلوم أن ما تكون منفعته أكثر تكون قيمته أكثر مع أنه لو أتلفها متلف لا يلتزم إلا بقيمتها عرفا مستمرا و عادة مستقيمة و أما من لا يشترط فى المعاطاة شيئا إلا الجزم و يقول إنها إباحة محضة فيقول إنها فاسدة لمكان التعليق إذ الإباحة و التمليك لا يقبلانه بل لا يقبلان التوصيف على الأصح و إنما يقبلان الشرط و مع التعليق لا جزم مع أنه يشترط جزما فكانت باطلة عنده من هذه الجهة ثم

(١) الظاهر شىء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٧

و لو آجر مملوكه أو استؤجر بإذنه فأفسد ضمن المولى فى سعيه (١)

إن هذا التعليق ليس كسائر التعاليق كما ستعرف بل قد يقال إن هذه المعاملة ليست عقدا على الإباحة و التمليك بل على النية التى لا تفيد إباحة و لا تمليكا فله أن ينوى و لا يجب عليه أن يعطى لأنه يصير حاصله إذا نويت الشراء بدخولك أخذت منك أجره دخولك المصاحب للنية فى المائة درهم درهما إن اشتريت فهو عقد على النية و تعليق على الشراء فهو فساد فى فساد و معنى كون هذا التعليق ليس كسائر التعاليق أنه إذا دخل و مكث ساعة أو ساعتين يعامل البائع كان مكته مراعى فإن لم يشتر كشف عدم الشراء عن أن تلك الساعة و الساعتين كانتا مجانا بلا- أجره و إن اشترى كشف ذلك عن أن أجره الساعة ألف درهم أو أكثر أو أقل على حسب ما يشترى و ما هو إلا كأن يقول له أبحث لك هذا الطعام فإن تكلمت فى أثناء الأكل كانت قيمته كل لقمة دينارا و إن لم تتكلم كانت مجانا و لم يعهد مثله فى الشريعة و فيه من المخالفة للضوابط ما لا يخفى و على كل حال فالمدار فى هذه الإجارة و المعاطاة على الشراء فكانت الأجرة المضروبة أنما هى على المكث فى خانه بمقدار لفظ قبلت و هذا مما لا يتقوم و قد أجمعوا على أن من شرط المنفعة أن تكون مقومة فلا يجد الفقيه لتصحيح هذه المعاملة وجهها على أن الخان بعد إيجاره حجره و مرافقها للتجار يصيرون مالكين

منافعه إلا أن يشترط عليهم هذا الشرط الفاسد المخالف لقواعد الإجارة فتفسد الإجارة بسببه إن كانت بعقد و إلا فلا لأننا لا نشترط في المعاطاة إلا- الجزم على أن هذا الذي يضربه على المشتري يأخذه منه و إن اشترى خارج الخان كما هو معروف عندهم على أنهم يقولون إنه يعتقد أنه حرام لأنه بعد أخذه منه يأخذ في استرضائه و محاولة إبرائه ذمته و الذي بعث على هذا الإطتاب أنه نقل عن بعض أجلة الأوصحاب المعاصرين أنه يصحح هذه المعاملة و يوجب على المشتري دفع ذلك لصاحب الخان و لقد اجتمعت بعد ذلك مع القائل بأنه يجب دفع ذلك فقلت له ما دليلك على ذلك فقال بعد كلام ما حصله لما دخل بعنوان الشراء لزمه أجره مثل الضارب فقلنا له قد سمعت إطلاق كلام الأوصحاب و إن المراد منه أجره مثل المنفعة عرفا و عادة مستمرة ثم تمسك بأشياء لا ينبغي وقوعها منه ثم قلنا له أنه قد تحرر أن كل ما يصح أخذ أجره المثل عليه يصح الاستئجار عليه فبين لنا كيف عقد الصيغة على ذلك فلم يحر جوابا لأن كان من العلماء و يقبح من العالم أن يقول ما لا يعقل (قوله) (و لو آجر مملوكه أو استؤجر بإذنه فأفسد ضمن المولى في سعيه)

كما في الشرائع و التحرير و المختلف (و قال في النهاية) كان مولاة ضامنا لذلك و هو خيرة الكافي قال لا يجوز استئجار العبد و لا الأمة و لا- المحجور عليه لسفه أو صغر إلا- بإذن المولى و ضمان ما يفسدونه عليه فلم يقيد بكونه في كسبه و هو خيرة الإرشاد و الروض و مجمع البرهان (و قال في السرائر) لا يضمن المولى أرش ما أفسده و هو خيرة جامع المقاصد قال إن كانت جنايته على نفس أو طرف كما لو كان طبيبا تعلق برقبه العبد و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من القيمة و الأرش لكن هذا لا يتقيد بإذن المولى و إن كان جنايته على مال كما لو كان قصارا فخرق الثوب فإنه لا شيء على المولى و إن كانت بإذنه و قال في (جامع الشرائع) فإن أفسد شيئا استسعى فيه أو أتبع به بعد العتق (و قال في المسالك) إن كانت جنايته على المال بغير تفريط تعلق بكسبه و إن كان بتفريط تعلق بذمته و قال لو زادت الجناية عن الكسب لم يلزم المولى و لا ترجيح في المفاتيح فكانت الأقوال في المسألة خمسة و نظر الشيخ إلى ما رواه في التهذيب في الحسن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٨

و لا يضمن الحمامي إلا مع الإيداع و التفريط (١) و يصح إسقاط الأجرة المعينة بعد تحققها في الذمة (٢)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجره منه صانع أو غيره قال إن كان ضيع شيئا أو أبق منه فمواليه ضامنون و لعل نظر المحقق و المصنف إلى ما رواه في الوسائل عن الشيخ في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استأجر مملوكا فيستهلكه مالا كثيرا قال ليس على مولاة شيء و ليس لهم أن يبيعه و لكنه يستسعى فإن عجز فليس على مولاة شيء و لا- على العبد و هذا الخبر لم يتعرض له في كتب الاستدلال كالمختلف و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و إنما تعرضوا للأول و كأنهم لم يظفروا به و صاحب الوافي لم يذكره أيضا في الباب فيمكن أن يقيد به إطلاق الضمان في الأول فيقال إنهم ضامنون في كسبه و الظاهر أن الرجل استأجره من مولاة لا من نفسه بدون إذنه و أنه يستسعى في ملك المولى لا بعد العتق كما أفصح به ما بعده و حمل الأول كما في جامع المقاصد و المسالك على ما إذا كان قد فرط بإذن المولى بعيد جدا على أنه إن تم ذلك في ضيع لا يكاد يتم في آبق و ما في السرائر و جامع المقاصد من أنه ليس على المولى شيء و أنه يتبع به بعد العتق متجه على أصل الأول دون الثاني مع ما فيه من الضرر على صاحب الثوب إذ قد يتعمد التفريط حينئذ و لا ينعقد بل قد يكون المالك جاهلا بالمسألة أو بكونه عبدا إلا أن يقال إنه قد قصر في البحث و الفحص فليتأمل ثم إنه قد تقدم في باب الحجر أن العبد المأذون و وكيل أو كالوكيل فيده يد مولاة إن كان أفسد بغير تفريط فلم تزر وازرة و زر أخرى كما قاله في جامع المقاصد نعم قد نقول إنه لو كان بتفريط منه تعلق بذمته لو لا إطلاق النص و الفتوى إلا أن تقول إنه منصرف إلى المتبادر الشائع و لا يرد الإباق لأن الضمان به إنما هو لبقية ما دفعه المالك من الأجرة فليتأمل (و كيف كان) فلم يتضح لنا الفرق بين جنايته على النفس و الطرف إذا

كان طبييا و بين جنايته على المال إذا المآل فى الجنائتين إلى المال لأن المفروض أنه غير عامد فى جنايته على النفس و الطرف و حكم الخطاء و شبه العمد فى العبد سواء فى أن مولاه يتخير بين فكه و بين دفعه إلى المجنى عليه أو أوليائه ليسترقوه فليأمل جيدا (قوله) (و لا يضمن الحمامى إلا مع الإيداع و التفريط)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و هو معنى قوله فى السرائر لا ضمان عليه إلا أن يستحفظه صاحبها أو يستأجره على حفاظها و يجب عليه ضمانها إذا فرط فى الحفاظ فأما إذا لم يستحفظه إياه و لم يستأجرها على ذلك و ضاعت فلا شىء عليه سواء فرط أم لم يفرط راعاها أم لم يراعها و قوله فى التذكرة لا يضمن مقيد بذلك قطعا و أما عدم الضمان على تقدير الإيداع و عدم التفريط فلا أنه أمين كما قاله أمير المؤمنين عليه السلام فى خبر غياث و على تقدير عدمه فلقوله أيضا عليه السلام فى خبر إسحاق بن عمار إنما أخذ الجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب و نحوه قوله عليه السلام فى خبر أبى البخترى المروى فى قرب الإسناد رواه فى الوسائل و لأن الأصل براءة ذمته من حفظ مال الغير مع عدم التزامه به و إن ظن صاحبه أنه يحفظه ما لم يودعه عنده فيقبل ثم يفرط فلو نزعها و قال له احفظها فلم يقبل أو سكت لم يلتزم نعم لو قال له دعها و نحوه مما يدل على القبول كفى فى تحقق الوديعة كما نبه على ذلك كله فى المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و الوجه فى الضمان مع التفريط أو التعدى ظاهر و الحمامى ليس أجيرا و لا مستأجرا فكان ذكرهم له هنا للمناسبة لأنه مؤجر (قوله) (و يصح إسقاط الأجرة المعينة بعد تحققها فى الذمة)

كما فى المبسوط و السرائر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٧٩

و المنفعة الثابتة فى الذمة (١) دون المنفعة المعينة (٢) و لو تسلم أجيرا ليعمل له صنعة فهلك لم يضمنه و إن كان صغيرا أو عبدا (٣) و لو استأجر دابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع (٤) و لو سلم إلى المؤجر و قال إنه قفيز و كذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف و يحتمل بالنسبة (٥) و لو استأجر للقصاص ثم عفا سقط القصاص و لا أجرة (٦)

و المهذب و الشرائع و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و فى الأولين أنه لا خلاف فيه و المراد بالإسقاط الإبراء منها سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أو ما شاكله من الألفاظ الدالة عليه و المراد بتحقيق الأجرة فى الذمة تعلقها بها و إن لم يستحق المطالبة بها و يتحقق ذلك بالعقد و لو كانت الأجرة عينا لم يصح تعلق الإبراء منها بل لا يعقل نعم يصح من وجوب تسليمها فى الحال من دون خروجها عن ملكه

(قوله) (و المنفعة الثابتة فى الذمة)

كما إذا استأجره ليخيط له أو يكتب أو يبنى لأن الثابت فى الذمة يجوز الإبراء منه و لوضوحه تركه الأكثر لأنه يفهم من قولهم إن المنفعة لا تسقط كما يأتى و إنما نص عليه فى التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة (قوله) (دون المنفعة المعينة)

بلا خلاف كما فى المبسوط و السرائر و عليه نص فى المهذب و الشرائع و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأن المنفعة إذا كانت متعلقة بعين مخصوصة لا يعقل الإبراء منها لكنه يعقل الإبراء من وجوب تسليمها فى الحال و لا تخرج بذلك عن ملكه

(قوله) (و لو تسلم أجيرا ليعمل صنعة فهلك لم يضمنه و إن كان صغيرا أو عبدا)

قال فى (المسالك) هذا الحكم موضع وفاق منا و من العامة و فى (المفاتيح) أنه إجماع من المسلمين و فى (التذكرة و الكفاية) لا نعلم فيه خلافا و فى (جامع المقاصد) لا بحث فى عدم الضمان إذا كان التسليم على الوجه الشرعى و قد نص عليه فى الخلاف و

المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان و غيرها و حكى فى الأول فى العبد عن الشافعى قولين و قال فى الثانى فى أصل المسألة و قال قوم إنه يضمن فلم يكن إجماعا من المسلمين و الوجه فيما ذكره أنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها و لا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات اليد و لا فرق فى ذلك بعد العقد و لزوم التسليم بين كون ذلك برضاه أو رضا وليه أو عدمه و احتمال فى مجمع البرهان رضا المولى و الولى ثم استظهر عدم و ظاهر الإطلاق أنه لا فرق بين هلاكه فى مدة الإجارة أو بعدها لأنه لا يجب عليه رد العين حينئذ إلى مالكها على تقدير كونها مملوكة فإذا كان حرا كان أولى نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة أو كان قد أخذه قهرا بغير حق ليعمل عنده فإنه فى الحالين لا يضمن الحر البالغ و لا ثيابه و يضمن العبد مطلقا و الحر إذا كان صغيرا و كان التلف بسبب كلدغ الحية و وقوع الحائط على الأقوى لا يحتف أنفه كما تقدم بيانه فى باب الغصب

(قوله) (و لو استأجر دابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع)

المراد أنه أخذ الدابة و تسلمها و حملها زائدا فإنه عاد حينئذ سواء كان ذلك عن عمد أم لا

(قوله) (و لو سلم إلى المؤجر و قال إنه قفيز و كذب فتلف بالحمل ضمن النصف و يحتمل بالنسبة)

المراد أنه أسلمه المستأجر للمؤجر فصار صاحب يد على الدابة و الحمل و به يفرق بينه و بين الأولى فإن اليد فيها للمستأجر و قد تقدم أنه لا أثر له و أما ضمان النصف فتلفها بشيئين أحدهما عدوان و أما اعتبار النسبة فلأن التلف مستند إلى ثقل الحمل فيوزع و قد اختار المصنف فى أول هذا الفصل أنه يضمنها كلها بقيمتها كما تقدم بيانه و كان الأولى به أن ينظم هاتين فى سلك ظهور زيادة الكيل

(قوله) (و لو استأجره للقصاص ثم عفا سقط القصاص و لا أجره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٠

فإن اقتص الأجير مع العلم ضمن و لا معه يستقر الضمان على المستأجر إن تمكن من الإعلام (١) و إلا فإشكال (٢)

[الفصل الخامس فى التنازع]

(الفصل الخامس فى التنازع) لو اختلفا فى أصل الإجارة فالقول قول منكرها مع اليمين (٣) و إن وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع و إتلاف الأجرة فإن كان المدعى المالك فله المطالبة بالمتخلف من أجره المثل و ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان و لا ضمان فى

لا ريب فى جواز الاستئجار للقصاص و التوكيل فيه كما صرحوا به فى باب و لا سيما فى العاجز عنه و الذى لا يحسنه كالمراة و نحوها لأنه على المشهور لا يكون إلا بالسيف ضربا على الرقبة كما أنه لا ريب فى سقوطه بالعفو عنه أو على مال إذا قبل المجنى عليه عند المشهور و أما سقوط الأجرة حينئذ فلأن المنع الشرعى كالمنع العقلى فكان ما نحن فيه كما إذا استأجرها لكنس المسجد فعالجت نفسها فحاضت

(قوله) (فإن اقتص الأجير مع العلم ضمن و لا معه يستقر على المستأجر إن تمكن من الإعلام)

أما الضمان مع العلم فلأنه عاد عامد و أما كونه على المستأجر إن تمكن من إعلامه فلأنه هو السبب و المباشر ضعيف جدا لأنه قد غره لأنه قد أوجب الفعل عليه فصار مطلوبا منه فى كل آن

(قوله) (و إلا فإشكال)

أى و إن لم يتمكن من الإعلام فإشكال أقواه أنه يستقر أيضا على المستأجر كما فى الإيضاح و الحواشى و فى (جامع المقاصد) أنه الأصح لأنه السبب و المباشر ضعيف و عدم تمكنه من الإعلام لا ينفى عنه كونه غار إلا أنه قد سلطه عليه باستئجاره فلما عفا بغير علمه فقد غره فيكون ضامنا فيرجع عليه بالدية

(بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين) الحمد لله هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين و رضى الله سبحانه عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن روايتنا الإماميين (و بعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد الإمام العلامة سهل الله سبحانه بمنه و بركة خير خلقه إتمامه على يد مصنفه الأقل الأذل محمد الجواد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله سبحانه بلطفه الجلى و الخفى (قال الإمام العلامة) فى باب الإجارة

(الفصل الخامس فى التنازع) (قوله) (و لو اختلفا فى أصل الإجارة فالقول قول منكرها مع اليمين)

كما طفحت بذلك عباراتهم خصوصا المتأخرين كما تقدم بيانه فى باب العارية من غير خلاف إلا من المهذب و كذا الخلاف على أنهما غير مخالفين فيما نحن فيه و ما فى الشرائع و كذا المبسوط من أن القول قول المالك مع يمينه مبنى على الغالب و قد يكونان أرادوا ما أراد القاضى قال إذا سكن دار غيره فقال الساكن سكنت بغير أجره و قال المالك بل استأجرتها كان القول قول صاحبها مع يمينه و لعله للأصل الذى تقدم التنبية عليه غير مرة و هو أن الأصل فى مال المسلم أن لا يخرج عن يده إلا بقوله و أما الخلاف فقد قال فيه إذا زرع أرض غيره فقال الزارع أعرتها و قال رب الأرض أكرتها حكم بالقرعة ثم قال بعد أسطر إنه يقوى فى نفسه أن القول قول الزارع ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شىء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه كما هو المفروض فيما نحن فيه و إن كان بعد استيفاء البعض أو الجميع فهو ما يأتى

(قوله) (فإن وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع و إتلاف (و استيفاء خ ل) الأجرة فإن كان المدعى المالك فله المطالبة بالمتخلف من

أجرة المثل و ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان و لا ضمان فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨١

العين و إن كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين إن أنكر المالك الإذن فى التصرف و لم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل عن أجره المثل إن كان (١)

العين و إن كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين إن أنكر المالك الإذن فى التصرف و لم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل عن أجره المثل إن كان

الظاهر منه بقرينه فرضه المسألة بعد استيفاء الأجرة و التصرف فيها أنه أراد أن يبين أحكاما دقيقة هى غير ما سلف له فى المسألة فى باب العارية بل ليست موجودة فى الكتب و إلا فلا دخل لاستيفاء الأجرة فى تصوير المسألة المدونة فى الكتب بل الذى له دخل إنما هو كون الاختلاف بعد استيفاء المنافع فينبغى أن يكون أراد أن المالك قال لمن استوفى منافع الدابة مثلا قد آجرتها بمسمى مكتوب فى دفترى و أقبضتني و تصرفت فيه فقال المتشبهت كان ذلك مقاوله قبل أن تنقضى مدة إيجارتها لزيد فلما انقضت غضبتها غضبا و استوفيت منافعها فنظرنا إلى أجره مثلها فإذا هى مائة و نظرنا إلى ما كتبه فى دفتره فإذا هو خمسون فلا حاجة حينئذ إلى تحليف المتشبهت على عدم الاستئجار و لا إلى تحليف المالك على عدم الغضب لأنه يعترف له بشبوت أجره المثل له فى ذمته فيصح للمالك حينئذ أى حيث لا حلف أصلا أن يطالبه بالمتخلف و يعامله باعتراه بالغضب و العدوان و الاجترار على فعل الحرام فيؤخذ بما اقرت و يعامل بما اعترف و إن ظهر توهمه فالأمر أظهر و قد نبه على ذلك فى التذكرة قال و لو ادعى المالك الإجارة و المتشبهت الغضب حلف المتشبهت على عدم الإجارة و لا يحلف المالك على عدم الغضب لأن أجره المثل للمنافع تجب له باعتراه المتشبهت و محل الشاهد إطلاقه الحكم بأنه تجب له أجره المثل بحيث يتناول ما إذا كانت أكثر من المسمى الذى يدعيه المالك و أنه لا حاجة إلى حلفه و هو يوافق ما أردناه فيما فهمناه فصار الحاصل أنه كما أن المالك يؤاخذ بإقراره فنحكم بأن العين غير مضمونة عليه و إن تلفت و كانت قيمتها ألفا و إن كان المتشبهت يعترف بأنه غاصب ضامن لها كذلك يؤاخذ المتشبهت بإقراره فتؤخذ منه أجره المثل و إن كان المالك يعتقد أنه لا يستحق إلا المسمى الذى ادعاه و هذا منه فى الكتابين مبنى على أن من أقر له بشىء و أنكر أنه له أن

يتسلم و للمقر أن يسلمه فله أن يمتنع فيتسلمه الحاكم أو يقر فى يده و أقصى ما قال هنا أن له المطالبة نعم قوله فى التذكرة تجب له يخالف الصحيح المختار فى باب الإقرار (و كيف كان) فكلام التذكرة فيه ما فهمناه و زيادة و كون الترجيح خلاف ذلك أمر آخر و منه يتضح الحال فيما إذا كان المسمى أكثر كأن قال المالك آجر تكها بمائة و قد أقبضتها و أتلفتها فقال نعم كان قبل أن تنقضى مدة إجاره زيد ثم إنى غضبتها و لا تستحق عندى إلا أجره المثل و هو خمسون فأنا مطالب بالزيادة فإنه ليس له ذلك لأنه قبضه له و سلطه على إتلافه على أنه فى مقابلة المنفعة و أنه غير مضمون بغير ذلك و على هذا يتضح قوله و ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى و إنما يشكل على الفرض الأول فلا بد بناء عليه أى الفرض الأول من جعل من بمعنى عن و يكون تأكيداً للأول لكن قوله لو كان يعين الأول فظهر الوجه فى فرض المسألة بعد استيفاء الأجره و الوجه فى أنه ليس للمتشبث المطالبة بالفاضل من أجره المثل عن المسمى إن كان هو المدعى للإجارة أنه إذا حلف المالك لنفى الإجارة و جب له أجره المثل فلا يكون للمتشبث المطالبة بالزيادة و قد صرح بذلك فى مزارعة المبسوط و عارية المختلف و يمكن أن يكون المراد من عبارة الكتاب أن ليس للمتشبث المطالبة بالفاضل من المسمى عن أجره المثل لكننا عدلنا كالمحقق الثانى عن تفسيرها بذلك لأنه فرض نادر لا يمكن تصوير النزاع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٢

.....

فيه إلا- على فرض نادر و هو توهم المالك أن أجره المثل أكثر من المسمى على أن عدم مطالبته بالزائد من أجره المثل مما لا ريب فيه و الفرض هو الغالب الوقوع و لا كذلك عدم مطالبته بالزائد من المسمى فقد اتضح الحال فى العبارة و اندفعت عنها الإشكالات و لهذا أبقاها المصنف على حالها و لم يأذن بإصلاحها مع اتفاق الجماعة على احتياجها إلى الإصلاح كما ستسمع و لا حاجة بها إلى ما ذكره من التأويلات التى قال فى شأنها فى جامع المقاصد لا ريب أن التزام غلط العبارة و فسادها أسهل من هذه التأويلات المستهجنة و لم يتعرض هو لتأويلها بشيء و ظاهره أنها لا تقبل التأويل و احتمال أن يكون المراد من العبارة أنهما يتحالفان فيرجع المالك إلى أجره المثل إن تم على بعده فإنما يتم بالنسبة إلى قوله فله المطالبة بالمتخلف و لا يتم بالنسبة إلى قوله و ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لأنه له ذلك لأنه إنما يثبت للمالك عند التحالف أقل الأمرين من المسمى و أجره المثل (قال فى جامع المقاصد) اعلم أن هذه العبارة قد ذكر جمع أنهم كانوا يبحثون فيها عند المصنف و اتفقوا على احتياجها إلى الإصلاح و حيث لم يصلحها المصنف تمحلوا لها تأويلات لعدم إمكان إجرائها على ظاهرها لأن المتبادر من قوله فإن كان المدعى المالك إن المراد به مالك العين و هو المؤجر و لا ريب أنه إذا كان كذلك لا يستقيم الحكمان المذكوران (أحدهما) أن له المطالبة بالمتخلف من أجره المثل أى الزائد على المسمى منها فإنه إذا كان هو المدعى للإجارة فهو بزعمه مستحق للمسمى لا لأجره المثل فكيف يستحق المطالبة بالزائد من أجره المثل (الثانى) أنه ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى عن أجره المثل لو كان هناك فاضل فإنه حيث كان منكر الإجارة إذا حلف لنفيها و قد استوفى المنافع فوجب عليه أجره المثل عنها لا المسمى فلو كان فيه زيادة عن أجره المثل كان له طلبها فكيف يستقيم نفي استحقاقه طلب ذلك الزائد و كذا قوله على تقدير كون المدعى للإجارة هو المستأجر و لم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل من أجره المثل إن كان لا يستقيم أيضاً على ظاهره لأنه إذا كان المدعى للإجارة هو المستوفى لمنافع العين كان بزعمه أن الواجب عليه هو المسمى خاصة فتكون له المطالبة بالفاضل من أجره المثل عن المسمى قال و هذا يمكن تخريجه و لما لم يمكن إجراء ما قبله على ظاهره ارتكب الجماعة له تأويلات (أحدها) حمل المدعى فى قوله فإن كان المدعى المالك على مدعى فساد العقد و أن القول قوله بيمينه فإن الحكمين يستقيمان حينئذ (و اعترضه فى جامع المقاصد) بأن فيه مع أنه خلاف الظاهر و تقديم مدعى الفساد أن مقابله و هو قوله و إن كان هو المستأجر إلى آخره لا يستقيم إلا على أن المراد هنا كونه مدعياً لأصل الإجارة و أن الاختلاف فيه لا أنه مدعى الفساد و أن الاختلاف فى الصحة و الفساد و ذلك لأن العين غير مضمونة لأنه ما لا يضمن بصحيحه لا

يضمن بفساده فلا يكون أقسام المسألة متطابقة و لا تكون المسألة مستوفاه على واحد من التقديرين (الثاني) حمل قوله فإن كان المدعى المالك فله المطالبة بالمتخلف من أجره المثل على أنه بعد يمين المستأجر لنفي الإجارة أو قبله إذا أكذب نفسه في الدعوى فإنه حينئذ يستحق أجره المثل بإقرار المستأجر و تصديقه إياه فله طلب الفاضل من أجره المثل حينئذ و حمل قوله و ليس للمستأجر طلب الفاضل إلى آخره على أن المراد لو كان هو المدعى للإجارة و المالك هو المنكر لها لأنه حينئذ معترف باستحقاق المسمى في مقابلة المنافع و هذا الحمل منه قبيح من حيث إن الأحكام المذكورة لا تكون متطابقة لأن الأول حكم ما إذا أكذب نفسه و لم يذكر باقي أقسام إكذاب نفسه و الثاني من أحكام قوله و إن كان هو المستأجر فيكون تقديمه عليه مخلا بنظم المسألة مع أن المتبادر من قوله لو كان خلاف ذلك أى لو كان هناك فاضل و يكون حكم المدعى إذا لم يكذب نفسه قد أخل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٣

و لو اختلفا في قدر الأجرة فقال آجرتك سنةً بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه (١)

به على أن حمل ذلك على إكذاب نفسه تعسف شديد و ارتكاب لأمر بعيد و ارتكاب مثل هذا يخرج به الكلام عن كونه عربياً (قلت) هذا حكاية الشهيد و اعترضه بذلك قال في جامع المقاصد (الثالث) حمل المالك في قوله فإن كان المدعى المالك على أن المراد به مالك الأجرة و أن الهاء في قوله فله يعود إلى المنكر و هو مالك العين المؤجرة و إن لم يجر له ذكر فيستقيم حينئذ قوله فله المطالبة بالمتخلف من أجره المثل و قوله ليس للمستأجر طلب الفاضل إلى آخره و يكون قوله و لا ضمان في العين أى في الأجرة التي فرضناها تالفه و ينزل قوله و إن كان هو المستأجر على أنه بفتح الجيم و أن المراد به المالك أى و إن كان المدعى هو مالك المستأجر لم يسقط ضمان العين أى ضمان عين الأجرة التالفه إن أنكر مالكها الإذن من التصرف فيها و هذا أقبح من الأول و أشنع (قلت) هذا احتمله الشهيد و الذي ذكره الجماعة المتأخرون عن المصنف في المسألة ما حصله ملخصاً أن مدعى الإجارة إن كان هو المالك حلف المتشبه المستوفى و ثبت (و المستوفى يثبت خ ل) عليه أقل الأمرين من أجره المثل و مما ادعاه المالك و إن كان المدعى هو المستوفى ثبت أكثر الأمرين مما ادعاه و من أجره المثل و تمام الكلام و استيفاء الأقوال و هي ستة في باب العارية و يأتي له مزيد تحقيق في باب المزارعة

(قوله) (و لو اختلفا في قدر الأجرة فقال آجرتك سنةً بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه)

قاله علماؤنا كما في التذكرة و هو خيرة السرائر على ما حكى و الشرائع و النافع و التحرير و اللمعة و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و كذا التنقيح و جامع المقاصد و هو معنى ما في الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و الكفاية أن القول قول منكر الزيادة و ترك اليمين في بعضها لمكان العلم بأنه لا بد منه و في (مجمع البرهان) أن الوجه في ذلك واضح (قلت) لأنهما اتفقا في مطلق الإجارة و اختلفا في قدر الأجرة فالمؤجر يدعى الزيادة و المستأجر ينكرها و إنه ليؤخذ فيما إذا اختلفا في قدر الجعل في باب الجعالة مسلماً مفروغاً منه و في (الغنية و مزارعة الخلاف) أنه يحكم بينهما بالقرعة للإجماع على أن كل أمر مشتبه فيه القرعة و في (مزارعة المبسوط) إن كان الاختلاف قبل مضي المدة تحالفاً و إن كان بعد مضيها في يد المكترى كان القول قول المكترى كما في البيع فيجعل القول قول المشتري إذا كانت السلعة تالفه و قال إنه هو الذي يقتضيه مذهبنا ثم قال و لو قلنا بالقرعة فمن خرج اسمه حلف و حكم له به كان قويا فجعل مضي المدة و استيفاء المنفعة كتلف السلعة و هو المحكى عن أبي على (و قال في المهذب) إنهما يتحالفاً فإن نكل أحدهما كان القول قول الآخر مع يمينه و إن نكلا أو حلفا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل و كان القول قول المالك مع يمينه في الماضي فإن لم يحلف كان له أجره المثل و مرجعه إلى التحالف و أن النكول كالتحالف و لم يقل بالتوقف و في (جامع المقاصد) أنه لا ريب في قوة التحالف و ستمسح ما وجهته «١» به و في (المختلف) أنه متجه و في (مجمع البرهان) أنه بعيد (قلت) للأصل و لما عرفت من اتفاقهما على العقد و العين و المدة و انقطاع الدعوى بحلف المنكر لأن الأكثر داخل في الأقل فبعد

ارتفاع الأكثر يثبت الأقل ولأنه متفق عليه ولأن دعوى الزيادة كدعوى الإجارة و ضابطة التحالف أن لا يتفقا على شىء ولا إشكال حينئذ حتى نفرع إلى القرعة على أن الظاهر إطباق المتأخرين على الإعراض عن هذين القولين إلا من عرفت ممن استوجه التحالف أو قواه

(١) وجهه خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٤

ولو اختلفا فى المدة فقال آجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه (١) و لو قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا فى قدر العوض و المدة فالأقرب التحالف (٢)

(قوله) (و لو اختلفا فى المدة فقال آجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه)

كما فى التذكرة و التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و فى الأخير أن الوجه فى ذلك واضح (قلت) لأنهما قد اتفقا على العقد و العين و الأجرة و إنما اختلفا فى زمان المدة و لا يقتضى ذلك الاختلاف فى الأجرة لأنهما لما اتفقا على أن الأجرة على السنة دينار لم يكن بينهما اختلاف فيها من حيث هى إنما الاختلاف فى المدة و بسبب الاختلاف فيها لزم الاختلاف فى زيادة الأجرة و عدمها و فى (الغنية و مزارعة الخلاف) أنه يحكم بالقرعة و قال فى (المبسوط) هنا عين ما سمعته أنفا حرفا فحرفا و فى (جامع المقاصد) أنه لا ريب فى قوة التحالف مستندا إلى أنه لا اتفاق بينهما فى الواقع فى المسألتين لأن أحدهما يدعى فى الأول وقوع العقد على العين بالأقل مدة كذا و الآخر يدعى وقوع ذلك بالأكثر و لا ريب أن المقارن لأحد المتقابلين غير المقارن للمقابل الآخر فكيف يكون عينه حتى يدعى الاتفاق على وقوعه نعم هو مثله و احتمال أن القدر المشترك بينهما متفق على وقوعه فاسد لأنه من حيث هو غير موجود فى الخارج فالواقع أنما هو المقيد لا المشترك و منه يعرف الحال فى المسألة الثانية (وفيه) على تقدير التسليم أن موضع التخالف ما إذا رجعت الدعوى إلى دعويين و ما إذا لم تنقطع بحلف المنكر و الظاهر أن الدعوى هنا واحدة و أن حلف المستأجر يقطعها و يرفع النزاع و الخصام و قد يمكن تصوير جعلها دعويين بما إذا قال آجرتك الدار المعلومة و أوقعنا الصيغة بمائة فيقول المستأجر إنما وقعت الصيغة بخمسين حتى يكون العقد الذى تشخص بالعوض الذى يدعيه المالك غير الذى يدعيه المستأجر و أما إذا قال كما هو المفروض إنى أستحق عليك مائة من طرف إجارة الدار فقال بل خمسين فإنما هى دعوى واحدة على أنا لم نجد هذا الفرق فارقا و إن كانوا قد ذكروا مثله فى باب الجعالة إلا أن تقول إنه يحتمل اتفاقهما على سبب يتعلق بالخمسين و اختلافهما فى حصول سبب المائة كما يأتى مثله فيما إذا اختلفا فى المستأجر ثم إننا لا نجد فرقا بين ما نحن فيه و بين ما إذا اختلفا فى قدر الثمن فى المبيع و كانت العين تالفة فإنه و جميع الأصحاب إلا من شذ على أن القول قول المشتري إلا أن يقول إن الباعث على ذلك هنالك مفهوم الخبر و لعلك تقول إننا أيضا لا نجد فرقا بينه و بين ما إذا اختلفا فى قدر الجعل فإن المصنف و غيره يذهبون هناك إلى التحالف بل قد ادعينا هناك أنه المشهور و أن الأقوال الأخر راجعة إليه ما عدا قول ابن نما فإذا ادعى عليه العامل أنه جعل له المالك مائة و قال المالك إنما جعلت لك خمسين فإذا حلف المالك على نفى المائة لا تثبت بذلك دعواه أنه خمسون و لا يثبت للعامل أيضا أجرة المثل بل لا بد من حلفه على نفى الخمسين حتى يثبت له أجرة المثل و كذلك الحال فيما نحن فيه فإن حلف المستأجر على نفى الدينار لا يثبت قوله إنه نصف دينار الذى هو أقل من أجرة المثل مثلا و لا تثبت للمالك أجرة المثل حتى يحلف على نفى نصف الدينار فإما أن يقال بالتحالف فيهما أو بتقديم قول المالك فى الجعالة و قول المستأجر فى الإجارة

(قوله) (و لو قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا فى قدر العوض و المدة فالأقرب التحالف)

كما فى التحرير و كذا جامع المقاصد لأن كلا منهما يدعى عقدا مغايرا للعقد الذى يدعيه الآخر و الآخر ينكره و فى (السرائر) فيما

حكى أنه يقدم قول المالك و قد احتمله فى التذكرة للاتفاق على تعيين الدينار و الاختلاف أنما هو فى قدر ما قوبل به من المدة لكن لا ترجيح فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٥

فإذا تحالفا قبل مضى شىء من المدة فسخ العقدان و يرجع كل منهما فى ماله (١) فإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد (٢) و إن كان بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى و وجب أجره المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك و تنقص عما يدعيه المستأجر (٣)

التذكرة كالإيضاح و فى (المبسوط) ما تقدم حرفا فحرفا و حكى عنه فى الإيضاح و جامع المقاصد أنه اختار القرعة و قد عرفت أنه إنما قال لو قيل بها كان قويا ثم عد إلى العبارة فالاختلاف فى المدة ظاهر و أما الاختلاف فى العوض فإن عوض السنة على قول أحدهما دينار و على قول الآخر نصف دينار و قد يقال إن العوض الذى جرى عليه العقد متفقان عليه و هو الدينار و قد أقر المستأجر بأنه مستحق عليه و إنما الخلاف فى زيادة المدة و عدمها فهو يدعى أنه فى مقابلة سنتين و أنه يستحق السنة الزائدة و المالك ينفى ذلك و منه يظهر وجه قول ابن إدريس فليتأمل

(قوله) (فإذا تحالفا قبل مضى شىء فسخ العقدان و رجع كل منهما فى ماله)

كما فى المبسوط و جامع المقاصد و ظاهر الثلاثة أنه يفسخ بالتحالف و لا يحتاج إلى فسخ المتعاقدين أو أحدهما أو الحاكم كما احتمل ذلك فى الدروس فى البيع و هل يفسخ إذا قلنا بانفساخه من أصله أو من حينه الظاهر الثانى كما هو خيرة الدروس هناك لأنهما اتفقا على وجود عقد ناقل و فى (التذكرة) هناك أنه يفسخ من أصله و تظهر الثمرة فى النماء و يحتمل تقديم المالك فى الإحلاف و تقديم المستأجر و التساوى فيقرع أو يتخير الحاكم فى التقديم و يصح أن يحلف كل منهما يمينا جامعة بين النفى و الإثبات أو يمينا على النفى لكنه إن نكل أحدهما بعد هذه أعنى المنفردة أعيدت على الآخر يمين الإثبات و إن نكلا فكتحالفهما أو يوقف الأمر لأنهما تركا الخصومة

(قوله) (و إن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و فى الأخير أن هذا إذا حلف يمينا جامعة للنفى و الإثبات ظاهر و إن اقتصر على نفي العقد الذى يدعيه صاحبه فلا بد من تصديقه أو رد اليمين الأخرى عليه إن رضى بالرد انتهى فتأمل جيدا

(قوله) (و إن كان بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى و وجب أجره المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك و تنقص عما يدعيه المستأجر)

كما ذكروا مثل ذلك فى باب الجعالة لأن أجره المثل إذا زادت على ما يدعيه المالك لم تجب لاعترافه بعدم استحقاقه الزيادة فيدفع إليه حينئذ المسمى و كذا إذا نقصت عما يدعيه المستأجر لأنه يعترف بوجوب ما زاد عليها فيجب دفعه و قد يقال إنه تجب أجره المثل كائنه ما كانت لأن التحالف أسقط المسمى فكأنه لم يسم لكننا لم نجد من احتمله إلا المولى الأردبيلي فى مثله و يتخرج على ما فى الكتاب أنه إذا كانت أجره المثل للسنة الواحدة مائة و خمسين و المالك يدعى أن المسمى مائة و المستأجر أنه خمسون أن لا تجب اليمين على المستأجر لأنه إذا حلف على نفي ما يدعيه المالك استحق المالك المائة فليأخذها من دون حلف المستأجر و رده فى جامع المقاصد بما حاصله أن المستأجر ربما رد اليمين على المالك فنكل فردت عليه أو ردها المالك من دون نكول فإن المستأجر يحلف أنها خمسون و تثبت الخمسون دون المسمى الذى يدعيه المالك (وفيه) أن الظاهر أن مراد المخرج أنه بعد حلف المالك لا تجب اليمين على المستأجر ثم إن المخرج إنما قال لا تجب اليمين و لم يقل لا فائدة لها إلا أن تقول إنه بمعناه على أن المدعى إذا ردت عليه اليمين فنكل سقطت دعواه فى ذلك المجلس و غيره على المشهور فلا حاجة إلى الرد بل اختلفوا فيما إذا لم

ينكل المدعى عن اليمين المردودة ثم إن المنكر بذلها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٦

و يحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار (١)

فهل يلتفت إليه و ترد عليه أم لا قولان و رده أيضا بأنه ربما خاف اليمين فأقر بالواقع على تقدير مطابقتها لدعوى المالك فتوجه اليمين عليه لبيان صدقه (قلت) بل الأولى على مذاقه أن يقال لعل المستأجر يريد أن يثبت أنها خمسون فإذا حلف أولا لنفى ما يدعيه المالك و عرض الحلف على المالك على نفى الخمسين فله ينكل أو يخاف اليمين و يقر بأنها خمسون كما ذكرنا مثله في باب الجعالة فليتأمل جيدا و لو نقصت أجره المثل عما يدعيه المستأجر كأن كانت ثلاثين تخرج أن لا يجب على المالك حلف لأنه إذا حلف لنفى ما يدعيه المستأجر ثبت الخمسون لا غير فلا فائدة لهذه اليمين و لو نكل أو رد اليمين أو أقر فالواجب هو ذلك فلا يظهر لها أثر أصلا و قد يقال إن الفائدة أنه لو دفع له المستأجر ذلك قبل التحالف لم يكن دفعه له على طريق المؤاخذه له أى المستأجر بظاهر إقراره و بعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقا بمجرد الإقرار و المؤاخذه كما ذكروا مثله في باب الجعالة (قوله) (و يحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار)

وجهه في الإيضاح بأنهما اتفقا على استحقاق المستأجر منافع السنة لكن المالك يدعى الزيادة على النسبة من الدينار و القول قول المنكر مع اليمين فلذلك حكمنا على المؤجر باستحقاق المستأجر المنافع سنة و عدم ثبوت الزيادة على نسبتها من الدينار و لعله أراد أنا إنما أوجبنا اليمين على المالك لأن القول قوله في إنكار السنة الزائدة فإذا حلف بطل استحقاقها و تثبت السنة الأولى على أنها متفق عليها و إنما أوجبنا اليمين على المستأجر لأن المالك ادعى عليه دينارا في مقابلة السنة المتفق عليها و هو ينكر ذلك فإذا حلف سقطت عنه الزيادة من الدينار الذى ادعاه المالك فقد حصل من ذلك الاتفاق على استحقاق المستأجر منافع السنة و القاعدة أعنى قاعدة أن القول قول المنكر قضت بأن أجره هذه السنة نصف دينار إن تساوت السنتان و لك أن تمنع الاتفاق على الاستحقاق لأن المستأجر يقول إنما أستحقها منضممة إلى الأخرى لا منفردة كما يدعيه المالك و فرق تام بين الانفراد و الانضمام و لعله بهذا التقرير لا يتم ما نظر به في جامع المقاصد لأنه ما وجهه بهذا التوجيه و إنما وجهه بأن الذى انتفى بيمين المالك السنتان بالدينار و لا ينافى ثبوت سنة بنصف دينار و الذى انتفى بيمين المستأجر هو كون السنة بدينار و ذلك لا ينافى كونها بنصف دينار و أيضا قد تصادقا على وقوع الإجارة سنة و أن أجرتها لا- تنقص عن نصف دينار و يثبت ذلك إذ لا دليل على نفيه ثم قال و فيه نظر لأنهما لم يتصادقا على ذلك لأن دعوى المستأجر السنتين و إن تضمن سنة إلا- أنه قد انتفى بيمين المالك لانتفاء المدلول المطابقي فينتفى بانتفائه المدلول التضمنى و كذا القول فى دعوى المالك السنة بدينار فإنها قد انتفت بيمين المستأجر فينتفى التضمنين و هو كونها بنصف دينار لانتفاء المطابقي انتهى فليتأمل جيدا و لك أن تقول لا حاجة فى هذا الاحتمال إلى فرضه بعد التحالف بل إنه يجوز للحاكم أن يفعل ذلك معهما من أول الأمر كما إذا جاء المستأجر أولا و ادعى أن المالك أجره الدار سنتين فحلف المالك و قال إنما أجرته سنة و لم يذكر الأجره ثم اختلفا بعد ذلك فى مقدار الأجره فحلف المستأجر أنها ليست دينارا فإن هذا الاحتمال متعين فى صورة التفريق فيحتمل أن للحاكم أن يفرق ذلك و إن أبرزها معا و معنى استحقاق المنافع بالنسبة من الدينار أن أجره السنتين إما أن تكون متساوية أو لا فعلى الأول تكون النسبة النصف فله نصف الدينار عن سنة و على الثانى إما أن تكون أجره السنة الأولى أكثر أو أقل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٧

و لو قال المالك أجرته سنة بدينار فقال بل استأجرتنى لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك فى ثبوت الأجره لأن السكنى قد وجدت من المستأجر فيفتقر إلى بينة تريل عنه الضمان (١) و لو اختلفا فى القدر المستأجر فالقول قول المالك (٢)

فإن كانت أكثر كما إذا كانت أجرتها دينارين و الثانية ديناراً فله عن السنة الأولى ثلثا الدينار و إن كانت أقل و الفرض بالعكس فله عنها ثلث دينار

(قوله) (و لو قال المالك أجرتها سنة بدينار فقال بل استأجرتنى لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك فى ثبوت أجره (الأجره خ ل) لأن السكنى قد وجدت من المستأجر فيفتقر إلى بينة تزيل عنه الضمان)

هذا خيرة التحرير و كذا جامع المقاصد لأنه إذا حلف المالك لنفى ما يدعيه المستأجر انتفى استحقاقه للأجره و تثبت عليه أجره فى الجملة لأنه قد استوفى المنافع و لم تكن مجاناً و لم يأت بمقسط لها عنه فيحتمل أن يكون ما ثبت عليه فى الجملة أجره المثل و يحتمل المسمى فإذا حلف المستأجر انتفى المسمى و تعينت أجره المثل إلا أن تزيد على المسمى فتتكبير الأجره كما فى بعض النسخ جيد فى محله (و قال فى التذكرة) قدم قول المالك فيحلف أنه لم يستأجره و يحلف الساكن أنه لم يستأجر الدار و تلزمه أجره المثل و به جزم أيضاً فى جامع المقاصد و هو أوفق بالضوابط لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه لكنه لا يعجبني قوله فى التذكرة قدم قول المالك و لو كان المراد تقديمه فى الإحلاف كما تقدم و يتخرج على ما فى الكتاب أن لا حاجة إلى حلف المستأجر إذا زادت أجره المثل عن المسمى أو ساوته كما تقدم مثله و قد يكون المراد مما فى الكتاب و التذكرة واحداً من دون تفاوت أصلاً (قوله) (و لو اختلفا فى القدر المستأجر فالقول قول المالك)

كما فى السرائر على ما حكى عنها و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الروض «١» و الكفاية و احتمال فى التذكرة التحالف و تقديم قول المالك من دون ترجيح و فى (جامع المقاصد) أنه لا ريب فى قوة التحالف لأن كل واحد منهما مدع و منكر و المراد أن هذا الاختلاف بعد اتفاقهما على جريان الإجارة على شىء منه كأن قال أجرتك البيت بدينار فقال بل البيت و سائر الدار كما يعرف ذلك من أمثلتهم و قاعدتهم فإن القول عندهم قول المؤجر لأنه المنكر للزائد و فهم فى مجمع البرهان من عبارة الإرشاد و هى كعبارة الكتاب أنه قال له أجرتك الدار فقال بل الحمام و اعترض بأن الظاهر حينئذ التحالف (و فيه) أن ما فهمه يعبرون عنه بما إذا اختلفا فى تعيين المعقود عليه فى تعيين المستأجر و لا ريب حينئذ فى التحالف كما إذا اختلفا فى جنس الأجره أو وصفها و كيف كان فلم نجد أحداً أصلاً صرح بتعيين التحالف فما فى الرياض و غيره من عدة قولاً غير صحيح هذا (و قال فى التذكرة) فيما نحن فيه إنهما إذا لم يذكر العوض و لا تنازعا فيه كأن قد قبضه المالك و اتفقا على براءة ذمة المستأجر ثم ادعى أنه استأجر الدار بأسرها فقال المالك بل أجرتك هذا البيت فيها خاصة فإنه يقدم قول المالك قطعاً و رده فى جامع المقاصد بأنه لا يجد فرقاً إذا وقع التصريح بالإجارة بين أن يذكر العوض و عدمه لأنهما مختلفان فى سبب استحقاقه و إن لم يذكره فإن ذكر الملزوم و الاختلاف فيه فى قوة الاختلاف فى اللازم انتهى (و فيه) أنه بعد الاتفاق على براءة ذمة المستأجر رجوع الأمر بالنسبة إلى الدار إلى الاختلاف فى أصل الإجارة و لا ريب فى تقديم قول

(١) كذا فى النسخ و مر احتمال أن يراد به روض أبى الفتوح الرازى (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٨

و كذا لو اختلفا فى رد العين المستأجره (١) و لو اختلفا فى التعدى فالقول قول المستأجر (٢) و كذا لو ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع و أنكر المالك فالقول قولهم مع اليمين (٣) و كذا إن ادعى إباق العبد من يده أو أن الدابة نفقت أو شردت و أنكر المالك (٤) و لا أجره على المستأجر مع اليمين (٥) و لو ادعى أن العبد مرض فى يده و جاء به صحيحاً قدم قول المالك و لو جاء به مريضاً قدم قوله (٦) و لو اختلفا فى وقت الهلاك أو الإباق أو المرض فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل إن قدر به و قلنا يملك بالعمل و إلا فإشكال (٧)

منكرها و مثله ما لو سكتا عن الإجارة بالكلية و قال أحدهما إنى أستحق منفعة الدار بأسرها فقال المؤجر بل تستحق منفعة البيت وحده فإن المالك يحلف لنفى الزائد قطعاً لعدم التصريح بما يقتضى التحالف لاحتمال اتفاقهما على سبب يتعلق بالبيت بخصوصه و اختلافهما فى حصول سبب آخر للباقي كما تقدم مثله فى أول الفصل (قوله) (و كذا لو اختلفا فى رد العين المستأجرة)

كما فى الكتب المتقدمة من دون خلاف و لا إشكال و لا احتمال للأصل و قبضه له لمصلحته فلا إحسان منه كما فى الوديعة يقضى بقبول قوله لأنه ليس بأمين محض (قوله) (و لو اختلفا فى التعدى فالقول قول المستأجر)

كما فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض «١» و المسالك للأصل و قد ورد فى عدة أخبار النهى عن تضمينه و هو يقضى بكونه أمينا من هذه الجهة فليس عليه إلا اليمين (قوله) (و كذا لو ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع و أنكر المالك فالقول قولهم مع اليمين) قد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه

(قوله) (و كذا إن ادعى إباق العبد من يده أو أن الدابة نفقت أو شردت و أنكر المالك)

أى القول قوله مع اليمين كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه أمين يمكن صدقه فلو لم نعتبر يمينه لأفضى تخليده الحبس و هذا إذا لم يأت بالعبد المدعى إباقه أو الدابة فإن أتى به أو بها و ادعى الإباق أو الشرد فى جميع المدة أو بعضها لم تسمع دعواه إلا بالبينه لأنه يدعى خلاف الأصل و الظاهر لأنه يدعى عدم وصول العوض إليه مع أنه ممكن منه (قوله) (و لا أجره على المستأجر مع اليمين)

أى إذا حلف المستأجر على إباقه و نفقها أو شردها عقيب العقد سابقاً على العمل لأن القول قوله فى ذلك لأنه أعلم بوقت الهلاك لكونه حصل فى يده فصار ذا يد و به خالفت هذه قوله فيما بعد و لو اختلفا فى وقت الهلاك و لأن الأصل عدم العمل و هذا إذا كان تقدير منفعة العبد و الدابة بالعمل و أما إذا كان التقدير بالزمان فإنه يقدم قول المالك كما يأتى (قوله) (و لو ادعى أن العبد مرض فى يده و جاء به صحيحاً قدم قول المالك و إن جاء به مريضاً قدم قوله)

هذا التفصيل جزم به فى التذكرة و جامع المقاصد و فى (التحرير) أنه أقرب لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل فيه البينة و إن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقينا و كان القول قوله فى مدة المرض لأنه فى يده فهو أعلم بذلك صرح بذلك فى التذكرة و هذا أيضاً إذا كان التقدير بالعمل

(قوله) (و لو اختلفا فى وقت الهلاك أو الإباق أو المرض فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل إن قدر به و قلنا يملك بالعمل و إلا فإشكال)

قد صرح بأن القول قول المستأجر فى التذكرة

(١) كذا فى نسختين و قد عرفت الحال قريباً (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٨٩

و التحرير و جامع المقاصد و كذا الإيضاح و الحواشى إذا اختلفا فى وقت هلاك العبد أو إباقه أو مرضه هل هو قبل العمل أو بعده بعد اتفاقهما على حصول ذلك مستنديين إلى أن الأصل عدم العمل إذ المفروض تقدير المنفعة به و لهذا أفردته عن الدابة إذ ليس

للمالك ظاهر شرع حتى يعول عليه ولا أصل يستند إليه يستلزم العمل إلا أن الهلاك حادث والأصل تأخره وعدم تقدمه والأصل بقاء العبد إلى أن يعلم الهلاك لكن ذلك كله لا يستلزم أنه عمل إذ ليس في ذلك دلالة على تحققه سواء لحظنا الاقتران أم لم نلاحظه (و عساک تقول) إن أصل عدم حدوث المسقط لاستقرار الأجره أصل متين يستلزم أنه عمل (لأننا نقول) المفروض أنهما اتفقا على حدوثه وإنما الخلاف في تقدمه فرجع إلى الأصلين الأولين أو نجيب بأدق من ذلك وهو أن سبب استقرار الأجره إنما هو العمل والأصل عدمه فكان هذا وأراد على ذاك الأصل وقاطعا له نعم إن قدرت المنفعة بالزمان توجه ذلك كما يأتي مضافا إلى أن للمستأجر أصليين آخرين وهما أصل عدم استحقاق المؤجر الأجره وأصل براءة ذمه المستأجر منها وإن قلت هما أصل واحد فعلى تقدير التسليم ففي واحد بلاغ وقد قيد ذلك في الكتاب والإيضاح وكذا جامع المقاصد بما إذا قلنا إن المؤجر يملك الأجره بنفس العمل وبحصوله وإن ملكها غير متوقف على تسليمه إلى المستأجر (و إن قلنا) إنها إنما تملك بالعمل وتسلمه ففي تقديم قول المؤجر أو المستأجر إشكال وقد خلت عن ذلك عبارة التذكرة والتحرير بل خلى عنه كلام الذين يتمسكون بأدنى احتمال وأوهن إشكال وهو في محله لأنه لا فائدة في ذلك أصلا على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني في وجهي الإشكال وأما على ما ذكره ولده فله فائدة إلا- أن احتمال تقديم قول المؤجر ضعيف جدا لا تصلح لأن يكون منشأ للإشكال (قال في الإيضاح) احتمال تقديم قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل ولأنه ينكر وجوب العوض وتقديم قول المؤجر لأن المستأجر يدعى تقدم الهلاك على القبض والأصل عدمه انتهى (و فيه) أن المستأجر وإن ادعى ما يخالف الأصل من تقدم الهلاك فمعه مضافا إلى ما تقدم الأصلان المتقدمان والمؤجر مخالف لأصل عدم العمل ولأصل عدم القبض والتسليم وأصل عدم استحقاق الأجره فكان احتمال تقديم قوله ضعيفا جدا نعم فائدة توجه اليمين على المنكر منهما إذا تحقق موجوده وهو كونه بحيث إذا أقر بخلاف ما يريد أن يحلف عليه نفع وإن كان محل تأمل أيضا وأما عدم الفائدة على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني في وجهي الإشكال فلأنه قد قال في جامع المقاصد وفاقا للشهيد مع زيادة إيضاح ينشأ من أن المستأجر بدعواه تقدم الهلاك مخالف للأصل فيكون مدعيا وقول المالك إنما لم نحكم بتقدمه لأنه يحاول إثبات استقرار تملك الأجره والأصل عدمه وهذا المانع هنا منتف فيكون القول قول المالك بيمينه ومن أن العمل وإن لم يثبت به استقرار الأجره إلا أن له مدخلا في ذلك فهو جزء السبب فحينئذ المالك يحاول تمهيد إثبات استحقاق الأجره فلا يقدم قوله فيه باليمين وهذا لوجه أقرب انتهى ولا يخفى ما في قوله وهذا المانع هنا منتف ولعله أراد أن المالك إنما يحاول أنه لم يهلك وأنه عمل ولا مانع من ذلك لأنه لا ضرر فيهما على المستأجر لو أقر بهما من دون تسليم العمل وكلامهما ظاهر أو صريح في أن الاختلاف في مجرد العمل إذ لم يتعرض للقبض والتسليم إلا بالنسبة إلى ضمهما إلى العمل الذي هو مقدمه وهذا الاختلاف لا فائدة فيه أصلا إذ لا- يتجه توجه اليمين على المستأجر إذ لو أقر بالعمل من دون التسليم لم يلزمه شيء وجعله مقدمه لثبوت الاستقرار إذا ضم إليه بعد ذلك دعوى التسليم غير مفيد لأن دعوى التسليم تتضمن دعوى العمل فلا يكون إثبات العمل مقدمه له فوجودها وعدمها على حد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٠

و إن قدر بالزمان قدم قول المالك (١) و لو قال أمرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول المالك على رأى (٢)

سواء وقد نبه على ذلك في جامع المقاصد وقال في بيان عدم فائدته إنه لا يتوجه توجه اليمين على واحد منهما لأن فائدة اليمين إذا أقر المدعى عليه بما يحلف عليه نفع وهذا ليس كذلك (و فيه) مع ما في قوله بما يحلف عليه من خلاف المراد أن المؤجر إذا توجهت اليمين عليه فأقر بأن الهلاك قبل العمل والقبض نفع فكان توجيه الإيضاح لا يصلح للإشكال لكنه له فائدة وتوجيه الشهيد لا يصلح للإشكال ولا- فائدة فيه بالنسبة إلى توجه اليمين على المستأجر وإنما قلنا إنه لا- يصلح للإشكال لمكان وجود الأصول المذكورة فلا بد أن يراد من قوله وإلا فإشكال أنا إن لم نقل إنه يملك بالعمل ففي احتمال تقديم قول المستأجر بيمينه إشكال لأنه

لو أقر بخلاف ما يريد أن يحلف عليه لم يلزمه شيء و هو خلاف القاعدة المقررة فلم يصل الجماعة إلى مراد المصنف و أطالوا في غير ما فيه فائدة

(قوله) (فإن قدر بالزمان قدم قول المالك)

لأن الأصل عدم تقدم الهلاك و الأصل عدم حدوث المسقط لاستقرار الأجره لأنه بعد إن سلمه العبد و كان الأصل بقاءه إلى أن يعلم هلاكه يكون قد تحقق سبب استقرار الأجره فلا ينتفى إلا بقاطع و حدوث الهلاك و تقدمه ينفيان بأصل عدمهما و أما أصل عدم استحقاق الأجره فلا يجدى بعد وجود المقتضى لاستقرارها و هو تسليم العين طول المدة لأن كان الأصل بقاءها لأنه يرجع إلى أن الأصل عدم استحقاق الأجره بعد استحقاقها و لا يتأتى شيء مما ذكر هنا فيما إذا كان التقدير بالعمل كما تقدم بيانه (قوله) (و لو قال أمرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول المالك على رأى)

هو خيره الخلاف و المبسوط و المهذب و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الحواشى و اللعمه و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و فى (الحواشى) أنه المشهور لأن المالك منكر لما يدعيه الخياط من الإذن فى قطعه قميصا و فى التصرف فى ماله و لأنه أحدث نقضا بالقطع و يدعى المسقط لزمانه و لأنه يقدم قوله فى أصل الإذن فكذا فى صفته لأن مرجعه إلى الاختلاف فى الإذن على طريق مخصوص فكان لو دفع إليه عينا فقال صاحبها أودعتكها و قال المدفوع إليه وهبتها لى فإن القول قول المالك و لا سيما إذا كان مع المالك ظاهر حال يدل على صدقه كأن كان ممن لا يلبس إلا الأقييه كما لو اختلفا فى حائط لأحدهما عليه عقد أو أزوج كما تقدم فى الصلح و مثل ذلك ما إذا قال أمرتك بصبغه أحمر فقال بل أسود بل لم يمثل فى المهذب إلا به و قال فى وكالة الخلاف و المبسوط القول قول الخياط لأن صاحب الثوب مدع بذلك أرش القطع على الخياط فعليه البيئه و على الخياط اليمين (و قال فى الخلاف) فى باب الإجاره كنا قلنا فيما تقدم أن القول قول الخياط لأنه غارم و أن رب الثوب مدع عليه قطعاً لم يأمره به فيلزم بذلك ضمان الثوب فكان عليه البيئه فإذا فقدها فعلى الخياط اليمين و هذا أيضا قوى و كان قد جزم أولا- بأن القول قول صاحب الثوب كما حكيناه عنه و قضيه كلامه أن الخياط يحلف لنفى أرش القطع ليخرج عن ضمان الثوب فيلزم منه أن يحلف المالك لنفى الأجره لأن الخياط يدعيها و قد نبه على ذلك فى التذكرة قال و من قدم قول الخياط فلا بد و أن يقول بالتحالف و حكى فيها عن الشافعى أن رب الثوب يدعى عليه الغرم و ينفى الأجره و الخياط يدعى الأجره و ينفى الغرم فيتحالفان قال و هو ليس بجيد لأن الاختلاف وقع فى الإذن لا فى الأجره و الغرم فكان القول قول منكر الإذن و لأن الخياط يعترف بأنه أحدث نقضا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩١

.....

فى الثوب و يدعى أنه مأذون فيه و الأصل عدمه و لأنه يدعى أنه أتى بالعمل الذى استأجر عليه انتهى و قد جزم فى وكالة التذكرة بأن القول قول الخياط و قد ساقه هناك لأمر آخر و قد بينا هناك فساده و هذا كله بيان لأن الخياط مدع و هو لا ينفى كون المالك مدعيا و استدل فى (جامع المقاصد) على أن المالك ليس مدعيا بأنه لا يدعى الخياط بشيء لأن مجرد الإذن فى القطع قباء لا يوجب على الخياط شيئا إذ لو لم يحدث الخياط حدثا فى الثوب لم يكن عليه بسبب الإذن ضمان غاية ما فى الباب أنه لا يستحق أجره و إنما يتحقق التنازع باعتبار القطع قميصا و دعوى الخياط الإذن فيه لينفى عن نفسه الغرم ثم قال لا- وجه هنا للتحالف (و نحن نقول) إن الخياط إذا أتاه به مقطوعا قميصا مخيطا و طالبه بالأجره فالمالك إما أن يقتصر على إنكار الإذن فى قطعه قميصا أو يقول له لا تستحق عندي أجره بل الأجره التى دفعتها لك إن كان دفعها له يجب عليك ردها و أنا مطالب بها و بالأرش صار مدعيا للغرم نافيا للأجره كما قال الشافعى و إنكار ذلك مخالف للبديهه إلا أن يقال إنما غرضه بيان ما صوره الأصحاب فقط و لهذا وقع فى بعض العبارات تسميته مدعيا كقولهم و ادعى قطعه قباء و ادعى الخياط قميصا كما فى الإرشاد و غيره و كلام الأصحاب مبنى على الأول و هو أن

المالك لم يقابله بدعوى الأرش و إنكار استحقاق الأجرة و إنما قابله بإنكار الإذن في قطعه قميصا جامدا على ذلك كما فهم ذلك المقدس الأردبيلي من عبارة الإرشاد و استظهر التحالف إن قابله بدعوى الأرش و إنكار استحقاق الأجرة و لهذا جزم في التذكرة بأن من قدم قول الخياط لا بد و أن يقول بالتحالف و ما ذاك إلا لما ذكرناه من أنه حينئذ ينتهض المالك للدعوى لينفى الأجرة عنه هذا و قد يفهم من كلام الخلاف أن فائدة يمين الخياط إنما هو دفع الغرم عن نفسه و أنه لا يستحق بها أجرة لأنه فيها مدع فيكون القول قول المنكر و حينئذ فيكون قول المصنف فيما بعد و على رأى قول الخياط فيسقط عنه الغرم و له أجرة مثله ليس إشارة إلى قول الشيخ في الخلاف و إنما هو إشارة إلى أحد قولى الشافعى و هو الأظهر عند أصحابه لأن الخياط يحلف على أنه أذن له في قطعه قميصا أو ما أذن له في قطعه قباء و على التقديرين تثبت الإذن و هو يستلزم ثبوت الأجرة فإذا امتنع ثبوت المسمى لأنه لا يثبت بيمينه استحقاق أجرة المثل إلا أن تساوى المسمى أو تزيد عليه لاعتراؤه بعدم استحقاق الزائد لكن الأصحاب لما جزموا بكون الخياط مدعيا حيث لم يقابله المالك إلا بالإنكار لم يوجهوا عليه اليمين ابتداء سواء كانت لرفع الأرش أو لجلب الأجرة (و بقى شيء) و هو أنك قد عرفت أن من قدم قول الخياط قال بالتحالف و قد قال في التذكرة أن المالك يحلف لنفى الأجرة و ليس معناه أنه يحلف أنك ما تستحق عندى بل يحلف كما صرح به في التذكرة في مقام آخر أيضا أنى ما أذنت لك في قطعه قميصا و قد سمعت كيف يحلف الخياط فإذا تحالفا تساقطا فلا تجب على المالك أجرة و لا على الخياط أرش كما هو قضية التحالف و عليه نص الشافعى لكن مولانا المقدس الأردبيلي بعد أن استظهر التحالف استظهر أنه لا أجرة للخياط و أنه يلزمه أرش نقص الثوب عما كان و لعله أوفق مما قاله الشافعى و أدق لأن التحالف قضى أن لا إذن في القطعين فعادا كأنهما لم يتعاقدا و قد وجدنا الثوب مقطوعا فيلزم قاطعه تفاوت ما بين كونه صحيحا و مقطوعا إلا- أن تقول إذا أوجبنا عليه الغرم لم يكن ليمينه تأثير أصلا لأنه لو حلف المالك و نكل الخياط سقطت الأجرة و وجب الغرم فلو وجب مثل ذلك مع يمينه لم يكن فرق (فإن قلت) إذا حلف المتبايعان فإنه يرجع إلى القيمة إن كانت تالفه فهنا يرجع إلى الأرش لأن كان ناقصا إلا أن تقول إن يمين المشتري هناك لم تقع على إسقاط القيمة و لا غرض هنا إلا إسقاط الغرم (و التحقيق) أن تلحظ كيفية التحالف فإن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٢

فلو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط من الثوب أو المالك و لا أجرة له (١) و عليه الأرش (٢) و لو كانت الخيوط للخياط ففي أخذها نظر أقربه ذلك (٣)

كان كما ذكره في التذكرة صح قول المقدس الأردبيلي و إن كانت الكيفية كما صورها و فرضها الأردبيلي اتجه كلام الشافعى (قوله) (فلو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط من الثوب أو المالك و لا أجرة له) كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة (أما الأول) و هو أنه ليس للخياط فتقه فلأنه ليس له عين يمكن انتزاعها إذ ليس هناك إلا- العمل و هو ليس عينا حقيقة يمكن انتزاعها من مال الغير و إن جرى مجرى الأعيان فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر عدوانا فإنه ليس له رده إلا بمطالبة المالك و أما أنه لا أجرة له فلأنه عمل عملا لم يأذن فيه المالك بل من المعلوم أنه إذا وجب عليه الأرش كما يأتي لا تكون له أجرة (قوله) (و عليه الأرش)

كما في المبسوط و المذهب و مجمع البرهان و التذكرة و ما ذكر بعدها آنفا و هو قضية كلام المذهب و السرائر و الشرائع و إن لم ينص عليه فيها لأنه إذا حلف لنفى الإذن في القطع قميصا يجب على الخياط الأرش و هل هو ما بين قيمته مقطوعا قميصا و غير مقطوع أو ما بين قيمته مقطوعا قميصا و قيمته مقطوعا قباء لا ترجيح في المبسوط و اختير في التذكرة و المختلف الثاني و وافقه عليه في كتابيه الشهيد الثاني و استوجه الأول المحقق الثاني و هو الظاهر من مجمع البرهان و كذا المذهب لأن قطعه قميصا عدوان نعم لو لم يتفاوت

القميص و القباء فى بعض القطع أمكن أن لا يجب أرشه لكونه من جملة المأذون فيه إذ لا أثر لقصد القميص بقطعه على تأمل فيه و قد تقدم مثله فيما إذا قال له اقطعه قميص رجل بقطعه قميص امرأه و قد تقدم فيما إذا اكرى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها ذرة أن الأصح أنه تثبت له أجره المثل لا تفاوت ما بين الزرعين و قد احتمل فيما إذا باع الوكيل بالغبن الفاحش أنه يغرم جميع الغبن و احتمل أنه يحط عنه ما يتغابن الناس به لأنه كالمأذون فيه و بقى شىء و هو أنا إذا قلنا إنه يغرم تفاوت ما بين القطعين فهل يستحق لذلك أجرا أم لا احتمالان الظاهر الأول فتأمل إذ قد يقال الظاهر الثانى كما إذا لم ينقص بالقطع شيئا فإنه حينئذ لا يستحق شيئا و كذلك الكلام فى القطع التى تصلح لهما

(قوله) (و لو كانت الخيوط للخياط فى أخذها نظر أقربه ذلك)

و به جزم فى المبسوط و التذكرة و التحرير و فى (الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك) أنه الأصح و فى (الروضة) أنه الأقوى لأنه عين ماله و هى باقية فكانت كالصبيغ فيمكن من أخذها و وجه العدم أنه قد ثبت بيمين المالك أنه وضعها بغير إذن فلم يكن له أخذها لاستلزامه التصرف فى مال الغير عدوانا و لأن الخياط يزعم أنها للمالك بناء على أن الخيوط من الخياط و أنه لا يستحق إلا الأجره و قد ظلمه المالك بإنكاره فلم يكن له الأخذ (و فى الأول) أنا نوجب على المالك ذلك لأن وقوعه عدوانا ظاهرا لا يقتضى إسقاط ماليته فله التصرف بالقلع فإن نقص بذلك فله أرش ثان (و فى الثانى) أن ذلك على تقدير بقاء الإجارة أما إذا انتفت شرعا و تعذر على الأجير العوض فله الرجوع إلى عين ماله لتعذر المعاوضة فليتأمل جيدا و لو أراد المالك تملكها بالقيمة فقد تقدم فى باب الغصب أن المشهور أنه لا تجب على الغاصب الإجابة بالأولى أن لا يجب ذلك على الخياط لكننا هناك قوينا إجابة المالك و قلنا إن إجباره على الرضا بالتصرف و الأرش إن نقص ماله ليس بأولى من جبر الغاصب بالقيمة و إجباره عليها مع دخول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٣

فلو قال المالك أنا أشد فى كل خيط خيطا حتى إذا سله عاد خيط المالك فى مكانه لم يجب الإجابة (١) و على رأى قدم قول الخياط فيسقط عنه الغرم و له أجره مثله بعد اليمين لا المسمى إن زاد لأنه لا يثبت بقوله (٢) و لو غصبت العين فأقر المؤجر بالملكية له قبل فى حقه دون المستأجر و للمستأجر مخاصمة الغاصب لأجل حقه فى المنفعة (٣)

الضرر عليها فى ذلك فيشبه العبث «١» و كذلك الحال فيما هنا

(قوله) (فلو قال المالك أنا أشد فى كل خيط خيطا حتى إذا سله عاد خيط المالك فى مكانه لم يجب الإجابة)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و وجهه واضح لاستلزامه التصرف فى ملك الغير بغير موجب يقتضيه فلا تجب الإجابة إليه و لا يجوز إلا بإذن المالك

(قوله) (و على رأى قول الخياط فيسقط عنه الغرم و له أجره مثله بعد اليمين لا المسمى إن زاد لأنه لا يثبت بقوله)

قد تقدم الكلام فى ذلك فى صدر المسألة

(قوله) (و لو غصبت «٢» العين فأقر المؤجر بالملكية له قبل فى حقه دون المستأجر و للمستأجر مخاصمة الغاصب لأجل حقه فى المنفعة)

مراده فى المسألة الأولى أنه بعد أن عقد على العين عقد الإجارة غصبها غاصب من يد أحدهما فأقر المؤجر بأنها ملك الغاصب و أنه كان غاصبا أو مستعيرا أو مستودعا أو مرتهنا فإن إقراره ينفذ فى رقبته فيحكم بها للمقر له دون منفعتها فإنها قد ملكها المستأجر فلا ينفذ إقراره فى حق الغير كما هو واضح و به صرح فى التحرير و جامع المقاصد و فى الأخير أنه المذهب عندنا و للشافعية فى نفوذ الإقرار قولان (أحدهما) العدم لمنافاته للحق السابق (و الثانى) النفوذ لأنه مالك غير متهم بخلاف البائع فإن إقراره إنما هو على المشتري و اختلفوا فى أنه هل يبطل حق المستأجر من المنفعة على أوجه ضعفها أظهر من أن يحتاج إلى بيان كما فى جامع المقاصد

(و أما المسألة الثانية) فقد قال في جامع المقاصد إنها مسألة على حدة و ليست من تنمئة المسألة الأولى و إن كانت العبارة توهم ذلك (قلت) عبارة التحرير صريحة في ذلك قال و لو أقر المالك بالرقية ثبت في حقه و لم يثبت في حق المستأجر بل كان له مخاصمة الغاصب نعم ذكر هذه في التذكرة وحدها (و كيف كان) فإن كانت من تنمئة الأولى كان الغرض بيان أنه لا يجب على المستأجر رفع يده عن العين لأن صارت ملكا للمقر له بل له أن يخاصمه و يرافعه إلى الحاكم و يقول له إقراره أنما ينفذ في الرقية لا في المنفعة و إن كانت مسألة على حدة يكون قد ترك التعرض لمخاصمة المالك لظهوره و تعرض لمخاصمة المستأجر لأن فيه خفاء في الجملة فبين أن له ذلك لأنه يستحق المنفعة فله مخاصمته و مطالبته ليستوفيتها و لأن بعض الشافعية قال إنه ليس له ذلك لأنه ليس بمالك و لا نائب عنه فأشبهه المستودع و المستعير و هو غلط كما في التذكرة لأن المستأجر يستحق على وجه الملكية حقا وقعت عليه المعاوضة في تلك العين بل يشبه ما إذا ادعى ملكا و قال اشتريته من فلان و كان ملكا له إلى أن اشتريته فإنه تسمع بينته لتوسله بها إلى إثبات الملك لنفسه فليكن الحكم في المنفعة كذلك و مثله المرتهن في الرهن و غريم المفلس و الميت في العين المغصوبة و الدين عند المنكر و كذا غريم المماطل و الغائب إذا طالب بعين أو دين للمديون كما في جامع المقاصد لأنهم مستحقون لذلك

(١) هذه العبارة من قوله ليس بأولى إلى هنا هكذا وجدناها في نسختين و لا يبعد وقوع خلل فيها فلترجع (مصححه)

(٢) غصب خ ل.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٤

و لو اختلفا في المبطل للعقد فالقول قول مدعى الصحة (١) و لو قال آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين

فجازت المطالبة بهذا الاستحقاق

(قوله) (و لو اختلفا في المبطل للعقد فالقول قول مدعى الصحة)

(قال في جامع المقاصد) لا شك أنه إذا حصل الاتفاق على حصول جميع الأمور المعتبرة في العقد من حصول الإيجاب و القبول من الكاملين و جريانها على العوضين المعترين و وقع الاختلاف في شرط مفسد مثلا فالقول قول مدعى الصحة بيمينه لأن الأصل عدم ذلك المفسد و الأصل في فعل المسلم الصحة و أما أصل بقاء الملك على مال مالكة فمقطوع بالاتفاق على صدور العقد على الوجه المعبر و قال أما إذا حصل الاختلاف في حصول بعض الأمور المعتبرة و عدمه فإن هذا الاستدلال لا يتمشى هنا لأن الأصل عدم السبب الناقل و من ذلك لو ادعى أنى اشتريت عبدا فقال بل بعتك حرا و قال في موضع آخر مثل ذلك قال إن قولهم الأصل في العقود الصحة أنما يتمسك به بعد استكمال أركانها فلو اختلفا في كون المعقود عليه الحر أو العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد و قد خالف ذلك في موضعين من باب البيع و موضع من باب الرهن فقال فيما لو قال بعتك و أنا صبي إنه يقدم مدعى الصحة يعنى المشتري و قال إن تقديم قول البائع في غاية الضعف و قال فيما إذا قال بعتك بعبد فقال بل بحر إنه يقدم قول مدعى الصحة و قد حكينا ذلك هناك عن عشرة كتب منها المبسوط (و قال في الكفالة) إنه المعروف بين الأصحاب مستندين إلى أن الأصل في عقود المسلمين و أقوالهم الصحة و أن الأصل عدم العقد الفاسد لأنه مهما أمكن حمل فعل المسلم على الصحة يجب الحمل عليه و المفروض أنهما تصادقا على ذلك و لا كذلك لو قال أحدهما بعتك بكتاب فقال بعتنى بدار فإن كليهما «١» يمكن حملهما على الصحة فلا بد من التحالف و يرد على المحقق أن الاختلاف في الشرط المفسد يرجع إلى الاختلاف في الثمن و هو أحد أركان العقد و قد طفت عباراتهم بذلك في أبواب الفقه مطلقين غير مفصلين بهذا التفصيل إلا بعضهم في باب الضمان و لا بالتفصيل الذي يأتي بعد هذه و هو ما إذا اشتملت دعوى مدعى الصحة على زيادة كأن يقول له بعتك الدار بثمان معين و شرطت عليك شرطا غير معلوم فيقول بل بعتنها و الحمام بألف معينة لكن هذا التفصيل قد لا ينكره المطلقون لأنه موافق للقواعد و يأتي لولده و الشهيد التأمل فيه و

عدم الجزم به في آخر مسألة من الباب وقد نسب هذا الإطلاق في الإيضاح إلى الأصحاب في باب البيع والبيع والباب و حكي الإجماع في الإيضاح على تقديم مدعى الصحة فيما إذا قال آجرتكها كل شهر بدينار فقال المستأجر آجرتني شهرا واحدا بدينار وهذا يبطل تفصيل المحقق الثاني بالكلية لأنه لم تسلم في المثال أركان العقد و يأتي للمصنف و ولده و الشهيد عدم الالتفات إليه في آخر مسألة من الباب و ظاهر الإيضاح أيضا في موضع آخر الإجماع على تقديم مدعى الصحة ثم إنه يقال للمحقق الثاني إن أردت باستكمال الأركان استكمالها من حيث إنها أركان من دون نظر إلى شرائطها فهو خلاف ما صرح به في أمثله فيما مر و يأتي و إن أراد استكمالها مع ملاحظة شرائطها فلا مصداق لما أراد لأن جهالة الشرط تقتضي جهالة الثمن أو المثلن فلم تسلم أركان العقد و الحاصل أن كلامه خال عن التحصيل فصار محل الوفاق عند الجميع ما لو قال أحد الكاملين بعتك الدار بمائة دينار و شرطت عليك شرطا فاسدا و قال الآخر بعته بمائة دينار من دون شرط فإنه يقدم مدعى الصحة بلا خلاف من أحد و أما إذا قال له آجرتك كل شهر بدرهم فقال بل آجرتني سنة تامة بدينار ففيه خلاف لأن مدعى الصحة ادعى زيادة كما ستمتع

(قوله) (و لو قال آجرتك كل شهر بدرهم

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

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٢٩٤

(١) كليهما خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٢٩٥

فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر (١) فإن قدمنا قول المالك فالأقوى صحة العقد في الشهر الأول (٢)

من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر)

في الإيضاح أن تقديم قول المؤجر أولى و في (الحواشي) أنه أقوى و في (جامع المقاصد) أنه أوجه لأن المستأجر و إن كان مدعى للصحة إلا أنه مع ذلك مدع أمرا زائدا و هو استئجار سنة بدينار و المالك ينكره فلا يقدم قوله فيه لأن الأصل عدمه مضافا إلى ما سمعته عن جامع المقاصد إن تم من أن الأمور المعبرة في العقد لم يقع الاتفاق عليها فلم تتحقق سببته و تقديم مدعى الصحة فرع ذلك كما تقدم بيانه و وجه تقديم قول المستأجر أنه مدع للصحة و هي موافقة للأصل فيكون هو المنكر و قضية إطلاق الأصحاب في غيره من الأبواب تقديم قوله و هو الموافق للقواعد أيضا كما تقدم و يمنع كونه مدعى أمرا زائدا إذا فرضنا أن صرف الدينار اثنا عشر درهما أو أكثر و ستمتع ما يأتي لفخر الإسلام و الشهيد من التأمل في اشتراط عدم الزيادة للتمسك بأصل الصحة و إن قلنا كما في الإيضاح أن المفروض في المسألة أن الشهر الأول معين و أنه بدرهم قدمنا قول المؤجر فيه و حكمنا أصل عدم الزيادة فيما عداه كما يأتي للمصنف و يأتي التأمل فيه (قال في الإيضاح) محل البحث إنما هو فيما إذا اتفقا على وقوع عقد و على تناوله شيئا معلوما و لو ضمنا من زمان أو غيره و صرح بأن الشهر الأول معين لكن كلام الكتاب مطلق و قد وقع مثل ذلك له و ولده و للشهيد حيث فهموا من قول الشيخين أنه لو آجره كل شهر بدرهم كان عليه أجره شهر منذ قبض و عليه فيما بعده أجره المثل أنهما أرادا أنه قال له آجرتك هذا الشهر بدرهم و ما بعده على هذا الحساب و حملوا كلامهما المصدر بكل على تعيين الشهر الأول لأنه المتصل بالعقد أو غير ذلك كما تقدم بيانه مسبقا لكنه في جامع المقاصد لم يوافق الإيضاح على أن محل البحث ذلك على الظاهر منه

(قوله) (فإن قدمنا قول المالك فالأقوى صحة العقد فى الشهر الأول)

هنا و فى الإيضاح أنه أصح و فى (جامع المقاصد) أنه ضعيف جدا و لا ترجيح فى الحواشى (قال فى الإيضاح) هذا إذا كان قسط الشهر درهما (قلت) و إذا كان صرف الدينار اثنى عشر درهما و جعل وجه القوة اتفاهما على وقوع الإجارة فى الشهر الأول بدرهم لكن أحدهما يدعى وقوعه على وجه مبطل و الآخر يدعى وقوعه على وجه يصح فكان القول قول الآخر و نفى الزيادة التى يدعيها لا يقتضى البطلان فيه أى فكان المقتضى موجودا و المانع مفقودا و لعله أراد بوقوعه على المبطل أنه اقترن بما ذكر معه فهو إما جزء من العقد أو شرط فيه و كلاهما إذا كان مجهولا- يفسده (و قال فى الإيضاح) و يحتمل ضعيفا البطلان لأنه مقتضى قول المالك و قد قدمناه كما تقدم و قد عرفت أنه فرض المسألة فيما إذا اتفقا على وقوع العقد و على تناوله شيئا معينا و قد يظهر منه كما هو ظاهر العبارة أنه يحكم بصحة العقد فى الشهر الأول من دون يمين المستأجر و ليس كذلك (قال فى جامع المقاصد) إنه معلوم البطلان لأن الحكم بصحة العقد فى الشهر الأول بناء على تقديم قول المالك بمجرد من دون يمين المستأجر معلوم البطلان فيتعين أن يكون مقصوده من العبارة أن الأقوى تقديم قول المستأجر فى صحة العقد فى الشهر الأول فيصير معنى العبارة أنا إذا قدمنا قول المالك فى فساد العقد فإنما نقدمه فيما ادعى المستأجر الصحة مع أمر زائد على مجرد الصحة لأنه إذا كان الاختلاف فى مجرد الصحة فالقول قول مدعيها يمينه قطعا و دعوى المستأجر قد اشتملت على أمرين الصحة و الأمر الآخر الزائد فإذا حلف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٦

و كذا الإشكال فى تقديم قول المستأجر لو ادعى أجره مدة معلومة أو عوضا معينا و أنكر المالك التعيين فيهما و الأقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى (١)

المالك و جب انتفاء ذلك يمينه إلا القدر الذى انقضت دعواهما على تعيين أجرته و تعيينه كشهريه بدرهم إذا كان صرف الدينار اثنى عشر فإن الاختلاف ليس إلا فى نفس صحة العقد الجارى عليه و فساده إذ لم يتضمن زيادة فيقدم قول المستأجر فيه بناء على تقديم قول مدعى الصحة إذا لم يدع أمرا زائدا فيحلف المالك بالنسبة إلى المجموع و يحلف المستأجر بالنسبة إلى البعض أى ذلك الشهر فتثبت الإجارة فيه و ضعفه فى جامع المقاصد بأن المتنازع فيه عقد واحد فإذا حكم بفساده يمين المالك على عدم التعيين فيه للمدة انتفى فتنفى الأمور التى تضمنها و هى إجارة الشهر و ما جرى هذا المجرى لامتناع أن يحكم بفساد المطابقى و لا يفسد الضمنى انتهى (و قد يقال) إنه إذا فرض أن الشهر الأول معين و أنه فى تقدير أنه قال آجرتك هذا الشهر الذى هو الأول بدرهم و كل شهر بعده على هذا الحساب فقد اتفقت دعواهما على حصول العقد على الشهر الأول و أنه بدرهم لأن كان صرف الدينار اثنى عشر درهما و الاختلاف أنما هو فى مجرد صيغة العقد الجارى فلا مانع من أن نحكم بصحة العقد فيه بحلف المالك على عدم التعيين فيه للمدة من دون حاجة ليمين المستأجر كما هو ظاهر المصنف و ولده كما تقدم و ليس كذلك لأن المفروض أن المالك ادعى اقترانه بشرط مبطل فلا بد فى انتفائه من يمين المستأجر (و قال فى جامع المقاصد) نبحث فى العبارة عن أمور (الأول) ذكر الشهر الأول بخصوصه و وجه تخصيصه بالذكر أن دعوى المالك تقتضى تعيين شهر و عدم تعيين ما سواه و يشكل بأن كلا يقتضى التعدد و أقل مراتبه مرتان (قلت) لم يتضح لنا المراد من هذا الكلام فإن أراد أن كلا تقتضى التعدد فلا دليل على هذا التعيين فقد عرفت أنه جاء من الاتصال بالعقد أو من الفرض و لا يعجبني ذكر المرتين هنا و قال (الثانى) أن تقييده بقوله هنا فائدته تخصيص هذا العقد بالصحة فى الشهر الأول إذا حلف المستأجر بناء على تقديم قوله بخلاف ما إذا اتفقا على وقوع الإجارة كل شهر بدرهم فإنه لا تلزم الصحة فى الشهر الأول و الفرق أنهما هناك قد اتفقا على تضمن العقد المفسد و اختلفا هنا فى الصحة و الفساد و قد كان تقديم قول مدعى الصحة هو الجارى على القوانين لكن تخلف هنا لدعواه أمرا زائدا و فى الشهر الواحد انتفى المانع فأجرى على الأصل هذا ما فهمناه من كلامه لأن النسخة لا تخلو عن غلط و قد تقدم أن الناس فيما إذا قال آجرتك الدار كل شهر بدرهم على أقوال فبعض على الصحة مطلقا لأن

الأصل الجواز و آخرون على البطلان مطلقا و آخرون على الصحة إذا عين المبدأ و آخرون على الصحة فى الشهر الأول و إن لم يعين المبدأ لأنه ينزل على الاتصال فيصح فيه و أما ما زاد ففيه أجره المثل فلعل المراد بالتحديد بهنا أن المانع إنما منع من الصحة فى المثال مطلقا لمكان الجهالة و الشهر الأول هنا لا جهالة فيه و لاتفاقهما على تعيينه بحسب الفرض أو بحسب الاتصال أو لأنا جرينا فيه على القوانين من تقديم قول مدعى الصحة كما قال فى جامع المقاصد و قوله لا تلزم الصحة فى الشهر الأول يريد به عند المصنف و موافقيه و إلا فجماعه قائلون بلزومها فيه كما عرفت و الأمر فى هذا سهل

(قوله) (و كذا الإشكال فى تقديم قول المستأجر لو ادعى أجره معلومه أو عوضا معيناً و أنكر المالك التعيين فيهما و الأقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى)

يريد أنه لو ادعى المستأجر للدار أجره

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٧

[المقصد الثانى فى المزارعة و فيه فصلان]

إشارة

(المقصد الثانى فى المزارعة) و فيه فصلان

[الفصل الأول فى أركانها و هى أربعة]

إشارة

(الأول) فى أركانها و هى أربعة

[الأول العقد]

(الأول) العقد المزارعة مفاعلة من الزرع (١)

معلومه كدينار مثلا- أو عوضا معيناً كثوب معين و أنكر المالك ذلك أى التعيين فى الأجره أو العوض بحيث لزم الغرر و الجهالة فمنشأ الإشكال كما فى الحواشى من أنه يدعى استحقاق منفعة فى ملك غيره و المالك منكر و من اتفاقهما على وقوع عقد الإجارة و اختلافهما فى الصحة فيقدم مدعيها و وجه ما قواه المصنف فى الإيضاح أنه مع تضمن دعواه الزيادة تكون على خلاف الأصل و يكون الأصل عدمها و يكون الآخر منكرا فيلزم من تقديم قول المستأجر تقديم المرجوح و هو خلاف الأصل على الراجح و هو باطل قال و يحتمل التقديم مطلقا لعموم الأصل المتقدم و هو تقديم مدعى الصحة و معنى العبارة أنه يقدم قول المستأجر بيمينه حيث لا تتضمن دعواه على المؤجر دعوى أمر آخر غير الصحة فلو كان الدينار فى المثال أنقص من أجره المثل كانت دعواه مشتملة على زيادة و هو أنه استأجر ما يساوى دينارين بدينار فيقدم قول المؤجر و لو كان بقدر أجره المثل أو أزيد منها كان الاختلاف أنما هو فى الصحة و الفساد فيقدم قول المستأجر و الظاهر أنه لا حاجة إلى ذكر العوض المعين فى العبارة و قد أورد عليه فى جامع المقاصد أمرين (الأول) أن الاختلاف الذى لا يترتب عليه فائدة أصلا و لا يكون فيه إلا محض تجرع مرارة اليمين و امتهان اسم الله العظيم الذى لا يحلف به لغير مصلحة لا يكاد يقع ممن يعقل و مع الفائدة فالمحذور قائم (قلت) الفائدة صحة العقد و عدمها و لا محذور إذ

ليس هناك زيادة نعم إن كان ذلك بعد استيفاء المنفعة ربما اتجه ما ذكره ثم إنه أراد ضرب قاعدة و إعطاء قانون و لم يخصه بالمثل ثم قال (الثاني) أن تقديم قول مدعى الصحة على ما بيناه حيث يتفقان على حصول أركان العقد و يختلفان في وقوع المفسد فإن التمسك لفيه بالأصل هو المحقق لكون مدعى الصحة منكراً أما إذا اختلفا في شيء من أركان العقد فإنه لا وجه للتقديم حينئذ فلا يقدم مدعى الصحة هنا على حال من الأحوال لأن الاختلاف وقع في ركن العقد و هو تعيين الأجره (قلت) قد عرفت أن المعروف عند الأصحاب و عنده في موضعين خلاف ما ادعاه على أن المصنف هنا و ولده و الشهيد لم يلتفتوا في المسألة إلى ذلك كما أن ولده و الشهيد لم يجز ما في المسألة بما قواه المصنف من التفصيل كما أشرنا إلى ذلك آنفاً (و قد تم كتاب الإجارة) و الحمد لله كما هو أهله و الصلاة و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين المعصومين و رضى الله تعالى عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن رواتنا الصالحين و يتلوه بلطف الله و توفيقه و عونه كتاب المزارعة إن شاء الله تعالى

(بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين) الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله المعصومين الطاهرين و رضى الله تعالى عن مشايخنا و علمائنا أجمعين و عن رواتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد العلامة سهل الله سبحانه إتمامه تصنيف العبد الأقل الأذل محمد الجواد الحسنى الحسينى العاملى عامله الله تعالى بلطفه و عفوه و كرمه فى الدنيا و الآخرة

(المقصد الثانى فى المزارعة) (و فيه فصلان الأول فى أركانها و هى أربعة الأول العقد المزارعة مفاعلة من الزرع)

قال فى جامع المقاصد لا شك أن المزارعة فى أصل اللغة مفاعلة من الزرع و هذا المعنى يتحقق فى المعنى الشرعى لأن المعاملة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٨

و هى معاملة على الأرض بالزراعة بحصة من نمائها (١)

المذكورة يقارنها الزرع من المتعاملين و إن كان بمباشرة أحدهما لأن الآخر بأمره إياه زارع (قلت) يريد أن الشأن فى ذلك كالشأن فى المضاربة لأنه لما كان الفعل من أحدهما مع طلب الآخر صار كأنه زارع أو ضارب و قد تقدم لنا فى أول باب الرهن و باب الإجارة أن مرادهم بقولهم و شرعا كذا و فى الشرع كذا بيان حقيقة المتشعبة و اصطلاح الفقهاء و أن المراد بالشرعى الموقوف على الشرع فى الجملة فى مقابلة اللغوى فلا يقدح فى حده اشتماله على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعانى الشرعية و أن غرضهم تمييز بعضها عن بعض ليحمل كلامهم عند الإطلاق على ذلك و ربما احتاجوا فى التمييز إلى شرط واحد أو إلى أكثر لمكان كثرة الاشتراك فى الصفات و قلتها فإن البيع يشارك الإجارة و الهبة و الصلح (قوله) (و هى معاملة على الأرض بالزراعة بحصة من نمائها)

قد طفحت بذلك عباراتهم فقد عرفت بذلك فى المبسوط و الوسيلة و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و الكفاية و المفاتيح و كذا السرائر و الإرشاد و المهذب البارع و الروض «١» و زاد فى اللمعة إلى أجل معلوم و قد ترك التقييد بالزراعة فى المبسوط و أكثر ما ذكر معه و فى (التنقيح) ينبغى ذكر معلومية الحصة و إشاعتها و تعيين المدة و عرفت فى المهذب و فقه الراوندى باستئجار الأرض ببعض ما يخرج منها و كأنهما يذهبان إلى أنها نوع خاص من الإجارة لكن الظاهر بملاحظة كلامهما بعد ذلك أن ذلك اصطلاح أو مسامحة فى العبارة و المعروف من الأخبار و الأصحاب أنه عقد آخر مستقل برأسه بين المتعاملين على أن تكون من أحدهما الأرض و من الآخر البذر و العمل و العوامل لأنه الأصل فى المزارعة و قيد الأجل فى اللمعة يفيد توضيح الواقع أو تخصيص التعريف بالمزارعة الصحيحة أو يكون استطراد ذكر بعض الشرائط التى يحصل بها الكشف عن ماهية و إن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف و إلا فالمزارعة من حيث هى مستغنية عن قيد الأجل إذ ليست فى الشريعة معاملة على الأرض بحصة من حاصلها بدون اعتبار الأجل و منه يعلم حال ما فى التنقيح فإن ما ذكره شروط فى الصحة و ليست داخله فى

الماهية إذ قد عرفت أنهم إنما يذكرون بعض الشرائط حيث يحتاجون إليها فى التمييز و خرج بقولهم بحصة من حاصلها إجارة الأرض للزراعة إذ لا تصح بحصة من حاصلها و خرج بالمعاملة على الأرض فى كلام الأكثر حيث تركوا التقييد بالزراعة المساقاة فإنها بالذات على الأصول هذا بحسب الاصطلاح و إلا- فقد أطلقت فى الأخبار على ما يشمل المساقاة و ربما أطلقت على ما يشملها و إجارة الأرض كما ستسمع و هل تجرى فيها المعاطاة الظاهر ذلك و هو الذى فى أيدى الناس فى هذه الأزمان فلا يحتاج إلى توقيت المدّة و المخابرة و المزارعة أسمان لعقد واحد كما فى المبسوط و المهذب و فقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و التحرير و غيرها إما مأخوذة من الخبير و هو الأكار أو من الخبر بكسر الخاء و هى الأرض اللينة أو من معاملة النبى صلى الله عليه و آله أهل خبير و هى مشروعة و جائزة عندنا كما فى المبسوط و السرائر و بلا خلاف من الإمامية كما فيه أيضا و إجماعا كما فى الإيضاح و الخلاف و فقه الراوندى و الغنية و التذكرة و المهذب البار و التنقيح و مجمع البرهان و المسالك و عليه أكثر علماء الإسلام كما فى الأخير و التذكرة و منع منها الشافعى و أبو حنيفة إلا فى مواضع مخصوصة و هى الأرض بين النخل إذا كان بياض الأرض أقل لرواية رافع بن خديج و قد قال زيد بن ثابت فى رده أنا و الله

(١) كذا فى النسخة و قد عرفت الحال فى بعض الحواشى السابقة (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٩٩

و لا بد فيها من إيجاب كقوله زارعتك أو عاملتك (١) أو أزرع هذه الأرض على إشكال (٢)

أعلم بالحديث منه و قال أحمد إنه ألوان تارة و ضروب أخرى و أخبارنا بها متضافرة كما ستسمع فى مطاوى الباب (قوله) (و لا بد فيها من إيجاب كقوله زارعتك أو عاملتك)

أو سلمتها إليك أو قبلتها و بالجملة كل لفظ يدل على تسليم الأرض للزراعة كما فى التذكرة و نحوه قوله فى الشرائع أو سلمتها إليك و ما يجرى مجراه و ما فى الكتاب و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و شبهه و ما أشبهه و هو الظاهر من كل من قال إنها عقد أو معاملة و لم يبين إيجابه و فى (مجمع البرهان) الظاهر أنه لا- خلاف فى الجواز بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا و هو كذلك لكن قد يظهر من التحرير قصر الإيجاب على زارعتك و سلمتك و أزرع و لعله ليس مراد (قوله) (أو أزرع هذه الأرض على إشكال)

الجواز بلفظ الأمر خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية و فى (الروضة) أنه المشهور و فى (الرياض) أنه مذهب الأ- كثر و قد عرفت أن المصرح بذلك قبل الشهيد الثانى اثنان لا ثالث لهما فيما أجد و من الغريب أن المصنف جزم بالجواز و الاكتفاء بذلك فى المساقاة و ظاهر الشرائع و التحرير و الإرشاد عدم الاكتفاء به هناك كما يأتى و عدم الجواز و الصحة خيرة الإيضاح و اللمعة فى ظاهرها أو صريحها و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروض «١» و المسالك و الروضة و الرياض (حجة الأولين) ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ فى الصحيح عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان أنه قال فى الرجل يزرع فيزرع أرض غيره فيقول ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض قال لا يسم شيئا من الحب و البقر و لكن يقول أزرع كذا و كذا إن شئت نصفًا و إن شئت ثلثًا و مثله فى الإتيان بصيغة المضارع ما رواه الشيخ فى الصحيح إلى خالد بن جرير عن أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السلام و لكن نقول لصاحب الأرض ازرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث و قد رواه الصدوق فى الفقيه معلقا عن أبى الربيع و فى (المقنع) مرسلا عن الصادق عليه السلام و فى (جامع المقاصد و المسالك) أن النضر بن سويد روى ذلك عن أبى عبد الله عليه السلام و ليس كذلك و إنما الموجود فى الوافى و الوسائل و الإيضاح و مجمع البرهان روايته عن عبد الله بن سنان الحديث المتقدم مضمرا بل فى مجمع البرهان أنه تتبع الكافى و التهذيب فما وجه رواية النضر عن عبد الله بن سنان (و قال فى

(الإيضاح) في توجيه الاستدلال بهذه الأخبار إذا جاز القبول بهذه الصيغة فجواز الإيجاب بالأمر أولى (قلت) في الأولوية نظر على أنه لا دلالة فيها على أن هذا هو العقد مع أنه لا تصريح فيه بالقبول فيمكن أن يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين ليتقرر الأمر بينهما نعم قال في تعليق الإرشاد إن بالجواز رواية لكننا لم نجد لها ولعله أراد صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق من هذا الماء واعمره ولك نصف ما خرج قال لا بأس ومثله سؤاله الآخر في هذا الخبر ويتم الاستدلال به بعدم القول بالفصل وفيه مثل ما سبق من أنه لا تصريح فيها بالإيجاب فيمكن أن يكون من جملة أقوال المتعاقدين لكنه ظاهره في التعليق أنها صريحة الدلالة أو ظاهرتها فيجب عليه إن كان أرادها القول بالجواز لمكان صحة الخبر

(١) كذا في النسخة وقد عرفت في الحواشي السابقة أنه يحتمل إرادة روض أبي الفتح الرازي و يؤيده تكرار ذكر الروض هنا وفي الإجارة وغيرهما ويعد السهو في جميع ذلك (مصححه)
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٠
أو سلمتها إليك للزرع وشبهه مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها (١) و من قبول و هو كل لفظ أو فعل دل على الرضا (٢) و هو عقد لازم من الطرفين (٣) لا يبطل إلا بالتقاييل لا بموت أحدهما (٤)

و عمل الجماعة به فلم يكن مرفوضا (و حجة القول الآخر) أن الشارع لم يضع للإنشاء إلا صيغة الماضي فلا يخرج بهذا العقد اللازم عن نظائره بما هو قاصر الدلالة مع اشتماله على الغرر والجهالة فيقتصر فيه على موضع اليقين و صحة إيجاب الرهن بهذا وثيقة للإجماع و هو هنا مفقود كما عرفت
(قوله) (أو سلمتها إليك للزرع بحصة معلومة من حاصلها)
قد تقدم الكلام في ذلك
(قوله) (و من قبول و هو كل لفظ أو فعل دل على الرضا)

صحة القبول بالفعل و لزوم العقد به خيرة تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية لحصول الدلالة به على الرضا و اختيار في التذكرة و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض أنه لا بد من القبول اللفظي و لا يكفي الفعلي لأنه لم يثبت كونه سببا ملزما عند الشارع لأن العقود اللازمة لا تسامح فيها بمثل ذلك و لم يذكر القبول في الشرائع و التحرير و لعل ظاهرهما الاكتفاء بالفعلي كالقولي (و ليعلم) أن المصنف في الكتاب في المساقاة ظاهره أو صريحه أنه لا بد من القبول اللفظي و يظهر من اللعة هناك الاكتفاء بالفعلي و هو ظاهر الإرشاد حيث تركه بالكلية و قد قال في التحرير هناك أنه لا بد من القبول كما ستسمع ذلك في باب المساقاة و قد تقدم لنا في باب الوديعة أن القبول الفعلي ليس بقبول و أن العقود عبارة عن الصيغة من الطرفين و أن تسمية ما اشتمل على القبول الفعلي عقدا مسامحة و إنما هو معاطاة لأنه إذا جاز التصرف بهذا القبول الفعلي لم يكن عقدا لأن ثمرة العقد جواز التصرف بعده لا به و لا قبله إلى غير ذلك من الوجوه التي ذكرناها هناك فتعين أنه لا بد هنا في لزوم العقد من اللفظ
(قوله) (و هو عقد لازم من الطرفين)

إجماعا كما في جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و في (الكفاية) أنه المعروف من مذهب الأصحاب و كأنه إجماع لأن الأصل في العقود اللزوم إلا- ما أخرجه الدليل للأمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم المؤمنون عند شروطهم

(قوله) (لا يبطل إلا بالتقاييل لا بموت أحدهما)

قد وقعت هذه العبارة في التذكرة و التحرير و الإرشاد و كذا الشرائع و التبصرة و في (النافع) و غيره أنهما لو تقايلا صح من دون حصر و في (المفاتيح) لا تبطل إلا بالتقاييل أو انقطاع الماء أو فساد الأرض و قد وجه الحصر في عبارة الكتاب صاحب جامع المقاصد بأنه في مقابلة قوله لا- بموت أحدهما قال فلم يرد أنها تبطل بغير ذلك كانقطاع الماء و فساد منفعه الإنبات في الأرض (و قال في المسالك) في توجيهه أى الحصر في عبارة الشرائع أن المراد من البطلان في قوله لا- تبطل إلا بالتقاييل البطلان المستند إلى اختيار المتعاقدين لأن ذلك هو المفهوم عند إطلاق العقد اللازم و الجائز بقريئة التقاييل فإنه أمر اختياري و ينه عليه عدم بطلانه بالموت بجعله جملة مستقلة حيث قال و لا- تبطل بموت أحد المتعاقدين (و كيف كان) فالظاهر أنه لا خلاف في البطلان بالتقاييل كما في الرياض و في (مجمع البرهان و الكفاية) كأنه إجماع (قلت) و أدلة استحباب الإقالة تشمله بعمومها و أما عدم بطلانها بموت أحدهما فقد قال في جامع المقاصد إنا لا نعرف خلافا في أن المزارعة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين و في (الكفاية) أنها لا تبطل به عندهم مؤذنا بدعوى الإجماع أيضا و لعل دليله الأصل و الاستصحاب و أن ذلك مقتضى اللزوم و قد جزم المصنف هنا و في المساقاة بأنهما لا تبطلان بالموت في الكتاب و التذكرة و التحرير و الإرشاد و بعدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠١

و لا بد في العقد من صدوره عن مكلف جائز التصرف (١) و لو تضمن العقد شرطا سائغا لا يقتضى الجهالة لزم (٢)

البطلان هنا جزم الشهيدان في اللمعة و الروض «١» و الروضة و المقدس الأردبيلي و ظاهر إيضاح النافع و جامع المقاصد الإجماع على أنها لا تبطل بالموت في المساقاة حيث قال في الأول عليه الفتوى و في الثاني لا نعرف فيه خلافا و بالحكم المذكور في المساقاة جزم أيضا في مجمع البرهان و الروض و جزم المحقق في كتابيه هنا بعدم البطلان بالموت و قال في باب المساقاة فيهما أنه أشبه و في (الكفاية) أنه المشهور و لعل ذلك لمكان قول الشيخ في المبسوط في المساقاة أنها تبطل بالموت عندنا كالإجارة و قد قال في الرياض أن قول الشيخ شاذ و قال إن القول بعدم البطلان أشهر و كأنهما لا يجتمعان فتدبر و قد أحال الحال في المساقاة كاشف الرموز و أبو العباس في كتابيه و الفاضل المقداد على الإجارة و قد استوفينا الكلام فيها أكمل استيفاء و يأتي في باب المساقاة ما له نفع في المقام (و كيف كان) فإذا مات المالك أتم العامل و إن مات العامل قام وارثه مقامه إن شاء و إلا استأجر الحاكم من ماله أو على ما يخرج من حصته من يقوم به إلا- إذا اشترط على العامل أن يعمل بنفسه و مات قبل الظهور فتبطل بموته و لا كذلك ما إذا مات بعده لسبق ملكه و ربما قيل بالبطلان بموته في هذه الصورة مطلقا و لو بعد ظهور الثمرة و يشكل بأنه قد ملك الحصه بظهورها إلا- أن يقال بأن ملكها متزلزل فلا يستقر إلا بتمام العمل فلو مات قبله انتفى ملكه لها على نحو ما قيل في المضاربة فليتأمل و ليلحظ كلام جامع المقاصد في ذلك فإن فيه إجمالا و تمام الكلام يأتي بلطف الله و بركة آل الله صلى الله عليه عند تعرض المصنف له في الركن الثالث من أركان المساقاة

(قوله) (و لا بد في العقد من صدوره من مكلف جائز التصرف)

هذا مما لا ريب فيه عندنا في كل العقود فلا يصح عقد الصبي و المجنون و السفية و المحجور عليه بالفلس و قد تقدم الكلام في أن عبارة الصبي ملغاة و إن كان مميزا

(قوله) (و لو تضمن العقد شرطا سائغا لا يقتضى الجهالة لزم)

الشرط السائغ هو الذى لا يمنع منه الكتاب و السنه و هذا على قسمين قسم يقتضى جهالة نصيب كل واحد منهما مثل أن يشترط أحدهما نصيبا مجهولا و اشتراط قفران معلومة من الحاصل فهذه جهالة زائدة على القدر الذى امتاز به عقد المزارعة و هل يخرج بهذا الشرط ما ينافى مقصود المزارعة لأنه غير سائغ بالنسبة إلى هذا العقد احتمالا ذكرهما في جامع المقاصد و الظاهر أن ذلك يقع على نحوين فإنه تارة يراد بالسائغ ما لا ينافى مقتضى العقد و أخرى ما لا ينافى المشروع و الأول يحتاج إلى قيد عدم الجهالة و هو الغالب

فى كلامهم لأن الضابط فى غير السائغ بالنسبة إلى العقود ما نافى مقتضاها و الضابط فيما نافى مقتضاها ما وضحت منافاته للأثر الذى جعل الشارع العقد مقتضيا له و قسم لا يقتضى ذلك كعمل رب الأرض أو غلامه أو عمل العامل فى شىء آخر و قد أشير إلى ذلك فى المبسوط و غيره ببيان ما يصح منها و ما يفسد بل قد قسم فى التحرير الشروط على نحو ما قلناه و قد جزم فى جامع المقاصد هنا بأن المراد بالسائغ الجائر و قال فى مساقاة الكتاب إن أراد بالسائغ مطلق الجائر شرعا لم يحتج إلى التقييد بقوله لم يتضمن جهالة لأن المتضمن للجهالة غير جائز و إن أراد به غير المحرم فى نفسه فعليه أن يقيده بعدم منافاته لمقتضى العقد فإنه جائز بالنظر إلى نفسه لا إلى العقد انتهى

(١) كذا وجدنا و قد عرفت الحال (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٢

و لو عقد بلفظ الإجارة لم تنعقد و إن قصد الإجارة أو الزراعة (١) نعم يجوز إجارة الأرض بكل ما يصح أن يكون عوضا فى الإجارة و إن كان طعاما إذا لم يشترط أنه مما يخرج من الأرض (٢)

(و حاصله) أنه لا بد أن يراد بالجائر إما الجائر بالنسبة إلى هذا العقد أو الجائر فى نفسه مع قطع النظر عن العقد (و نحن نقول) ليس المراد به الثانى و لا الأول مطلقا بل المراد بالسائغ ما لا ينافى مقتضى العقد كما تقدم أعنى الأثر الذى جعل الشارع العقد مقتضيا له و هو استحقاق الحصه مثلا و نحو ذلك و ما اقتضى الجهالة لا ينافى مقتضى العقد بهذا المعنى فلا بد من ذكره فليلاحظ جيدا و قد اعترض بمثل ذلك على مثل ذلك فى باب البيع مع أنه قد وقع ذلك للمحقق و المصنف و الشهيدان و أبى العباس (قوله) (و لو عقد بلفظ الإجارة لم ينعقد و إن قصد الإجارة أو الزراعة)

يريد أنه إذا عقد المزارعة بلفظ الإجارة لم تصح سواء قصد حقيقة الإجارة أو قصد بذلك المزارعة أما إذا قصد الإجارة فلأن العوض مجهول و أنه مشروط من نماء الأرض و النمء معدوم و مع ذلك مشروط من معين قد لا يحصل و مثله لا يجوز بل يجب أن يكون المشروط منه العوض فى موضع الصحة مما يندر عدم حصوله حتى يكون الغالب صحة العقد و هذا أعنى عدم صحة الإجارة حينئذ هو معنى ما فى الشرائع و التذكرة و التحرير «١» و الكفاية لو كان أى النصف و الثلث بلفظ الإجارة لم تصح لجهالة العوض و هو الذى فهمه صاحب الروض «٢» و صاحب مجمع البرهان من قوله فى الإرشاد و لو أجره بالحصه بطل و لا تأمل لأحد فى ذلك و قد مثله فى التذكرة بما إذا قال آجرتك هذه الأرض مدة معينة بثلث ما يخرج منها (و قال فى المسالك) فى شرح كلام الشرائع لا إشكال فى عدم وقوع المزارعة بلفظ الإجارة لاختلاف أحكامهما فإن الإجارة تقتضى عوضا معلوما و يكفى فى المزارعة الحصه المجهولة و قضية أول كلامه هذا أنها لا تنعقد مزارعة و قضية آخره أنها لا تنعقد إجارة فليلاحظ ذلك و أما عدم انعقادها مزارعة إذا قصد بلفظ الإجارة المزارعة فلأن لكل عقد لفظا متلقى هو سبب شرعى توقيفى فلا يصح استعماله فى عقد آخر و إفادته فائدته و يأتى للمصنف فى المساقاة فى مثل المسألة استشكل و يأتى فى ذلك فى كلام جامع المقاصد خلل و اضطراب (و قال فى مجمع البرهان) لا مانع من وقوع المزارعة بلفظ الإجارة مع القصد إلى المزارعة و القرين و الإتيان بجميع شرائطها فإن غايته كونه مجازا و لا فساد فيه و قال أيضا و يدل عليه مثل ما فى صحيحة أبى المعزى عن أبى عبد الله عليه السلام أما إجارة الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه إلا أن تؤجرها بالربيع و ما فى حسنة الحلبي عنه عليه السلام لا تقبل الأرض بحصه مسماء و لكن بالنصف و غيرها انتهى

(قوله) (نعم يجوز إجارة الأرض بكل ما يصلح أن يكون عوضا فى الإجارة و إن كان طعاما إذا لم يشترط أنه مما يخرج من الأرض) هذا دفع لما قد يتوهم من قوله و لو عقد إلى آخره من عدم جواز الإجارة بالطعام و معناه أن العوض فى الإجارة كما يصح أن يكون غير طعام كذا يصح أن يكون طعاما لأنه لا ريب فى أنه صالح لأن يقابل بالمال لكن يشترط فى صحة الإجارة أن لا يكون ذلك

الطعام الذي هو الأجره مشروطا كونه مما يخرج من الأرض لأنه لا يجوز اشتراط كونه مما يخرج منها كما في الخلاف و المبسوط و السرائر و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و لا يصح كما في إيضاح النافع

(١) الذي كان في النسخة و العزیز فالظاهر أنه تحريف التحرير (مصححه)

(٢) كذا في النسخة و قد عرفت الحال (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٣

.....

و الكتاب في آخر الباب و يكون حراما كما في التذكرة و الرياض و ممنوعا منه كما في الشرائع و كذا المسالك و باطلا كما في التحرير و الكل بمعنى واحد و هو ظاهر أبي علي و في (الكفاية) أنه لا يخلو عن قوة و ظاهر الخلاف الإجماع على عدم الجواز و هو أى الإجماع ظاهر التنقيح حيث قال قطعا و في (المسالك) أنه المشهور و في (مجمع البرهان و الرياض) أنه مذهب الأكثر و في (التبصرة و المختلف و المفاتيح و النافع) أنه مكروه على ما هو موجود في بعض نسخ الأخير حيث إن فيه يكره إجارتها بالحنطة و الشعير مما يخرج منها و هو ظاهره على ما في أكثر النسخ حيث ترك فيها قوله مما يخرج منها و هو ظاهر النهاية في أول الباب و ظاهره في موضع آخر الجواز مطلقا و لعله أشار إليه بقوله في التحرير و قيل يكره لأنه لم تجر له عادة في النقل عن المحقق و لا أجد أحدا أشار إليها قبله غيره (قال في النهاية) يكره أن يزارع بالحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و ليس ذلك بمحظور فإن زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الأرض مما يزرعه في المستقبل بل يجعل ذلك في ذمة المزارع (و قال في المختلف) بعد حكايته إن أراد بقوله يكره أن يزارع إلى آخره المزارعة فهو ممنوع و إن قصد به الإجارة فهو حق و صاحب التنقيح فهم من عبارة النهاية معنى آخر و هو أنه ليس للمالك أن يزارع العامل بأن يجعل له قدرا معلوما في ذمته و لا ينسب إلى حاصل الأرض (قلت) هذا المعنى قد يظهر من الوسيلة و كيف كان فعبارة النهاية غير جيدة بأي معنى أردت و قد سكت كاشف الرموز و أبو العباس في كتابيه على ما في النافع على النسختين و لا تصغ إلى قوله في الرياض أنه ظهر له من تتبع أن لا قائل بما في النافع و قد ذهب القاضى إلى المنع من ذلك كما عليه المعظم و إلى المنع أيضا فيما إذا وقعت الإجارة مطلقا أو على حنطة من غيرها إذا كان قد زرعها حنطة كما ستعرف فهو قائل بالمنع في الصور الثلاث و في (المسالك) أن قوله لا- يخلو عن قوة و المشهور كما في المسالك و الكفاية و المفاتيح أن الإجارة إذا وقعت مطلقا أو على حنطة من غيرها كانت مكروهة و في (المختلف) أنه أشهر و ظاهر الخلاف أو صريحه الإجماع على ذلك و بالكرهه في صورتين الأخيرتين صرح في التذكرة و التنقيح و الرياض و قد سمعت إطلاق النافع و قال أبو علي من استأجرها بحنطة مضمونة لم نستحب له أن يزرعها حنطة (حجة القائلين بالمنع) فيما إذا اشترط كونه منها (ما رواه) الشيخ في الصحيح عن أبي بردة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدرهم المعلومه قال لا بأس قال و سألته عن إجارتها بالطعام فقال إن كان من طعامها فلا خير فيه و مثله الخبر المروى في الكافي و التهذيب عن الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام سؤالا و جوابا حرفا فحرفا و المناقشة في ذلك بضعف السند و الدلالة لم تصادف محزها لانجبار الأول بالشهرة المعلومه و المنقولة و الإجماعين الظاهرين من الخلاف و التنقيح مع أن أبا بردة كان فصيحاً ملازماً لأبان بن تغلب و عنه أخذ بالإطلاق ينصرف إلى هذا الممدوح بهذا المدح و هو ميمون مولى بنى فزاره و هو متحد على الظاهر مع ابن رجاء و ما في الرياض و كذا الكفاية من أنها صحيحة إلى صفوان و إذا صحت إليه لا يضرها ضعف من بعده لكونه ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه فغير جيد و لا متجه لأنه نشأ من عدم الوصول إلى المراد من هذه الكلمة كما تقدم التنبيه عليه مرارا و الخير نكرة في سياق النفي و الذي لا خير فيه أصلا هو الحرام و لا- تصغ إلى ما في المسالك من أن عدم الخير لا يبلغ حد المنع فإن المباح و المكروه لا يوصفان بالخير و لا

.....

(لأننا نقول) يشهد على الجمع الأول مع موافقته الاعتبار والقواعد واعتضاده بالشهرات والإجماعات خبر الوشاء المتقدم آنفا كما عرفت وهو حسن كالصحيح وقد دار خبر العلل في سنده بين أمور ثلاثة كما عرفت وما يرد تعليل العلل لتعليل المنع في موثقتي أبي بصير المرويتين في الجوامع الكبار اللاتي عليها المدار بأنهما ليسا بمضمونين دون النقيدين فإن ذلك إنما يتجه في ما إذا كانت الأجرة من تلك الأرض لأنه يمكن أن لا يخرج منها شيء بخلاف النقيدين الثابتين في الذمة بمجرد العقد كما أن الطعام من حنطة أو شعير إذا لم يكن مشروطا بكونه منها بل كان خارجا عنها يكون بمجرد العقد مضمونا وهذا يقطع عليك القول بأن خبر العلل معتضد بصحيحة الحلبي لأن هذا التعليل في الموثقتين تعليل للمنع عن إجارة الأرض بالطعام على الإطلاق وهو يقضى بأن الإطلاق يراد به المقيد بذلك القيد بالأولى أن يراد هذا القيد في صحيحة الحلبي واعتراض على ما ظهر من بعض الأخبار واستند إليه بعض الأصحاب في بيان الوجه في المشهور بأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم وربما لا يخرج شيء أو يخرج بغير ذلك الوصف ومن ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك بأنه يشكل فيما لو كانت الأرض واسعة لا تخيس بذلك القدر عادة فلا يتم إطلاق المنع (وفيه) أن الأخبار تنزل على الغالب ومن النادر استئجار أرض الكوفة بمقدار يخرج منها ولذا اشتراطوا في السلف أن لا يكون من قرية معينة أو قراح معين كما ذكره المستدل فلا ينبغي الاعتراضات على الأمور الواضحات مع التصريح بها في الأخبار بقي شيء وهو أن المطلق والمقيد إذا كانا منفيين فقد حكى الإجماع في المعالم وغيرها أنه لا يلزم الجمع بل يبقى المطلق على إطلاقه و مثله بقولنا لا تعتق مكاتبا كافرا «١» قال في (المسالك) وبملاحظة ذلك يتخرج على ذلك فساد كثير وقال إن النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه وفيه نظر من وجوه (الأول) أن المقيد فيما نحن فيه قد اشتمل على شرط ومفهومه يقضى بجواز إجارة الأرض بحنطة من غيرها فالإجماع المذكور إن تم منزل على ما إذا لم يكن هناك شرط (الثاني) أن الإجماع المذكور غير مسلم إلا في خصوص المثال بل بعض متأخري الأصوليين كسلطان المحققين منعه أو تأمل فيه في خصوص المثال لمكان مفهوم الصفة ومولانا المقدس الأردبيلي تأمل في فقهه في هذا الإجماع وبنى على خلافه (وقال في القوانين) إن الحكم بوجود العمل بالمطلق والمقيد هنا لا يتم إلا بفرضهما عاما وخصوصا والظاهر أن اتفاقهم على ذلك مبنى على مثالهم المشهور وإلا فعلى فرض إرادة الماهية من المطلق لا بشرط فيمكن الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد (قلت) وقد وجدنا الفقهاء في أبواب الفقه لا يختلفون في ذلك ومن ذلك ما نحن فيه إن لم نعتبر الشرط وما ورد في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص بتحريم بيع المكييل والموزون كذلك حيث جمع الأ-كثر بينهما بحمل المطلق أعنى المكييل والموزون على المقيد أعنى الطعام الذي هو الحنطة خاصة أو هي والشعير خاصة وكم من حكم خالفوا فيه أصولهم أو لا تراهم يقولون في أصولهم إن النهي في المعاملات لا يقتضى الفساد واختلفوا فيه في العبادات مع أنهم في الفقه أطبقوا على اقتضائه الفساد فيهما إلى غير ذلك وقد ظهر مما حررناه في المقام أن الأصحاب مطبقون على خلاف ما هو ظاهر النهاية والنافع أو صريحه و صريح التبصرة من

(١) وغير المثال في المعالم تبعا لشارح الشرح بلا تعتق لا تعتق المكاتب الكافر حيث لا يقصد الاستغراق وهو غير جيد كما بين في محله (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٦

و يكره أن يشترط مع الحصه شيئا من ذهب أو فضة (١)

الحكم بالكراهية فيما إذا شرط كونه منها وأنهم لا يختلفون في حرمة ذلك وأن الأخبار لا دلالة فيها على الكراهية وأن المراد من

قوله لا- خير فيه أنه حرام كما ظهر أن لا خلاف فى جواز إجارتها بطعام من غيرها مغاير لما زرع فيها و أن جماعة قالوا بالكراهية فى ذلك و فيما إذا اتحد الجنس و لعلهم استندوا إلى إطلاق الأخبار بالنهى عن مؤاجرتها بالطعام مطلقا لأن كان يحتمل تناوله لهاتين الصورتين و إن ضعف لوجود ما يدل على تقييدها بما إذا كان منها لمكان المسامحة فى إثبات الكراهية و الاكتفاء فى ذلك بالاحتمال و إن ضعف بل يكتفى فيها بالعلم بالصدور عن المعصوم و إن علم أنه مقيد أو مسوق لغير ذلك و لمكان شبهة الخلاف من القاضى فى الثانى

(قوله) (و يكره أن يشترط مع الحصه شيئا من ذهب أو فضة)

كما فى جامع الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و قد حكى ذلك فى المختلف عن الشيخ و لعله فهمه مما ستسمعه عنه فى المساقاة و فى (الوسيلة و الشرائع و التذكرة و المختلف و الكتاب فيما يأتى و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و اللعنة و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح) أنه لو شرط شيئا يضمنه من غير الحاصل صح و جاز و فى الأربعة الأخيرة أنه المشهور و حكى فى هذا فى الشرائع و التذكرة و المختلف و الإيضاح عن بعض أصحابنا القول بالمنع و قد اعترف جماعة منهم بعدم معرفة القائل به و يأتى تمام الكلام عند تعرض المصنف له و فى (المقنعة و المراسم و النهاية و المهذب و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللعنة و المهذب البارع و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الرياض و كذا الكفاية و الإيضاح) أنه يكره أن يشترط رب الأرض على المساقى شيئا من ذهب أو فضة و فى (الكفاية) أنه المشهور و فى (جامع المقاصد و المسالك و كذا الرياض) نفى العلم بالخلاف فى ذلك (قلت) لا تصريح بالكراهية فى الكافى و فى (المهذب) أن الأحوط تركه و يأتى تمام الكلام فى هذا و فروعه فى بابه عند تعرض المصنف له (و من الغريب) أنهم جميعا إلا من شذ تعرضوا لهذا الاشتراط فى المساقاة مع أنه لم يرد بذلك خبر و أن الأقدمين لم يتعرضوا لذلك فى المزارعة مع ورود خبر بذلك رواه المحمديون الثلاثة فى الصحيح فى الكافى و التهذيب عن محمد بن سهل بن اليسع عن أبيه قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل يزرع له الحراث الزعفران و يضمن له أن يعطيه فى كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما فربما نقص و غرم و ربما زاد و استفضل قال لا بأس به إذا تراضيا و الظاهر حسن حال محمد لأن له كتابا و مسائل و روى عنه أحمد فى الصحيح و لم يستثن من كتاب نواذر الحكمة و قد ذكر فى جميع الطرق إلى أبيه فالحديث حسن أو قوى معتبر ظاهر الدلالة و إن تم ما فى الروضة من دعوى الشهرة كما هو الظاهر لأن كان ما نحن فيه و ما حكيناه عن الوسيلة و ما ذكر بعدها من سنخ واحد لأن الظاهر عدم الفرق بينهما و بين غيرهما من الحنطة و الشعير و غيرهما كانت الشهور الأربع جابرة لسنده إن كان فيه ضعف بل و لدلالته إن كان فيها قصور و قد اعترف بدلالته الخراسانى و الكاشانى و كذا صاحب الرياض مضافا إلى الأصل المستفاد من عمومات الأدلة بإيجاب الوفاء بالشرط و العقود و لا- غرر و لا- جهل و ليس من النماء الذى يشترط فيه أن يكون مشاعا فكان الأصل و العمومات سالمين عن المعارض و قد يعتذر عن تعرض الأصحاب لهذا الفرع فى المساقاة لمكان إطباق العامة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٧

[الثانى تعيين المدة]

الثانى تعيين المدة و لا بد من ضبطها بالشهور و الأعوام (١)

على بطلانه لكنه لا يجدى بالنسبة إلى المقنعة و النهاية و المراسم اللاتى هى متون أخبار و الأمر سهل هذا و قد قال الشهيد الثانى إنه حيث يصح يكون قراره مشروطا بالسلامة كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة فى البيع و إنه لو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه لأنه كالشريك و إن كانت حصته معينة و احتمال أن لا يسقط شيء بذلك عملا بإطلاق الشرط إلا أن يكون هناك عرف يوجب الصرف

إلى الأول فيتبع و بعدم السقوط صرح في الكافي كما يأتي و هو ظاهر الباقيين و هو الأقوى كما يأتي في المساقاة (و نحن نقول) لعل الوجه في كونه مشروطا بالسلامة أنه لو لا ذلك للزم الضرر بذهاب تعب و دفع ما شرط فيكون أكل مال من دون عوض فيدخل تحت أكل المال بالباطل و قد استنهضنا في باب المساقاة انعقاد الإجماع على ذلك و قد يكون المراد بالسلامة السلامة العرفية العادية بحيث لا يكون الناقص شيئا معتدا به عرفا و عادة لكن يأتي لجماعة في باب المساقاة أن قراره مشروط بعدم التلف أو عدم الخروج و فرق بينهما و بين اشتراط السلامة العرفية كما يأتي تحريره هناك فلا بد أن يراد السلامة في الجملة ليوافق عدم التلف و إطلاقهم يقضى بعدم الفرق بين كون الذهب أو الفضة أكثر من الحصص أو دونه و أما الكراهية فالظاهر انعقاد الإجماع عليها في المساقاة و لا فرق و لا فارق و إلا فالخبر خال عنها إلا أن يفهم من قوله عليه السلام لا بأس فإنه كثيرا ما يستعمل في الكراهية و قد توجه بجواز كون الخارج بقدر الشرط أو أقل فيكون عمله ضائعا موجبا للضرر المنفي عقلا و شرعا و فيه نظر ظاهر إذ لو كان الشرط أكثر من الحصص أو مثلها علما أو ظنا بل و احتمالا يكون سفيها و العقد باطلا إلا أن يفرض له نفع آخر يعتد به فليتأمل و تمام الكلام يأتي في باب المساقاة بعون الله تعالى و لطفه و بركة خير خلقه محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم و لو كان الشرط للعامل على المزارع (المالك خ ل) احتمال قويا عدم سقوط شيء لأن العوض من قبل العامل قد حصل و قد قال به أو مال إليه في مساقاة جامع المقاصد و مجمع البرهان و احتمال المساواة بينه و بين عكسه كما أنه يحتمل كراهية الاشتراط و عدمها و في (مساقاة التذكرة و التحرير) يكره أن يشترط أحدهما لنفسه ذهابا أو فضا و يحتمل الفرق في ذلك بين المزارعة و المساقاة لمكان نعمه «١» شجر البستان كما يأتي إن شاء الله تعالى

(قوله) (الثاني تعيين المدة و لا بد من ضبطها بالشهور و الأعوام)

كما في الشرائع و التحرير و التذكرة و غيرها مما تأخر عنها و هو معنى ما في المقنعة و المراسم و الكافي و المبسوط و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و الإرشاد و مجمع البرهان و غيرها من أنه لا بد من تعيين المدة (و قال الصادق عليه السلام) في خبر أبي الربيع الشامي يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماء و في (التذكرة) الإجماع على أنها لا يجوز مع جهالة المدة و نقل في مجمع البرهان في المساقاة أنه قد حكى الإجماع على البطلان مع الخلو عن المدة مطلقا و هذا الإجماع حكاة في المسالك في المساقاة قال و اعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة أما تركها رأسا فيبطل العقد قولاً واحدا فترك التعرض للمدة هنا في النهاية و الخلاف و اللعمه و الروضة ليس بمخالفة إذ لعلهم يكتفون بتعيين المزروع عنها أو يقولون إن الأمر في ذلك واضح و صريح المفاتيح و الرياض أن هناك جماعة منا مصرحين بعدم اشتراط تعيين المدة و الاكتفاء بتعيين المزروع عنها

(١) كذا في النسخة فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٨

و لا يكفي تعيين المزروع عنها (١) و تجوز على أكثر من عام واحد من غير حصر إذا

و لم نجد لأحد منا و لا من العامة و إنما ذكر ذلك في الشرائع و التذكرة و غيرها وجهها و احتمالا و لم يقل أحد غيرهما إنه قول

(قوله) (و لا يكفي تعيين المزروع عنها)

هذا هو الأشبه كما في الشرائع و الأقوى كما في التذكرة و الأقرب كما في التحرير و المسالك و كذا الرياض و المفاتيح لأن مقتضى العقد اللانزم ضبط أجله لأن ما خالف الأصل و احتمال الغرر و الجهالة يجب الاقتصار فيه على موضع اليقين فكان إلحاقها بالإجارة أولى و أشبه من إلحاقها بالقراض و لا- ترجيح في الكفاية و عن أبي علي في المساقاة الاكتفاء في التقدير بحصول الثمرة و في (المسالك) أنه لا يخلو من وجه و في (مجمع البرهان و الكفاية) أنه غير بعيد للضبط عادة في الجملة كالقراض و للأصل و عمومات

الأدلة والأول فيهما أشبه بأصول المذهب و أوفق بالضوابط الشرعية و التنظير بالقراض غير متجه لمكان جوازه و لزومهما و لأن التوقيت يخل به لأنه ليس للريح وقت معلوم وربما لا يحصل في المدة المقدرة و يمكن أن يقال إن التأقيت بالزمان يشترط فيه العلم أو الظن بالإدراك فإذا تعرض للمقصود كان أولى فتأمل و قد استدلل لأبي علي في المختلف في المساقاة بصحيفة يعقوب بن شعيب و أجاب عن الاستدلال بها بجواب ضعيف و قد أوضحنا ذلك في باب المساقاة فليلاحظ و قال في (الرياض) ما ملخصه إذا لم يعين المدة بطل خلافا لبعض متأخري الأصحاب إذا عين المزروع مدعيا على خلافه الوفاق و جعله في الشرائع و غيره وجهها و لم يذكره قولاً و فيه نوع إشعار بالوفاق كما ادعاه فإن تم كان هو الحجة و إلا فما اختاره من عدم اعتبار ذكر المدة في تلك الصورة لا يخلو عن قوة انتهى و هو فاسد من وجوه و ذلك لأن هذا البعض هو صاحب المسالك قال فيه في باب المساقاة بعد نقل كلام ابن الجنيدي و قد سمعته أنه لا يخلو من وجه و قال بعده من دون فاصله و اعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة أما تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً انتهى و كلامه هذا في المساقاة و صاحب الرياض جعله في المزارعة و الظاهر أن بينهما فرقا عندهم لأن أبا علي ما خالف في المزارعة في الصورة المذكورة و خالف فيها في المساقاة و مال جماعة إلى قوله في المساقاة و لم يمل إليه أحد في المزارعة و إنما جعل في الشرائع و غيرها وجهها كما عرفت ذلك كله لكن الظاهر عندنا عدم الفرق بينهما في ذلك ثم إن جعله وجهها في الشرائع في المزارعة كيف يشعر بالوفاق الذي ادعاه في المسالك في المساقاة و لم يذكر في المساقاة في الشرائع في ذلك شيئاً ثم إن قضية كلام الرياض أن صاحب المسالك ادعى الإجماع على خلاف تلك الصورة و خالفه و ليس كذلك و إنما الإجماع الذي ادعاه إنما هو فيما إذا ترك المدة رأساً لا بتصريح و لا بإشارة و لا تلويح و هو تام لا ريب فيه لأحد و الصورة المذكورة لم تترك المدة فيها رأساً بل أشير إليها و نبه عليها بتعيين المزروع الذي من شأنه أن تكون مدة إدراكه نصف سنة مثلاً فكيف يقول إن تم كان هو الحجة و يجعل الصورة المذكورة مخالفة له ثم إن صاحب المسالك لم يحكم بذلك و إنما قال لا- يخلو من وجه و ما كان صاحب المسالك ليخالف الإجماع الذي هو حصله و قطع به من دون تقادم عهد بل من دون فاصله أصلاً و بالجملة لا ريب في حصول الغفلة لصاحب الرياض و إن قلت إنه أراد ببعض المتأخرين مولانا الأردبيلي قلنا ما زاد في مجمع البرهان على حكاية ما في المسالك و نفى البعد عنه

(قوله) (و تجوز على أكثر من عام واحد من غير حصر إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٠٩

ضبط القدر (١) و لو شرط مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناً صح (٢) و لو علم القصور فإشكال (٣) و لو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرش أو التبقية بالأجرة سواء كان بسبب الزرع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغير الأهوية و تأخر المياه (٤)

ضبط القدر)

كما في جامع المقاصد و هو قضية إطلاق كلام الباقيين و به صرح جماعة في باب المساقاة و يدل عليه الأصل و العمومات و قد روى الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في القبالة أن يأتي الرجل الأرض الخربة فيقبلها من أهلها عشرين سنة فإن كانت عامرة الحديث و روى الحلبي أيضاً في الحسن كالصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة و أقل من ذلك و أكثر و قد روى ذلك الحلبي أيضاً في الحسن كالصحيح في متن آخر و في خبر أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل أي وجوه القبالات أحل قال يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماء و حينئذ فيجوز أن يساوى بين السنين بالحصص و أن يفوت بينها مع تعيين ما يخص كل واحدة و من الغريب عدم تعرض المعظم له مع ورود الأخبار به (قوله) (و لو شرطاً مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناً صح)

كما في جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و الرياض و في (المفاتيح) نسبته إلى القيل و ليس في محله و لعله بالنسبة إلى مجموع ما ذكر و الوجه في ذلك في صورة القطع ظاهر و أما في صورة الظن فوجود المقتضى و انتفاء المانع و الظن مناط الشرعيات و يأتي في المساقاة أنه لو ظن في المدة حصول الثمرة صح العقد مصرحاً به في أربعة عشر كتاباً (قوله) (و لو علم القصور فإشكال)

أقواه و أصح عدم الصحة كما في الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الرياض لأن الأجل الناقص خلاف وضع القبالة و تفويت الغرض منها لأن العوض في المزارعة هو الحصّة من النماء و لا يتحقق في المدة الناقصة فيبقى العقد بغير عوض حاصل عند انتهاء المدة و يأتي في المساقاة للمصنف الجزم بالبطلان مع العلم بالقصور و الظن و التساوى و قد حكينا هنا عن عشرة كتب أو أكثر و مستند الصحة عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أنه يمكن التراضى على الإبقاء بعد ذلك و أنه زرع بحق فيجب إبقاؤه و العموم لا يتناول العقد الخالي عن العوض و التراضى غير لازم فلا يعلق عليه شرط اللازم و الثالث أو هن شيء لكن قد يقال إن الصحة ظاهر إطلاق المقنعة و المراسم و المبسوط و الكافي و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شروحه و التنقيح و غيرها حيث قيل فيها لا بد من تعيين المدة و نحو ذلك و هو يتناول ما إذا كانت ناقصة عن الإدراك أو زائدة أو مساوية بل لا نجد إشكالا و لا خلافاً إلا ممن عرفت إذ هذا الإطلاق موجود في جميع الكتب إلا النهاية و الخلاف و اللمعة و الروضة إلا أن يقال إن المتبادر من إطلاق المدة للزرع إنما هو غير الناقصة و لعله كذلك و يأتي في المساقاة الكلام في الأجرة على التقديرين

(قوله) (فلو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقية بالأجرة سواء كان بسبب الزرع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله سبحانه كتغير الأهوية و تأخر المياه)

أما أن للمالك الإزالة فهو خيرة الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الروض و المقنعة و مجمع البرهان و اللمعة و الروضة و الكفاية و الرياض و لا فرق في ذلك بين كون التأخير من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٠

.....

الزرع أو من الله سبحانه كما هو صريح الستة الأول و ظاهر الخمسة الأخيرة و ظاهر الجميع أن ذلك بدون الأرض بل هو صريح بعضها كالمسالك نعم احتمال في مجمع البرهان ثبوت الأرض خصوصاً إذا كان من الله سبحانه و لم يحكم بثبوته و لا عدمه في الروضة و توهم في الرياض فظن أن القائل بالإزالة قائل بها مع الأرض و إن لم يصرح به و ستسمع أن أدلتهم قاضية بأن ذلك بدون الأرض و في (التذكرة) أن الأقرب منعه من الإزالة و به جزم في جامع الشرائع و فصل في جامع المقاصد في أول كلامه فقال إن كان التأخير بتفريط الزارع كان للمالك الإزالة لأنه عند الانتهاء كالغاصب و إن كان بغير تقصير منه يجب الإبقاء إلى الإدراك (قلت) و بهذا التفصيل جزم المصنف في الكتاب و التذكرة و التحرير و الشيخ في المبسوط و المحقق الثاني في جامع المقاصد في باب الإجارة «١» كما تقدم بيانه مسبقاً لكنه في جامع المقاصد بعد ذلك جعل الإبقاء إذا كان التأخير بغير تقصير احتمالاً و جزم بوجود الأرض حينئذ إذا قلع و المصنف هنا قرب أن له الإزالة مطلقاً مع الأرض مطلقاً و لم يوافق على الحكم الثاني أحد فيما أجد لا ما احتمله في مجمع البرهان و قد سمعت ما في جامع المقاصد و لا ترجيح في الإزالة و عدمها في الإيضاح و المفاتيح و في (الرياض) أن الأحوط الإزالة مع الأرض و أحوط منه عدم الإزالة مطلقاً و هو لا يتم فيما إذا كان التقصير من الزارع و ورثه مالك الأرض صغاراً و الأرض قابلة للزرع ثانياً هذا تحرير كلام الأصحاب في الباب و الظاهر اتفاقهم على صحة العقد في نفسه لمكان اجتماع الأمور المعبرة فيه و إنما اختلفوا في غيره كما عرفت (و لا- يقال) إن قضية كلامهم السابق بطلان العقد حيث يكون التأخير من الزارع لأن ذلك فيما إذا علم القصور حال العقد و الحق ما فصله في جامع المقاصد كما تقدم بيانه في باب الإجارة (و ما عساه يقال) إن ذاك حكم الإجارة و

المزارعة تخالفها فى ذلك (لأننا نقول) إذا جرى هذا التفصيل فى الإجارة فالأولى أن يجرى فى المزارعة لأن البلوغ هو المقصود فى المزارعة ولهذا لا يجوز على الأصح المزارعة على مدة لا يدرك فيها الزرع كما عرفت آنفاً و يجوز ذلك على الأصح فى الإجارة فإذا جازت له الإزالة فى الإجارة حيث يكون مفراطاً و قد جوزوا فيها الاستئجار مدة لا يدرك فيها فالأولى أن تجوز فى المزارعة التى لا يجوز فيها ذلك فليتأمل فيه جيداً و إذا وجب الإبقاء بالأجرة فى الإجارة التى قد يقصد فيها الإدراك و قد لا يقصد و يكون الزرع فيها مجازاً حيث لا تقصير منه فالأولى أن يجب فى المزارعة التى لا يراد منها إلا الإدراك الملحوظ فى أول المعاملة و الاعتبار يقضى بأنه لا ينبغى تضييع مال الزارع بقلعه من غير تقصير صدر منه أصلاً مع إمكان عدمه من غير ضرر على المالك و قد وضع بحق فيدخل تحت مفهوم قوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس لعرق ظالم حق الذى ادعى الإجماع على العمل بمفهومه إلا أن تقول إن ذلك يقضى فى صورة التأخير بعدم الفرق بين ما إذا كان من قبل الله سبحانه أو من الزارع لأنه من المعلوم أنه فى هذه الصورة لا يدرك فى المدة المذكورة فإن كان الوضع فى ابتدائها بحق فلا فرق و كذا إذا كان بغير حق فالتفصيل بملاحظة الخبر لا وجه له فليلاحظ ذلك جيداً و ينبغى التفصيل بنوع آخر و هو الفرق فى التأخير بين ما إذا زرع و بين ما إذا لم يزرع

(١) مستندين فى الأول إلى أنه كالغاصب و فى الثانى إلى أن ما خرج عن المدة و إن لم يتناوله العقد لكنه يستلزمه حذراً من تكليف ما لا يطاق و احتملوا وجوب الصبر على المالك مجاناً و أن له القلع مجاناً (منه قدس سره)
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١١

.....

يفرق بين ما إذا زرع و كان التأخير من الله سبحانه و بين ما إذا لم يزرع و التأخير منه سبحانه (حجّة الشرائع) أن المدة التى يستحق عليه فيها التبقية قد انقضت و المالك متسلط على ملكه يفعل فيه كيف شاء و الزارع بعد المدة لا حق له بإبقاؤه بدون رضا المالك ظلم فالجمع بين الحقين إبقاؤه بالأجرة إذا رضى المالك (حجّة التذكرة) أن للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات و قد حصل فى الأرض بحق فلم يكن للمالك قلعه كما إذا استأجرها مدة للزرع فانقضت قبل إدراكه و هو تام فى صورة عدم التقصير و كذلك الحال فى النظر فتأمل جيداً لأن قضيته أنه و إن علم عدم الإدراك و كان التقصير منه إن وضع المزروع «١» حينئذ يكون بحق و فيه تأمل (حجّة الكتاب) أن المدة قد انقضت فلا حق للزارع لكن الزرع كان بحق فلا يجوز تنقيص مال الزارع بغير عوض فوجب الأرش جمعاً بين الحقين و هو لا يتم فيما إذا كان التأخير بالتقصير و مع عدمه أى التقصير يجمع بين الحقين بالإبقاء و الأجرة مع رضا الزارع فإن لم يرض و جب الأرش جمعاً بين الحقين فليتأمل و طرق معرفة الأرش و تحصيله أن يقوم الزرع قائماً بالأجرة إلى أوان حصاده و مقلوعاً كما ذكره جماعة و يحتمل أن يضاف إلى الأول كونه مستحق القلع بالأرش لأن ذلك من جملة أوصافه اللازمة له إلا أنه لا يخلو من دور و فى (جامع المقاصد) أنه ليس بذلك البعيد لأن حالته التى هو عليها هى هذه و يأتى فى آخر باب المساقاة تمام الكلام فى الأرش و لا وجه للأرش إذا كان البذر كله من المالك إذا قلنا إن الزرع ينمو على ملكهما و إن المقلوع مشترك بينهما و إن (كان) الزارع يملك الحصة و إن لم ينعقد الحب كما هو مقتضى إيجاب الشيخ و ابن إدريس و المصنف فى المختلف الزكاة على كل واحد منهما و إن لم يكن البذر منهما إذا بلغ نصيب كل واحد منهما نصاباً لأن ذلك يقضى بكون النماء على ملكهما و يبعد أن يقال إن ذلك حين انعقاد الحب و يؤيده حكمهم بأن عامل القراض يملك الريح بالظهور و أبو المكارم ينكر ذلك كله و لا يوجب على الزارع زكاة (و كيف كان) فقضية كلامهم عدا أبى المكارم أنهما يقتسمان المقلوع على الشرط مع الأرش و عدمه على اختلاف القولين بل و المزروع إذا تساوت أجزاءه و بالجملة تصح قسمة الزرع إما قسمة إجبار أو تراض و ظاهر الجماعة أنه حيث تسوغ له الإزالة يتولاها بنفسه و فى (مجمع البرهان) ينبغى تكليف العامل بالإزالة أولاً- فإن لم يفعل أعلم الحاكم فإن لم يمكن فله أن يفعل

بنفسه و قال إنه إذا كان الزمان قليلا جدا لا تنبغى الإزالة و يبقى الكلام فى أمرين (الأول) أنه هل يثبت للمالك أجره الأرض مع القلع (الثانى) هل للعامل أجره أم لا و لعل الأولى فى الأول التفصيل و فى الثانى العدم مطلقا (أما الأول) فإن كان التأخير بتفريطه و جبت الأجره عليه للمالك كما احتمله فى الروضة لأنه قد ضيع عليه منفعة أرضه بتأخيره إن كان المقلوع لا نفع له و لو فرض أن له منفعة ناقصة عن المعتاد احتمال وجوب أكثر الأمرين من الحصه و أجره المثل و إلا تكن بتفريطه فالظاهر أن لا شىء له على الزارع لأن قضيه المزارعه قصر الحق على الحصه و لا تقصير منه فى فواتها و أطلق فى اللمعه قال و إذا مضت المده و الزرع باق فعلى العامل الأجره لكن الظاهر أنه أراد مع بقاء الزرع لا مع قلعه (و أما الثانى) فإن كان التأخير بتفريطه فواضح لأنه عاد لا يستحق أجره و إن كان التأخر من جانب الله سبحانه فالمالك لم يفوت عليه الحصه التى هى قضيه المزارعه و فى (جامع المقاصد) أن المسأله من المبهمات و لم أظفر فيها بكلام للأصحاب و لا لغيرهم سوى ما حكيتة و الباقي محل النظر و التأمل و فى (المسالک) أن كلام الأصحاب فى ذلك غير محرر (قلت) هلا- حرراه و لعل فيما ذكرناه بلاغا فى مثل هذا الفرع (و من الغريب) ما فى المسالک قال إنا إذا قلنا بوجوب الإبقاء ففى وجوب

(١) الزرع خ ل.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٢

و لو اتفقا على التبقية بعوض جاز إن كان معلوما (١) و لو شرط فى العقد تأخيره عن المده إن بقى بعدها فالأقرب البطلان (٢)

الأجره قولان و القولان للعلامة أولهما فى التذكرة و ثانيهما فى القواعد و أنت قد سمعت عبارة التذكرة و هى ما حكيناها فى حجتها حرفا فحرفا و لا- تعرض فيها لذكر الأجره فظاها فيها أن لا أجره و ستسمع أن مذهبه فى الكتاب أنه يجبر الزارع عليه بالأجره إذا رضى به المالك أو بالعكس فلو عكس النسبه لكان أولى و قد اقتفاه فى ذلك شيخنا صاحب الرياض لكنه قال إن ما نسبه إلى القواعد غير صحيح لأنه اختار فيه الإزالة (و كيف كان) فالظاهر وجوب الأجره إذا قلنا بوجوب الإبقاء و كان التأخير بتقصير الزارع ثم عد إلى العبارة فإنه قد قال فى جامع المقاصد إن التبقية بالأجره يجب فيها إرضاء الزارع لأن إيجاب عوض فى ذمته و لم يقضه العقد لا يعقل بدون رضاه و حينئذ فيكون مستدركا لأنه سيأتى بعد ذلك و لا يكون ذكره فى حيز الأقرب صحيحا لأنه مقطوع به (قلت) ظاهر العبارة أن الزارع يجبر على الإبقاء بالأجره إذا رضى المالك بذلك لأنه خيره بين القلع بالأرض و إبقائه بأجره فيصح دخوله حينئذ فى حيز الأقرب و لا استدراك و لعل وجهه حتى يكون معقولا أن إجباره عليه إحسان إليه بحفظ ماله عن التضييع و الذهاب بالكليه إذا كان المقلوع لا نفع له أو عن تنقيصه تنقيصا فاحشا إذا كان له نفع فى الجملة و لعل الأرض لا يجبر ذلك و قد ذهب الشيخ إلى أن المعير إذا دفع قيمة الغرس للمستعير أجب المستعير على القبول حيث يعيره أرضه للغرس و لم يعين المده و تقدم مثل ذلك لجماعه فى الغاصب أو يكون المراد أن الأقرب أنه لا- يجبر المالك على الإبقاء بالأجره إذا بذلها الزارع بل يتخير بينه و بين الإزالة الأرض و به أيضا يرتفع الاستدراك و يصح دخوله فى حيز الأقرب فليتأمل

(قوله) (و لو اتفقا على التبقية بعوض جاز إن كان معلوما)

إذا اتفقا على الإبقاء بأجره كانت إجارة للأرض حقيقه لانقضاء مده المزارعه فلا بد من تعيين العوض و لا بد من ضبط المده الزائدة كالإجارة و بذلك صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و قد ترك فيها جميعها اشتراط تعيين العوض كما ترك المصنف اشتراط تعيين المده و لعل التارك يدعى ظهور ما ترك و خفاء ما ذكر فتدبر و قد ذكرا معا فى جامع المقاصد و لا تغفل عما سمعته آنفا عن التذكرة و فى (مجمع البرهان) أن لهما التبقية إلى مده غير معينه أيضا بعوض و غير عوض مثل أن يقول لكل يوم بقى كذا و نحو ذلك لأن الحق لهما لا- يعدوهما فلهما أن يفعلا ما أرادا فيما لا تحريم فيه و هو كما ترى إذ لا كلاء مع دوام الرضا نعم يصح

جعلها إن قصداها ولا يصح إجارة و تثبت أجره المثل إن قصداها وكذلك الحال إذا أطلقا العوض الذى لا يمنع من التسليم ولا يفضى إلى التنازع فإنها تصح جعلها و يتعين ذلك العوض و إن قال لك عوض أو شىء أو مال صح جعلها أيضا و ثبت أجره المثل (قوله) (و لو شرط فى العقد تأخيره عن المدة إن بقى بعدها فالأقرب البطلان)

كما فى التحرير و الإرشاد على القول باشتراط تقدير المدة كما فى الشرائع بالأشهر المضبوطة كما فى التذكرة لأن المدة تكون حينئذ هى المجموع و هى مجهولة فيبطل العقد للإخلال و لو قلنا إن الجملة غير مجهولة فلا ريب أن المدة المشروط مجهولة فإذا شرطت فى متن العقد كانت عوضا و إذا تجهل العوض بطل العقد و ربما احتمل الصحة على هذا القول لأن المدة الأصلية مضبوطة و المشروطة بمنزلة التابع و جهالته غير مفسرة و قد تقدم غير مرة تحرير ذلك و أن ذلك فى التابع الغير المقصود أصلا سواء كان مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٣

و لو ترك الزرع حتى انقضت المدة لزمه أجره المثل و لو كان استأجرها لزمه المسمى (١) و لا يشترط اتصال المدة بالعقد (٢)

[الثالث إمكان الانتفاع بالأرض فى الزرع]

(الثالث) إمكان الانتفاع بالأرض فى الزرع (٣)

تابعنا حسا أو ذكر تبعنا غير ملحوظ فى النظر أصلا و أما على القول بعدم اشتراط تقدير المدة و الاكتفاء بتعيين المزروع فالأقرب الصحة

(قوله) (و لو ترك الزرع حتى انقضت المدة لزمه أجره المثل و لو كان استأجرها لزمه المسمى)

أما الثانى فقد تقدم الكلام فيه فى باب الإجارة مسبقا و به صرح هنا فى الشرائع و التحرير و مجمع البرهان و أما الأول فقد صرح به فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و الروض «١» و المفاتيح و مجمع البرهان و فى الأخير أنه ظاهر (قلت) هو كذلك فيما إذا تركه اختيارا لا بدونه لأنه حينئذ لا تقصير منه و العقد أنما اقتضى لزوم الحصة خاصة و لم يوجد منه تقصير يوجب الانتقال إلى أجره المثل التى لم يقتضها العقد نعم يتم ذلك فى الإجارة لأن المؤجر لا حق له فى منفعة العين و إنما حقه الأجره فإذا فاتت المنفعة اختيارا أو اضطرارا فإنما فاتت على مالكةا و هو المستأجر و لا مقتضى لفوات الأجره على المؤجر لكن ظاهر إطلاقهم كما فى المسالك عدم الفرق فى المزارعة أيضا بين تركه اختيارا أو اضطرارا كما أن تعليلهم بأنه فوت على المالك منفعتها قد يقضى بالفرق و فى عبارة الإرشاد إشعار أو ظهور بذلك حيث قال و لو أهمل و لم يقل و لو ترك فتأمل و هذا كله إذا مكنه المالك أما لو منعه منها حتى خرجت المدة فإنه لا يستحق عليه شيئا كما فى التذكرة و غيرها كما أن العامل حينئذ لا يستحق شيئا (قوله) (و لا يشترط اتصال المدة بالعقد)

قد تقدم الكلام فيه مسبقا فى باب الإجارة و أن لا-خلاف هناك صريحا إلا من الخلاف و صرح به هنا فى المبسوط فقال يجب اتصال المدة بالعقد

(قوله) (الثالث إمكان الانتفاع بالأرض فى الزرع)

جعله هنا و فى التذكرة ركنا و قد جعل فى الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة و جامع المقاصد و المسالك و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض شرطا و هو معنى قوله فى التحرير و غيره يجب و فى (اللمعة و الروضة) لا بد منه و قد نبه عليه فى المبسوط و قد يلوح من الكفاية الإجماع عليه حيث قال قالوا من شرط صحة المزارعة على الأرض أن يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقى الزرع غالبا فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزارعة و إن رضى العامل و جعل ذلك ضابطا فى المسالك و الروضة و الرياض قالوا الضابط إمكان الانتفاع بزراعها المقصود عادة فإن لم يكن بطل و إن رضى العامل فليتأمل فيه فإنه غير جيد و لم يعد ذلك فى الشروط

المذكورة في الوسيلة والكافي والغنية فقد يظهر منها الخلاف ولم يذكر أصلاً في المقنعة والمراسم والنهاية والسرائر وغيرها (و كيف كان) فظاهر القائلين بالشرطية أنه شرط في صحة العقد فيبطل مع عدمه مطلقاً أي سواء علم بعدم الانتفاع بها في الزراعة المقصودة منها أو في نوع منها أو جهل ذلك و سواء كان الانتفاع بها معدوماً من أول الأمر أو تجدد عدمه بعد وجوده أو كان نادراً كما هو قضية الركنية أيضاً و يأتي لهم ما يخالف ذلك ففي الكتاب وغيره أنه شرط في لزوم العقد في صورة الجهل خاصة فمع عدمه و عدم العلم بعدمه يتخير العامل و يلزم العقد مع العلم بعدمه فهو مع العلم بعدمه ليس بشرط و في (الإرشاد) أنه شرط مع الجهل به حين العقد فيبطل مع عدمه حينئذ و يلزم مع العلم بعدمه و فيه و في (الكتاب و الشرائع) و غيرها أنه شرط في الابتداء فلو عدم في الأثناء لم يبطل العقد بل يتخير العامل

(١) كذا في النسخة و قد مر الكلام في مثله مرارا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٤

بأن يكون لها ماء إما من بئر أو نهر أو عين أو مصنع (١) و كذا إن أجرها للزرع (٢) و لو زارعتها أو أجرها له و لا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم (٣)

و تردد في الصحة في التذكرة فيما إذا كان الانتفاع نادراً و هذا كله على ما يظهر من عباراتهم و قد يمكن تجشم التأويل كما ستسمع إن شاء الله تعالى هذا و الوجه في اشتراط هذا الشرط ظاهر كما في مجمع البرهان (قلت) لأن عدم إمكان الانتفاع بها يناهق مقتضى عقدها و المقصود منها لأن العقد بدون إمكان العوض يكون لغوا و لأن هذا العقد مخالف للأصل لمكان جهالة العوض و إمكان عدم حصوله فيقتصر فيه على المقطوع به من النص و الإجماع و ليس هو إلا مع إمكان الانتفاع على أن الإجماع من المتأخرين محصل على أنه شرط في الجملة و إنما اختلفت كلمتهم في محله كما عرفت فليتأمل فإن كلامهم في الباب لا يخلو من شوب الاضطراب (قوله) (بأن يكون لها ماء من بئر أو نهر أو عين أو مصنع)

كما في الشرائع أو غيث معتاد كما في التحرير و التذكرة و اللعة و قد أشير إلى ذلك فيما يأتي من الكتاب و الشرائع بقولهما و كذا لو اشترط الزراعة و كانت في بلاد تشرب بالغيث غالباً أو الزيادة كما في جامع المقاصد و المسالك و الروضة فالحصر في المذكورات في الكتاب و الشرائع ليس بذلك الحسن (قوله) (و كذا إن أجرها للزرع)

كما تقدم الكلام في ذلك عند قوله و لو استأجر للزرع و لها ماء دائم أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح

(قوله) (و لو زارعتها أو أجرها له و لا ماء لها تخير العامل مع الجهل لا مع العلم)

كما صرح بذلك كله في الشرائع و التذكرة و في الإرشاد و الروض «١» أنها تبطل مع الجهل لا مع العلم (قال في الإرشاد) و لو زارع على ما لا ماء لها بطل إلا مع علمه و ظاهر التحرير أو صريحه أنها تبطل حينئذ قال و لو تعذر وصول الماء إليها لم تصح المزارعة و قال في موضع آخر من التذكرة و لو كانت الأرض لا ماء لها يعتادها لا من نهر و لا من مطر و لا غيرها لم تصح المزارعة لتعذر الانتفاع و لا- استئجارها للزراعة فما في المسالك من نسبة موافقة المصنف في كتبه للشرائع غير صحيح و لا تعرض لذلك في المختلف و التبصرة و قد يراد بالبطلان في كلام الإرشاد عدم اللزوم فيوافق الشرائع و الكتاب فتأمل و قد علمت أننا أن ظاهر القائلين بأن إمكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة أو ركن فيها البطلان مطلقاً من رأس فيما نحن فيه و هو الذي جعله في جامع المقاصد مقتضى النظر و قال في (المسالك) إنه مخالف للقاعدة المتقدمة من أن من شرط صحة المزارعة إمكان الانتفاع و قال إن اللازم من هذه القاعدة بطلان المزارعة سواء علم هنا أم لم يعلم و نحوه ما في مجمع البرهان (قلت) و قد تقدم في باب الإجارة للمصنف وغيره

في الكتاب وغيره بطلان الإجارة للزرع مع عدم الماء و عدم العلم بحالها و هو يخالف ما هنا إلا أن تقول إنه رجوع لأن عدم الماء لا يستلزم عدم إمكان الانتفاع أو أن إمكان الانتفاع شرط اللزوم فيهما كما تقدمت الإشارة إليه و أنه في صورة العلم و الجهل في العقدين مبنى على القول بجواز التخطي أو في صورة العلم خاصة أو أن قول المصنف و المحقق لا مع العلم لا يريدان به أنه لم يثبت الخيار بل أرادا أنه يبطل العقد فليتأمل في ذلك كله ثم إنه استشكل في التذكرة في جواز المزارعة فيما إذا لم يكن للأرض ماء يمكن زرعها به إلا نادرا فيمكن أن يكون المراد من قولهم لا ماء لها أن لا ماء لها غالبا لا أنه لا ماء لها أصلا فيكون المصنف هنا و المحقق رجحا أحد وجهي الإشكال و هو الصحة

(١) كذا في النسخة أيضا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٥

لكن في الأجرة يثبت المسمى (١) و لو استأجرها و لم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ (٢) و كذا لو اشترط الزراعة و كانت في بلاد تشرب بالغيث غالبا (٣) و لو انقطع الماء في الأثناء فللزارع الخيار إن زارع أو استأجر له (٤)

مع الخيار في صورة الجهل فليتأمل و قد تكلف الفاضل الشيخ على الميسي فيما حكي عنه للجمع بين كلماتهم بحمل هذا التخيير على ما إذا كان للأرض ماء يمكن الزرع و السقى به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه إلى تكلف بإجراء ساقية و نحوه و حمل المنع على ما إذا لم يكن لها ماء مطلقا و لعله هو الذي ذكرناه أخيرا (و فيه) أنه مخالف لإطلاق كلامهم لأنهم اقتصرنا في الحكم بالجواز أي جواز المزارعة على إمكان السقى بالماء من غير تفصيل و في التخيير على عدم الإمكان و لم يثبت أن الاحتياج إلى كلمة يوجب التخيير كما لم يثبت أن إطلاقهم يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة كما أن الظاهر أن إحداث النهر و الساقية و نحو ذلك لازم للمالك سواء كان معتادا أم لا و قد يجمع بأنه سيأتي أنه تجوز المزارعة مطلقا من غير تعيين و ذلك يقضى بأنه يجوز له أن يزرع ما لا يحتاج إلى الماء فعدم الماء لا يستلزم عدم إمكان الانتفاع الذي هو شرط في الصحة و لعله هو بعض ما أشرنا إليه في التأويل أولا- و قال في (جامع المقاصد) إن قول المصنف لا مع العلم يريد به عدم بطلان المزارعة و الإجارة للزرع مع العلم و هو صحيح على القول بجواز التخطي و حينئذ فلا شيء للمالك في المزارعة لعدم إمكان الانتفاع الذي حصول الحصص المشترطة متوقف عليه أما في الإجارة فيجب المسمى لصحة الإجارة و على البطلان فلا يجب شيء انتهى ففوله فلا شيء للمالك في المزارعة إن أراد أن ذلك على تقدير عدم التخطي و لم يتخط فحق لكنه خلاف الظاهر و يلزم حينئذ أن لا تحب أجرة المثل في الإجارة و لا المسمى و إن أراد على تقدير جواز التخطي كما هو الظاهر فلا مانع من لزوم أجرة المثل كالمسمى في الإجارة بل قد يقال بلزوم الحصص فيما زرعه من المساوي أو الأقل ضررا فتأمل هذا و في قوله زارعها مسامحة غير حسنة لأنه لا معنى لمزارعة الأرض و الضمير في قوله له يعود إلى الزارع

(قوله) (لكن في الأجرة يثبت المسمى)

قد تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (و لو استأجرها و لم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ)

كما في الشرائع و التذكرة و المسالك لأنه إذا استأجرها مطلقا لا- يقتضى ذلك إنه يمكن زرعها لأنه نوع من أنواع الانتفاع و لا يشترط في استئجار شيء أن يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي يصلح لها بل إمكان الانتفاع به مطلقا و هنا يمكن الانتفاع بالأرض المذكورة في وضع حطبه و نزوله فيها و جعلها مراحا لإبله أو غنمه أو نحو ذلك و في (جامع المقاصد) أنه يشكل بما إذا كان الغالب على الأرض إرادتها للزراعة فإن المنفعة المطلوبة غير حاصله (قلت) إذا كانت الغلبة بحيث يعد غيرها نادرا يحتاج إلى

قرينة فكذلك و إلا فمحل تأمل و حكمهم بعدم الفسخ يقضى بأن ذلك مفروض فى غير المستأجر العالم بحالها لأنه لا معنى لتوهم جواز فسخه بل إنما تبطل إجارته أو تصح

(قوله) (و كذا لو اشترط الزراعة و كانت فى بلاد تشرب بالغيث غالباً)

أى و كذا ليس له الفسخ لو شرطاً «١» الزراعة إلى آخره و هذا ذكره المحقق أيضاً لأنهما لم يذكر فى بيان إمكان الانتفاع ما إذا كانت تسقى بالغيث غالباً فاستدركا ذكره هنا كما نبهنا على ذلك هناك فكل من ذكر ذلك هناك فهو موافق لهما فكان الأحسن أن يقول و تصح الإجارة لو شرط الزراعة إلى آخره

(قوله) (و لو انقطع الماء فى الأثناء فللزراع الخيار إن زارع أو استأجر له)

أى إذا انقطع الماء الدائم أو الغالب فى أثناء مدة المزارعة فللزراع

(١) شرط خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٦

و عليه أجرة ما سلف (١)

الخيار إن كان العقد مزارعة فهو رجوع إلى أصل الباب و بما فى الكتاب صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروض «١» و الروضة و كذا جامع المقاصد و قد يكون هذا فى عبارة الكتاب و الشرائع تفريعاً على قولهما و كذا لو اشترط الزراعة إلى آخره كما هو صريح التذكرة و على التقديرين لا تفاوت فى الحكم و قد وجه ذلك فى الروضة بطرو العيب قال و لا يبطل العقد لسبق الحكم بصحته فيستصحب و الضرر يندفع بالخيار انتهى فتأمل فيه و بناء فى جامع المقاصد على جواز التخطى و كأنه متأمل فى ذلك حيث قال هذا بناء على أن المزارعة على مثل هذه الأرض جائزة لإمكان الانتفاع بها بغير ذلك بناء على جواز التخطى و لا ترجيح فى الكفاية و المفاتيح و قد مال صاحب الرياض إلى البطلان حيث رماه بالضعف تارة و بالنظر أخرى (و قال فى المفاتيح) قيل يبطل و قيل له الخيار قلت لم نجد قائلًا بالبطلان و لعله استنبطه فى كلامهم فيما إذا زارع عليها و لا ماء لها (و قال فى مجمع البرهان) يجيء البطلان هنا على القول به فيما سلف فإن وجود الماء على تقدير كونه شرطاً شرط ما دام الزرع محتاجاً إليه بل يمكن أن يكون هنا أولى لعدم انتفاع آخر هنا فتأمل انتهى (قلت) الوجه فى البطلان كما ذكر ظاهر و حمل كلامهم على جواز التخطى الذى لا يقولون به بعيد جداً و لم يتضح وجه عدم البطلان على غيره أى التخطى و لا فرق فى ذلك بين المزارعة عليها و استئجارها للزرع كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير لأن عباراتها كعبارة الكتاب و به صرح فى جامع المقاصد و مجمع البرهان و ليس كذلك لأنه قد تقدم للمصنف و غيره أنه إذا تعذر الزرع لانقطاع الماء بالكليّة إن الإجارة تنفسخ بنفسها إلا أن يحمل كلامه هناك على أنه له الخيار لأنه قابل لذلك لكنه فى جامع المقاصد جزم هناك بالانفساخ و مال هنا أو قال بالخيار و قد نبهنا هناك على ما هنا (قوله) (و عليه أجرة ما سلف)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروض و الروضة لكن الثلاثة الأول ظاهرة أو صريحة فى أن ذلك فيما إذا استأجرها أو زارع عليها بل يتعين الأول لقولهما فيها و يرجع بما قابل المدة المتخلفة لأن ذلك لا يكون إلا فى الإجارة إلا أن تقول بأن هذا وحده ينصرف إلى الإجارة و فى الإرشاد و ما ذكر بعده أن ذلك فيما زارع عليها إذ لم يتعرض فيها لما إذا استأجرها و لا ترجيح فى الكفاية لأنه ما زاد على قوله قال الفاضلان و قد صرح فى التذكرة و الإرشاد و اللمعة و الروض «٢» و الروضة و مجمع البرهان بأن ذلك فيما إذا فسح و هو المراد من كلام الشرائع و التذكرة و وجهه فى الروضة بأنه انتفع بأرض الغير بعوض لم يسلم له و زواله باختياره الفسخ ثم قال و يشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال و عمله الماضى مشروط بالحصة لا بالأجرة فإذا فاتت بالانقطاع

ينبغى أن لا يلزمه شىء آخر نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك وقد جزم فى جامع المقاصد بالحكمين أعنى لزوم فى الإجارة و عدمه فى المزارعة و قد سمعت ما فى الشرائع و التذكرة و التحرير من أنه يرجع بما قابل المدء المختلفة (قلت) لزوم ذلك أعنى أجره ما سلف فيما إذا استأجرها هو الموافق لما تقدم فى الإجارة و قد تأمل فى لزوم أجره ما سلف فى المزارعة فى مجمع البرهان و استظهر عدم الفرق هنا بين المزارعة و الإجارة فى لزوم الأجره و عدمها و قد خبط بعض المحشين على الروضة هنا خطا و لا يخفى أنه إذا كان انقطاع الماء فى

(١) كذا فى النسخة و ليس فى الروض مزارعة كما مر مرارا (مصححه)

(٢) كذا فى النسخة أيضا (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٧

[الرابع الحصه]

(الرابع) الحصه و يشترط فيها أمران العلم بقدرها و الشيع (١) فلو أهمل ذكرها بطلت و كذا لو جهلا قدرها (٢) أو شرطا جزءا غير مشاع بأن يشترط أحدهما النماء بأجمعه له (٣)

المزارعة بعد إمكان الانتفاع بالزرع بالفصل و نحوه و كان البذر من العامل كان القول بوجود الأجره عليه قويا كما أنه لو كان البذر من المالك فى هذه الصورة و أخذ قصيله لا وجه لاحتمال وجوب الأجره على العامل و ينبغى التأمل فيما عدا هاتين الصورتين و أما إذا لم يفسخ فإن حصل شىء فهو لهما و إلا فلا شىء لأحدهما على الآخر فليتدبر

(قوله) (الرابع الحصه و يشترط فيها أمران العلم بقدرها و الشيع)

كما هو قضيه كلام النهايه و الخلاف و المبسوط و غيرها من كتب المتقدمين إذا لوحظ تمام كلامها و هو أى اشتراط الأمرين صريح الوسيله و الغنيه و السرائر و الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصره و التنقيح و إيضاح النافع و الروض و مجمع البرهان و غيرها بل لا أجد فى ذلك خلافا و لا تأملا إلا ما لعله قد يلوح من عبارة النافع و اللمعه و نحوهما مما لم يذكر فيه التعيين أصلا لا فى التعريف و لا فى سلك الشروط و لا أبطلها بعدمه لأن بعض ما حكينا عنه اشتراط التعيين لم يذكره فى الشروط لكنه ذكره فى التعريف و بعض أبطلها بعدمه و ما لعله قد يلوح من المقنعه و المراسم و غيرها مما قيل فيه إن المزارعة جائزة أو تجوز بالربع و الثلث و النصف حيث لم يصرح فيها باشتراط الإشاعه فتأمل (قال فى النافع) و شروطها ثلاثة أن يكون النماء مشاعا تساويا فيه أو تفاضلا و مثله قال فى اللمعه و لعل ترك التعيين لظهور حاله لأنه لا ريب فى اشتراطه و أما اشتراط الشيع فى الغنيه و السرائر و التذكرة أنه لا خلاف ممن أجاز المزارعة فى بطلانها بعدمه و قد ينطبق عليه إجماع الخلاف و أخباره و فى (مجمع البرهان) لعل دليله الإجماع و أنه المفهوم من الأخبار التى تدل على فعله صلى الله عليه و آله و سلم و فعلهم عليهم السلام و فى (الكفايه) أنه المعهود من فعلهم عليهم الصلاة و السلام (و قال فى الرياض) أنه لا خلاف فيه بل عليه الإجماع فى الغنيه و غيرها و هو الحجته انتهى و قد سمعت ما فى الغنيه و غيرها و قد يستدل عليه بالأصل لأن كانت المزارعة على خلاف الأصل لما فيها من جهالة العوض فيقتصر فيها على المتيقن من الإجماع و الأخبار فى الحسن الذى هو كالصحيح لا تقبل الأرض بحصه مسماء و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس و لا بأس به و قد جعله فى مجمع البرهان دليلا مستقلا و فى الصحيح و غيره لا بأس بالمزارعة بالثلث و الربع و الخمس

(قوله) (فلو أهمل ذكرها بطلت و كذا لو جهلا قدرها)

كما هو قضيه كلام مشرطى التعيين و فى (التذكرة) الإجماع على بطلانها إذا لم يعين القدر لما فيه من الغرر كما إذا شرط أحدهما

جزءاً أو نصيباً أو شيئاً أو بعضاً و هو يدل على البطلان مع الإهمال بالأولوية العرفية

(قوله) (أو شرطاً جزءاً غير مشاع بأن يشترط أحدهما النماء بأجمعه)

أى بطلت لأن المنقول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته صلوات الله عليهم أنما ورد على الاشتراك في الحصّة والأمر الشرعية متلقاة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلا يجوز التجاوز عنها ولا يشترط تساويهما فيه بل يجوز أن يكون لأحدهما أكثر على حسب ما يتفقان عليه ولا نعلم في ذلك خلافاً كما صرح بذلك كله في التذكرة وهو قضية كلام مشرطى الشيعاء في الحصّة و صريح الشرائع والإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و غيرها ثم عد إلى العبارة فإن كان المراد بالنماء بأجمعه ما زاد على البذر فلا مسامحة في عد ذلك جزءاً وإن كان المراد مجموع الحاصل بالزراعة كان هناك مسامحة (قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٨

أو يشترط أحدهما الهرف و الآخر الأفل أو ما يزرع على الجداول و الآخر في غيرها (١) أو يشترط أحدهما قدراً معلوماً من الحاصل كعشرة أقفزة و الباقي للآخر (٢) و لو شرطاً أن يكون الباقي بعد العشرة بينهما (٣)

(أو يشترط أحدهما الهرف و الآخر الأفل و ما يزرع على الجداول و الآخر في غيرها)

فهذا باطل بلا خلاف كما في موضعين من المبسوط و بلا خلاف بين العلماء كما في التذكرة و هو معنى ما في الغنية و السرائر أنه لو عامله على وزن معين أو على مكان مخصوص من الأرض أو ثمرة نخلاّت بعينها بطل العقد بلا خلاف بين من أجاز المزارعة و المساقاة و محل الغرض قولهما على مكان مخصوص و بالبطلان في المثالين صرح في المهذب و الشرائع و التحرير و الإرشاد و شروحه و جامع المقاصد و المسالك و غيرهما (و قال في التحرير) لا فرق بين أن يكون منفرداً أو مع نصيبه (و قال في التذكرة) لو شرط أحدهما النصف و ما يزرع على الجداول أو شرط مع نصيبه نوعاً من الزرع أو الأفل ففيه عندي نظر لكن المجوزين من العامة اتفقوا على بطلانه (قلت) و هو قضية الأصل بل قد يدعى أنه يستفاد من الأخبار و الظاهر أن المراد بالجداول الأنهار كما يظهر من عبارة التذكرة قال أو يشترط أحدهما ما على الجداول و السواقي و قد يراد بها الألواح من الأرض التي تحف بجمع التراب حولها و في (الوسيلة) عبارة ينبغي التنبيه عليها قال المزارعة صحيحة و هي ما اجتمع فيه شرطان إلى آخره و مكروهة و هي العقد على كذا منا أو قفيزاً من غير ما يخرج منها و فاسدة و هي ما سوى ما ذكرنا و إذا كانت المزارعة فاسدة لزم أجره المثل و سقط المسمى إن كان بالنصف أو الثلث أو مثل ذلك و لزم إن كان بالأمنان و القفران انتهى و هو غير جيد لأن ما جعله مكروهاً ليس مزارعةً و إنما هو إجارة و قوله في الفاسدة يلزم المسمى بالأمنان و القفران غير صحيح لأنه إن كانت مزارعة فاسدة فالواجب أجره المثل و إن كانت إجارةً و سماها مزارعة فاسدة فكما قال

(قوله) (أو يشترط أحدهما قدراً معلوماً من الحاصل كعشرة أقفزة و الباقي للآخر)

أى بطلت كما في التذكرة و التنقيح و الروضة و يتناوله إطلاق لفظ الشيء في المبسوط و فقه الراوندى و المهذب حيث قيل فيها فالضرب الباطل هو أن يشترط لأحدهما شيئاً بعينه و لم يجعله مشاعاً و في الأولين نفى الخلاف عن البطلان و يتناوله نفى الخلاف بين مجوزى المزارعة المحكى في الغنية و السرائر و قد سمعت عبارتيهما و هو قضية كلام مشرطى الإشاعة و المصنف لم يستشكل فيه فكأنه عنده مما لا خلاف فيه و لا إشكال

(قوله) (و لو شرطاً أن يكون الباقي بعد العشرة بينهما)

أى بطل على إشكال و نحوه ما في التحرير حيث قال فيه نظر و المشهور البطلان كما في المسالك و الكفاية و الأشهر كما في المفاتيح و به صرح في جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و

الروض «١» و مجمع البرهان و هو ظاهر إطلاق المبسوط و فقه الراوندى و المهذب و الغنية و السرائر و نفى الخلاف فى الأولين و الأخيرين كما سمعته آنفا يتناول ذلك و قد نسبه أى المنع فى جامع المقاصد إلى الشيخ و القاضى و ابن إدريس على البت الصريح أو الظاهر فى التصريح لكننا لم نجده فى شىء من كتبهم و لو كانوا مصرحين بذلك لصرح فى المختلف قال منع بعض أصحابنا أن يشترط أحدهما شيئا من الحاصل و الباقي يكون بينهما و الوجه عندى الجواز و قد نص الشيخ و جماعة كابن البراج و ابن إدريس

(١) كذا فى النسخة و يأتى مثله كثيرا و قد عرفت الحال فيما مر مرارا (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣١٩

أو شرطا إخراج البذر أولا و الباقي بينهما بطل على إشكال (١)

و غيرهما على جواز اشتراط إخراج البذر أولا انتهى فتراه كيف استند فى هذا و لم يستند فى ذلك (و كيف كان) فالمجوز المصنف فى المختلف و لا ثانى له فيما أجد إلا ما لعله يظهر من الكفاية حيث نفى عنه البعد و البطلان قد يدعى أنه قضية كلام الوسيلة و النافع و التبصرة و اللمعة بل و الكافى بل و المقنعة و المراسم و غيرها مما صريحه أو ظاهره اشتراط الاشتراك فى النماء و وجه البطلان ظاهر كما فى مجمع البرهان (قلت) لأنها على خلاف الأصل فيقتصر فيها على اليقين و المنقول المعهود و أن ذلك مناف لوضع المزارعة لإمكان أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر فيكون الحاصل مختصا بأحدهما و قد وضعت على الاشتراك فى الحاصل كائنا ما كان و قد استدل عليه فى جامع المقاصد بأن العقود بالتلقى فما لم تثبت شرعيته يجب التوقف فى صحته و فيه ما ستمعه و لا فرق فى ذلك بعد مخالفته وضع المزارعة بل و إجماع الأصحاب بين كون الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط و عدمه و وجه الجواز أنه عقد فيجب الوفاء به و المؤمنون عند شروطهم و جوابه أن الجماعة ينفون كونه عقد مزارعة بل هو من العقود المخترعة و استند فى الكفاية إلى قوله سبحانه و تعالى إِنْ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (و فيه) أنه لا يستفاد منها إلا الجواز مع المراضاة و ذلك لا يستلزم اللزوم مع فقدها و لو بعدها فتأمل مع أنه مخصص بما مضى مع ما دل على النهى عن التجارة المتضمنة للغرر و الجهالة

(قوله) (أو شرطا إخراج البذر و الباقي بينهما بطل على إشكال)

و نحوه ما فى التذكرة من عدم الترجيح و الجواز خيرة النهاية و المهذب و السرائر و استحسنة فى التحرير بعد أن تأمل فيه و هو لازم للمختلف و الكفاية و حكاها فى المهذب البارع عن المبسوط و لم نجده فيه و لا حكاها عنه غيره و المشهور البطلان كما فى المسالك و الكفاية و الأشهر كما فى المفاتيح و نسبه فى الإيضاح إلى كثير من الأصحاب و هو خيرة جامع الشرائع و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و فى (التنقيح) أن عليه الفتوى و هو مما يتناوله إطلاق الشرائع و ما ذكر بعدها ألفا بل هو مسوق له و تعليقه منطبق عليه بل هما مسألة واحدة (قال فى الشرائع) و لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد عليه بينهما لم يصح لجواز أن لا تحصل الزيادة (و قال فى المسالك) فى شرحه لا فرق فى ذلك بين كون القدر المشترك هو البذر و غيره بل مما يتناوله إطلاق المبسوط و الفقه الراوندى و الغنية و الإرشاد و شروحه فيكون داخلا تحت معقد نفى الخلاف فى الفقه و الغنية بل هو قضية كلام الوسيلة و ما ذكر بعدها فى المسألة السابقة و أدلتها هى أدلة المسألة و بالجملة هى من نسخها كما جعلها جماعة كذلك و يدل عليه أيضا ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن السراد عن إبراهيم الكرخى قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام أشارك العليج المشرك فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العليج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطة أو شعيرا و تكون القسمة فيأخذ السلطان حقه و يبقى ما يبقى على أن للعليج فيه الثلث و لى الباقي قال لا بأس بذلك (قلت) فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض من البذر و يقسم الباقي قال إنما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام و معنى قوله عليه السلام

إنما شاركته إلى آخره أنه ليس لك كما هو واضح لأن كان وضع المزارعة على ذلك و لو كان له ذلك فلا أقل من أن يقول له لا بأس كما فى الجواب الأول أو لا بأس إذا شرطت ذلك و الضعف منجبر بالشهرة معتضدة بنفى الخلاف المتكرر المتناول لذلك و من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٠

و يجوز التفاضل فى الحصه و التساوى (١) و لو شرط أحدهما شيئاً على الآخر يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصه صح على رأى (٢)

[الفصل الثانى فى الأحكام]

(الفصل الثانى فى الأحكام) إطلاق المزارعة يقتضى تخيير العامل فى زرع أى نوع شاء (٣)

الغريب إغفال الجميع الاستدلال به عدا المصنف فى التذكرة و كيف كان فلا ينبغى التأمل فى البطلان فى المسألة و قد وقع فى عبارة النهاية و المهذب ما ينبغى التنبيه عليه قالوا فإن كان شرط المزارع أن يأخذ بذره قبل القسمة كان له ذلك و إن لم يكن شرط كان البذر عليه على ما شرط انتهى و هو متناقض أو كالمتناقض و لعلهما أرادا كان البذر على مقتضى شرط المزارعة و وضعها من الاشتراك فى جميع الحاصل

(قوله) (و يجوز التفاضل فى الحصه و التساوى)

نصاً و إجماعاً كما فى جامع المقاصد و لا نعلم فيه خلافاً كما فى التذكرة و به صرح فى الشرائع و النافع و التحرير و اللمعة و الروضة و كذا المسالك و هو قضيه كلام المقنعة و النهاية و المراسم و الخلاف و المبسوط و الكافى و فقه الراوندى و المهذب و السرائر و غيرها مما ذكر فيه جواز اشتراط الثلث و الربع

(قوله) (و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصه صح على رأى)

هو خيرة الشرائع و التذكرة و الإيضاح و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و فى الأربعة الأخيرة أنه المشهور و هو معنى ما فى التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان من أنه لو شرط أحدهما شيئاً من غير الحاصل جاز إذ المراد مع الحصه و قد يكون ذلك معنى قوله فى النهاية يكره أن يزارع الإنسان بالحنطة و الشعير و ليس ذلك بمحذور فإن زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الأرض مما يزرعه فى المستقبل بل يجعل ذلك فى ذمه المزارع و لعله أراد بالمزارعة الإجارة كما استظهرناه فى أوائل الباب و كما سمعته عن الوسيلة فيما سلف و لعله إلى ما نحن فيه أشار فى الكافى بقوله الثانى أن يجعل على مزارعته أو مساقاته أجراً معلوماً عيناً أو ورقاً أو مكيلاً أو موزوناً منفصلاً عن مقدار غلتها فيجب له ذلك متى وفى بشرط العقد هلكت الغلة أو سلمت انتهى و قد تقدم عن الشهيد الثانى و بعض من تأخر عنه أن قرار ذلك مشروط بالسلامة (و قال فى جامع المقاصد) أن ذلك مكروه لتصريح الأصحاب (قلت) المصرح بذلك هنا الشيخ فى النهاية على أحد الاحتمالين و لعله نظر إلى قولهم يكره أن يشترط مع الحصه شيئاً من ذهب أو فضة لأن ظاهر جماعه و صريح آخرين أنهما من سنخ واحد و قد ذكرنا هذه المسألة هناك و استوفينا الكلام فى الأدلة و الأقوال و الفروع

(الفصل الثانى فى الأحكام) (قوله) (إطلاق المزارعة يقتضى تخيير العامل فى زرع أى نوع شاء)

كما فى الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و الحدائق و الظاهر أنه هو معنى ما فى المقنعة و المراسم من قولهما فيهما إن شرط زراعه ما شاء كان له ذلك و بمثله صرح الشيخ فى المبسوط فى الإجارة و غيره و ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه و فى (الكفاية و الرياض) أنه الأشهر

و زاد فى الأخير أن عليه عامه من تأخر و قال فى (التذكرة) و يحتمل قويا و جوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات و قال فى (جامع المقاصد) أنه الأصح و لم يقل به أحد قبله و لا بعده و قد صرح بأن التخيير للعامل فى الغنية و السرائر و النافع و التذكرة و غيرها و هو ظاهر الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها بل هو صريحها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢١

.....

و ظاهر جماعة كما هو صريح آخرين منهم المصنف فى التذكرة و غيره أن ذلك إذا كان البذر منه و زرع العامل (قال فى التذكرة) إذا أطلق المالك المزارعة زرع العامل ما شاء إن كان البذر منه و زرع المالك ما شاء إن كان البذر منه و المراد بالإطلاق فى كلامهم ترك التعيين سواء كان بما يدل على العموم وضعاً أو بما يدل على الفرد المنتشر وضعاً فإن كان الأول فدلالته على زرع ما شاء ظاهرة مسلمة مجمع عليها و إن كان الثانى فقد استدلل المحقق الثانى و الشهيد الثانى على أن الإطلاق يقتضى التخيير بأن المطلق يدل على الماهية من حيث هى و كل فرد من أفراد الزرع يصح أن يوجد المطلق فى ضمنه و تبعهما على ذلك جماعة و قالوا و أولى منه لو عمم الإذن لدلالته على كل فرد فرد ثم إنه فى جامع المقاصد لم يرتضه و فرق بين الإطلاق و التعميم بأن الإطلاق أنما يقتضى تجويز القدر المشترك بين الأفراد و لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشد ضرراً من غيره إذ ليس فى اللفظ إشعار بذلك الفرد و لا دلالة على الإذن فيه و الرضا بزيادة ضرره لأن الرضا بالقدر المشترك أنما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل و لا شىء يدل على الرضا بالزائد فلا يتناول المتوسط أو الأشد بخلاف العام فإنه دال على الرضا بكل فرد و لما لم يكن للفظ دلالة على الأقل ضرراً و المتوسط تطرق الغرر و رده فى المسالك بأن المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد صح وجوده فى ضمن المفرد و المثنى و المجموع و غيرها على ما حقق مع أن لوازمها مختلفة و لذلك حكموا بأن الأمر بالمطلق كالضرب مثلاً يتحقق امتثاله بجزئى من جزئياته كالضرب بالسوط و العصا ضعيفا و قويا و متوسطا حتى قيل إن الأمر به أمر بكل جزئى أو إذن بكل جزئى و المراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدري أو نفس الحقيقة المشتركة بين الأفراد لا تلك اللوازم اللاحقة لها و هى فى مسائلنا الزرع الصالح لكل فرد من أفراد المزروعات لأنها مشتركة فى هذا و إن لم تشارك فى الضرر و غيره انتهى (و نحن نقول) فى كلاميهما معا نظر أما كلام المسالك فإنه إنما يتم إذا تساوت أفراد الماهية فى التبادر و الغلبة كما حرر فى فنه و طفحت به عباراتهم فى باب الفقه فإن غلب فرد باعتبار ذلك الوقت و تلك الأرض تعين و إن تساوت تخير و إلا فالأولى مراعاة مصلحة المالك أو مصلحتيهما كما فى إطلاق الوكالة و سائر العقود أما الثانى ففيه (أولا) أن ليس المراد بالعموم معناه المتعارف بمعنى أنه يدل على كل فرد على وجه الاجتماع بل المراد منه هنا ما يراد من المطلق و هو الفرد المنتشر على سبيل البدلية و المشية فيتحقق الامتثال و براءة الذمة فى صورة الإطلاق و العموم بالإتيان بواحد من أفراد الماهية أى واحد كان بل المتبادر من هذه الإطلاقات فى مثل هذه الأمور العموم بهذا المعنى فهو من هذه الجهة ليس أولى من المطلق بل من حيث التصريح بما يشمل الأفراد (و ثانيا) أنه يلزم من كلامه فى جامع المقاصد أن لا يجوز التكليف بالأمر الكلى إلا مع البيان إذ لو أراد فردا معينا يلزم الإجمال و التكليف بالمحل و إن لم يرد الفرد المعين و لا- الامتثال بأى فرد كان امتنع الخطاب به من الشارع عقلا و شرعا (و ثالثا) أن قضية كلامه أولا أنه يتعين أقل الأفراد ضررا حيث قال إن الإطلاق لا يتناول المتوسط و الأشد لكن قوله لما لم يكن فى اللفظ دلالة عليه تطرق الغرر ينافيه فليتأمل فيه لأنه يمكن الجواب عنه (و رابعا) أنه يجوز للمالك أن يزرع فى أرضه الآخر بلا- ريب فله أن يعطيها لغيره ليزرعها كذلك بأجرة و غيرها (و خامسا) أنه فى ظاهره وافق الأصحاب فى أنه يجوز الإطلاق فى إجارة الأرض للزراعة و يتخير المستأجر فى زرع أى نوع شاء (و سادسا) أنه خرق للإجماع البسيط سلمنا لكنه لا ريب فى شدوده (و سابعا) أن التعيين الذى أوجبه خوفا من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٢

و يتعين بالتعيين (١) فإن زرع الأضر للمالك الخيار بين المسمى مع الأرض و بين أجره المثل (٢)

الغرر حاصل على جميع الاحتمالات لأن كلا من العموم و الإطلاق في متساوى الأفراد في حكم التعيين من حيث دخول جميع الأفراد فيهما على البدلية و المشية عموما في الأول و إطلاقا في الثاني فكان المالك في إطلاقه و تعميمه قادما على أضر الأنواع و أما الإطلاق عند عدم تساوى الأفراد بأن كان الإضرار حج أو بالعكس فإن قلنا بتعيين الراجح كما قدمنا كان متعينا و إن قلنا بعدم تعيينه و صرف الحكم إلى الأفراد جميعا مطلقا أو في خصوص المقام لمكان الإجماع المعلوم أو المنقول في الغنية لأن الدليل يجرى مجرى الرجحان الموجب للتعيين كان التعيين أيضا حاصلًا فعلى كل تقدير لم نعدم التعيين الموجب فقده للغرر و لعل التخيير في كلام الجماعة مبنى على تساوى الأفراد في الزراعة (نعم) قد يقال هناك غرر من وجه آخر لأنهم منعوا من قوله بعتك هذا بما أردت و بما أعطيت فليمنع من قوله ازرع ما شئت كما نبه عليه في مجمع البرهان و قال قد يفرق بالنص و الإجماع (قلت) لعل الوجه في ذلك أن المزارعة مبنية على الغرر كالإجارة كما تقدم فتحملان من الجهالة ما لا يحمله البيع (و ليعلم) أنه قال في الرياض أن ظاهر الغنية الإجماع عليه و هو الحجج و هو لا يتم إلا عند من يقول إن كل ظن للمجتهد حجة و إلا فالحجة الإجماع لا ظهوره (قوله) (و يتعين بالتعيين)

و لم تجز له مخالفة ذلك إجماعا كما في الغنية و بلا خلاف كما في الرياض و به صرح في المقنعة و المراسم و النهاية و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و سائر ما تأخر إلى الرياض إذ في المقنعة و أكثر ما ذكر بعدها لو عين لم يكن له زراعة غيره لم يجز تعديه لم تجز مخالفته و بعضها كالكتاب و بعضها يعطى ذلك بالمفهوم كالنافع و التبصرة و الإرشاد و ظاهر إطلاق المعظم كما هو صريح جماعة أنه لا يجوز التعدي لا إلى المساوى و لا إلى الأقل و قد استشكل المصنف في جواز التعدي في إجارة الكتاب فيما إذا استأجرها لزرع معين و جوز التعدي هناك في التحرير خاصة كما حررناه هناك و ستسمع ما في الشرائع و التذكرة و التحرير و اللمعة و ربما احتملته عبارة المبسوط و قد بينا أن عدم الجواز هناك أشبه بالأولى أن لا يجوز هنا لأن التعدي في الإجارة إلى الأخف نفع محض للمالك لأن المدار على الأجرة و هي حاصله بخلاف ما هنا فإن المدار على الحصه و ربما تفاوتت الأنواع باعتبار أكثرية الحاصل أو القيمة أو تعلق غرض للمالك بكونها من النوع المعين فبالخطى يفوت نفع المالك و غرضه و التعيين في كلامهم يشمل الشخص كهذا الحب أو الصنف كالحنطة الفلانية أو النوع أو الجنس أو كون الأرض لا تزرع إلا حنطة مثلا (قوله) (فإن زرع الأضر للمالك الخيار بين المسمى مع الأرض و بين أجره المثل)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الروض و الكفاية و ظاهر الشهيد في اللمعة التوقف حيث نسبه إلى القيل و خالف المحقق الثاني فأوجب أجره المثل و وافقه الشهيد الثاني في كتابيه و المقدس الأردبيلي و الكاشاني و شيخنا صاحب الرياض و وجه التخيير أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزيادة في ضمن زرع الآخر فيتخير بين الفسخ لذلك فيأخذ الأجرة لما زرع لوقوعه أجمع بغير إذنه لأنه غير المعقود و بين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرض في مقابلة الزائد الموجب للضرر (و فيه) أنه لا معنى لأخذ المسمى لأن الشرط هو نصف الحنطة مثلا فكيف يأخذ من الذرة و لم يتضح لنا وجه التخيير كما لم يتضح لنا وجه تعيين أجره المثل إذ المزارعة عقد لازم و تعدي العامل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٣

و لو زرع الأخف تخير المالك بين الحصه مجانا و أجره المثل (١) و لو شرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر إلى تعيين كل منهما (٢)

لا يقتضى الفسخ حتى تتعين أجره المثل أو يتخير بينها وبين المسمى بل الواجب أخذ مثل المسمى بأن يحرص بحسب التخمين و يقال لو كانت مزروعة حنطة لكان نصفها قفيزا فيأخذ منه قفيزا من حنط و إن كان قد زرعها ذرة مع الأرش و لعل المحقق و المصنف و من وافقهم أرادوا ذلك من المسمى بأن يكونوا أرادوا أنه يأخذ حنطة مثل المسمى و عوضه و إن أبيت عن ذلك قلنا يتعين أخذ أجره المثل و يفسخ العقد المالك أو يفسخ بنفسه فتأمل بل يحتمل أنه يجب له أكثر الأمرين من أجره المثل و مثل المسمى و أما العامل فله المنفعة التي حصلت

(قوله) (و لو زرع الأخف تخير المالك بين الحصه مجانا و أجره المثل)

هذا من متفردات الكتاب إذ في الشرائع و التذكرة و التحرير و اللعة لو كان أقل ضررا جاز و من الغريب ما في المسالك حيث نسب ما في الكتاب إلى كتب المصنف و اختير في في جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان ثبوت أجره المثل و ظاهر الكفاية و المفاتيح التوقف و قد عرفت وجه التخيير و ما فيه كما عرفت الوجه في أجره المثل و ما فيه و وجه الجواز أن رضا المالك بزرع الآخر يقتضى الرضا بالأقل ضررا بطريق أولى (و فيه) أنه ربما كان غرض المالك الانتفاع بالزرع لا- مصلحه الأرض فإنه المقصود الذاتى و لا شك أن الأغراض تختلف في أنواع الزرع فربما كان غرضه في الأشد ضررا من جهة نفعه أو الحاجة إليه و إن تضررت الأرض به نعم يجرى ذلك في إجارة الأرض لزرع نوع فإن العدول إلى زرع الأخف متجه لأن الغرض تحصيل الأجره خاصة و هى حاصله مع تخفيف الضرر عن أرضه (و ليعلم) أنه قد وقع في الشرائع و التذكرة و التحرير و اللعة أنه إن عين الزرع لم يجز التعدى و أنه لو كان أقل ضررا جاز و هاتان العبارتان متنافيتا الظاهر إلا أن يقال إن زرع الأقل ليس تجاوزا و لا تعديا عند هؤلاء

(قوله) (و لو شرط نوعين متفاوتين فى الضرر افتقر إلى تعيين كل منهما)

كما فى الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و فى (الشرائع و التحرير و التذكرة) أنه لو شرط الغرس و الزرع افتقر إلى تعيين مقدار كل واحد لتفاوت ضرريهما قالا و كذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفى الضرر غير أنه فى الأخير لم يصرح بالمقدار لكنه مراد فيه و فى عبارة الكتاب و الإرشاد و إن كان كل فى باب لأن النوعين معينان فى أنفسهما فلا بد أن يراد مقدارهما و قد عبر عما فى الشرائع و التذكرة و التحرير فى الكفاية بقوله قالوا و كأنه فى غير محله و تعيين المقدار فى البابين يكون بالكيل أو الوزن و بتعيين الأرض مثل ازرع هذه القطعة حنطة و هذه شعيرا و قد اقتصر فى الروض «١» فى تفسير عبارة الإرشاد على الأخير و مفهوم قولهم فى البابين متفاوتين فى الضرر مختلفى الضرر أنهما لو لم يكونا كذلك لم يجب التعيين و نفى عنه البعد فى جامع المقاصد (و قال فى مجمع البرهان) بوجوبه أيضا لأن الغرض الأصلي هو الحصه و قوى فى المسالك الصحه مع الإطلاق و عدم التعيين فى الإجارة و حمل الإطلاق على جعل كل واحد منهما فى نصف الأرض كما هو الشأن فى نظائره من أنواع الشركه إذ الأصل فيها التنصيف لعدم الترجيح و تزيد المزارعة على الإجارة بأنها مبنية على المسامحة حيث جوزوا فيها الحصه الغير المعروفة لاحتمال عدم حصول شىء أصلا و الحاصل على تقدير

(١) كذا فى النسخة و لعل الصواب الرياض فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج٧، ص: ٣٢٤

و للمزارع أن يشارك غيره (١)

الحصول غير معلوم و قد احتمله فى مجمع البرهان و هناك وجه آخر ما أحسن اعتباره لكنه بعيد عن العبارة و هو أنه لو شرط نوعين على طريق البدل و جب التعيين إذا لم يكن ذلك على طريق التخيير بينهما (قوله) (و للمزارع أن يشارك غيره)

كما في النهاية و المهذب و الوسيلة و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الكفاية و لعله معنى ما في الغنية و السرائر إذا كان العقد مطلقا جاز له أن يولى العمل لغيره و ظاهر الغنية الإجماع عليه و في (الكفاية) أنه المشهور قلت لا- نجد في ذلك خلافا و بعض ما خلى عنه من كتبهم كجامع الشرائع يفهم منه أنه يجوز للعامل أن يزارع عليها غيره فبالأولى أن يجوز له عنده المشاركة و التفصيل الآتي لا أثر له فيما نجد الوجه فيه أنه قد ملك المنفعة فكان له نقلها و نقل بعضها إلى غيره و قد قالوا جميعا في الكتب المذكورة عند اللعة أنه لا يتوقف على إذن المالك كما تسمع التصريح بذلك أيضا في المزارعة عليها لأنه لا حق له في المنفعة و قضية إطلاقهم أنه يجوز له تسليم الأرض بدون إذنه كما رجحناه في الإجارة لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه مؤيدا بصحيفة على بن جعفر و في (جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا مجمع البرهان) لا يجوز له تسليمها بدون إذنه (و قال في الكفاية) قالوا لا يجوز تسليمها إلى آخره و ليس في محله و حكي في المسالك عن بعضهم أنه اشترط في مزارعة غيره و مشاركته كون البذر منه ليكون تمليك الحصه منوطا به (قال في المسالك و الروضة) و به يفرق بينه و بين عامل المساقاة حيث لم يجز له أن يساقى غيره (و قال في الروضة) و هذا يتم في مزارعة غيره لا في مشاركته (قلت) الظاهر عدم الفرق بين المشاركة و المزارعة في الجواز و العدم لأنه كما يجوز له على مذاقه حيث يكون البذر منه تمليك جميع الحصه في المزارعة أو بعضها نظرا إلى أنه يناط بالبذر كذلك يجوز له تمليك بعض الحصه في المشاركة (فإن قلت) المشاركة لا تكون عنده إلا بعد ظهور الزرع و صحة تقويمه فلا يحتاج إلى أن تناط بالبذر و المزارعة تكون في الابتداء فلا بد أن تناط بكون البذر منه (قلت) تعليلهم جواز المشاركة بأنه ملك المنفعة فكان له نقلها و نقل بعضها إلى من شاء يقضى بأنه لا فرق بين أن يكون في ابتداء المزارعة أو في أثنائها عند الظهور لأن المملك للمنفعة إنما هو العقد الواقع لا الظهور و هذا يحتاج إلى بيان الفرق بين الجواز في المزارعة دون المساقاة و ما فرق به في الروضة بقوله و يمكن الفرق بينهما بأن عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمره فلا يتسلط عليه من لا يسلطه عليه بخلاف الأرض في المزارعة فإن الغرض فيها ليس إلا الحصه فلما لكها أن ينقلها إلى من شاء جيد لكنه أبطله بقوله لا- يجوز له تسليم الأرض إلا- بإذن مالكةا ثم إن هذا القول لا يكاد يتم في بعض صور المزارعة كما هو واضح جدا لمن تأمل فهذا القول غير تام خصوصا على مختار صاحب المسالك في الأرض الخراجية لأنه لا يصح عنده المزارعة عليها إلا أن يكون مالكةا لها أو يتحيل عليها بأن يستأجر من الآخر نصف عمله و عوامله بنصف البذر و إذا كان مبدورا تحت الأرض لم يخرج لا يصح أن يكون أجره بل و لا يصح الصلح عليه و قد تبع صاحب المسالك على حكاية هذا القول المقدس الأردبيلي و الكاشاني و الخراساني و صاحب الرياض و كان الأولى بهم حكاية نقله على أنا تتبعنا كتب الأصحاب من المقنع إلى المسالك فلم نجد أحدا حكاها و لا نقل حكايته من الخاصة و العامة و لم يذكره في الروضة بعنوان القول ثم إن بعضهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٥

و أن يزارع غيره و إن لم يأذن المالك (١) نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة و لا المزارعة (٢)

حكاها في خصوص المزارعة و بعضهم فيهما (و كيف كان) ففي مجمع البرهان أن عموم الأدلة و تسلط الناس على أموالهم و تملك الحصه و المنفعة مع العمل و عدم ظهور مانع تنفيذ الجواز في المزارعة و المساقاة إلا أن يكون إجماع في المساقاة أو نحوه (قلت) الظاهر منهم في المساقاة عدم انعقاد الإجماع لأن المصرح بعدم الجواز قليل كما ستعرف إن شاء الله تعالى و ليس لهم عليه حجة واضحة كما ستسمع و في (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك) أن المراد بالمشاركة أن يبيع بعض حصته له بشيء معلوم من ذهب أو فضة و نحوهما مستندين في ذلك إلى مقطوعة سماعة و قال إنه لا بد من رعاية شرائط البيع من وجود الزرع و ظهوره بحيث يمكن تقويمه و شراؤه (و فيه) أن تعليلهم السابق يقضى بجواز غير ذلك و أن ظاهر العبارات كما في مجمع البرهان أعظم من ذلك بل غير ذلك مع ما ستسمعه من الخبر و هو برأى منهم فإننا نفهم منهم أن المراد من مشاركة غيره أن يعمل معه العمل المشترك بعوض و

غير عوض بل هو صريح الوسيلة و التبصرة قال فى الأول يجوز للعامل أن يأخذ شريكاً يعمل معه و فى الثانى يجوز أن يزرع بنفسه و بغيره و بالشركة و مثلهما ما فى النافع له أن يزرع بنفسه و بغيره و مع غيره و إطلاق كلامهم كما فى مجمع البرهان يتناول ما إذا كان بعوض و بدونه كما إذا كان و كيلاً متبرعاً بل يتناول ما إذا كان العوض جزءاً من حصته فيرجع حينئذ إلى المزارعة فليتأمل و يتناول ما إذا كان عمل الشريك على طريق الإجارة فليلاحظ و أما الخبر الذى استند إليه فهو موثق فى الكافى و الفقيه و التهذيب كل فى طريقه ليس بمقطوع ففى (الكافى و التهذيب) قال سألت عن المزارعة فقلت الرجل يبذر فى الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول له خذ منى ثمن نصف هذا البذر الذى زرعت فى الأرض و نصف نفقتك عليه و أشركنى فيه قال لا بأس (قلت) فإن كان الذى بذر فيه لم يشتره بثمان و إنما هو شىء كان عنده قال فليقومه قيمةً كما يباع يومئذ ثم ليأخذ نصف الثمن و نصف النفقة و ليشاركه (و قال فى الفقيه) سأله سماعة عن الرجل يزرع ببذره فى الأرض مائة جريب من الطعام أو غيره ثم يأتيه رجل آخر فيقول خذ منى نصف بذرك و نصف نفقتك فى هذه الأرض و أشار كك قال لا بأس بذلك و لا يخفى أن هذا أحد أنواع المشاركة و لا نقصرها على ذلك ثم إن الخبر مشتمل فى ظاهره على ما لا يقولون به (قوله) (و أن يزرع غيره و إن لم يأذن المالك)

كما صرح به فى جميع الكتب المذكورة فى مسألة المشاركة عدا النهاية و المهذب و الوسيلة و جامع الشرائع فإنه قد يفهم منها ذلك (قال فى النهاية) و إن زارع الأرض على أن يكون المزارع يتولى زراعتها بنفسه لم يجز أن يعطيها لغيره إذ مفهومه أنه إذا لم يزرعه على ذلك و أطلق جاز له أن يعطيها لغيره و ليس فى اللعنة و إن لم يأذن المالك و قد سمعت عبارتى الغنية و السرائر فإنهما قد تكونان إنما سيقتا لذلك أو لهما معا كما قد سمعت أن ظاهر الغنية الإجماع على عبارتها و قد قال فى الكفاية إنه المشهور و قد سمعت ما حكاه فى المسالك عن بعضهم و إن لم نجد دليلاً للمشاركة عليها هو دليل المزارعة عليها و قضية إطلاقهم هناك هو قضيته هنا و من لم يجوز التسليم هناك من دون إذن المالك لم يجزه هنا و قد يكون المراد من عبارة الكتاب و غيرها و إن لم يأذن المالك فى المشاركة و المزارعة و التسليم كما فهمه بعض المحشين (قوله) (نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة و لا المزارعة)

قال فى (الغنية) و إن شرط عليه العمل بنفسه و أن يزرع شيئاً بعينه لم يجز له مخالفة ذلك بدليل إجماع الطائفة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٦ و خراج الأرض و مؤنتها على المالك إلا أن يشترطه على العامل (١)

و مثله ما فى المفاتيح و الرياض قالوا لو شرط عليه العمل بنفسه لم يجز له التعدى اتفاقاً و بما فى الغنية صرح فى المهذب و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعنة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و لا يرد أن ذلك يقتضى منع المالك من التصرف فى ماله لأن ذلك حيث لا يعارضه حق غيره كما هو الشأن فى الراهن و المفلس و المؤجر و نحو ذلك

(قوله) (و خراج الأرض و مؤنتها على المالك إلا أن يشترطه على العامل)

كما فى المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و هو قضية كلام النهاية أو صريحها و قد ذكر فى الكافى و الغنية و السرائر و الإرشاد و التبصرة و اللعنة و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية أن الخراج على المالك إلا أن يشترطه على الزارع و لم يتعرض فيها لذكر المثونة و اقتصر فى الوسيلة على ذكر المثونة و لعله أدرج الخراج فيها و صرح فى المقنعة و النهاية و المراسم و المهذب فى باب المساقاة بأن الخراج على صاحب النخل إلا أن يشترطه على المساقى و مثله ما فى الكافى فى المزارعة و المساقاة معا و قد ذكر مثل ذلك فى المساقاة فى الغنية و السرائر أيضاً من دون ذكر المثونة و يأتى فى مساقاة الكتاب و الشرائع و

جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان أن الخراج على المسالك إلا أن يشترطه على العامل أو عليهما و في مساقاة الإرشاد و اللعنة أن الخراج على المالك إلا مع الشرط و في مساقاة المبسوط و جامع الشرائع و التبصرة أن على المالك الخراج و لعلمهم أرادوا إلا مع الشرط و لعلمهم يتأملون في اشتراطه على العامل إذ قد لا يحصل شيء أصلا و قد لا يحصل من ذلك تمام ذلك المقدار و هو ضرر عظيم و غرر كثير إلا- أن يكون ذلك مع ظن كون حصته أكثر على تأمل أيضا لكنه يرد التبصرة أنه لا فرق بين المزارعة و المساقاة و قد قال في المزارعة أن الخراج على المالك إلا مع الشرط نعم لا شبهة في اشتراط كونه من الحاصل لأن مثل هذا الغرر مغتفر و قد استدل على عدم ضرر هذا الغرر في مجمع البرهان بالنص و الإجماع و قال إنه لا شبهة فيه و حيث شرط أو بعضه على العامل يجب أن يكون معلوم القدر كما صرح به في مساقاة جامع المقاصد و المسالك و وجهه ظاهر و في (النهاية) فإن شرط ذلك يعني الخراج و كان مقدرا معينا و زاد السلطان على الأرض كانت هذه الزيادة على صاحب الأرض المزارع و بذلك صرح في المهذب و السرائر في مقام آخر و النافع و التذكرة و التحرير و المسالك و الروضة و به صرح في الوسيلة في المثونة لأن الشرط لم يتناولها أي الزيادة و زاد في المسالك أنها غير معلومة فلا يمكن اشتراطها (و قال في الكفاية) أن صحيحى داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام و يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام تدلان على أن مثل هذه الجهالة مغتفرة غير ضارة ففي (الأولى) في الرجل يكون له الأرض عليها خراج معلوم و ربما زاد و ربما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مائتي درهم في السنة قال لا- بأس و مثله الأخرى و غيرها و ستسمع تمام الكلام في ذلك (و كيف كان) فالإجماع معلوم على أن خراج الأرض على مالکها و في (مجمع البرهان) أن الحكم معلوم و هو في معنى الإجماع و هو المستفاد من أخبار الباب و نحوه المثونة التي يتوقف عليها العمل و لا تتعلق بنفس العمل كإصلاح النهر و الحائط و إقامة الدولاب و ضابطها ما لا يتكرر كل سنة لأنها من متمات الأرض دون ما فيه صلاح الزرع و بقاءه مما يتكرر كل سنة كالحرث و السقى و آلاتهما و تنقية النهر و حفظ الزرع و حصاده فإن ذلك كله على العامل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٧

.....

لأنه من جملة العمل كما فصلوه في المساقاة كما يأتي محررا و بذلك صرح هنا في المسالك و كذا جامع المقاصد و عليه نبه في النهاية و المهذب و الغنية و السرائر و غيرها و وجه كون الخراج و المثونة كلا أو بعضا مع الاشتراط (عليه ظ) ظاهر و مجمع علم أيضا تحصيلا و الدليل على أن زيادة السلطان على صاحب الأرض ما رواه الشيخ بسنده عن سعيد الكندي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنى آجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم فقال أعطهم فضل ما بينهما قلت إنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم قال إنهم إنما زادوا على أرضك و الخبر و إن كان ضعيفا لمكان جهالة سعيد و ضعف غيره إلا أنه قد انجبر بعمل من عرفت من المتقدمين و المتأخرين و فيهم من لا يعمل إلا بالقطيعات و مع ذلك قد اشتمل على علة مناسبة للحكم و قد توهم الراوى أنه مخالف للقواعد فأجابه الإمام عليه السلام أن الزيادة في الواقع على الأرض لا على القوم و التعليل يقضى أن ما يضرب على الدور و النخل في هذه الأزمان يكون على أبواب الدور و النخل لا على السكنة المستأجرين و لا على مشترى ثمره النخل و في (الرياض) أنه مخالف للقواعد و لا جابر له فيشكل الحكم به و هو في غير محلها بل هما عجيبان و أما ما ناقش به صاحب الكفاية صاحب المسالك و تحذلق به صاحب الحدائق (ففيه) أن المراد من نفى البأس في الخبرين و غيرهما إنما هو بيان الجواز المطلق الذي لا يلزمه اللزوم الذي هو المطلوب ففي الصحيح عن القوم يدفعون أرضهم إلى رجل فيقولون كلها و أدّ خراجها قال لا بأس إذا شاءوا أن يأخذوها أخذوها نعم لو دلت هذه الأخبار على نفى البأس عنها و إن ذكرت في العقد اللازم كما هو الشأن في الحكم بلزوم كثير من الشروط في العقود اللازمة ثم ما ذكرت (و عساک تقول) إنه يكفي إطلاق نفى البأس المتناول لما وقع الشرط في عقد لازم و لما لم يقع (لأننا نقول) لا ينبغي الخروج

عن القواعد المعلومة بمثل هذه الإطلاقات الموهومة المحمولة على الإباحة والمعاطاة على المختار وإلا ففي هذه الأخبار ما يدل على جواز كون الأجرة مجهولة في عقد الإجارة لأنها تدل على جواز إجارة الأرض بما عليها من الخراج قل أو كثر ولا يقول به منّا أحد وما استند إليه في الكفاية دل على جواز الشرط المجهول في عقد الإجارة عنده ففي خبر إبراهيم بن ميمون قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قرية لأناس من أهل المدينة لا أدرى أصلها لهم أم لا غير أنها في أيديهم وعليها خراج فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا إلى فأعطوني على أن أكفيهم السلطان بما قل أو كثر ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان بما قبض قال لا بأس بذلك ما كان من فضل ومثله خبر أبي الربيع ومثله صحيح داود بن سرحان المتقدم آنفا وهي ظاهرة في جهالة مال الإجارة إذ ليس لهذه الأخبار محمل على غير الإجارة فلا بد من تنزيلها على معاطاتها ويشهد بذلك خبر داود حيث جعل الخيار لأهلها وقد ذكر جماعة منهم أبو الصلاح والقاضي وابن زهرة أن خراج الأرض المتقبلة على المتقبل (و بقي هنا شيء) يجب التنبيه عليه لمكان الاختلاف فيه و ميسس الحاجة إليه وهو أنه قال في المسالك أنه استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها أن المعقود عليه هو الأرض المملوكة وأنه لا- تشرع المزارعة بين المتعاملين إذ لم تكن الأرض ملكا لأحدهما كما في الأرض الخراجية ثم ذكر لصحة المزارعة على الأرض الخراجية وجوها من الحيل و ظاهره أنه لا بد من ملك رقبته وأول من ناقشه في ذلك المقدس الأردبيلي و تبعه على ذلك الفاضل الخراساني و المحدث البحراني و شيخنا صاحب الرياض فقالوا يكفي ملك المنفعة والأولوية الحاصلة في الأرض الخراجية من سلطان الجور و من الإحياء إن لم نقل بكونه مفيدا للملك مستندين إلى الأخبار الدالة على جواز تقبيل الأرض الخراجية للزراعة كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٨

.....

عن مزارعة أهل الخراج بالربع و الثلث و النصف قال لا بأس و مثلها صحيحه يعقوب بن شعيب و صحيحه معاوية بن عمار و غيرها (و نحن نقول) كلام الجميع غير محرر كما ستعرف و قد صرحوا جميعا على كلمة واحدة أن خراج الأرض على المالك و مئونها على المالك عدا المحقق في الشرائع و النافع و الكاشاني فإنهما عبرا بالصاحب و المصنف في التحرير فإنه في خصوص المسألة عبر تارة بصاحب الأرض و أخرى بالمالك لأنه ذكرها مرتين و كذا صاحب الوسيلة فإنه لم يذكر المالك و لا الصاحب و ذلك يشهد لما في المسالك بل في الغنية و السرائر إذا كانت المزارعة على أرض خراجية فخارجها على المالك و قد يلوح أو يظهر من المبسوط في أول الباب و من التنقيح اشتراط ملك الأرض و مما عبر فيه بالمالك في غير مسألة خراج الأرض المهذب مكررا مرارا و الكافي و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و الكتاب و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و اللمعة و غاية المراد و التنقيح و المهذب البارع و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و المفاتيح بل و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و إن خالفت المسالك و قد يعبر في بعض هذه الكتب بصاحب الأرض و هذا أيضا يشهد لما في المسالك و مما عبر فيه برب الأرض المقنعة و الخلاف و المبسوط لكنهم عبروا بذلك في المساقاة أيضا فلا- يرد نقضا و مما عبر فيه بصاحب الأرض النهاية و الوسيلة و النافع لكن في الأولين التعبير بذلك في المساقاة أيضا و لم يعبر في الأخير في المساقاة إلا بالمالك و لم يظهر من المقنع و فقه الراوندي و المراسم و كشف الرموز و المقتصر شيء في ذلك فهذه كتب الأصحاب من المقنع إلى الرياض و ليس فيها ما يظهر منه مخالفة المسالك إلا النافع خاصة و صريح جامع المقاصد فيما يأتي في المساقاة (إذا عرفت هذا) فظاهر المسالك و الجماعة الذين ناقشوه أن أرض الخراج لا تكون ملكا و هو وهم قطعاً فإن الأرض المفتوحة عنوة المحياة قبل الفتح إذا أذن الإمام لأحد بأن يبنى فيها أو يغرس و أن يكون عليه خراجها ملك رقبته أصالة أو تبعا على الخلاف فإذا زالت آثاره زال ملكه نعم إذا بنى أو غرس من غير إذن الإمام فإنه لا يملكها و عليه ينزل كلام من قال إنها لا تملك و كذلك إذا ماتت و أحيها محي في زمن الغيبة فإنه يملكها و عليه خراجها لسلطان الجور إذا طلبه و لا

ينافيه قولهم لا يملك معمور بل هو لمالكة و إن اندرست العمارة فإنها ملك لمعين أو للمسلمين كما بيناه فى باب إحياء الموات و إن أحياءها فى زمن الحضور بإذن الإمام ملكها و عليه خراجها لأنه ولى المسلمين و كذلك موات الأرض المفتوحة عنوة إذا أحياء محى فى زمن الحضور بإذنه ملكه لأنه ملكه أى الإمام و فى زمن الغيبة يملكه أيضا إذا أحياء فإذا ضرب عليه السلطان خراجا و جب أداؤه إليه لأنه قائم مقامه جورا و قهرا فالخراج لا يمنع الملك و الأرض الخراجية لا يمتنع أن تكون مملوكة و إذا باع إمام العدل أو سلطان الجور أرضا من أرض الخراج لتقوية الجند و نحوها و شرط عليه خراجها المعتاد أو عشرة مثلا فإنها مملوكة خراجية و إن أسقط عنه خراجها بالكلية كانت أرض خراج مملوكة و الأمر فى الأرض التى صولح أهلها على أن تكون الأرض لهم و عليهم ما يصلحهم عليه الإمام ظاهر كما أوضحنا ذلك كله فى باب البيع و باب إحياء الموات و قد وردت الأخبار بشراء أرض الخراج و أن عليه خراجها و أنه لا بأس به إلا أن يستحى من عيب ذلك و هو باب واسع فلا يصح حينئذ الاستناد فى رد ما فى المسالك إلى الأخبار الدالة على جواز تقبيل الأرض الخراجية للزراعة إذ الاحتمال فى رد الاستدلال كاف و لو فى صورة واحدة إن لم تسلم جميع ما ذكرناه ثم إن الأصل فى المزارعة و مشروعيتها ما فعله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى خيبر كما طفحت به عباراتهم كما ستسمع و هى ملك للمسلمين و لما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٢٩

.....

كانت المزارعة على خلاف الأصل و جب الاقتصار على المتيقن المجمع عليه و هى ما إذا كانت الأرض مملوكة العين أو المنفعة إن ادعت الإجماع على الصحة فيما إذا استأجرها و ما شك فيه يبقى تحت الأصل ثم إن الأرض الخراجية الغير المملوكة إن كان أخذها من هى فى يده بخراجها نقدا كان أو مقاسمة أعنى شرط عليه حصه من حاصلها فقد ملك منفعتها لأن الخراج سواء كان نقدا أو حصه أجرة أو فى معنى الأجرة كما أفصحت بذلك عباراتهم فله أن يزارع عليها لأنه مالك منفعتها و إن كان السلطان قد أسقط عنه الخراج و جعل خراجها له لم يصح له أن يزارع عليها مزارعة بل له أن يضرب عليها كحاكم الجور خراجا نقدا أو حصه من حاصلها فلا يحتاج إلى عقد المزارعة و لا إلى تعيين المدة و لا إلى شىء من شرائط المزارعة و أحكامها و لك أن تقول إنه حيث يضرب عليها السلطان حصه من حاصلها أو من أعطائها له و أسقط عنه خراجها تكون مزارعة و لا مانع من تسميتها مخارجة و حيث لا يذكر أن الشرائط تكون من باب المعاطاة (و كيف كان) فهذا لا ينبغى له الاستبداد بحصتها و خراجها عند بعض أصحابنا إلا إذا كان محتاجا إليه أو كان غازيا أو قاضيا بالحق أو إماما عالما لأهل الدين بل ظاهر الكفاية أنه لا يجوز له بدون ذلك و هو ظاهر اختيار المقدس الأردبيلي بل لم يجوز ذلك إلا للمضطر و نقل عن السيد عميد الدين فى شرحه على النافع أنه إنما يحل الخراج و المقاسمة بعد قبض السلطان أو نائبه (قلت) و لعلهم لذلك يعبرون بما يأخذونه و أيده فى مجمع البرهان بأن الهبة فرع الملك و القبض فكيف تقع بدونهما و هو كما ترى لا وجه له أصلا بالنسبة إلى الجائر بل و العادل إذ لا ملك أصلا و أما استحباب تفرقة و مساواة الإخوان فيه فكأنه لا ريب فيه (و كيف كان) فهذا القسم لمكان ما عرفت هو المحتاج إلى الحيل التى فى المسالك فإذا أراد الاشتراك مع العامل فى الزرع و الخروج عن هذه الإشكالات و الشبهات فطريق صحته أن يشاركه فى البذر بحيث يمتزج على الوجه المقرر فى باب الشركة و يجعلان باقى الأعمال بينهما على نسبة المال و لو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما ينوى به التبرع فلا رجوع له بالزائد و لو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوى فى البذر و بالعكس بنى على ما تقرر فى الشركة من جواز ذلك إلى غير ذلك مما ذكره فى المسالك و يمكن أن يكون هذا القسم إذا عامل عليه من أعطاه له السلطان من باب المعاطاة فيملك منفعتها بالتصرف فيها و المعاملة عليها لكنه لا يخرج بذلك عن تلك الشبهات و الإشكالات (و بقى شىء آخر) و هو أنه ورد فى خبرين أحدهما موثق و الآخر صحيح أن رسول الله صلى الله عليه و آله ظهر على خيبر و فيها اليهود فخارجهم على أن يترك الأرض فى أيديهم يعملون بها

و يعمرونها فيكون النصف الذي تضمنته صحيحة الحلبي و غيرها مقاسمة و خراجا ففي الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه و آله أعطى خبير بالنصف أرضها و نخلها (لكن) قد ورد في صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال و سألته عن المزارعة قال النفقة منك و الأرض لصاحبها فما أخرج الله عز و جل منها من شيء قسم على الشرط و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه و آله أهل خبير حين أتوه فأعطاهم إياها أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت و مثله صحيحة الأخرى و ذلك يقضى بأن إعطاءه صلى الله عليه و آله خبيراً لهم كان مزارعة لا مقاسمة و مخرجة و يمكن أن يكون مزارعة و مخرجة حيث يشترط الحصه كما تقدم آنفاً لكن يبعد أن يكون رسول الله صلى الله عليه و آله عقد عقد المزارعة مع كل واحد واحد من جميع أهل خبير فتدبر (قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٠

و تصح المزارعة إذا كان من أحدهما الأرض خاصة و من الآخر البذر و العمل و العوامل (١) و كذا إذا كان البذر لصاحب الأرض و العمل منه أو كان البذر منهما (٢) سواء اتفقا في الحصه أو اختلفا و سواء تساويا في البذر أو تفاوتتا (٣) و في صحه كون البذر من ثالث نظر (٤)

(و تصح المزارعة إذا كان من أحدهما الأرض خاصة و من الآخر البذر و العمل و العوامل)

عندنا كما في التذكرة و كذا جامع المقاصد و هذا هو الأصل في المزارعة كما في الروضة و الأصل في المزارعة قصة خبير كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و في الأولين أن ظاهرها أن البذر من أهل خبير (قلت) و لعله لذلك قيل في الغنية و السرائر لو كان البذر من مالك الأرض و العمل و الحفظ من المزارعين جاز و كيف كان فالمصرح بما في الكتاب المذهب و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروض و الروضة و مجمع البرهان و قد خلت المقنعة و النهاية و المراسم و الكافي و الخلاف و الوسيلة و فقه القرآن عن ذكر الاحتمالات الممكنة في الأمور الأربعة الأرض و البذر و العمل و العوامل مع ورود بعضها في الأخبار كما سمعت و كما ستسمع و ستسمع ما في المقنع (قوله) (و كذا إذا كان البذر لصاحب الأرض أو العمل منه أو كان البذر منهما)

أشار إلى ثلاث صور آخر غير الأولى (أحدها) أن يكون من مالك الأرض معها البذر و من الآخر العمل و العوامل (الثانية) أن يكون من مالكةا معها العمل و من الآخر البذر و العوامل (الثالثة) أن يكون من مالك الأرض بعض البذر و من الآخر البعض الآخر مع العمل أو العوامل أو هما (أما الأولى) ففي التذكرة و جامع المقاصد أنها صحيحة عند كل من سوغها و قد نص على صحتها في الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و مجمع البرهان و الكفاية (و أما الثانية) فظاهر المقنع الإفتاء بها لأنه روى متن روايات سماعه الثلاث و قد نص عليها في جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و أما (الثالثة) على إجمالها من دون تفصيل صورها ففي (جامع المقاصد) أنها صحيحة عندنا قلت و إذا جاز كون البذر من العامل أو المالك جاز منهما بالأولى و في (المسالك و الروضة) تجوز الاحتمالات الممكنة مع الاشتراك في الأمور الأربعة كلاً أو بعضاً فمتى كان من أحدهما بعضها و لو جزءاً من الأربعة و من الآخر الباقي مع ضبط ما على كل واحد منهما صحت (قال في الروضة) و تشعب من الأركان الأربعة صور كثيرة لا حصر لها و مراده أن ذلك إذا كانت بين اثنين لا غير كما صرح به في المسالك و في (اللمعة) كل واحدة من الصور الممكنة جائزة و في (مجمع البرهان و الكفاية) أنها كلها جائزة و لو كانت بين ثلاثة أو أربعة كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى و قد نص في الشرائع و غيرها في المقام أنها لا تصح لفظ الإجارة

(قوله) (سواء اتفقا في الحصه أو اختلفا و سواء تساويا في البذر أو تفاوتتا)

قال فى جامع المقاصد لا فرق فى ذلك بين التساوى فى الحصه و التفاوت و كذا إذا كان البذر منهما لا فرق بين التساوى و التفاوت و هو معنى قوله فى التذكرة لو تفاضلا فى البذر و شرطا التساوى فى الزرع أو تساويا فى البذر و شرطا التفاضل فى الحصه جاز عندنا و نحوه قوله فى التحرير و لو شرطا التفاضل لزم الشرط سواء كان الفاضل للمالك أو العامل و كذا لو تفاضلا فى البذر و تساويا فى الحاصل أو تفاضلا فيه

(قوله) (و فى صحه كون البذر من ثالث نظر)

و كذا لا ترجيح فى الإيضاح و فى التحرير تصح على إشكال و ظاهر التذكرة التردد أولا و كأنه مال إلى عدم الصحه فى آخر كلامه على الظاهر كما هو خيره جامع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣١

و كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع (١) و كل مزارعه فاسده فإن الزرع لصاحب البذر و عليه أجره الأرض و الفدان

المقاصد و المسالك كما أن الصحه خيره مجمع البرهان و الكفايه و الحدائق فمحل الخلاف ما إذا جعلنا معهما ثالثا و شرطا عليه بعض الأربعة و هو يوافق ما فى الكتاب و غيره فإن من شرطا عليه البذر غير صاحب الأرض يكون ثالثا و لا فرق فى المشروط عليه البذر بين أن يكون له حصه من النماء أم لا- كما هو قضيه إطلاقهم إلا أن يدعى تبادر الأول (وجه الصحه) عموم أوفوا بالعقود و عموم أدلة المزارعه و ليست المعاملات بأسرها و لا هذه المعامله موقوفه على النص الخاص شرعا بل يكفى العموم و لهذا لا تجد فى شىء من المعاملات بخصوصه دليلا- شرعيا و لو احتاج إلى ذلك أشكل الأمر فإنه من المعلوم عدم ورود النصوص فى كل صنف من المعامله و لهذا يصح كون الزوج قبلا- موجبا مع وجوب الاحتياط فى الفروج و يصح أن تكون الزوجه و كيله فى طلاق نفسها مع منع البعض الوكاله فيه بل منع بعضهم و كاله النساء فيه خصوصا المطلقة إلى غير ذلك مما قاله المقدس الأردبيلي (و فيه) أنه من المعلوم أن ليس المراد من عموم أوفوا بالعقود الإيفاء بكل عقد «اخترتم» بل العقود المتداوله المعروفة فى ذلك العصر التى ضبطها الفقهاء فى كتبهم فما علم من إجماع أو نحوه فإن ادعى مدع توقفه على شرط نفيها بالأصل و ما لم يعلم «١» فإن كان أكثر الأصحاب قائلين بصحته كان ذلك قرينه على أنه كان متداولاً فى عصره صلى الله عليه و آله و سلم و تناوله العموم و إلا فلا و ما نحن فيه لم تقم شهره عليه فضلا عن أن يكون معلوما فلا- يكون داخلا- تحت عموم قوله سبحانه و تعالى أوفوا بالعقود و ليس فى أخبار الباب إطلاق يتناول ذلك فضلا عن العموم بل ليس فى أخبار الباب إلا ذكر الاثنى عشر فيه شهادة على أنه هو التداول فى عصره صلى الله عليه و آله فلا- يصح لك أن تقول إن عقد المزارعه كان فى عصره صلى الله عليه و آله و سلم و دعوى اشتراط كونه بين اثنين تنفى بالأصل و لم يظهر من أخبار خبير أن المعامله مع أكثر من واحد كما فى المسالك و لو دلت على ذلك ما توقف أحد فى الصحه فما فى مجمع البرهان من أنها تدل على الأعم لأن الظاهر أنهم كانوا كثيرين ليس فى محله دعوى و لا دليلا فإن قلنا إن الذى ظهر من أخبار خبير أنها مخارجة فلا كلام و إن قلنا أنها مزارعه و مخارجة معا جمعا فلا بد من أن يكون صلى الله عليه و آله و كل من يعقد مع كل واحد واحد منهم كما و كل من يخرص على كل واحد منهم و إن كان ما فعله معهم صلى الله عليه و آله كان على سبيل المعاطاه فالأمر واضح (و كيف كان) فرد صاحب الحدائق على قوله فى المسالك أنه لم يظهر أن المعامله مع أكثر من واحد بقوله إن ذلك من أعجب العجائب يقضى بأنه لم يفهم ما أراد فى المسالك و مما ذكرناه من الضابط فى العقود و العموم يعلم حال ما استشهد به فى مجمع البرهان من صحه كون العاقد موجبا قابلا و توكيل المرأة فى طلاقها (و قد احتج فى المسالك) بأن العقد يتم باثنين موجب و قابل فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه و يحتاج فى ثباته إلى دليل و لعله لا يصلح لأن يجعل دليلا مستقلا برأسه نعم هو مبنى على ما ذكرناه من الضابط فليتأمل و قد يقال إن خبر الإيضاح الآتى على احتمال مما يدل على عدم صحه كون البذر من

(قوله) (و كذا لو كان البذر من ثالث و العوامل من رابع)

معناه و كذا فى الصحة نظر و الأصح عدم الصحة لما عرفت و هو خيرة جامع المقاصد و المسالك و لا ترجيح فى الإيضاح و صححه فى التحرير على إشكال

(قوله) (و كل مزارعة فاسدة فإن الزرع لصاحب البذر و عليه أجره الأرض و الفدان

(١) فى بعض النسخ «أو نحوه فذاك و ما لم يعلم» بدل من كلمة (أو نحوه) إلى (ما لم يعلم).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٢

و لو كان البذر من المالك فعليه أجره العامل (١) و الإطلاق يقتضى كون البذر على العامل (٢)

و لو كان البذر من المالك فعليه أجره العامل)

أما الشق الأول فمعناه أنه إذا كان البذر من العامل و الفدان من صاحب الأرض فإن النماء و الزرع للعامل و عليه لصاحب الأرض أجره الأرض و الفدان و بذلك صرح فى جامع المقاصد و التذكرة و التحرير و اللمعة و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و الكفاية غير أنه لم يذكر الفدان فيما عدا الأول كما أن ظاهر الأخير أنه إجماع و يحتمل من العبارة و غيرها كون البذر من ثالث و هو معنى قوله فى الشرائع كل موضع يحكم فيه ببطان المزارعة يجب لصاحب الأرض أجره المثل و مراده كما فى الكتاب أن البذر من العامل و مثله ما فى الإرشاد و الروض و إليه أشار بإطلاق قوله فى النافع تثبت أجره المثل فى كل موضع تبطل فيه المزارعة و نحوه ما فى المهذب و الغنية و السرائر و الوسيلة غير أنه قال فى الأخير إذا كانت المزارعة فاسدة لزم أجره المثل و سقط المسمى إن كان بالنصف أو الثلث و لزم إن كان بالأمنان و القفزان (و فيه) أن الواجب فى الأخير أيضا أجره المثل كما تقدم بيانه (و كيف كان) فوجه ما قاله أنه انتفع بأرض غيره من غير إجاره و لا تبرع فوجب أن يلزمه العوض و هو أجره المثل و الحاصل له لأنه نماء ملكه و كذلك الحال فى لزوم الأجره لو استعملها و لم يحصل له حاصل أو عطلها و منه يعلم الوجه فى الشق الثانى و به صرح فى التذكرة و ما ذكر آنفا بعدها و جامع المقاصد و يتناوله إطلاق النافع و ما ذكر بعده و لو كان النماء منهما فالحاصل بينهما و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من الأرض و باقى الأعمال فإن تساوى الحقان تقاصا و إن اختلفا تقاصا فيما تساويا فيه و يرجع صاحب الفضل على صاحبه بالفضل و بهذه الصورة صرح فى التذكرة و ما ذكر بعدها و يمكن استثناء ما إذا كان البطان بإسقاط الحصه كما تقدم فى الإجاره فتكون أرض المزارعة كالعاريه فليتأمل و ليلحظ باب الإجاره فى المسألة و ما يأتى فى مثلها فى المساقاة و المضاربه لو كان البذر من ثالث فالحاصل له و عليه أجره مثل الأرض و باقى الأعمال و آلتها و فى (التبصرة) إذا بطلت المزارعة و لم يزرع العامل تثبت أجره المثل و هذه الأقسام الثلاثة قد ذكرها فى المبسوط فى بيان مذهب الشافعى القائل ببطان المزارعة و أن الزرع لصاحب البذر و الفدان كسحاب و سداد الثوران يقرنان للحرث و لا يقال للواحد فدان و هو آلة الثورين قاله فى القاموس

(قوله) (و الإطلاق يقتضى كون البذر على العامل)

لأنه الأعم الأغلب و الإطلاق يحمل عليه و لأنه الأصل فى المزارعة كما تقدم عن جماعة و لقول أبى عبد الله عليه السلام لما سئل عن المزارع النفقة منك و الأرض لصاحبها و ضعف الأول بأن العادة أنما يجب حمل الإطلاق عليها إذا كانت مستقرة مطردة لا تنخرم و لم يثبت كون المتنازع فيه كذلك (و يجاب عن الثانى) بأن كون الأصل ذلك لا يقتضى بحمل الإطلاق عليه إذا لم يكن هناك عرف غالب و أجاب عن الحديث فى الإيضاح بأن المفرد المحلى باللام لا يفيد العموم (و قال فى جامع المقاصد) أن هذا الجواب لا يجدى نفعا لأن ذلك وقع تفسيرا للمزارعة المسئول عنها فوجب أن لا تقع على غيره و إلا لم يكن جوابا صحيحا فلا بد أن يجاب بأن الخبر متروك الظاهر لأن النفقة إذا كانت من صاحب الأرض كانت المزارعة صحيحة إجماعا قلت هو رواه فى الإيضاح عن المزارع

لا عن المزارعة فجوابه على مختاره فى المفرد المحلى فى محله و لا يصح أن يكون السؤال عن حقيقة المزارع و ماهيته بل عما يفعله لتصح مزارعته فليلاحظ جيدا و يكون جوابه عليه السلام جاريا على الغالب كما أنه على رواية المزارعة إرشاد إلى مقصود مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٣

و يحتمل البطلان (١) و لو تناثر من الحاصل حب فنبت فى العام الثانى فهو لصاحب البذر و لو كان من مال المزارعة فهو لهما (٢) و يجوز للمالك الخرص على العامل و لا يجب القبول فإن قبل كان

الناس غالبا ليعينه فى العقد و لم يكن بيانا لحكم إطلاق العقد من غير تعيين على أنا قد نقول إن النفقة ليست نصة فى إرادة البذر و لا فرق عندنا فى ذلك بين المزارع و المزارعة و إن كان الثانى أوضح فى الاستدلال فى الجملة (قوله) (و يحتمل البطلان)

هو الأصح كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و هو معنى قوله فى التذكرة يجب أن يعين البذر ممن هو لأنه يجوز أن يكون من المالك و من العامل و منهما انتهى و وجهه ما أشار إليه فى التذكرة من أن المزارعة صادقة على كل واحد منهما و لا دلالة للعام على أحد أفراده بخصوصه فيكون باطلا للجهالة

(قوله) (و لو تناثر من الحاصل حب فنبت فى العام الثانى فهو لصاحب البذر و لو كان من مال المزارعة فهو لهما) قال فى القاموس الحاصل من كل شىء ما بقى و ثبت و ذهب ما سواه و لما كان البذر مما لا بد أن يسقط منه شىء و يتناثر منه فيقع فى غير محل الحرث و الزرع كما هو مشاهد محسوس سماه حاصلا لأنه الثابت الباقى بعد الذهاب فصار المراد من العبارة أنه لو تناثر من البذر حين الزرع حب فوق على حافة الحرث فلم ينبت فى العام الأول و نبت فى العام الثانى فهو للعامل صاحب البذر لأنه عين ماله فكان كما لو بذره قصدا و لم يعلم إعراضه عنه و إسقاط حقه منه ثم إن الإعراض المملك و المزيل هو إعراض المسافر عن حطبه مع استيلاء الغير عليه حين الإعراض عنه كما حرر فى باب القضاء و غيره و لهذا لو نبت نواة سقطت من إنسان فى أرض مباحة أو أرض مملوكة ثم صارت نخلة و لم يستول عليها غيره ففى (التذكرة) أن النخلة تكون ملك صاحب النواة قطعا و هو منه فى معنى الإجماع و قد تقدم فى باب العارية عن التذكرة أنه لو حمل السيل نواة أو جوزة أو لوزة أو حبا فنبت فى أرض غيره كان ذلك ملكا لصاحب النواة و الجوزة و اللوزة و الحب لا- نعلم به خلافا و فيه صرح فى المبسوط و أكثر ما تأخر عنه و قد أخذوه فى باب العارية مسلما و إنما يتعرضون لحكمه و أن للمالك إجباره على قلعه و تسوية الأرض و نحو ذلك كما تقدم فى محله و لو كان المتناثر من مال المزارعة فهو لهما و هذا المعنى الذى ذكرناه فى تفسير العبارة هو عين ما فى التذكرة و معنى ما فى التحرير لأنه كالكتاب (قال فى التذكرة) إذا زارع رجلا فى أرضه فزرعها فسقط من الحب شىء و نبت فى ملك صاحب الأرض عاما آخر فهو لصاحب البذر عند علمائنا و قد أشار بقوله عند علمائنا إلى ما ذكره فى العارية و إلا فلم أجد أحدا تعرض له فى الباب غيره فى كتبه الثلاثة و قد نزل العبارة فى جامع المقاصد على أن المراد أنه لو تناثر حب مما حصل لأحد المزارعين بعد القسمة و تمييز كل واحدة من الحصتين فهو لصاحب الحب و قال إن المراد بالبذر فى العبارة الحب لأن الحب بذر فيجوز التعبير عنه بكل من العبارتين قال و لو كان من مال المزارعة المشترك و ذلك قبل القسمة فهو لهما على نسبة الاستحقاق قال و ربما استصعب تنزيل العبارة على ذلك فاحتمل حمل قوله فهو لصاحب البذر على ما إذا كانت فاسدة و ما بعده على ما إذا كانت صحيحة و رده بأنه تكلف بعيد لفوت لجزالة العبارة حيث نزل القسم الأول على فساد المزارعة بغير إشعار من العبارة و ما بعده على صحتها مع أن حقهما أن يكون متعلقهما واحدا و هو تكلف كما قال و لا بأس بتزيله

(قوله) (و يجوز للمالك الخرص على العامل و لا- يجب القبول فإن قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فإن تلف بآفه سماوية أو أرضية أو نقص لم يكن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٤

استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف بأفة سماوية أو أرضية أو نقص لم يكن عليه شىء و لو زاد فإباحة على إشكال (١)

عليه شىء و لو زاد فإباحة على إشكال)

قد تقدم الكلام فى المسألة فى باب البيع و لنشفه هنا بإسباغه و تحريره و تهذيبه فنقول إنه يقع فى مقامات (الأول) أنه لا فرق فى هذا الخرص و التقبيل بين النخل و الزرع بل و الشجر كما أفصحت به فى النخل أخبار خبير و غيرها منها صحيحة محمد الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام أن أباه عليه السلام حدثه أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أعطى خبيرا بالنصف أرضها و نخلها الخبير و أخبار يعقوب بن شعيب و كلها صحاح الواردة فى خرص خبير و غيره و صحيحة الكنانى و به طفحت عباراتهم فى باب البيع و كما أفصح به فى الزرع ما روى فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن ابن عيسى عن بعض أصحابه قال قلت لأبى الحسن عليه السلام إن لنا أكره فنزارعهم فيجئون و يقولون قد حزرنا هذا الزرع بكذا و كذا فأعطونا و نحن نضمن لكم إن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال و قد بلغ قلت نعم قال لا بأس بهذا قلت فإنه يجىء بعد ذلك فيقول لنا أن الحزر لم يجىء كما حزرت و قد نقص قال فإذا زاد يرد عليكم قلت لا قال فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه و به طفحت عباراتهم فى الباب و الظاهر اتحاد الطريق فى النخل و الشجر لأن كان المناط منقحا و بالحكم فى الشجر صرح فى النهاية و المهذب و جامع الشرائع و لك أن تقول لا- قطع بذلك لأن العريضة صحت فى النخل دون غيره فليكن هذا أيضا من خواص النخل من بين الأشجار (الثانى) قد قال المصنف فى باب البيع يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بشىء معلوم منها و نحوه ما فى بيع النهاية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و المفاتيح و الكفاية و غيرها فقد تضمن كلامهم جواز الخرص من الطرفين و قد يلوح منهم أو يظهر كما قاله فى الرياض عدم لزوم هذه المعاملة إلا أن تقول إن الغرض بيان رفع الحضر لكن كلامهم فى مطاوى المباحث مضطرب لأنه فى التذكرة تردد فى لزوم العقد و عبارة الكتاب و ما كان نحوها لا دلالة فيها على اللزوم نفيًا و لا إثباتًا و فى (التنقيح و إيضاح النافع و الميسية) التصريح بأنها غير لازمة و الشهيد الثانى قال تارة باللزوم و أخرى بعدمه و أولويته هذا كلامهم فى باب البيع و أما كلامهم فى الباب ففى (النهاية) من زارع أرضا على ثلث أو ربع و بلغت الغلة جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلة ثمرة كانت أو غيرها فإن رضى الزارع بما خرص أخذها و كان عليه حصة صاحب الأرض سواء نقص الخرص أو زاد و كان له الباقي فإن هلكت الغلة بعد الخرص بأفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شىء انتهى فقد تضمن أن الخارص المالك و أن الزارع لا يجب عليه القبول و أنه إن قبل لزم سواء نقص الخرص أو زاد و أن الخرص بعد البلوغ و أن الغلة إن هلكت بأفة سماوية لم يكن عليه شىء و قد صرح بالأول و الثانى فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و فى (المسالك) أنه لا- شبهة فى ذلك و قد نسبه فى المهذب البارع إلى الأصحاب مرتين و فى (الرياض) أنه لا خلاف فيه (قلت) و به أفصحت أكثر الأخبار و صريح التبصرة و مجمع البرهان كما هو ظاهر الإرشاد أنه يجوز الخرص من الطرفين (قلت) المرسل قد تضمن خرص العامل (و أما الثالث) و هو أنه إذا قبل لزم فقد صرح به فى المهذب و الوسيلة و جامع المقاصد و المهذب البارع و مجمع البرهان و هو ظاهر الكتاب و الشرائع و النافع و التذكرة و اللمعة و غيرها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٥

.....

و فى (التحرير) لو قبل صح و فى (الإيضاح و شرح الإرشاد) للفخر أن الأصح أنه إباحة و أن الخرص لا يملك و لا يضمن فلم يبطله رأسا كابن إدريس و لم يقل بلزومه و فائدته عنده إباحة التصرف فلو زاد كان للمالك أن يرجع بالزيادة و إن نقص لم يكن على

الزارع أن يدفع أكثر من حصته الأصلية فالمراد بالصلح فى قوله فى الإيضاح أولاً أنه ليس يبيع بل هو تقبل و صلح المراضاة لا الصلح العرفى كما أوضحه فى حاشيته فيندفع عنه تعجب المحقق الثانى منه لأن الصلح الصحيح لا يجتمع مع الإشكال كما ستسمع و لا فرق عند القائل باللزوم بين أن يزيد الخرص أو ينقص و به أفصح صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه اختراهما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا مسمى و تعطينى نصف هذا الكيل زاد أو نقص و إما أن آخذه أنا بذلك و أردته عليك قال لا بأس بذلك و قد صرح فى المهذب و الوسيلة و التحرير و المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية بأنه لو زاد كانت الزيادة للعامل و هو ظاهر الشرائع و النافع و التذكرة و اللعنة و غيرها و المصنف هنا استشكل كما ستسمع وجه إشكاله و ستسمع الكلام فيما إذا نقص (و أما الرابع) و هو أن الخرص بعد البلوغ فهو الموجود فى الخبر و به صرح فى المهذبين و مجمع البرهان و قد فسر فى المسالك و الكفاية و المفاتيح و الرياض بانعقاد الحب و قال أبو العباس و إنما يجوز بعد صيرورته سنبلًا و فى الأخبار أيضا فى النخل إدراك الثمرة و قد فسر فى الكتب الأربعة بظهورها و قد قرب أبو العباس اشتراط الإدراك (و أما الخامس) و هو أن الغلة إن هلكت بأفء سماوية فليس عليه شىء و أن استقراره مشروط بالسلامة فقد نسب إلى الأصحاب فى المهذب البارع و جامع المقاصد و فى (المسالك و الكفاية و المفاتيح و الرياض) أنه المشهور و فى (مجمع البرهان) أنه المشهور بل كاد يكون إجماعاً إذ المخالف غير ظاهر مع التتبع غير ما نقل عن ابن إدريس من منع هذه المعاملة و جزم بعد ذلك بعدم الخلاف من القائلين بذلك (و قال فى المسالك) أنه قد ذكره الشيخ فى بعض كتبه و تبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص (قلت) لم أجد أحداً اعترف قبله بعدم النص مع معاودة (النظر) فى جميع ما حضر بل ظاهر السرائر وجود النص فيه كما أن وجوده فى النهاية و الوسيلة و المهذب يقضى بذلك و مما صرح فيه بذلك كله المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان و فى (الوسيلة و النافع و التبصرة و الإرشاد و اللعنة و الروضة) الاقتصار على أن الاستقرار مشروط بالسلامة من دون التعرض لأفء سماوية أو أرضية و به صرح فى بيع الأربعة الأخيرة و هو خيرة بيع الدروس و تأمل فيه أيضاً «١» فى المسالك و أورد عليه فى جامع المقاصد أن الحصنة إن كانت مضمونة لم يكن للاشتراط المذكور محصل و إلا لم يكن على نهج المعاوضات و فى (الرياض) أنه لا نص فيه و لا قاعدة تقتضيه فإن كان إجماع و إلا ففيه كلام و تردد فيه فى بيع التذكرة و تعليق الإرشاد و فى بيع الروضة و الرياض أن وجهه غير واضح و النص خال عنه و كل ذلك فى غير محله بعد ظهور دعوى الإجماع من جماعة مع شهادة التتبع و وجوده فى الكتب التى هى متون أخبار و عدم إنكار ذلك من مثل المحقق و المصنف و الشهيد مع ظهور وجهه و هو أنها معاملة مشروطة بقبض العوض و وصله إلى يد صاحبه الجديد فإذا تلف لم يكن الشرط موجوداً فكان كالمبيع إذا تلف قبل قبضه و من أنصف و تأمل وجد السيرة على ذلك مستمرة يقول أحد الشريكين حصتى لا تبلغ قبضاً مثلاً فيقول شريكه على بقفيزين مثلاً و ليس الغرض إلا أنى ضامن نقصها من جهة خرصها التى تزعم قتلته لا من جهة آفء سماوية أو أرضية فإن أوقعا ذلك بعقد لزمتم و إلا كانت معاطاة و ظاهر الأخبار و من تعرض لهذا الفرع أن العوض مشروط كونه

(١) هنا ح ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٦

.....

منها مشتركا مشاعا بل هو صريح بيع الكتاب قال بشىء معلوم منها (و فى جامع المقاصد) أن العوض مأخوذ من المعوض كما أشعرت به الرواية و صرح به فى كلام الأصحاب قلت و لم نجد أحداً صرح بجواز كونها من غيرها قبل الشهيد مع أنه يرد عليه أنه لا معنى حينئذ لاشتراط السلامة فى قرار القبالة حيث يكون الثمن فى الذمة لأن المعوض إذا قبض بعوض و جب أن يكون مضمونا و حينئذ

فيتجه وجه آخر و هو أن المقبل لما رضى بحصة معينة فى العين مشاعة صار شريكا و إليه أشار اليهود بقولهم بهذا قامت السماوات و الأرض و معناه أنه مما تعم به البلوى و تمس إليه الضرورة و قد صرح فى موضعين من جامع المقاصد أن هذه المعاملة مما تدعو إليها الضرورة و تعم بها البلوى فيكون ذلك منصوبا و إليه نظر القدماء العارفين بمعانى الأخبار و إلا فلا معنى لقيام السماء و الأرض بذلك إلا- ذلك على الظاهر (و عساك تقول) أن ذلك من كلام اليهود (قلت) لو لم يكن مطابقا للواقع ما ذكره مولانا الصادق عليه السلام مكررا له فى ثلاثة مواضع و قد نلتزم بعدم اشتراطه بالسلامة إذا كان القدر من غيرها لكنه لا نجوزه كما حرر فى محله و إنما جوزنا كونه منها مع أنه أولى بالمنع لمكان أخبار الباب و فتاوى الأصحاب و قد وجه ذلك فى جامع المقاصد بأن المبيع فى زمن الخيار من ضمان البائع و إن تلف فى يد المشتري بغير تفريط إذا كان الخيار للمشتري و ما هنا لا يزيد على ذلك فإن أراد ما قلناه و إلا- فهو كما ترى (و من الغريب) أنه فى جامع المقاصد قال إن اشتراط كون العوض من المعوض ينافى صحة المعاوضة و ليس فى النصوص ما يدل على الجواز هنا و كأنه لم يظفر بالمرسل فى باب البيع لأنه هناك ذكر غيره و ما ألم به و لا أشار إليه ثم إنك قد سمعت كلامه آنفا و قد قال أيضا فى باب البيع بأن صحبته يعقوب بن شعيب التى قد سمعتها قد تدل على ذلك إذا تحرر هذا فقد عرفت المصرح بعدم كون شىء عليه إذا تلف بأفء سماوية و أما إذا تلف بأفء أرضية ففى (الشرائع و التذكرة و التحرير و الكتاب و جامع المقاصد) و غيرها أنه أيضا ليس عليه شىء و المراد أنه أتلفه متلف لا يعقل تضمينه و أما إذا أتلفه من يضمن فإن المعاملة لا تتغير و طولب بالعوض كما فى المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و فى الأخير دعوى الإجماع عليه و لعله استنباطى و لا فالمصرح به من عرفت على أن المحقق الثانى و الشهيد الثانى احتملا سقوط القبالة بإتلاف المتلف الضامن و هو جيد جدا كما يقتضيه ما وجهناه به و أما إذا لم تتلف الغلة كلها بل نقصت بأفء لا من جهة الخرص فقد صرح فى المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية أنه يسقط منه بالنسبة و فى بيع جامع المقاصد نسبتته إلى الأصحاب و فى (المسالك) أنه المشهور و هو معنى قوله فى الكتاب و التحرير و غيرهما أو نقص لم يكن عليه شىء إذ لا بد أن يكون معناه لم يكن عليه شىء فى مقابلة التالف و إلا فإذا نقص من جهة الخرص بحيث لا يطابق الحاصل فإنه لا يسقط من القبالة شىء كما فى المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و فى الأخير أنه لا خلاف فيه و قد سمعت عبارة النهاية و مثلها عبارة المهذب و هو صريح المرسل المتقدم و قد ذكر فى بعض هذه فى الباب و باب البيع و من الغريب قوله فى باب بيع جامع المقاصد بأنه لو هلك بعضها يعنى بأفء يجب القول بعدم بقاء الصلح فلا يلزمه ما بقى من العوض (و فيه) أن سلامة الجميع شرط للصلح فى الجميع و سلامة الأبعاض شرط للصلح فيها و قال لو نقصت الثمرة بغير أفء بل من جهة الخرص يجب على تقدير كون العوض منها أن لا يجب الناقص على المتقبل مع أنهم يوجبونه عليه و مع الزيادة يكون له الإباحة (و فيه) مع عدم ظهور الملازمة تمام الظهور أنه اجتهاد فى مقابلة المرسل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٧

.....

المعمول به على أنه لا يوافق التوجيه السابق و من الغريب أنه قال إن مقتضى كلام الدروس أن ثبوت هذه المعاوضة صلحا كانت أو غيره مراعى بالسلامة و عدمها مع أنه مقتضى كلام جميع من قال بصحة هذه القبالة فلا معنى لقصره على الدروس (المقام الثالث) أن ظاهر الأخبار أن هذه المعاملة تتأدى بأى لفظ اتفق و أية عبارة كانت و فى بيع الميسية و المسالك أن ظاهر الأصحاب أنه يشترط فى صيغتها الوقوع بلفظ التقبيل و أن لها حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح لكون الثمن و المثمن واحدا و عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص و أنها معاوضة مخصوصة مستثناة من المحاقلة و المزابنة و فى (المختلف) أن هذا نوع ثقيل و صلح و فى (الدروس و المهذب البارع) أنه نوع من الصلح و فى بيع جامع المقاصد أنه الذى يقتضيه النظر و قال قبل ذلك أنه صلح بلفظ القبالة و أنه لا بد من صيغة

عقد و قال في الباب لا بد من إيجاب و قبول بلفظ التقبيل أو الصلح أو ما أدى هذا المعنى و استشكل هو في تعليق الإرشاد في جعله من الصلح و في (بيع المسالك) أنه لا دليل على جعله من الصلح و في (الروضة) أنه مشكل و في (مزارعة المسالك و الكفاية) أن الأصحاب على أنه بلفظ الصلح أو التقبيل و كأنه استنباطي و إلا فالمتعرض لذلك من قد عرفت و في (الروضة) أنها معاملة مستقلة و في (المفاتيح) و غيره أنه لا بد من عقد (قلت) قد اتفقوا على أنه ليس يباع غير أنه في بيع التذكرة تردد في جواز عقدها بلفظ البيع و الظاهر الاتفاق من هؤلاء على أنه عقد و إنما خالفهم فخر الإسلام فقال إنه إباحة كما عرفت و المقطوع أنه ناقل قاطع للاستصحاب هو ما كان بلفظ القبالة مع ما سمعته عن الميسية و لا تصنع إلى ما في المسالك من أنه لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به مع أنه وافق شيخه في نسبة وقوعه بلفظ القبالة إلى الأصحاب في المسالك و قال في (الروضة) أنه ظاهر الشهيد و الجماعة (المقام الرابع) قد أنكر هذه المعوضة في السرائر و قال ما حاصله أنها إن كانت يباع فهو مزابنة «١» و إن كانت صلحا بعوض مضمون في الذمة فهو لازم سواء سلمت الغلة أم لا و إن كان بعوض من الغلة فهو باطل كالبيع و قال إنه هو الذي تقضيه الأصول و تشهد به الأدلة فلا يرجع عنه بأخبار الآحاد و إن كررت في الكتب (قلت) إذا تكررت تواترت عنده بل المتصاغر المستفيض عنده متواتر فكيف يسميها آحادا (و قال في التحرير) إن في قول ابن إدريس قوة هذا و هنا فوائد ففي (مجمع البرهان و الكفاية) أنه لا يحتاج إلى القبول اللفظي المقارن و سائر شرائط العقود اللازمة و لعله أراد الشروط المتعلقة بالصيغة و إلا فلا أظن أنه مما يجوز جهالة العوض و نحوها و في (المهذب البارع) يجوز استقلال الخارص من دون إذن شريكه (قلت) هو مورد الأخبار و في (مجمع البرهان) أنه لا تشترط عدالته و في (الروض) فائدة الخرص جواز تصرف العامل (قلت) و الاكتساب كما تقدم و لا بد من كون العوض معلوما كما هو ظاهر المصنف في باب البيع أو صريحه كما سمعته آنفا ثم عد إلى قوله فلو زاد إباحة على إشكال فقد قال في جامع المقاصد قيل ينشأ من رضا المالك بالحصصة بالمقدر المخروص و هو يقتضى إباحة الزائد و من أن الجميع حق له فلا ينتقل إلا بناقل و إنما رضى بذلك بناء على مطابقتها الخرص و قد تبين عدمها و ليس بشيء لأنك قد عرفت أنه عقد إجماعا ممن تعرض لذلك و احتمال هو في جامع المقاصد أن يكون النظر في الإشكال إلى أن الربا يعم المعاوضات فيشكل حينئذ الحال مع الزيادة نظرا إلى اشتمال المعاوضة على الزيادة الموجبة للربا لأن المالك لما رضى بالحصصة فقد أباح الزائد لكن على هذا يشكل أيضا مع النقص فلا وجه للاقتصار على الزائد ثم قال و العجب أن الشارح الفاضل ولد المصنف اعترف بأن هذا تقبيل و صلح قال و جاز مع الجهالة لأن مبنى عقد المزارعة

(١) محاقلة خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٨

و إذا اختلف أنواع الزرع جاز الاختلاف في الحصصة منها و التساوى (١) و لو كان في الأرض شجر و بقيته بياض فساقاه على الشجر و زارعه على البياض جاز (٢) و هل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع و السقى إشكال ينشأ من احتياج المزارعة إلى السقى (٣)

على الجهالة فمنشأ الإشكال الذي ذكره المصنف من هذا فإنه إذا لم يكن إباحة لم يكن فيه فائدة إن لم نقل بقول الشيخ فلا يسوغ فإنه إذا كان صلحا صحيحا فلا وجه للإشكال و لا حاجة إلى كون الزائد إباحة و أنت قد عرفت مراده بالصلح كما عرفت أنه لا وجه لهذا الإشكال بعد ورود النصوص الصحيحة الصريحة بصلحة هذه القبالة و لزومها كما يظهر ذلك لمن أمعن النظر فيها من غير تفاوت بين المطابقتها في الخرص و عدمها و لا- بعد في انفراد هذه القبالة بالجواز و إن دخلها الربا على القول بأنه يعم جميع المعاوضات للضرورة فإن ذلك مما تعم به البلوى

(قوله) (و إذا اختلفت أنواع الزروع جاز الاختلاف في الحصصة منها و التساوى)

أما الاختلاف فكأن يقول ما زرعت من حنطة فلي الربع و ما زرعت من شعير فالثلث و ما زرعت من باقلى فلي النصف و لو قال في

الثلاثة إن زرعت بطل للجهاالة و كذا لو قال أزرعها حنطة و شعيرا و لى نصف أحدهما و ثلث الآخر فلا بد من تقييد عبارة الكتاب فى صورة الاختلاف بما إذا كانت الحصة معينة فى كل واحد من الأنواع و مثال التساوى أن يقول ما زرعت من حنطة و شعير فلى النصف و فى الأخبار دلالة واضحة على الأخير و بذلك كله صرح فى التذكرة و التحرير و هو قضية القواعد و كلام جامع المقاصد (قوله) (و لو كان فى الأرض شجر و بقبته «١» بياض فساقى على الشجر و زارعه على البياض جاز)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و به صرح فى مساقاة المبسوط و التحرير و الكتاب و جامع المقاصد و لا فرق بين أن تكون الأرض التى بين تضاعيف النخل قليلة أو كثيرة كما لا فرق بين أن يكون العقد متحدا أو متعددا و فى (المبسوط) أن التعدد أولى و لا- فرق بين تقديم المزارعة و تأخيرها كأن يقول ساقيتك على النخل و زارعتك على الأرض أو بالعكس بالنصف فيقول قبلت فى المتحد و لو قال عاملتك على الأرض و النخل على النصف جاز و به صرح فى مساقاة المبسوط و الكتاب و جامع المقاصد لأن لفظ المعاملة يشملهما و يجوز أن يقول زارعتك على النصف و ساقيتك على الثلث و أما التعدد فواضح كأن يجعل كلا منهما فى عقد مستقل و لو زارعه على البياض القليل أو الكثير و ساقاه على النخل الذى فيه قى أو كثر جاز سواء فعل ذلك حيلة على استحقاق الثمرة قبل وجودها أم لا- (قال فى التذكرة) إذا كان البياض بين النخل كثيرا و كان النخل قليلا جازت المزارعة عندنا مع المساقاة و بدونها و الشافعى لما منع من المزارعة لم يجوزها إلا تابعة للمساقاة فى المعاملة على الأرض المشتملة على شجر بينه بياض فاشترط اتحاد الصفقة و اتحاد العامل و اعتبر بعض الشافعية فى العقد أن يكون مشتملا على لفظ المساقاة و المزارعة معا و تقديم المساقاة لتكون المزارعة تابعة و لم يجوز أفرادها بعقد على حدة و كل هذا ساقط عندنا لا عبرة به لجواز المزارعة مطلقا كما فى التذكرة و كذا جامع المقاصد لكن عبارة الكتاب فى المساقاة تعطى أنه لا بد من تقديم المساقاة على المزارعة لمكان الحصر الظاهر من كلامه

(قوله) (و هل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع و السقى إشكال ينشأ من احتياج المزارعة إلى السقى) أى و السقى مأخوذ فى المساقاة فحينئذ لا يمتنع قصد المزارعة بلفظ المساقاة من الجهة المذكورة لأن ذلك مدلول اللفظ فيكون العقد بالنسبة إلى كل منهما صحيحا و هو كما ترى مع

(١) و بينه خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٣٩

و لو آجر الأرض بما يخرج منها لم يصح سواء عينه بالجزء المشاع أو المعين أو الجميع (١) و يقدم قول منكر زيادة المدء مع يمينه (٢) و قول صاحب البذر فى قدر الحصة (٣)

ما فيه من استعمال اللفظ فى حقيقته و مجازة لكنه جزم بالجواز فى آخر مساقاة الكتاب و من أن المساقاة حقيقة معاملة مخصوصة و ليس السقى ملحوظا فيها و إنما هو ملحوظ بالنظر إلى الوضع اللغوى كما أن المزارعة معاملة مخصوصة و قد وضع الشارع لكل منهما لفظا فلا تقع إحداهما عن الأخرى و الأصح أنه لا يصح كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و به جزم فى المبسوط و التذكرة قال لو قال ساقيتك على النخل و الأرض بالنصف لم يصح فى الأرض و صح فى النخل فإن أفرد بعد ذلك الأرض بالزراعة صح عندنا و قال فى (التحرير) لو قال ساقيتك على الأرض و الشجر بالنصف فى الجواز إشكال من حيث إن المزارعة تستلزم السقى و إن شرط المساقاة المعاملة على أصل ثابت و الأقرب الجواز مع إرادة المجاز الشرعى انتهى فتأمل و محل الإشكال و الخلاف فى الاكتفاء بلفظ المساقاة عن المزارعة مع قصدهما كما عرفت فيما إذا قصد المزارعة بلفظ المساقاة كأن قال ساقيتك على هذه الأرض البيضاء بالنصف كما نبه عليه فى التحرير و لعل الجواز هنا أولى لأنها تصح بكل لفظ يدل على المزارعة فلا- يكفى قطعاً كما فى جامع

المقاصد و لو قال ساقيتك على الشجر و لم يذكر الأرض لم يجز قطعاً كما في مساقاة جامع المقاصد و به صرح في مساقاة الكتاب و التحرير

(قوله) (و لو آجر الأرض بما يخرج منها لم تصح سواء عليه بالجزء المشاع أو المعين أو الجميع)

قد تقدم الكلام في ذلك في أوائل الباب و هو من متفردات الكتاب

(قوله) (و يقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروض و المسالك و الروض «١» و مجمع البرهان و الكفاية و (جامع المقاصد) و في الأخير تارة أنه لا- خلاف فيه و أخرى أنه إجماع و أخرى نسبه إلى الأصحاب و قد عرفت المصرح به قبله و في (مجمع البرهان) أنه لا شك فيه لأن الأصل عدم زيادتها عما يتفقان عليه فيقدم قول منكر الزيادة و لأن مدعيها لو ترك ترك و العقد الناقل عن الأصل إنما نقل في أصل المدة و أصل الحصّة كما يأتي أما في النذر المعين فيهما فلا نقل أصلاً فيبقى إنكار الزيادة بحاله لم يخرج به العقد عن الأصل فلم يتم قوله في جامع المقاصد لو لا الإجماع لأمكن أن يقال إن اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مدة و حصّة قد نقل عن الأصل المذكور و كل منهما مدع بشيء و منكر لما يدعيه الآخر و ليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك فإنه إذا ترك العمل طالبه به نعم يجيء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر فيجب التحالف و هو قول الشافعي في نظيره من المساقاة انتهت و لا- يخفى أن المراد من قولهم في تفسير المدعى أنه إذا ترك ترك أنه إذا ترك نفس دعواه ترك لا- إذا ترك شيئاً آخر خارجاً عن الدعوى عن عمل و نحوه إذ العمل هنا خارج عن الدعوى و قد قوى التحالف في مثله في باب الإجارة و الشافعي لم يلحظ ما لحظ و إنما قاسه على المتبايعين قبل القبض و الأصل ممنوع عندنا و لم يقل به أحد من طائفتنا حتى أبو علي الذي خالف الأصل كما بين في محله و في (مجمع البرهان) ينبغي أن لا يكون مما يكذبه العرف و هو في محله (قوله) (و قول صاحب البذر في قدر الحصّة)

كما في المهذب

(١) كذا في النسخة أعني بتكرير لفظ الروض قبل المسالك و بعدها و لعل أحدهما الروضة و أما الروض فقد علم الحال فيه مما تقدم مرارا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٠

و لو أقام بينه احتمال تقديم بينه الآخر و قيل القرعة (١)

و السرائر و الشرائع و جميع ما ذكر بعدها فيما قبلها مع زيادة الخلاف و المبسوط و الغنية و غيرها في نظيرها من المساقاة بل ظاهر التذكرة الإجماع على ذلك في المساقاة و قد نسب ما نحن فيه في جامع المقاصد إلى الأصحاب تارة و نفى عنه الخلاف أخرى و ادعى عليه الإجماع أيضاً (و قال في الكفاية) قالوا و قد سمعت ما في جامع المقاصد من الميل إلى القول بالقرعة لو لا الإجماع و عرفت حال ما استند إليه (حجّة الأصحاب) على ما نحن فيه أن الحصّة نماء ملكه و الأصل بقاؤه على ملكه حتى يتحقق الانتقال شرعاً فكان الحاصل في يد صاحب الزرع و الزارع منازع مدع عليه و الأصل عدم خروج ما ادعاه عن ملكه و عدم استحقاق الآخر و أنه إذا ترك ترك فالحقول قول صاحب البذر مع اليمين فلا وجه لقوله في الكفاية أن فيه إشكالا و لعله نزع إلى ما في جامع المقاصد و قد عرفت حاله و يجب على المقدس الأردبيلي أن يقيده أيضاً بما إذا لم يكذبه العرف (قوله) (و لو أقام بينه احتمال تقديم بينه الآخر و قيل القرعة)

لو اختلف المالك حيث يكون البذر منه و العامل في قدر الحصّة فقال المالك شرطت لك الثلث و قال العامل بل النصف و أقام كل

واحد منهما بينة قدمت بينة العامل كما في المذهب و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و اللمعة و المسالك و الروضة و جامع المقاصد و في الأخير أنه المذهب و هذا منهم مبنى على المشهور عندهم من تقديم بينة الخارج لأنك قد عرفت أن غير صاحب البذر مدع و خارج فتكون البينة بينة كما أن القول قول منكر الزيادة مع يمينه و قد فرضت المسألة في السرائر على نحو ما ذكرناه فلا وصمة فيها و لا غبار عليها و قد قيل في غيرها أن القول قول صاحب البذر مع يمينه إذا لم يكن هناك بينة و أن مدعى الزيادة غير صاحب البذر عاملا كان أو مالكا فتكون البينة بينة من لا بذر له فلا يتم لهم إطلاق تقديم بينة العامل بل إذا أقاما بينة بل ينبغي أن يقولوا كما في الكتاب و اللمعة قدمت بينة الآخر و الأمر سهل لوضوح المراد ثم إن المسألة في السرائر مفروضة فيما إذا تنازعا في الحصّة و لم يتعرض لما إذا تنازعا في المدّة و كلام غيرهما «١» قابل لتناول ما إذا تنازعا في المدّة أيضا فتكون البينة بينة العامل لأن المالك يدعى تقليل المدّة فيكون القول قوله و البينة بينة العامل لأنه خارج و لم يرجح المصنف هنا و ولده في الإيضاح و لعله لا وجه له بعد الجزم بأن المدعى أحدهما و تقديم قول منكر الزيادة مع يمينه نعم يتجه التوقف و المصير إلى القرعة إذا قلنا أن كلا- منهما مدع و منكر و لعله لأن كلا منهما داخل و ذو يد لأن النماء هنا تابع للعمل و البذر معا فكان الأمر مشكلا فأما التوقف أو المصير إلى القرعة «٢» و ظاهر ما حكى فيه القول بالقرعة كالكتاب و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و غيرها أنه يقرع بين تقديم إحدى البينتين و حكاها في الإيضاح عن الشيخ (و فيه) أن الشيخ في الخلاف إنما اختار القرعة فيما إذا اختلف المكري و المكتري في قدر المنفعة أو قدر الأجرة و فيما إذا اختلف رب الأرض و الزارع فقال الزارع أعرنتيها و قال المالك أكرتتها فإنه قال فيه إن الذي يليق بمذهبنا أن نستعمل القرعة فمن خرج اسمه حلف و حكم له به و جعله في المبسوط أحوط في الثالث و قويا في الأولين و معناه أن معرفته المدعى و المنكر مشتبهة في المقام فيجب المصير إلى القرعة و قضيه ما في المبسوط أن الحاكم لمكان

(١) غيرها خ ل.

(٢) و يكون تقديم قول صاحب البذر يمينه حيث لا بينة لأن يده أقوى و إن كانا معا صاحبي يد و لا يلتفت إلى ذلك عند تعارض البينات لأن الأمر في البينة على التعبد لا على الظن و القوة و الضعف (منه قدس سره)
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤١
و لو ادعى العامل العارية و المالك الحصّة أو الأجرة قدم قول المالك في عدم العارية و له أجرة المثل مع يمين العامل ما لم تزدد عن المدعى (١)

الاشتباه مخير في تقديم أيهما شاء و الأحوط له القرعة و هذا غير الإقراع في تقديم إحدى البينتين لكن في المبسوط في مثله في المساقاة حكم بالقرعة بين البينتين قال فمن خرج اسمه قدمت بينته و لا يحلف قال و لا يمكن استعمالها لأن استعمالها يكون بالتوقف و القسمة و القرعة و لا وقف و لا قسمة لأنه عقد فتعينت القرعة و قد رمى القول بالقرعة في السرائر و التذكرة و المسالك بالضعف (و قال في المختلف) أنه غير جيد و في (جامع المقاصد) أنه لا- يجيء و قال بعض متأخري المتأخرين إنا لا نعرف القائل بها و هو أي عدم معرفته الظاهر من جماعة و قد عرفناه و لله الحمد و الظاهر أن الشيخ يقول أن كلا منهما داخل و حكم ذلك إذا تعارضت البينات القسمة و لما لم تمكن القسمة التجأنا إلى القرعة و لو كان أحدهما داخلا و الآخر خارجا لقال بتقديم بينة الداخل كما هو مختاره و من البعيد أن يكونوا أشاروا بالقليل إلى ابن أبي عقيل

(قوله) (و لو ادعى العامل العارية و المالك الحصّة أو الأجرة قدم قول المالك في عدم العارية و له أجرة المثل مع يمين العامل ما لم تزدد عن المدعى)

كما صرح بذلك كله هنا في الإرشاد و غاية المراد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الكفاية لكنه في الإرشاد لم يذكر ادعاء

المالك الأجرة و إنما اقتصر على ادعائه الحصه و قد صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير بجميع ما فى الكتاب إلا قوله ما لم تزد عن المدعى و قد نسب الفخر ما فى الكتب الثلاثة إلى الأصحاب و قضيه ذلك أنه له أجره المثل سواء زادت عن المدعى أم لم تزد و قوى الشيخ فى المبسوط تقديم قول رب الأرض فى الإجاره دون العامل فى العاربه و أثبت له أجره المثل ثم قال الأحوط القرعه هذا كلامهم فى المقام و معناه أن القول قول صاحب الأرض فى عدم الإعارة لأنه منكر لها فيقدم قوله فى عدمها لا فيما يدعيه و كذلك القول قول الزارع فى عدم المزارعه و الإجاره لأنه منكر لها و حينئذ فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر و يبقى على الزارع أنه انتفع بأرض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه أجره المثل لذلك الزرع إلى أو أن أخذه و ذلك إذا لم تزد الأجره عما يدعيه المالك من الحصه و الأجره المعينه و إلا ثبت له ما يدعيه خاصه لا اعترافه بأنه لا يستحق سواء عند المصنف فى الكتاب و من وافقه و قد عرفت قضيه كلام الشرائع و التذكرة و التحرير و الفخر فى شرح الإرشاد و قد يقال فى تأييد ذلك أنه إذا فرض بعد التحالف سقوط الدعويين بالكلية فكانتا كأنهما لم تكونا فالواجب أجره المثل زادت أم نقصت إذ التحالف أسقط أثر اعتراف المالك فليلاحظ ذلك و ليتأمل و هذا إذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قولهم بعد ذلك و للزارع تبقية الزرع كما ستسمع إن شاء الله تعالى فلو كان النزاع قبله و تحالفا انتفت العاربه و الإجاره و المزارعه و قد ذكر المصنف هذه المسأله بعينها فى باب العاربه قال إذا ادعى العاربه و المالك الإجاره احتمل تصديق الراكب بيمينه و تصديق المالك بيمينه فيحلف على نفي العاربه و يثبت له الأقل من أجره المثل و المدعى و لم يرجح أحد القولين و قد يظهر منه الثانى و قد اختير تقديم قول الراكب بيمينه فى عاربه الخلاف و المبسوط و الغنيه و اللمعه و مجمع البرهان و الكفايه و هو الذى يقوى فى نفس الشيخ فى مزارعه الخلاف و هو قول أبى حنيفه مستندين إلى أنهما اتفقا على أن تلف المنافع كان على ملك المستعير هذا يزعم أنه ملكها بالإجاره و هذا يزعم بالإعارة و الأصل براءة ذمته من وجوب العوض و قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ٧، ص: ٣٤٢

و للزارع التبقية إلى وقت الأخذ (١)

أطلقنا الكلام فى رده و قلنا إنه إنما يصح التمسك بأصل البراءه من خصوص ما يدعيه المالك لا من مطلق الحق بعد استيفاء المنفعه «١» و قلنا إن الأصل يقتضى عدم خروج ماله عن ملكه إلا بقوله و استنهضنا عليه كلام الأصحاب و صحيح إسحاق بن عمار الوارد فيمن استودع رجلا - ألف درهم فضاعت فقال الرجل أنها وديعه و قال الآخر أنها قرض و قلنا إن هذا القول إنما يتم إذا قدم الحاكم دعوى المالك بالقرعه أو بالسبق أو بجلوسه عن يمين صاحبه أو لأنه إذا ترك ترك فإذا حلف المستعير على نفي الإجاره سقطت دعوى الأجره و الإجاره خصوصا إن ادعى أن الأجره وقعت على عين شخصيه و إن قدم الحاكم دعوى المستعير لا يكاد يتجه هذا القول و اختير تقديم قول المالك فى عدم العاربه و ثبوت أجره المثل فى عاربه الشرائع و التحرير و إجاره المهذب و احتملناه من عبارة إجاره المبسوط و الشرائع و أوردنا عليه ما إذا كان ما يدعيه المالك أقل من أجره المثل و يعترف بنفى الزائد فينبغى أن يثبت له أقل الأمرين و جعلنا هذا قولاً ثالثاً و قلنا إنه قد يظهر من عبارة الإرشاد و الكتاب و أوردنا عليه أنه لا بد من التحالف فيما إذا ادعى المالك مسمى أزيد من أجره المثل فلا بد لنفيه من وجه شرعى و لا يندفع إلا بحلف المستعير على نفي الإجاره و لهذا اختير فى عاربه التذكرة و المختلف و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضه أنهما يتحالفاً و عليه نزل الشهيد عبارة عاربه الكتاب و جعلناه قولاً رابعاً و قلنا إن من أطلق القول بالتحالف كالمصنف فى المختلف و غيره لا بد من تقييده بما إذا لم تزد أجره المثل عن المدعى و اعتذرنا عن الشرائع و التحرير بأن الغالب فى الأجره أن تكون بمقدار أجره المثل فلا ينبغى الاعتراض عليهما مما إذا كان ما يدعيه من الأجره أقل و اعتذرنا عن ظاهر الكتاب و الإرشاد بأن ذلك إنما هو فيما إذا قنع المالك و رضى بذلك (لكننا أوردنا على القول) بالتحالف و إن كان ما يدعيه المالك من الأجره أزيد من أجره المثل أنه إذا قدم الحاكم دعوى المالك لأمر من الأمور المتقدمه و حلف المستعير فلا معنى للتحالف أصلاً و لا يجوز للمالك أخذ شيء منه لأنه ادعى الحصه أو الأجره بل لا يدعى غيرها و

قد سقطت باليمين ولا يجوز له أخذ شيء منه بعد اليمين كما هو مقرر معروف عندهم من أنه لا يجوز له أخذ الحق ولا عوضه فى الدنيا بعد الحلف بل العامل لا غرض له إلا نفي الحصه أو الأجره و قد انتفت يمينه فلا حاجه له فى تحليفه على نفي العاربه كما نبه عليه مولانا المقدس الأردبيلي فليتأمل فيه فالقول بالقرعه فى تقديم حلف أحدهما كما سمعته عن الشيخ ليس بذلك البعيد و ظاهر السرائر أنه بتصادم الدعويين يثبت للمالك أجره المثل من دون تحليف و قد فهم منها فى المسالك موافقه الشرائع و ليس ببعيد و إن كان ظاهرها خلاف ذلك و تمام الكلام فى باب العاربه و قد ذكرنا هناك الحال فيما إذا انعكس الأمر فادعى المالك الإعارة و المتصرف الإعارة و بينا أقسام ذلك و للمصنف فى المسأله فى إجاره الكتاب عباره اشتبه فيها الحال على تلامذه المصنف و قد أوضحنا فيها الحال و أزلنا بلطف ذى الجلال عنها كل إشكال و من الغريب أنه حكى فى الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها هنا قولان القول بأن القول قول صاحب الأرض و القول بالقرعه مع أن المحقق فى الشرائع و غيره إنما ذكروا فى باب العاربه قولين القول بتقديم قول المتصرف و القول بتقديم قول المالك و لم يذكروا القرعه

(قوله) (و للزارع التبقية إلى وقت الأخذ)

لأنه مأذون فيه

(١) كذا وجد و لعل الصواب لاستيفاء المنفعة أو مع استيفاء المنفعة أو نحو ذلك فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٣

أما لو قال غصبتنيها فإنه يحلف و يأخذ الأجره و الأرض إن عابت و طم الحفر و إزالة الزرع (١)

[المقصد الثالث فى المساقاه و فيه فصلان]

إشارة

(المقصد الثالث فى المساقاه) و فيه فصلان

[الفصل الأول فى أركانها و هى خمسة]

إشارة

(الأول) فى أركانها و هى خمسة

[الأول العقد]

(الأول) العقد المساقاه معامله على أصول نابتة «١» بحصه من ثمرتها (٢)

كما فى الشرائع و التذكرة و لاعتراف المالك أنه زرع بحق كما فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و هو المراد مما فى التحرير و الإرشاد و الروض من أن للزارع التبقية إذ معناه أن أمره إليه إن شاء أبقاه إلى أن يدرك و إن شاء أخذ قصيلا و هو المراد من قولهم له التبقية إلى وقت الأخذ لأن كلا منهما وقت أخذ و هو أولى من قوله فى المبسوط للزارع التبقية حتى يدرك و يستحصد و الظاهر أنهم لا يختلفون فى أنه يلزمه أجره الأرض من حين زرعه إلى حين أخذه سواء كان وقت الحصاد أو قبله (و منه يعلم) أن

المراد بأجرة المثل في قولهم له أجره المثل الأجرة إلى حين أخذه إلا- أن تقول إنه بعد التحالف زال ما كان من إذن ونحوها فللمالك دفع الزرع وإزالته و أجره المثل إنما هي لما مضى من المدة إلى أن يتفقا على أمره من إزالة أو إبقاء لكنه خلاف ما عليه الأصحاب

(قوله) (أما لو قال غصبتنيها فإنه يحلف و يأخذ الأجرة و الأرض إن عابت و طم الحفر و إزالة الزرع)

كما صرح بذلك كله في الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و صرح بأن القول قول المالك مع يمينه و أن له أجره المثل في المبسوط و عارية التذكرة و التحرير و المختلف و جامع المقاصد و حكى عن السرائر و لم نجد التصريح به فيها في البابين و ليعلم أنه لا بد من تقدير و حذف في عبارة الكتاب و قد استندوا في ذلك إلى أنه المنكر فإن الأصل بقاء منافع أرضه على ملكه و عدم خروجها عنه بعارية و لا غيرها و الآخر هو المدعى فعليه البينة و مع عدمها يحلف المالك لنفي العارية فيستمر استحقاقه منافع أرضه فيطالب بالأجرة مدة ما كانت في يده و بأرش النقص و طم الحفر و إزالة الزرع إن كان لأنه قد انتفى الاستحقاق الذي ادعاه الزارع بيمين المالك و المخالف الشيخ في عارية الخلاف و المصنف في مزارعة التذكرة و عاريتها (قال في الخلاف) القول قول المتصرف لأن المالك يدعى عليه عوضا و الأصل براءة ذمته منه و زاد في عارية التذكرة أن الظاهر من اليد أنها بحق و الظاهر أنه أراد أن الأصل في فعل المسلم الصحة و أن لا يخل بواجب و أن لا يفعل حراما و قال في الباب حلف العامل و كان للمالك الأجرة و المطالبة بإزالة الزرع و أرش الأرض و طم الحفر و في (جامع المقاصد) أنه سهو قطعاً و ما استندا إليه من الأصلين فيه أنه إنما يتمسك بهما إذا لم يلزم الإضرار بمسلم فتأمل

(المقصد الثالث في المساقاة) (و فيه فصلان الأول في أركانها و هي خمسة الأول العقد المساقاة معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها)

قد طفحت عبارات الأصحاب من المقنعة إلى الرياض بلفظ المساقاة و إنما خلت عنه عبارة المقنع و الإنتصار لا غير و كم من عقد و حكم خلى عنه هذان الكتابان بل لم يتعرض للمزارعة أيضا أصلا في الإنتصار و قد أشير إليها في صحيحتي يعقوب بن شعيب حيث يقول و يقول اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف مما خرج و في صحيحة الحلبي و غيرها أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أعطى خيبر بالنصف أرضها و نخلها يعني أعطى أرضها بالمزارعة و نخلها بالمساقاة و لهذا استدل عليها جماعة بالأخبار كالشيخ و الراوندي و أبي العباس و غيرهم و قد طفحت كتب أصحابنا بحكاية الإجماع على مشروعيتها و جوازها كالخلاف و المبسوط و فقه الراوندي

(١) ثابتة بحصة من ثمرها خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٤

و هي مفاعلة من السقي و سميت به لأن أكثر حاجة أهل الحجاز إليه لأنهم يسقون من الآبار (١) و هي عقد لازم من الطرفين (٢)

و الغنية و التذكرة و المذهب البارع و جامع المقاصد و غيرها و هو ظاهر جماعة مضافا إلى الإجماعات التي تأتي في مطاوى الباب بل قد استدل عليها جماعة بالكتاب كالراوندي و أبي العباس بل رواها العامة كما في التذكرة عن الباقر عن آبائه عليهم السلام بل إنما حكى الخلاف عن أبي حنيفة و زفر قال- لا- تجوز هذه المعاملة لأنها معاملة بثمره مجهولة و قد طفحت عباراتهم بوجه تسميتها بالمساقاة بما ذكر المصنف هنا من حاجة أهل الحجاز إلى السقي و أنه أنفعها و أكثرها ثمونة و تعباً و أنه أصرح ألفاظها و أظهرها في أصل الشرعية و هو نخل الحجاز و مع ذلك كله تحذلق صاحب الحقائق و قال إن ما ادعوه من لفظ المساقاة في هذه المعاملة و تسميتها بهذا الاسم لم يرد في خبر من الأخبار بالكلية و إنما هي شيء اصطلاحوا عليه و تبعوا العامة في التسمية بهذا الاسم و كأنه أخذ

ذلك من صاحب الوافى حيث لم يعنون بالمساقاة و يا ليت شعرى ما الباعث له على هذه الخرافات إن هي إلا- نزعاً من نزعات الأخباريين و سوء ظن بالعلماء الأجلء الأختيار القائمين مقام الأئمة الأطهار صلوات الله عليهم و عليهم آناء الليل و أطراف النهار مع قصر الباع فى التتبع و الاطلاع و سوء الظن بدعوى الإجماع و كم له من مثل ذلك و أعظم من ذلك و أين هو عن مثل ذلك و قد جعل المصنف هنا أركانها خمسة و جعل أركان المزارعة أربعة و لم يصنع غيره و لا هو فى غيره مثل ذلك بل جعل فى الإرشاد أركانها أربعة العقد و المحل و المدة و الفائدة و جعل شرائطها فى التبصرة ستة و الأمر فى ذلك سهل و قد عرفت بما عرفها به فى الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها و هو معنى ما فى المبسوط و الوسيلة و فقه الراوندى و الغنية و السرائر و غيرها و عرفت فى النافع بأنها معاملة على الأصول بحصة من حاصلها و فى (اللمعة) بحصة من ثمرها من دون ذكر الثابتة أو النابتة فى الكتابين مع عدم ذكر الثمرة فى النافع فخرج بالأصول المزارعة و بالثابتة بالثاء المثلثة غيرها من الأصول التى لا تبقى كالحضراوات و الودى غير المغروس و المغروس الذى لم يستقل فى الأرض و المغارسة و ربما قرئ النابتة بالنون كما عن الشهيد فيخرج به الودى و المغارسة (و كيف كان) فالتقييد بالثابتة مبنى على جعلها صفة للشجر مخصصة لموضع البحث لا شرطاً و من تركها قال إنها شرط و ذكره فى التعريف غير لازم أو معيب لأن شرط الشئ خارج عنه و بالحصة الإجارة المتعلقة بالأصول فإنها لا تقع بالحصة و المراد بالثمرة معناه المتعارف فتخرج المساقاة على ما يقصد به ورقه و نوره لكن المصنف يجوزها فكأنه أراد التعريف الجارى على رأى الأكثر أو أراد بالثمرة النماء و قد قال جماعة إن ذلك معناها شرعا و قد عرفت فى المزارعة و غيرها مرادهم من هذه الكلمة

(قوله) (و هى مفاعلة من السقى و سميت به لأن أكثر حاجة أهل الحجاز إليه لأنهم يسقون من الآبار)

قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله) (و هى عقد لازم من الطرفين)

إجماعاً كما فى جامع المقاصد و المفاتيح و بلا- خلاف كما فى المسالك و لا نعرف فيه خلافاً كما فى الكفاية و به صرح فى المبسوط و فقه القرآن و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و المهذب البارع و التنقيح و إيضاح (النافع ظ) و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو قضية كلام الباين فى مطاوى الأحكام و بعض هذه قد صرح فيه بأنها لازمة من الطرفين و بعضها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٥

و لا بد فيه من إيجاب دال على المقصود بلفظ المساقاة و ما ساواه نحو عاملتك و صالحتك و اعمل فى بستانى هذا أو سلمت إليك مدة كذا (١) و قبول و هو اللفظ الدال على الرضا (٢) و لو قال استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال ينشأ من اشتراط العلم فى الأجرة إذا قصدت أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا (٣)

بأنها لازمة كالإجارة و معناه أيضاً من الطرفين و بعضها بأنها لا تبطل بالموت لأنها عقد لازم و معناه من الطرفين و بالجملة لا شك و لا شبهة فى لزومها من الطرفين و الوجه فيه ما تقدم فى المزارعة

(قوله) (و لا بد فيه من إيجاب دال على المقصود بلفظ المساقاة و ما ساواه نحو عاملتك و صالحتك و عمل فى بستانى هذا أو سلمت إليك مدة كذا)

ظاهر الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروض حيث قيل فيها إن الإيجاب ساقيتك أو عاملتك أو سلمت إليك أو ما أشبهه أنه لا بد فى الإيجاب من الماضوية و العربية كما هو المشهور بين المتأخرين فى العقود اللازمة و كما هو قضية كلام كل من قال إنه عقد على الظاهر منه و كما هو صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضة و أنه لا يصح فيها الإيجاب بالأمر كتعهد نخلى أو اعمل فى بستانى كما جوزة فى التذكرة و الكتاب و قد استظهر فى جامع المقاصد أنه لا يكفى الأمر و استشكل فى كفايته فى المسالك و

الروضة و المصنف استشكل في ذلك في المزارعة و جزم به هنا و قد اكتفى به هناك في الشرائع و التحرير و الإرشاد حتى قال في الروضة إنه المشهور و قد عرفت أن ظاهر هذه الثلاثة هنا العدم و لعله لما ذكره في المسالك و الروضة من وجود النص بذلك في المزارعة و عدمه في المساقاة و هو وهم قطعاً لوجوده في ظنهم في صحیحه يعقوب بن شعيب و قد قلنا هناك إنه لعله أشار إليها المحقق الثاني في تعليق النافع و إنها قاصرة الدلالة كصحیحه عبد الله بن سنان و لم يختلف في البابين في الإيجاب كلام التذكرة و مجمع البرهان و الكفاية فإنه قد اكتفى فيها بالأمر لكنه متجه على أصل المولى الأردبيلي و الخراساني في كل عقد لازم و الظاهر العدم حيث يراد اللزوم لمثل ما تقدم في المزارعة و هو لازم للإيضاح لأنه لم يكتف به هناك و قد منع في التذكرة و جامع المقاصد من جريان المعاطاة في هذا العقد و جوز ذلك في مجمع البرهان و هو الحق لما حررناه في باب البيع

(قوله) (و قبول و هو اللفظ الدال على الرضا)

كما هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو ظاهر التحرير حيث قال لا بد من قبول و كذا التنقيح بل هو ظاهر كل من قال أنه عقد فتأمل (و قال في اللمعة) القبول الرضا به و قد يظهر منها الاكتفاء بالقبول الفعلي كما يظهر ذلك مما ترك فيه ذكره بالكلية كالشرائح و الإرشاد مع أنه صرح في الإرشاد في المزارعة بأن القبول قبلت و ظاهره أنه لا بد من اللفظ بل انحصاره في قبلت و قد اكتفى المصنف في المزارعة و المحقق الثاني فيها في تعليق الإرشاد بالقبول الفعلي و هو خيرة المقدس الأردبيلي و المولى الخراساني و هو متجه على أصلهما و هو ظاهر التحرير هناك حيث لم يذكره و قد ذكره هنا كما سمعت فانظر إلى اختلاف كلامهم في البابين في الإيجاب و القبول و الأصح أنه لا بد في اللزوم من القبول اللفظي

(قوله) (و لو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم تصح على إشكال ينشأ من اشتراط العلم في الأجرة إذا قصدت أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا)

الذي فهمه ولده من العبارة و ابن أخته أنه لو عقد المساقاة بلفظ الإجارة فقال استأجرتك لتعمل في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال ينشأ من أن اشتراط العلم في الأجرة إنما هو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٦

.....

إذا قصدت الإجارة فأما إذا تجوز بلفظها عن غيرها مما لا يشترط فيه العلم فلا اشتراط حينئذ له فيصح و من أن لفظ الإجارة صريح في موضعه لا في المساقاة فإذا لم يجد نفوذاً في موضعه كانت إجارة فاسدة و لا تقع به المساقاة لأن لكل عقد لفظاً يخصه فلا يقع بلفظ عقد آخر و قوفاً على توقيف الشارع و قد اعترضهما المحقق الثاني بأنه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الإجارة في المساقاة على صحة المساقاة بلفظ الإجارة (و فيه) أنهما لم يجعلوا عدم اشتراط العلم دليلاً و إنما يقولان إن عدم العلم بالأجرة مانع من صحة الإجارة لأن العلم بالأجرة فيها شرط و هذا المانع مفقود في المساقاة لأن العلم بها فيها ليس شرطاً و لما كان كل من هذين العقدين يشابه الآخر و لفظ كل منهما يحتمل معنى لفظ الآخر صح التجوز بأحدهما عن الآخر مع عموم قوله سبحانه و تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فهذا هو الدليل (قال في جامع المقاصد) و الذي ذكره المصنف في التذكرة و غيرها في بيان وجه الصحة أن كلا من هذين العقدين يشابه الآخر و لفظ كل منهما يحتمل معنى لفظ الآخر و يؤيده عموم أوفوا (قلت) قد حرم في التذكرة و التحرير في المسألة بعدم الصحة و لم نجد أحداً من غيره بعد التتبع التام تعرض للمسألة غير الشيخ في المبسوط على احتمال قال و متى استأجره على أن له سهماً من الثمرة في مقابلة عمله فإن كان قبل حلق الثمرة فالعقد باطل و إن كانت مخلوقة بعد بدو صلاحها بكلها بشرط القطع صح و إن استأجره بسهم غير مشاع منها لم يصح لأنه أطلق و إن كان بشرط القطع لم يصح لأنه لا يمكن أن يسلم إليه ما وقع عليه العقد إلا بقطع غيره و هذا يفسد العقد فإن كانت من مسألتنا بأن يراد بالسهم من الثمرة في كلامه الجزء المشاع كمنصفها فلم يذكر وجه الصحة

فضلا عن أن يذكر في بيانه ما ذكر في جامع المقاصد نعم قد ذكر المصنف في الكتاب و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المحقق في الشرائع و غيرهما ممن تأخر عنهما أنه لو عقد المزارعة بلفظ الإجارة لم تنعقد إجارة و لا زراعة جازمين من غير إشكال و لا احتمال بل بعض من تأخر نفى عن ذلك الإشكال كما تقدم و ما نسبه إلى المصنف في التذكرة و غيرها إنما ذكره الشافعية (قال في التذكرة) لو قال استأجرتك لتعهد نخلي بكذا من ثمارها أو بنصف ثمارها لم يصح لأن المساقاة و الإجارة معنيان مختلفان لا يعبر بأحدهما عن الآخر و لو قصد الإجارة بطل لجهالة العوض و للشافعية قولان جاريان في الإجارة بلفظ المساقاة أحدهما الصحة لما بين العقدين من المشابهة و احتمال كل من اللفظين معنى الآخر و أظهرهما عندهم المنع لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة فإن أمكن نفوذه في موضعه نفذ و إلا - فهو إجارة فاسدة و الخلاف بينهم راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى انتهى ما في التذكرة (و قال في جامع المقاصد) و يحتمل أن يراد بالعبارة معنى آخر و هو أن يكون قوله و لو قال استأجرتك مرادا به الإجارة و يكون قوله إذا قصدت شرطا للحكم في ذلك بعدم الصحة على الإشكال (إشكال خ ل) و قوله ينشأ من اشتراط العلم بالأجرة اعتراض لبيان أحد وجهي الإشكال و الوجه الآخر متروك بيانه لظهوره و قوله و أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا - معناه أن الإشكال في الصحة إذا قصد بالإجارة معناها فأما إذا قصد بلفظها التجوز عن غيرها فلا إشكال في عدم الصحة لأن العقود اللازمة لا يجازف فيها عندنا فلا تقع بالكنايات و لا بالمجازات قال و في هذا الحمل فوائد (الأولى) السلامة من طول العبارة بلا فائدة (الثانية) السلامة من عدم حصول صورة الدليل فيها (الثالثة) أنه لا ربط بين الحكم بعدم الصحة و الدليل المذكور على ذلك التقدير لأنه حينئذ دليل الصحة و الربط و إن لم يكن لازما لكنه أحسن (الرابع) مسألة زائدة و هو بيان حكم ما إذا قصد الإجارة إلى أن قال و على كل حال مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٧

و لا تبطل بموت أحد المتعاملين (١)

[الثاني متعلق العقد]

(الثاني) متعلق العقد و هو الأشجار كالنخل و شجر الفواكه و الكرم و ضابطه كل ما له أصل نابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه (٢)

فالعبرة لا تخلو من شيء (و نحن نقول) كيف يصح للمصنف أن يجعل ما هو قطعي البطلان الذي لم يستشكل فيه أحد في الباب و لا باب المزارعة محلا للإشكال و ما هو محل الإشكال كما سمعته عن الشافعية لا إشكال فيه لأنهم استشكلوا في إرادة المساقاة من لفظ الإجارة لمكان المشابهة كما سمعت فالمصنف أشار بالإشكال في المسألة إلى ذلك ثم إنه لا يكاد يظهر لنا الوجه المتروك من وجهي الإشكال الذي ادعى ظهوره على أن صاحب البيت و هما ولده و ابن أخته أدرى بمراده و ما ذكره من الفوائد مبني على أصل فاسد و هو جعل ما هو قطعي البطلان مجمع عليه عند الأصحاب محل إشكال (و كيف كان) فالأصح عدم الصحة كما في الإيضاح و جامع المقاصد و قد سمعت ما في التذكرة و التحرير و كذا المبسوط كما سمعت كلامهم في مثله في المزارعة (قوله) (و لا تبطل بموت أحد المتعاملين)

كما في جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و المهذب البارع و التنقيح و الروض و المسالك و في (الكفاية) أنه المشهور و في (إيضاح النافع) أن عليه الفتوى و في (جامع المقاصد) لا نعرف فيه خلافا (قلت) الخلاف معروف محكى عن الشيخ في المبسوط (قال في المبسوط) إذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة كالإجارة عندنا و ظاهره الإجماع و البطلان ظاهر المهذب أو صريحه (و قال في المهذب البارع و المقتصر) أن من قال ببطلان العقد في الإجارة قال ببطلانه هنا و من لا فلا و قد حكينا في باب الإجارة القول بالبطلان عن جم غفير و قد تقدم في باب المزارعة تمام الكلام فيما نحن فيه و قد اتفقت الكلمة على الظاهر أنه لو كان قد اشترط على العامل أن يعمل بنفسه بطل العقد بموته

(قوله) (الثاني متعلق العقد و هو الأشجار كالنخل و شجر الفواكه و الكرم و ضابطه كل ما له أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه) قد صرح بمعقد هذا الضابط في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و المهذب البارع و التنقيح و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و كذا المبسوط و السرائر و في (الغنية) الإجماع على النخل و الكرم و غيرهما من الشجر المثمر و في (الرياض) أنه لا خلاف في معقد هذا الضابط و هو كذلك (و قال في التذكرة) و كل ما لا أصل له و لا يسمى شجرا عرفا لا تصح المساقاة عليه كالبطيخ و القناء و قصب السكر و الباذنجان و البقول التي لا تثبت في الأرض و لا يجز إلا مرة فلا تصح المساقاة عليه إجماعا و أما ما يثبت في الأرض و يجز مرة بعد أخرى فكذلك إذا لم يسم شجرا و ظهره «١» الإجماع عليه أيضا مع أن الشيخ في الخلاف جوز المساقاة على البقل الذي يجز مرة بعد أخرى و قد يظهر منه فيه دعوى الإجماع و جوز صاحب جامع الشرائع المساقاة على الباذنجان و لعله لذلك قال ولده في شرح الإرشاد في معقد الضابط و أبو العباس في المهذب و الخراساني في الكفاية أنه المشهور و الحاصل أن جوازها في معقد الضابط مجمع عليه قطعاً لا خلاف فيه إلا من الشافعي فإنه منعها في غير النخل و الكرم لأنهما زكويان و إنما الكلام في جوازها في غير معقد الضابط و يأتي بيانه إن شاء

(١) كذا في النسخة و في العبارة نقص و لعل صوابها و ظاهرهم أو و ظاهر الخلاف أو نحو ذلك فراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٨

و في المساقاة على ما لا ثمرة له إذا قصد ورقه كالتوت و الحناء إشكال أقربه الجواز و كذا ما يقصد زهره كالورد و شبهه (١)

الله تعالى

(قوله) (و في المساقاة على ما لا ثمرة له إذا قصد ورقه كالتوت و الحناء إشكال أقربه الجواز و كذا ما يقصد زهره كالورد و شبهه) ما قربه في الأمرين هو الأقرب كما في التذكرة و التحرير و غاية المراد و المهذب البارع و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و الكفاية و في (الإيضاح) أنه أصح و في (الروضة) أنه متجه و في (المسالك) أنه لا يخلو من قوة و في (مجمع البرهان) أنه غير بعيد و هو خيرة فخر الإسلام في خصوص التوت و الحناء (و قال في الخلاف) تجوز المساقاة فيما عدا النخل و الكرم من الأشجار بالإجماع و الأصل و بالجواز في الأشجار غير الكرم و النخل صرح في النهاية و المهذب و قد يظهر ذلك أو يلوح من المقنعة و المراسم و هو لازم ليحيى بن سعيد حيث جوزها في الباذنجان و قد استدلل عليه في التذكرة و جامع المقاصد بأنه قد جاء في لفظ بعض الأخبار بأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل و الشجر (قال في جامع المقاصد) و ما من أدوات العموم فيعم المتنازع فيه فهو دال على جواز المساقاة على كل ما تناوله اللفظ و لا دليل على اختصاص ذلك بما له ثمرة و قد تبعهما على ذلك صاحب المسالك و قال و في بعض الأخبار ما يقتضى دخوله (قلت) هذا الخبر بهذا المتن لم نجده في أخبارنا الموجودة في الكتب الأربعة و إنما رواه الشيخ في الخلاف عن نافع عن ابن عمر قال عامل رسول الله صلى الله عليه و آله أهل خيبر الخبر إلا أن تقول إنه يعضده الأصل بمعنى العموم و إجماع الخلاف و الفتوى به في ثمانية عشر كتاباً أو أكثر ما بين تصريح و ميل و ظهور و تلويح و في عشرة بلاغ و الأولى الاستدلال عليه من جهة الأخبار بالعلّة المومى إليها في موضعين من صحيحة يعقوب بن شعيب و غيرها حيث قال عليه السلام فأعطيهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف مما أخرجت فإن فيه إيماء إلى العلة و هو أن يكون مما يخرج في كل سنة و يتكرر في كل عام و يمكن أخذه و هذا موجود في التوت و الحناء و الورد و النيلوفر و الياسمين بالنسبة إلى ورده و يخرج به ما لا يوجد فيه ذلك كالصفصاف و الحور و شجر الدلب و السرو و البياض و الياسمين بالنسبة إلى أغصانه و نحو ذلك كالصنوبر بالنسبة إلى دهنه لا ثمرة مع موافقة الاعتبار و سهولة الشريعة فإن الحاجة قد تدعو إلى ذلك فالمنع يخالف سهولة الشرع و الظاهر أن أرض خيبر على كثرتها لم تكن خالية عن مثل ذلك بل في جامع المقاصد أن وجود ذلك في خيبر كاد يكون معلوماً و

استند في ذلك في مجمع البرهان إلى فحولته النخل فإن ثمرها كورق التوت لكونه لا- يعد ثمرًا لغه و عرفا ثم إن المساقاة جائزة إجماعا في الأشجار التي لها ثمار و لم تعلم وجودها في بساتين خبير أو علم عدمها فليكن ما نحن فيه مثلها بل ادعى صاحب إيضاح النافع أن ذلك ثمرها في الحقيقة سلمنا لكنه لم يعلم كون التعريف مأخوذا من دليل بحيث لا يجوز غيره إذ قد تقدم لنا أنه قد يكون لكونه محل وفاق أو أكثريا ثم إنه لا- مصرح بالمنع إلا الشيخ في المبسوط فإنه قال تارة ما لا ثمرة له من الشجر كالتوت الذكر و الخلاف لا- تجوز مساقاته بلا خلاف و تارة الشجر الذي لا ثمرة له لا تجوز مساقاته و المحقق في الشرائع و المصنف في الإرشاد و الشهيد في اللمعة و المقداد مترددون نعم قد يعطى ذلك ظاهر كلام الوسيلة و الغنية و النافع و التبصرة و حجتهم على ذلك أن المساقاة على خلاف الأصل لأنها معاملة على مجهول فيقتصر فيها على موضع اليقين و إذا تم ما ذكرناه من وجود العلة اندفع ذلك و في (المسالك) أن المراد بالتوت المبحوث

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٤٩

و البقل و البطيخ و الباذنجان و قصب السكر و شبهه ملحق بالزرع (١) و لا تصح على ما لا ثمرة له و لا يقصد ورقه كالصفصاف (٢) و لا بد أن يكون الأشجار معلومة (٣) ثابتة فلو ساقاه على ودى غير مغروس ليغرسه بطل (٤)

عنه الذكر أما الأنتى المقصود منه الثمرة فجائزة المساقاة عليه إجماعا و قد أخذه من قوله في التذكرة تجوز المساقاة عليه عندنا و إلا فلم يفرق بينهما قبله في التذكرة إلا الشيخ في المبسوط و في (الروضة) أنه لا شبهة فيه و التوت الذي له ثمر على قسمين فرصاد و غيره و غير الفرصاد ينتفع بورقه أيضا و قال ما ينتفع بثمره في أطراف الشامات بل لا يقصد إلا نادرا نعم هو مقصود في المدن الكبار (قوله) (و البقل و البطيخ و الباذنجان و قصب السكر و شبهه ملحق بالزرع)

كما في المهذب البارع و جامع المقاصد و قد سمعت آنفا إجماع التذكرة على عدم صحتها في ذلك و في القثناء «١» و البقول التي لا تثبت في الأرض و معنى إلحاقها بالزرع أنه كما لا تجوز المساقاة على الزرع بعد زرعها كذلك لا تجوز المساقاة عليها بعد زرعها و استنباتها نعم تجوز المزارعة عليها بأن يزارعه على الأرض ليزرعها هذه أو بعضها بحصة منها كما يزارعه على الحنطة و نحوها و قد سمعت ما في الخلاف و ما في جامع الشرائع (قوله) (و لا تصح على ما لا ثمرة له و لا يقصد ورقه كالصفصاف)

قد سمعت نفى الخلاف في المبسوط عن عدم جوازها فيما لا ثمرة له كالخلاف و قد قال في القاموس الصفصاف شجر الخلاف و قد ذكر في موضع آخر منه أن الخلاف مخفف و أن تشديده لحن صنف من الصفصاف لكنه قد جوز في التذكرة المساقاة على الخلاف لأغصانه التي تقصد لكل سنة أو سنتين و نص في التحرير على عدم الجواز فيه و فيما له ثمر غير مقصود كالصنوبر و فيه أن ثمر الصنوبر مما يطلب و يقصد و يرغب و يتنافس فيه في أطراف الشامات و في (جامع المقاصد) أن من الخلاف ما له نور يستخرج ماؤه كالورد فعلى ما سبق تصح المساقاة عليه و كلام الخلاف يعطى جواز المساقاة على الخلاف و غيره من الأشجار حيث صرح فيه بجوازها فيما عدا النخل و الكرم من الأشجار معرفا باللام مدعيا الإجماع و مثله في ذلك من دعوى الإجماع كلام المهذب بل كاد يكون أوضح منه حيث قال تصح في النخل و الشجر كرما كان أو غير كرم و نحوه كلام النهاية و العلة المومى إليها تقضى بجوازها في كل ما وجدت فيه

(قوله) (و لا بد من أن يكون الأشجار معلومة)

بالرؤية و الوصف الراجع للجهالة كما في جامع المقاصد و هو أحسن مما في الغنية و الإرشاد من قوله إنه لا بد من أن تكون مشاهدة مرئية و نحوه ما في مجمع البرهان و من قوله في التذكرة و التحرير لا بد من أن تكون مرئية مشاهدة وقت العقد أو قبله أو موصوفة بوصف يرفع الجهالة و نحوه ما في الروض و تركه الباقي لظهوره لأنها معاملة لازمة فلا بد فيها من العلم بما يعامل عليه على أنها عقد

جدادا و حفظا عن نقص أو تلف و في (الروض) الاكتفاء بالزيادة الحكيمية و في (إيضاح النافع) أن الحفظ عن النقص زيادة حكيمية و في (مجمع البرهان) كفاية الزيادة في الكيفية (قال في المهذب البارع) يكفي في الجواز بقاء عمل تنتفع به الثمرة و لو في إبقائها و حفظها قال فلو صارت رطبا تاما و هي مفتقرة إلى الجداد و التشميس و الكبس في الظروف جازت المساقاة عليها و ظاهر فخر الإسلام في شرح الإرشاد التوقف في زيادة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥١

.....

الصفة حيث نقل قولين في ذلك من دون ترجيح و جزم بالصحة في الزيادة في الثمرة و قد نقل هو كوالده في التذكرة و صاحب جامع المقاصد و الشهيد الثاني في المسالك و الروضة و صاحب الرياض الإجماع على عدم الصحة إذا لم يبق للعمل فيها مستزاد و في (الكفاية) أنه لا- نعرف في ذلك خلافا و في (مجمع البرهان) لعله لا- خلاف فيه و كأنهم يقيدون العمل في كلام الخلاف و ما وافقه بما فيه زيادة و قضية كلام الفخر أن المراد بالزيادة في كلام الأصحاب الزيادة في العين لكن إطلاق كلامهم يشمل الزيادة في العين و الصفة و به صرح في التذكرة في أثناء كلام له و هو الذي فهمه منهم مولانا المقدس الأردبيلي على الظاهر من كلامه و قد فسرت الزيادة في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد بإصلاح الثمرة و التأبير و السقي و زاد المتأخرون الحرث و رفع أغصان الكرم و لعل الإصلاح و رفع الأغصان أنما يزيدان في بعض الأحوال في الصفة و قد يقال إن الزيادة في الصفة و الكيفية بما ذكروا زيادة في عين الثمر لأن إصلاح الثمرة و رفع الأغصان عنها و حفظها إلى تنهاى إدراكها و كمال بلوغها زيادة في عينها و الذي حكيناه عن فخر الإسلام هو قوله و إن كانت الزيادة في الصفة كالتشميس و نحوه فيه خلاف قيل يصح و قيل لا انتهى فكانت الصفة على قسمين عنده قسم يستلزم الزيادة في العين و هذا لا- خلاف فيه عنده و قسم لا- يستلزمها كالتشميس و فيه خلاف و لا- ترجيح فيه عنده و في (المسالك) بعد أن حكى الإجماع على عدم الصحة عند عدم الزيادة و إن احتاجت إلى الحفظ قال بعد أسطر إذا كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة لكن لا- يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش و نحوه فمقتضى القاعدة عدم الجواز فكأنه متأمل في ذلك و لا وجه له مع دعواه الإجماع كما عرفت و قد تبعه في ذلك كله صاحب الرياض و قد أخذ ذلك في المسالك من قوله في جامع المقاصد و لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة إلا أنه لا يحصل به زيادة إن أمكن تحقق هذا الفرض فهل تصح معه المساقاة ينبغي القول بالصحة لأنه حينئذ لم يتحقق تنهاى بلوغ الثمرة فتحققت الزيادة لأن كمال البلوغ و نهاية الإدراك زيادة فيها و هو كلام موجه سديد في محله لا يرد عليه ما في المسالك و فيه شهادة على ما حررناه آنفا و قد وقع في كلام بعض المتأخرين أن لنا قولاً- بعدم صحة المساقاة إذا كان قد بقي عمل فيه زيادة في الثمرة و لم نجده لنا و إنما ذكر جماعة أن في ذلك وجهين و القول بالعدم أنما هو أحد القولين للشافعي و إحدى الروايتين عن أحمد و أغرب من ذلك أن صاحب الحدائق استظهر أن القول بالصحة مشهور عندنا هذا تحرير كلام الأصحاب في المقام و قد تحرر من ذلك اتفاق الكلمة على صحة المساقاة إذا كان للعمل زيادة في الثمرة نقلا عن ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام و إيضاح النافع و تحصيلا لأن الشيخ في الخلاف و من وافقه قائلون بذلك و زيادة و حجتهم بعد ذلك عموم الأدلة و ظهور الأثر للعمل مع موافقة الاعتبار هو انتفاء الغرر فإذا جازت قبل ظهور الثمرة مع ما فيه من الغرر جازت بعد ظهورها بالأولى لأنها صارت موجودة معلومة خالية عن الغرر و وجه العدم للشافعي في أحد قولي و أحمد في إحدى الروايتين أن الثمرة إذا خرجت حصل المقصود و ملك «١» لمالك الثمرة و فيه أنا نمنع حصول المقصود إذ المفروض حصول زيادة بعمل العامل و حجة الخلاف و ما وافقه ما ذكر فيه و في الغنية من الأصل و عموم الأدلة لأن الأخبار عامة لم يفرق فيها بين حال ظهور الثمرة و عدمها فالمنع يحتاج إلى دليل و قد سمعت ما في المبسوط من أن الشرع و الأخبار وردت فيما قبل الظهور و الحق عدم جوازها

(١) كذا في النسخة و كان الصواب و ملك. أو من ملك إلخ فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٢

و لا بد أن تكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على ودى مغروس مدة لا يثمر فيها قطعاً أو ظناً أو متساوياً بطل (١) و لو علم أو ظن حصول الثمرة فيها صح (٢)

و صحتها إذا لم يبق للعمل أثر أصلاً لا الجداد و التشميس و الكبس في الظروف و أن بقي للعمل أثر و نفع في زيادة الثمرة و جودة إيناعها و نهاية إدراكها صحت المساقاة على الأصح و على ذلك ينز كلام الأصحاب و كلام المهذب البارع و ما وافقه مما لا تقبل التنزيل شاذ نادر

(قوله) (و لا بد أن تكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على ودى مغروس مدة لا يثمر فيها قطعاً أو ظناً أو متساوياً بطل) كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و هو قضية كلام التحرير بل و الإيضاح لما تقدم له في المزارعة و به جزم في المهذب البارع هنا في صورة العلم و في (الكفاية و الرياض) قالوا و ظاهرهما التأمل في ذلك و قد خلت عبارة الشرائع و بعض ما ذكر بعدها عن صورة القطع بعدم الثمرة لظهوره و لدلالة صورتي الظن و التساوي عليه بالأولى و في التذكرة الإجماع على البطلان في صورة العلم و قد تقدم للمصنف في مزارعة الكتاب أنه لو علم القصور فأشكال و الصحة هنا قضية إطلاق الكافي و المراسم و الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع و قد قلنا في المزارعة أن الصحة قضية خمسة عشر كتاباً أو أكثر لكننا قلنا لعل المتبادر من إطلاقهم أنها هو المدة الكاملة غير الناقصة و قد أسبغنا الكلام هنا في النقض و الإبرام و قد نفى مولانا المقدس الأردبيلي البعد عن الصحة إذا حصلت الثمرة في صورتي الظن و التساوي لعموم الأدلة و الأصل عدم اشتراط شيء آخر و صدق التعريف و قد أرى جماعة قد غفلوا عما تقدم لهم في المزارعة حيث لم يشيروا إلى ذلك أصلاً و على تقدير البطلان فالظاهر أنه لا تثبت للعامل أجره المثل مع علمه لأنه متبرع فكان كمن زارع على أن لا يكون له شيء أو استؤجر كذلك كما تقدم و الظاهر ثبوتها له في صورة الجهل خصوصاً مع علم المالك بناء على القاعدة المقررة و هي أنه إذا بطل العقد ثبت للعامل أجره المثل و هو خيرة التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و قضية كلام التحرير و صريح المهذب ثبوت الأجره من غير تفصيل و لا ترجيح في المبسوط

(قوله) (و لو علم أو ظن حصول الثمرة فيها صح)

كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و في موضع آخر من الأخير أنه المشهور و في (الرياض) قالوا و ظاهره التأمل في ذلك و لا وجه له و قد ترك في الشرائع و أكثر ما ذكر بعدها صورة العلم للعلم به و قد أبدل في بعض هذه الكتب ظن حصول الثمرة بغلبة حصولها و هي في معنى الظن نعم في عبارة التبصرة إمكان حصولها من دون تقييد بغلبة و لا ظن كما أطلقت المدة في جملة من العبارات كما عرفت آنفاً و ظاهر كلام المهذب البارع أو صريحه أنه لا بد من القطع بالحصول و يمكن تأويله و ليس في كثير من هذه العبارات التعرض لخصوص الودي بل أطلقوا الكلمة بأنه يشترط في المدة الظن بحصول الثمرة و غلبة حصولها و وجهه بأن الظن مناط أكثر الشرعيات و أن غاية ما يستفاد من العادة المستمرة هو الظن الغالب فإذا احتاط و عمل بالظن الغالب فليس عليه مزيد من ذلك و يستفاد من كلامهم في المقام كما هو صريح جماعة منهم أن عدم الثمرة غير قاذح في صحة المساقاة إذا كان حصولها مضموناً عادة حين العقد كما يأتي التنبية و حينئذ فيجب عليه إتمام العمل لو علم بالانقطاع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٣

و لو ساقاه عشر سنين و كانت الثمرة لا تتوقع إلا فى العاشر جاز (١) و يكون فى مقابلة كل العمل (٢) و تصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على ما يفتقر إلى السقى (٣)

قبله و لا أجره له و هو ظاهر المبسوط و السرائر و التحرير حيث قيل فيها و إن لم يحمل فلا شىء له لأنها مساقاة صحيحة فإذا لم تثمر لم يستحق شيئاً كالقراض الصحيح إذا لم يربح شيئاً فليتأمل فى كلامهم و مثله ما لو تلفت الثمار كلها أو أكلها الجراد كما يجب على عامل القراض إنضاض المال و إن ظهر الخسران بل هنا أولى للزوم العقد و وجوب العمل و احتمال فى التذكرة انفساخ العقد لو تلفت الثمار و استشكل فيما نحن فيه فارقاً بين المعاملتين بأن المباشر للبيع و الشراء العامل فى القراض فكان عليه إنضاض المال بخلاف عامل المساقاة و اعترض بأن عقد المساقاة لازم فإذا وجب على عامل القراض مع جواز عقده فهنا أولى و الظاهر كما فى مجمع البرهان العدم لأنها معاوضة أو كالمعاوضة فمع عدم العوض لا ينبغى فى الشريعة السمحاء تكليفه فكان كتلف المبيع قبل قبضه و لو سلم ذلك فى القراض لدليل قاهر و إلا قلنا بالمنع فيه أيضاً مع إمكان الفرق و لم نجد للقائلين بوجوب إنضاض المال على العامل إذا طلبه المالك حيث لا ربح و هم الشيخ فى المبسوط و المحقق و المصنف فى الكتاب و التحرير إلا قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى و قد أخذه نقداً فيجب عليه رده إليه و إنه قد حدث التغيير فى المال بفعله فيجب رده (و فيه) أن الخبر إنما دل على رد المأخوذ و أما رده على ما كان عليه فلا دلالة عليه و التغيير إنما حدث بإذن المالك و أمره و الأصل براءة الذمة من عمل لا عوض عليه و لذلك قال و مال جماعة من المتأخرين إلى العدم

(قوله) (و لو ساقاه عشر سنين و كانت الثمرة لا تتوقع إلا فى العاشر جاز)

كما فى التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و هو قضية كلام المبسوط و غيره و حاصله أنه لا يشترط فى صحة العقد حصول الثمرة فى أثناء جميع هذه المدة المشترطة بحيث تكون فى أولها و وسطها أو بحيث يبقى بعد حصول الثمرة مدة كثيرة من تلك المدة بل يكفى حصولها فى آخر تلك المدة و دليله عموم الأدلة و أن المساقاة قد اشتملت على جميع الأمور المعترفة فيها من أصل ثابت و عمل و حصه و خلو بعض السنين عن حصول الثمرة غير قاذح فإن المعترفة حصولها فى مجموع المدة (قوله) (و يكون ذلك فى مقابلة كل العمل)

كما هو صريح مجمع البرهان و قضية كلام الباين و فى (التذكرة) لو أنه أثمر قبل سنه التوقع لم يستحق العامل منها شيئاً و لعله لأنه أقدم على أنه لا حصه له إلا فى السنة الأخيرة و قال و لو ساقاه عشر سنين و شرط له ثمرة سنة بعينها و الأشجار مما تثمر كل سنة لم يصح (قلت وجهه) واضح لأنه لم يشترط أن تكون ثمرة تلك السنة بينهما و الأشجار قد لا تثمر تلك السنة فلا يكون له شىء و قد لا تثمر إلا تلك السنة فلا يكون للمالك شىء

(قوله) (و تصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على ما يفتقر إلى السقى)

كما هو قضية كلام المبسوط فى عدة مواضع و كلام غيره كما ذكره فى وجه التسمية و غيره و به صرح فى التذكرة و التحرير و المهذب البارع و إيضاح النافع و جامع المقاصد بل قال فى التذكرة لا نعرف فيه خلافاً ممن (مخالفاً عنده من خ ل) جوز المساقاة لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة فى ذلك كدعائها فيما يحتاج إلى السقى (قلت) و الاستفادة من الأخبار و كلام الأصحاب أن السقى بخصوصه ليس شرطاً فى هذه المعاملة بل المدار على العمل الذى تحتاج إليه تلك الأشجار فحيث لا تحتاج إلى السقى مثل بساتين أطراف الشام لا يكون معتبراً و إلا بطلت المساقاة فيها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٤

(الثالث) المدّة و يشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنّة و الشهر لا بما يحتمل الزيادة و النقصان (١)

عمر الدهر قال أبو العباس لو قلنا باعتبار السقي فانت المصلحة الناشئة من المشروعية و الإذن في المساقاة عام و البعل كل شجر و نخل و زرع لا يسقى أو ما سقته السماء كما في القاموس

(قوله) (الثالث المدّة و يشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنّة و الشهر لا بما يحتمل الزيادة و النقصان)

أما اشتراط تعيين المدّة بهذه العبارة فقد صرح به في المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التبصرة و اللمعة و إيضاح النافع و في (المختلف و التنقيح) أنه المشهور و قد حكى الإجماع في التذكرة على اشتراط تعيينها سنّة أو أكثر أو أقل و في معناها إجماع المبسوط لأنه حكى الإجماع على اشتراط تعيينها كالإجارة و في (المسالك) الإجماع على اشتراط تقدير المدّة في الجملة و أشار بالجملة إلى كلام أبي علي كما ستسمع ثم قال بلا فاصلة و أما تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً (قلت) قد ترك ذكر اشتراط المدّة و اعتبارها في المقنعة و المراسم مع اعتبارهما لها في المزارعة و قد ترك ذكرها فيهما في النهاية و الخلاف لكن الأمر في هذه الكتب الأربعة سهل و لا سيما الخلاف لأنه مسوق لأمر آخر فتدبر و في خبر أبي الربيع يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماء و أما تقديرها بما لا- يحتمل الزيادة و النقصان فهو خيرة المبسوط و فقه القرآن لأنهما جعلتا- الحال فيها كالإجارة و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و في (الإيضاح و جامع المقاصد) فيما يأتي لهما و المسالك و الكفاية أنه المشهور و في (الرياض) أنه أشهر بل عليه عامة من تأخر انتهى فتدبر و ذلك على الظاهر قضية كلام كل من اشتراط تعيين المدّة كالمهذب و ما ذكر بعده إلا أن تقول إن تقديرها بالثمرة كما يذهب إليه أبو علي تعيين لها فتأمل و مع ذلك كله نسب ذلك في المفاتيح إلى القليل ثم إنه بعد ذلك مال أو قال بما عليه الأصحاب و صاحب الحدائق قال بعدم اشتراط المدّة و قال إن ذلك مبني على كون عقد المساقاة لازماً و لا دليل عليه إلا الإجماع و قد اشترط في الشرائع و أكثر ما ذكر بعدها كون المدّة مما يمكن فيها حصول الثمرة و لو بالمظنة و قد صرح بذلك أيضاً في المبسوط و السرائر و في (الكفاية) أنه المشهور و ظاهر المهذب البارع أو صريحه أنه لا بد من القطع بالحصول و يمكن تأويله و اكتفى في التبصرة بإمكان الحصول كما تقدم بيان ذلك كله و تصوير التقدير بالشهر يكون فيما إذا ساقاه و قد ظهرت الثمرة و كان للعمل في ذلك زيادة كما تقدم و حكى عن أبي علي في المختلف و المهذب البارع أنه قال لا بأس بمساقاة النخل و ما شاكله سنّة أو أكثر من ذلك إذا حصرت المدّة أو لم تحصر و حكى عنه في المسالك الاكتفاء بتقدير المدّة بالثمرة و هذا أخص مما حكاها عنه في المختلف و يمكن الجمع فتأمل و جمع بين الحكايتين فخر الإسلام في شرح الإرشاد و الفاضل المقداد و في (المسالك) أن قوله لا يخلو من وجه و في (مجمع البرهان و الكفاية) أنه غير بعيد و في (المهذب البارع) أنه متروك و في (الرياض) أنه شاذ و قد استشكل في التذكرة فيما إذا قدرت المدّة بإدراك الثمرة و احتمال أنه ليس من هذا القبيل ضعيف و يستشكل فيه المصنف في الكتاب قريباً و لا ترجيح في التنقيح و قد يستشهد له بترك ذكر المدّة في المقنعة و ما ذكر معها و قد استوفينا الكلام في كلام أبي علي و غيره في المزارعة و قد جزموا هنا بخلافه و قالوا هناك لا يكفي تعيين المزروع عن المدّة فبعض على الأشبه و بعض على الأقرب و آخرون على الأقوى مع أن أبا علي لم يخالف هناك فلا بد من ملاحظة كلامنا و كلامهم هناك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٥

و لا- تقدير لها كثرة فتجوز أكثر من ثلاثين سنّة (١) أما القلة فتقدر بمدّة تحصل الثمرة فيها غالباً (٢) فإن خرجت المدّة و لم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل (٣) و لو ظهرت فلم تكمل فهو شريك (٤) و الأقرب عدم وجوب العمل عليه (٥) و لو قدر المدّة بالثمرة فإشكال (٦)

(قوله) (و لا تقدير لها كثرة فتجوز أكثر من ثلاثين سنة)

باتفاقنا كما فى جامع المقاصد و عندنا كما فى التذكرة و هو قضية كلام المبسوط و فقه القرآن و صريح التحرير و المسالك و الروضة و فى أخبار الحلبي الثلاثة و خبر أبى الربيع ما يدل على ذلك كما تقدم ذكرها فى المزارعة ففى بعض أخبار الحلبي لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة و أقل من ذلك و أكثر

(قوله) (أما القلة فتقدر بمدة تحصل الثمرة فيها غالبا)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و قد تقدم أنه يشترط تعيين المدّة التى يمكن فيها حصول الثمرة و لو بالمظنة بالنظر إلى العادة و يختلف ذلك باختلاف الأحوال فقد يكون المدّة شهرا و دونه و قد تكون سنة و أكثر و لا يشترط تقدير مدّة تكمل فيها الثمرة كما فى التذكرة

(قوله) (فإن خرجت المدّة و لم تظهر الثمرة فلا شىء للعامل)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه عقد عقدا صحيحا على مدّة معينة تحصل فيها الثمرة غالبا فخرجت المدّة قبل ظهور الثمرة و وجودها فلا شىء للعامل و إن اطلعت بعد المدّة لأنه لم يظهر فيه النماء الذى اشترط جزؤه له فكان كما لو لم تربح المضاربة و الأصل براءة الذمّة من وجوب عوض غير المشترط كما تقدم آنفا لكن فى التذكرة أن له أجره مثله لأنه لم يرض بالعمل مجانا بل بعوض و هو جزء من الثمرة و هو موجود غير أنه لا- يمكن تسليمه فلما تعذر دفع العوض الذى اتفقا عليه كان له أجره مثله كما فى الإجارة الفاسدة فليتأمل

(قوله) (و لو ظهرت و لم يكمل فهو شريك)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الشرط حصول الثمرة و طلوعها لا كمالها و نهاية إدراكها فله نصيبه المشروط له منها (قوله) (و الأقرب عدم وجوب العمل)

و هو الأصح كما فى الإيضاح و فيه قوة كما فى جامع المقاصد لأن فائدة تعيين المدّة هو عدم تعلق الحكم الثابت بالعقد بعدها و لأنه لو وجب لم يشترط تعيين المدّة و لأن العمل الواجب بالعقد هو ما كان فى خلال المدّة و ما بعدها يبقى على الأصل و هو جيد إن لم يكن تقدير المدّة باعتبار الغلبة و قد جزم فى التذكرة بالوجوب كما لو انفسخت قبل كمالها و يمكن الفرق بين بقاء العقد و انفساخه إن سلم الحكم فى الأصل كما هو الظاهر من جماعه و قد نقول بعدم وضوح الفرق و قد يحتج على ذلك بأن الحصّة فى مقابلة العمل إلى زمان بلوغ الثمرة كما هو المعروف المألوف المتبادر المقصود من عقود المساقاة و هو الدائر على ألسنة أقلامهم حيث يقولون و لو قدرت المدّة بإدراك الثمرة إلى غير ذلك و تقدير المدّة إنما هو باعتبار الغائب فمع التخلف لو ملك الحصّة بدون العمل لزم تملك أحد العوضين لا فى مقابلة العوض الآخر فالقول بالوجوب قوى جدا و لذلك جزم به فى التذكرة و لم يحك فيه خلافا عن أحد من العامة و لا تأملا لكن تنظيره بالفسخ لا يوافق ما تقدم له

(قوله) (و لو قدر المدّة بالثمره فإشكال)

(و قال فى التذكرة) فإن قدرت بإدراك الثمار لم يجز على إشكال و هذا هو الذى أشرنا إليه آنفا و كأنه عنده فى الكتابين ليس من قبيل ما يحتمل الزيادة و النقصان و هو كما ترى إلا أن تقول إن الباعث على ذلك الخبر و قد قال فى الكتاب فى المزارعة و لا يكفى تعيين المزروع عنها جازما به و قواه فى التذكرة و قربه فى التحرير كما تقدمت الإشارة إليه آنفا و جواز التقدير بإدراك الثمرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٦

و لو مات العامل قبل المدّة لم يجب على الوارث القيام به فإن قام الوارث به و إلا استأجر الحاكم (١) من تركته من يكمل العمل (٢) فإن لم يكن تركه أو تعذر الاستئجار فللمالك الفسخ (٣)

هو المحكى عن أبي على وقد عرفت أنه قد مال إليه أو قال به جماعة في المساقاة ولم يقل به أحد في المزارعة ولعله لأنه احتج له في المختلف بصحيفة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج قال لا بأس وأجاب عن الاستدلال به بجواب ضعيف وهو أن نفى البأس لا يستلزم اللزوم لأنه إن سلم أنه عقد فلا بد له من الحكم بلزومه فالأولى في الجواب أنه لا دلالة فيها على أن هذا هو العقد مع أنه لا تصريح فيه بالقبول فيكون ذلك من جملة الأقوال التي تكون بين المتعاقدين ليتقرر الأمر بينهما كما تقدم لنا ذلك في الجواب عن الاستدلال به على صحة الإيجاب بلفظ الأمر إلا- أن تقول إنه لا- معنى لنفى البأس حينئذ وجوابه ظاهر (و كيف كان) فمنشأ الإشكال هو ما تقدم مثله في باب المزارعة من أن المساقاة عقد مبني على الغرر والجهالة فلا يفسد بهما وأن الثابت عادة في حكم المعلوم مضافاً إلى الخبر الصحيح ومن أن تجوز الغرر الخاص في هذا لا يقضى بتجوز كل غرر ولا استقرار للعادة وإلا لجاز ذلك في الإجارة ونحوها وقد عرفت الحال في الخبر

(قوله) (و لو مات العامل قبل المدة لم يجب على الوارث القيام به فإن قام به وإلا استأجر الحاكم)

هذا معنى ما في المبسوط والتحرير من أنه لو مات العامل فإن ناب عنه فلا كلام وإن امتنع لم يجبر عليه ومعنى ما في التذكرة والمسالك من أنه لو ارثه أن يقوم في العمل مكانه وليس للمالك منعه منه ولا- إجباره عليه والوجه في أنه لا يجب عليه ولا يجبر عليه ظاهر لأن المعاملة إنما تعلقت بالعامل لا بالوارث فلا يلزمه الحقوق اللازمة للمورث إلا ما أمكنه دفعه من ماله كما أنه لا يجب عليه قضاء ديونه من مال نفسه وأما أنه إن قام به نفسه وجدت تركة أولاً أو بأجيره من مال نفسه أو من التركة حيث يكون هناك تركة فلأنه قد ورث العقد وقام مقام مورثه وقد سمعت أنه قال في المبسوط إن ناب عنه فلا كلام وفي (جامع المقاصد) أنه لا بحث وقضية ذلك أنه يجب على المالك تمكينه من ذلك وتمكين أجيره وذلك إذا كان أمينين عارفين بأعمال المساقاة وإلا فله المنع ويعود الأمر كما لو لم يبذل (قال في التذكرة) فإن أتم العمل بنفسه أو استأجر من مال نفسه من يتم العمل وجب على المالك تمكينه إذا كان أميناً عارفاً بأعمال المساقاة

(قوله) (وإلا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل)

كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام جامع الشرائع لأنه إذا امتنع الوارث من القيام بالعمل بنفسه أو أجيره لا يجبر على الاستئجار وإنما الواجب عليه تسليم ذلك القدر من التركة والتخليه بين المستحق وحقه فيجب على الحاكم أن ينتهز لذلك لأنه المعد لمثل ذلك وذلك كله إذا لم تظهر الثمرة ولم يكن العامل معيناً للعمل بنفسه كما هو واضح وكما ستسمع

(قوله) (فإن لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فللمالك الفسخ)

كما في الكتب وهو قضية كلام جامع الشرائع والوجه في ذلك إذا لم يخلف تركة أنه موضع ضرورة كما في المبسوط لأن التقدير عدم وجود متبرع في الموضوعين ويمتنع الاستئجار بغير أجره فكان له الفسخ وحكى في جامع الشرائع قولاً بأنه ليس له الفسخ ولم نجد في (المبسوط والتذكرة وكذا جامع المقاصد) أنه لا يستقرض الحاكم من التركة بخلاف الحى إذا هرب لأنه لا ذمة للميت وفي (جامع الشرائع) أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٧

فإن ظهرت الثمرة بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه من العمل أو بيع جميعه (١) و لو لم تظهر الثمرة ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت وجبت أجره المثل عما مضى (٢) و لو كان معيناً بطلت قبل الظهور فله الأجرة (٣)

للحاكم أن يأذن له في الإقراض وأما إذا تعذر العمل فكذلك لأنه أحد العوضين فيثبت عند تعذره للمالك الفسخ وفي (المبسوط و

التحرير و الكتاب) كما يأتى أن عليه الأجره للعامل إلى حين الوفاة فى الموضوعين لأنه عمل محترم قد بذل فى مقابلة الحصه التى قد فاتت عليه بفسخ المالك فوجب له أجره المثل و لا كذلك لو كان الموت بعد الظهور فإنه يباع بعض الثمره أو جميعها كما يأتى قوله) (فإن ظهرت الثمره يبع من نصيب العامل ما يحتاج إليه من العمل أو يبع جميعه)

كما فى جامع المقاصد و كذا جامع الشرائع لأنه إذا ظهرت الثمره استحق العامل الحصه منها و إن وجب عليه باقى العمل فبيع الحاكم من نصيب العامل ما يفى بالعمل الواجب فإن لم يوجد راغب أو لم يف بالعمل باع الجميع ثم أنفق قدر الواجب و الفاضل للورثه و يفهم من قوله فإذا ظهرت الثمره أن ما سبق حكم ما إذا لم تظهر كما سبق و هو كذلك لأن البيع قبل الظهور غير جائز و يفهم من قوله يبع من نصيب العامل أنه لم يكن له تركه و فى (المبسوط و التحرير) إذا ظهرت الثمره خير الحاكم المالك بين البيع و الشراء فإن اختار البيع و كان بعد بدو الصلاح يبع لهما يبيع الحاكم نصيب الميت و رب النخل نصيبه و إن كان قبل أن يبدو صلاحها فلا تباع إلا على شرط القطع

قوله) (و لو لم تظهر الثمره ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت و جبت أجره المثل عما مضى)

هذا قد تقدم بيانه و أعاده لينص على حكمه

قوله) (و لو كان معينا بطلت قبل الظهور و له الأجره)

كما صرح بذلك كله فى التنقيح و أطلق فى التذكرة و المهذب البارح و إيضاح النافع أنه لو عين المالك العامل و مات بطلت المساقاة و ليس بجيد و الوجه فيما ذكره المصنف أما انفساخ العقد فواضح لتعذر مقتضاه و كذلك و جوب الأجره لأنه عمل محترم مثل ما تقدم و هذا يقضى أن ما سبق كما سبق إنما هو إذا لم يكن العامل معينا بل كانت المساقاة على الذمه و يفهم من قوله بطلت قبل الظهور أنها لا تبطل لو كان موت العامل المعين بعد الظهور و وجهه أنه قد سبق ملكه لها فيستحب و لم يعلم زواله بالموت نعم ينفسخ العقد فيما بقى لتعذر المعقود عليه و ظاهر التنقيح أنها لا تنفسخ فيما بقى و ليس بجيد (و قال فى جامع المقاصد) إذا انفسخت فيما بقى ما الذى يسقط فى مقابلة العمل الباقي يحتمل إسقاط قدر أجره مثله من الحصه و يحتمل النظر فى قدر الباقي و نسبته إلى مجموع العمل باعتبار الكم و النفع و إسقاط بعض من الحصه نسبته إليها كنسبة الفائت من العمل إلى مجموع العمل قال و يؤيد الاحتمال الثانى أن انفساخ العقد أخرج باقى العمل عن الاستحقاق فكيف تجب أجره مثله و قال أنى لم أجد فى المسألة تصريحاً يرجع إليه فلينظر ما ذكرته قلت الاحتمال الثانى هو الذى بناه عليه فى عدة مواضع من باب الإجاره حيث يكون متعلق العمل شخصياً معينا «١» و يفسخ العقد أو يفسخ من نفسه و هو الموافق للقواعد و الضوابط فالحكم عندهم معروف فلا حاجة بنا إلى تصريحهم إذ لا مجال لاحتمال و جوب أجره المثل أو إسقاط مقدارها من الحصه فى صورة التعيين لأن ذلك يكون إذا ظهر بطلان العقد لا فيما إذا فسخاه أو انفسخ و يكون أيضاً فيما إذا كان العمل مضموناً فى الذمه و لم يتعذر وجوده

(١) فى مسألة ما إذا استأجر لحفر بئر فعرضت صحرة أو مرض أو ماتت المرضعه (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٨

[الرابع العمل]

(الرابع) العمل و يجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره (١) فإن أطلقا عقد المساقاة اقتضى الإطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمره و زيادتها كالحرث تحت الشجر و البقر التى تحرث و آلة الحرث و سقى الشجر و استقائه الماء و إصلاح طرق السقى و الأجاجين و إزالة الحشيش المضر بالأصول و تهذيب الجريد من الشوك و قطع اليباس من الأغصان و زبارة الكرم و قطع ما يحتاج إلى قطعه و التلقيح و العمل بالناضح و تعديل الثمره و اللقاط و الجداد و أجره الناطور و إصلاح

ثم إن إسقاط أجره مثله قد يحيط بجميع الحصه و لا يخفى ما فى قوله فكيف تجب أجره مثله لأن المحتمل أنما احتمال إسقاط مقدار أجره المثل من الحصه و لم يحتمل وجوب أجره المثل على الوارث و هذا هو الذى ينافيه الانفساخ فليتأمل و منه (يعلم ظ) الوجه فى ثبوت الأجره به إذا مات قبل الظهور و احتمال فى المسالك بطلان العقد من أصله لأن ملكه مشروط بإكماله العمل و لم يحصل و هو خيره إيضاح النافع و هو ضعيف جدا و قال فى (المسالك) أطلق جماعه من الأصحاب البطلان إذا شرط عليه العمل بنفسه و لم نجد هذا الإطلاق إلا لمن عرفت نعم أطلق فى المبسوط و غيره عدم البطلان بالموت (قوله) (الرابع العمل و يجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره)

هذا الفرع من متفردات هذا الكتاب و وافقه عليه فى جامع المقاصد و معناه أنه إن شرط على العامل عملا مخصوصا كما إذا قال له فى متن العقد شرطت عليك هذا العمل و أن لا تعمل غيره أو قال له شرطت عليك هذا العمل و يسكت عن قوله و لا تعمل غيره و جب عليه ذلك العمل فقط دون غيره سواء كان من أعمال المالك أو أعمال العامل و لا يجب عليه ما سواه قضيه للشرط و إن كان العقد إذا أطلق و جب عليه جميع الأعمال المتعلقة به أو إذا شرطت عليه جميعها كان تأكيدا كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و المسالك و هو قضيه كلام الباين بل سيصرح بذلك المصنف فيما يأتى لكنه ليس فيه ما يخالف ما هنا فليتأمل فصار الحاصل عند المصنف أنه إذا شرطا بعض الأعمال دون بعض يكونان قد خرجا عن الإطلاق إلى التقييد فوجب اتباعه و هو واضح فى الصورة الأولى بقسميه و موضع نظر فى الثانية كذلك بل الظاهر أن المالك إذا شرط عليه عملا من أعماله مثل أن يقول له و شرطت عليك ببناء هذا الجدار و يسكت عن قوله و غيره أنه يجب عليه ذلك العمل و لا- تسقط عنه أعماله المتعلقة به عرفا و عادة كما يأتى للمصنف و غيره و قد يكون المصنف أراد بهذه العبارة أنه يجب على العامل القيام بما شرطه عليه المالك من عمله المختص به دون غيره من أعمال المالك فيكون الضمير فى منه راجعا إلى المالك على حذف مضاف تقديره من عمله و يبعده أن فيه حذفاً و تقديرا و أن المالك لم يجر له ذكر و أنه سيدكر ذلك و الأمر فى الأخيرين سهل و متى أخل بالعمل المشروط تخير المالك بين فسخ العقد و إلزامه بأجره مثل العمل كما فى التحرير و المسالك و كذا جامع المقاصد فإن فسخ قبل عمل شىء فلا شىء له و إن كان بعده قبل الظهور فالأجره و إن كان بعد ظهور الثمره فكذلك كما فى جامع المقاصد و المسالك

(قوله) (فإن أطلقا عقد المساقاة اقتضى الإطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمره و زيادتها كالحرث تحت الشجر و البقر التى تحرث و آلة الحرث و سقى الشجر و استقاء الماء و إصلاح طرق السقى و الأجاجين و إزالة الحشيش المضر بالأصول و تهذيب الجريد من الشوك و قطع اليباس من الأغصان و زبارة الكرم و قطع ما يحتاج إلى قطعه و التلقيح و العمل بالناضح و تعديل الثمره و اللقاط و الجداد و أجره الناطور و إصلاح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٥٩

موضع التشميس و نقل الثمره إليه و حفظها على رءوس النخل و بعده حتى تقسم و على صاحب الأصل بناء الجدار و عمل ما يستقى به من دولاب أو دالية و إنشاء النهر و الكش للتلقيح على رأى (١)

موضع التشميس و نقل الثمره إليه و حفظها على رءوس النخل و بعده حتى تقسم و على صاحب الأصل بناء الجدار و عمل ما يستقى به من دولاب أو دالية و إنشاء النهر و الكش للتلقيح على رأى

قال فى التلقيح ما يجب على العامل له ضابطان (الأول) ما فيه مستزاد الثمره (الثانى) ما كان متكررا كل سنه و ما يجب على المالك له ضابطان (الأول) ما يفتقر إلى بذل المال (و الثانى) ما لا يتكرر غالبا و يعد صلاحا فى الأصول انتهى (قلت) قد صرح بالضابط الأول فيما يجب على العامل فى المبسوط و الوسيله و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التبصره و إيضاح النافع و المسالك و

المفاتيح و المختلف و المهذب البارع و فى الأخيرين أنه الأشهر و عليه الأكثر لكن الشهرة فيها غير مسوقة لذلك لكنها تتناوله و صرح بالضابط الثانى فيما يجب على العامل فى الإرشاد و اللعنة و الروض و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و هما متلازمان فإن ما تحصل به زيادة الثمرة هو ما يتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة و تحتاج إليه حصولا و زيادة و جودة و لم أجد من صرح بالضابط الأول فيما يجب على المالك لكنه يفهم من مطاوى كلماتهم و مما صرح فيه بالضابط الثانى أعنى ما لا يتكرر كل سنة الإرشاد و ما ذكر بعده أنفا مع زيادة المسالك و المفاتيح و مما صرح فيه بما منه حفظ الأصل و صلاحه المبسوط و الوسيلة و هو قضية كلام بعضهم و هذان أيضا متلازمان و لا يقدح فى قولهم ما لا يتكرر كل سنة ما إذا عرض فى بعض الأحوال التكرار فيما يتعلق نفسه بالأصول بالذات و فى زيادة الثمرة و نفعها بالعوض فإنه على المالك كحفر الآبار و الأنهار و بناء الحائط جميعه أو بعضه نعم يشكل ما إذا كان مثل ذلك يتكرر كل سنة و أنت خبير بأن بناء هذه الأعمال المعدودة فى جانب العامل و المالك إنما هو على العرف و العادة إذ ليس لذلك تحديد شرعى فالمدار على العرف و العادة فلو قضينا بخلاف ذلك فى البلدان أو الثمار أتبعنا و لا يضر فى ذلك الجهل و الغرر فى الجملة مع ابتناء هذا العقد على المساهلة و لو أخل العامل بشىء من ذلك أو بجميعة تخير المالك بين فسخ العقد فى الجميع أو البعض إن أتى بشىء و إلزامه بأجرة المثل كذا قال فى جامع المقاصد قال و لم أظفر بتصريح فى ذلك يعتد به (قلت) الظاهر أن الإطلاق هنا يجرى مجرى الاشتراط و قد تقدم بيان الحال فيه فيما تقدم أنفا و لم أجد لهم نصا فيما إذا أخل المالك بشىء من ذلك ثم عد إلى العبارة فقولته حتى تقسم قد أشار به إلى خلاف أبى على حيث قال و كل حال تصلح به الثمرة و الزرع فعلى المساقى عملها إلى أن تبلغ الثمرة و الزرع إلى حال يؤمن عليها من الفساد فإذا بلغته صار شريكا و لم يجب عليه من العمل شىء إلا بقسطه إلا أن يشترطه عليه و الأصحاب على خلافه على الظاهر و به صرح فى المبسوط و غيره و فى (المختلف) أنه الأشهر و فى (المهذب البارع) أن عليه الأكثر قلت لم نجد موافقا لأبى على و أشار بقوله و الكش للتليح على رأى إلى قول الشيخ و المتأخرين كما فى جامع المقاصد و عليه الأكثر كما فى المسالك و الكفاية و هو خيرة المبسوط و التذكرة و الإرشاد و المختلف فى الإيضاح و إيضاح النافع و الروض و مجمع البرهان و لعله قضية كلام الباقيين لأنه ليس من العمل و إنما هو عين و إنه كالمداد و القرطاس و الخيوط فى الإجارة و الأصل براءة ذمة العامل و فى (السرائر و جامع الشرائع) على العامل لأنه مما يتم به نماء الثمرة و صلاحها الواجبان عليه و أنه مما يتكرر و قد استحسنه فى الشرائع و فى (المسالك) الأولى الرجوع إلى العادة و مع عدم اطرادها فالأولى التعيين مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٠

و فى البقر التى تدير الدولاب تردد ينشأ من أنها ليست من العمل فأشبهت الكش و من أنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث (١) و لو احتاجت الأرض إلى التسميد فعلى المالك شراؤه و على العامل تفريقه (٢) فإن أطلقا العقد فعلى كل منهما ما ذكرنا أنه عليه و إن شرطه كان تأكيدا (٣) و إن شرط أحدهما شيئا مما يلزم الآخر صح إذا كان معلوما إلا أن يشترط العامل على المالك جميع العمل فتبطل و يصح اشتراط الأكثر (٤)

و لا ترجيح فى التحرير و التنقيح فلعل النسبة إلى المتأخرين لم تصادف محلها

(قوله) (و فى البقر التى تدير الدولاب تردد ينشأ من أنها ليست من العمل فأشبهت الكش و من أنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث) و كذا لا ترجيح فى التنقيح و المسالك و جامع المقاصد بل فى الأخير أن كلا محتمل فنحن من المتوقفين و فى (المبسوط و الغنية و جامع الشرائع و المختلف) أن البقر على رب المال و فى (السرائر و التحرير و الروضة) أنها أى البقر على العامل و فى (التذكرة) أنه الأولى و فى (السرائر) أن الجبال و المحاللات أيضا على العامل و يكون الدلو و الرشا على العامل الجزم فى المسالك و الروضة و فى (الكفاية) الأولى الرجوع إلى العرف و العادة قلت لا ريب أن استقاء الماء إذا لم يحتج إلى بهيمة كان ذلك على العامل فكذلك إذا

احتاج إليها فتأمل

(قوله) (و لو احتاجت الأرض إلى التسميد فعلى المالك شراؤه و على العامل تفريقه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه عين تصرف إلى الأرض و ليس عملا فلا يجب على العامل للأصل و فى الأخير أن اشتراط التعيين أحوط و فى (التذكرة) أن على المالك أجره نقله و الأولى الرجوع إلى العرف و العادة كما فى الكفاية و التسميد جعل السرقيين فى الأرض

(قوله) (فإن أطلقا العقد فعلى كل منهما ما ذكرنا أنه عليه و إن شرطاه كان تأكيدا)

تقدم الكلام لنا فيه و يفهم من كلام المصنف فى أول المبحث لكنه أعاده ليبنى عليه ما بعده

(قوله) (و لو شرط أحدهما شيئا يلزم الآخر صح إذا كان معلوما إلا أن يشترط جميع العمل على المالك و يصح اشتراط الأكثر)

إذا اشتراط العامل على المالك جميع العمل بطلت المساقاة كما فى المبسوط و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و هو قضية كلام الخلاف و السرائر و جامع الشرائع لأن الحصه إنما يستحقها العامل بالعمل فإذا رفعه عنه لم يستحق شيئا و فى (الغنية) أنها تجوز لو شرط على العامل فى حال العقد ما يجب على رب المال أو بعضه أو شرط على رب المال ما يجب على العامل أو بعضه و قضيته المخالفه و أما إذا شرط العامل على المالك بعض العمل إذا كان معلوما قل أو كثر و قد بقى منه شيء فى مستراد الثمرة و لو قليلا فقد صرح بالصحة فيه فى الخلاف و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و شرح الإرشاد للفخر و ما ذكر بعد المبسوط إلى الكفاية و ستمع ما فى المبسوط و ظاهر المسالك الإجماع عليه حيث قال و لا فرق بين أن يبقى عليه الأقل و الأكثر عندنا و حجتهم الأصل و عموم قولهم صلى الله عليهم المؤمنون عند شروطهم لكن قضية كلام الشيخ فى المبسوط المخالفه قال إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمساقاة باطلة لأن موضوع المساقاة على أن من رب المال المال و من العامل العمل و نحوه عد صاحب الوسيلة و جامع الشرائع فى شروط الصحة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦١

و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح (١) و لو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل فالأقرب الجواز (٢)

أن لا- يشترط معه عمل صاحب النخل لكنه فى المبسوط جوز أن يشترط العامل على المالك أن يعمل معه غلامه و أن يكون على المالك بعض العمل و هذا هو نفس ذلك أو من قبيله و يأتى لنا أن عمل الغلام لا يرد على الشيخ و أن مراده عمل الغلام فى بستان المالك الآخر لمكان إعانتة للعامل و نحو ذلك كما صرح هو بذلك (و قال فى الوسيلة) و الشرط سائغ ما لم يؤد إلى سقوط العمل عن العامل و هو يخالف ذلك فتأمل و أما إذا شرط المالك على العامل بعض ما عليه من تلك الأعمال أو جميعه فلا أجد خلافا صريحا فى الصحة إلا من أبى على بل ظاهر التذكرة أن لا خلاف فيه حتى من العامة و به صرح فى الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و غيرها مما تأخر و هو قضية كلام الوسيلة لكنه لم يتعرض له فى السرائر و جامع الشرائع و اللمعة و الروضة مع تعرضهم لصورة العكس و فى الشرائع و الكفاية لو شرط شيئا من ذلك على العامل صح بعد أن يكون معلوما و لم يتعرض لما إذا شرط الجميع و قال أبو على ليس لصاحب الأرض أن يشترط على المساقى إحداث أصل جديد من حفر بئر أو غرس يأتى به لا يكون للمساقى فى ثمرته حق و لو جعل له فى ذلك عوضا فى قسطه لأن ذلك بيع الثمرة قبل خروجها فإن جعله بعد ما يحل بيع الثمرة جاز و هو كما ترى ليس ذلك من البيع فى شيء و قد حكاها فى التنقيح من دون ترجيح

(قوله) (و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح)

كما فى الخلاف و المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و كذا المختلف و شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا بل هو ظاهر المسالك حيث قال فيما يأتى إن المعروف

أن المخالف الشافعي كما ستسمع لعدم المانع و عموم الأدلة كما يجوز أن يدفع للعامل بهيمة يحمل عليها و قد احتج عليه في المبسوط بأنه ضم مال إلى مال و ليس بضم عمل إلى مال فليتأمل و المخالف أحمد في إحدى الروايتين و بعض الشافعية محتجين بأن يد العبد كيد سيده و عمله كعمله فكان بمنزلة ما إذا شرط أن يعمل معه المالك فإنه لا يجوز و أجاب عنه في التذكرة بمنع الحكم في الأصل و بالفرق بين عمل العبد و عمل المولى فإن عمل العبد يجوز أن يكون تابعا لعمل العامل و لا يجوز أن يكون عمل رب المال تابعا و قد تبعه على ذلك في المسالك و هو كما ترى و لا فرق عندنا كما في التذكرة بين أن يكون العبد عاملا بالتبعية أو بالشركة و الشافعية قالوا بالبطلان بلا خلاف بينهم إذا شرط أن يكون التدبير للغلام و العامل يعمل برأيه أو يعمل ما اتفق عليه رأيهما و قد قال في المبسوط إنما يجوز إذا كان الغلام تبعا و قال أيضا يجوز أن يكون من تحت تدبير العامل و يجوز أن لا يكون كذلك و لا يكون أصلا في نفسه فليتأمل

(قوله) (و لو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل فالأقرب الجواز)

كما هو خيرة الشرائع بعد ترده و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان بلفظ الأقرب و الأشبه و الأصح بل ظاهر جامع المقاصد و المسالك الإجماع عليه حيث قصر حكاية الخلاف عن (على ظ) الشافعي في الأول و قال في الثاني المعروف أن المخالف الشافعي لكن المحقق و العلامة ذكرا المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا و قد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة قلت المخالف الشيخ في مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٢ و يجب تعيينه (١)

المبسوط قال بعد أن جوز اشتراط عمل غلام رب المال ما نصه ينبغي أن يكون الغلام يعمل مع العامل في خاص مال رب المال فأما إذا شرط أن يعمل معه في حائط رب المال أو في حائط العامل و غيره فلا يجوز انتهى و هذا نص في المخالف إذ معناه أنه ينبغي أن نفرض المسألة حتى تصح فيما إذا كان للمالك بستانان متجاوران مشتركان في الماء مثلا فساواه العامل على أحدهما و شرط عليه أن يعمل غلامه في بستانه الآخر الخاص بالمالك لأنه يعينه في كثير من الأعمال المشتركة و يستريح إليه لأن كان عاملا عالما عدلا معينا أمينا أو نقول أنه أراد ما سيحكيه صاحب جامع المقاصد عن الإيضاح أو ما سنحكيه عن شرح الإرشاد أما لو فرضنا المسألة أنه شرط أن يعمل معه في الحائط الذي ساقاه عليه فإنها لا تصح عنده لأنه بمنزلة ما إذا شرط عليه أن يعمل معه المالك و الشيخ يمنع صحة ذلك كما تقدم و حينئذ لا يصح من المختلف و ما تأخر عنه النقض على الشيخ في تلك المسألة بهذه المسألة كما تقدم و لا يصح من كثر الفوائد النقض بتلك المسألة على الشيخ بهذه المسألة و حينئذ ينتظم التعليل الذي حكيناه عن المبسوط فتأمل و يكون الوجه في عدم الصحة في الشق الثالث من كلام المبسوط أن عمل الغلام في بستان العامل الخاص به إذا كان مساويا لعمل العامل في البستان المساقى عليه أو أكثر يلزم أن تكون الحصصة بلا عوض من جانب العامل و على كل حال فالشيخ مخالف في الشق الذي فهمه المحقق الثاني و الشهيد الثاني و الجماعة من عبارة الشرائع و الكتاب و الإرشاد و غيرها حيث قالوا المراد بالشرط من هذه العبارات أن يعمل الغلام في الملك المختص بالعامل أو العمل المختص به الخارج عن المال المشترك بينه و بين سيده المساقى عليه فلا يلتفت إلى ما في المسالك و كم له من مثل ذلك و قد احتجوا على الجواز بالأصل و العمومات و أنه إذا جاز أن يعمل في المشترك بينه و بين مولاة جاز في المختص و هذا لا- يرد على الشيخ لأنه لا- يجوز و إن ذكره في التذكرة بل الذي يرد و يرد عليه ما في مجمع البرهان من أنه إذا كان عمل الغلام كله في مقابلة بعض عمل العامل صح إذا شرطاه و تراضيا عليه و إن كان عمل الغلام أضعاف ذلك فتكون الحصصة في مقابلة عمل العامل و إن كان قليلا جدا و الحصصة كثيرة جدا فليتأمل جيدا (و قال في جامع المقاصد) يفهم من كلام الشارح ولد المصنف أن المراد اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به و الظاهر أنه غير المراد و إلا لم يحتج إلى قوله

لخاص العامل بل كان يكفى عنه قوله للعامل على أنه لا- محصل له فإن عمل غلام المالك فى بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل و أى فائدة فى هذا الشرط (قلت) الفائدة فى هذا الشرط ظاهرة و هى مساعدته على أعماله المختصة به و فيه تخفيف عنه و أراد بقوله لخاص العامل التنصيص على ذلك لمكان الاشتباه و بعد الفرض فكأنه قال للعامل خاصة و خاصا به و لعله الذى دعاه إلى كلام المبسوط «١» كما سمعت على أنه ليس فى كلامه ما يفهم منه ذلك (قال فى الإيضاح) وجه القرب العموم لأنه فى الحقيقة شرط للحصة فى مقابلة بعض العمل و هو جائز و يحتمل عدمه لأنه شرط العوض له على عمل غيره و الأصح الأول هذا كلامه بتمامه و لعله غير ظاهر و لا نص فيما فهمه هو إن لحظت ما وجهنا به كلام الشيخ آنفا فليتأمل نعم قال ولده فى شرح قوله فى الإرشاد و إن شرط عمله لخاصه (لخاصته خ ل) جاز ما نصه أى يكون عمل العبد للعامل بشرط أن يكون بعض العمل لا كله فلو شرط كل العمل بطل انتهى فليلحظ و ليتأمل إذ يرد على الإيضاح أنه حينئذ لا فرق بينه و بين قوله و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك و لعل ظاهره النزاع إلى ما فى المبسوط

(قوله) (و يجب تعيينه)

أى الغلام المشروط

(١) و لعل الذى دعاه إلى ذلك كلام المبسوط خ ل.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٣

و نفقته على مولاه (١) فإن شرطها على العامل أو من الثمرة صح (٢) بشرط العلم بقدرها و جنسها (٣) و لو شرط العامل أن أجره الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم فى العمل على المالك أو عليهما صح (٤) و لو لم يشترط فهى عليه (٥) و مع الشرط يجب التقدير (٦) بالكمية

عمله بالمشاهدة أو الوصف كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام الباقيين لأن الأعمال تختلف باختلاف الأشخاص و قد يكون الباقيون مما يتسامحون فى ذلك (قوله) (و نفقته على مولاه)

إذا أطلق العقد كما فى المبسوط و التذكرة و كذا التحرير و جامع المقاصد و إذا شرطت على المالك جاز إجماعا كما فى التذكرة (قوله) (فإن شرطها على العامل أو من الثمرة صح)

كما صرح بالأول فى الخلاف و المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه شرط لا يخالف الكتاب و لا السنة و لا ينافى مقتضى العقد و بالثانى فى التذكرة و جامع المقاصد لما ذكر (قوله) (بشرط العلم بقدرها و جنسها)

أى حيث تشترط على العامل أو من الثمرة كما هو خيرة جامع المقاصد فرارا من الغرر و اختيار فى الخلاف و المبسوط و التذكرة أن الإطلاق يحمل على الوسط المعتاد لأنه يتسامح بمثل ذلك و استدل فى التذكرة على عدم وجوب تقديرها بأنه لو وجب لوجب ذكر صفاتها و التالى باطل و لم يتضح لنا بطلان التالى

(قوله) (و لو شرط العامل أن أجره الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم فى العمل على المالك أو عليهما صح)

كما هو قضية كلام الوسيلة و هو خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و المختلف و المهذب البارع و التنقيح و الروض و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية فبعض هذه صرح بما فى الكتاب و بعضها باشتراط كونها على المالك و بعضها بكونها من الثمرة و الكل متفق على خلاف قوله فى المبسوط بفساد العقد إذا اشترط كون أجرتهم من الثمرة قال

إذا ساقاه على أجره الأجراء الذين يعملون ويستعان بهم من الثمرة فالعقد فاسد لأن المساقاة موضوعه على أن من رب المال المال و من العامل العمل فإذا شرط أن تكون أجره الأجراء من الثمرة كان على رب المال المال و العمل معا و هذا لا يجوز انتهى و قد أطبق الأصحاب على خلافه كما سمعت حيث يكون من العامل عمل فى الجملة يحصل به زيادة فى الثمرة لعموم الأدلة مع عدم المانع إذ باقى عمله مصحح للمساقاة و فى (شرح الإرشاد) للفخر الإجماع على ذلك قال إذا شرط عليه أجره الأجراء الذين يعملون بعض العمل صح إجماعا و لا يراد من عبارة الشرائع و غيرها إلا هذا المعنى لأن نظرهم إلى المبسوط و المتبادر من كلامه كما فهمه جماعة أن العامل قد لا يقوم بجميع العمل وحده فيحتاج إلى من يعمل معه و يساعده من حراث و ناظر و صاعود و نحو ذلك فإذا شرط أجره نحو هؤلاء على المالك فسد العقد لكنه قد حكى عنه فى التذكرة أنه منع من اشتراط أن يستأجر بأجره عن المالك فى جميع العمل بحيث لم يبق للعامل إلا الاستعمال و هو الفرع الذى يأتى و يشهد لذلك سكوت ابن إدريس عنه لكن الجماعة قد فهموا منه ما قلنا إنه المتبادر منه فليلحظ ذلك و ليتأمل فيه إذ لعل فى عبارة التذكرة سقطا فما احتمله فى المسالك من عبارة الشرائع من إرادة ما يأتى فى محله بناء على ما فى التذكرة

(قوله) (و لو لم يشترط فهى عليه)

لوجوب العمل كله عليه و هو قضيه كلام الجماعة بل فى جامع المقاصد أنه لا ريب أن العامل إذا كان لا يقوم بالعمل وحده و احتاج إلى من يساعده فيه فأجره الأجراء الذين تدعو الحاجة إليهم على العامل

(قوله) (و مع الشرط يجب التقدير)

فى الموضوعين و هما ما إذا شرطت على المالك أو عليهما فتبطل بدونه كما فى التحرير و كذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٤

أما لو شرط العامل أن يستأجر بأجره على المالك فى جميع العمل و لم يبق للعامل إلا الاستعمال ففى الجواز إشكال (١)

[الخامس الثمار]

(الخامس) الثمار و يجب أن تكون مشتركة بينهما (٢) معلومة بالجزئية المعلومة لا بالتقدير (٣) فلو اختص بها أحدهما (٤)

جامع المقاصد و قد يكون قضيه كلام الباقيين حذرا من الغرر و قد لا يكون لأنه مما يتسامح فيه

(قوله) (أما لو شرط العامل أن يستأجر بأجره على المالك فى جميع العمل و لم يبق للعامل إلا الاستعمال ففى الجواز إشكال)

ينشأ من أن استعمال الأجراء و مقاولتهم نوع من العمل إذ المالك قد لا يهتدى إلى ذلك و من أن هذا القول و الاستعمال ليس بعمل عرفا إذ فرق بين العمل و القول الذى هو استعمال و المتبادر من أعمال المساقاة خلاف ذلك و الجواز صريح كلام المهذب البارع أو قضيته كما تقدم بل قد يلوح من إطلاق كلام المختلف و قد يظهر ذلك من التذكرة و قد نسب فيها هنا احتمال الجواز إلى بعض الشافعية و قال و هو الذى نص الشيخ رحمه الله عليه كما تقدم و الأصح البطلان كما فى الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر بل فى الثانى الإجماع عليه و هو قضيه كلام التنقيح و قد يلوح ذلك من المسالك و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخلو من قوة و هذا الاحتمال هو الذى احتمله فى المسالك من عبارة الشرائع كما أشرنا إليه آنفا

(قوله) (الخامس الثمار و يجب أن تكون مشتركة بينهما)

هو هذا الركن الخامس و هى الثمرة الحاصلة من الأشجار التى هى محل العقد و المشهور بينهم فى التعبير أنه يشترط فيها و يجب فيها كون حصه العامل منها مشاعه على اختلاف تعبيرهم فى ذلك ففى (الغنية) يشترط تعيين حق العامل و أن يكون جزءا مشاعا و فى (السراير) و يشترط له حصه معلومة مشاعه و فى (المبسوط) لا تجوز المساقاة حتى يشترط العامل جزءا معلوما من الثمرة إما النصف أو

الثالث و قال إن موضوعها على الاشتراك بلا خلاف (و قال فى الشرائع) الخامس الفائدة و لا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعا و هكذا بقیة العبارات و قد عبر المصنف هنا بالاشتراك بينهما لأنه يفيد الشیاع و زیادة و هی أنه یشرط أن تكون جمیع الثمار مشتركة بينهما فلو اشترط كون جزء منها و إن قل جدا لثالث بطلت المساقاة لعدم المقتضى لاستحقاقه غیر الشرط المخالف لوضع العقد و کیف كان فلا شك فى اعتبار الشیوع كما فى مجمع البرهان لتكون مساقاة (قوله) (معلومة بالجزئية المعلومة لا بالتقدير)

یحتمل أن تكون معلومة خبرا بعد خبر لتكون و الأنسب باعتبار المعنى أن تكون صفة لمحذوف أو حالا منه فیکون التقدير حال كون الشركة معلومة بالجزئية المعلومة و الجزئية المعلومة مثل النصف و الثلث و الربع و احترز بها عن الجزئية المجهولة كالجزة و الخط و النصیب فإن المساقاة لا تصح إذا كان التقدير بها إجماعا كما فى التذكرة و جامع المقاصد و التقدير الذى لا یدى تحصیل العلم به فى صحتها مثل كذا رطلا و كذا فیزا و فى (المبسوط و الغنیة) لا یجوز أن يكون معلوم المقدار مثل أن يكون ألف رطل و خمسمائة رطل كما یأتى و بالجملة قد طفحت عباراتهم باشرط العلم بقدر نصیب العامل و حصته و سهمه و قد سمعت آنفا كلام المبسوط و الغنیة و السرائر و هو معنى ما فى المقنعة و النهاية و المراسم المساقاة جائزة بالنصف و الثلث و الربع إذ معناه أنها تصح إذا قدرت حصه العامل بهذه الجزئية المعینه من النصف و غیره من الكسور (قوله) (فلو اختص بها أحدهما)

أى بطلت كما طفحت بذلك عباراتهم كالمهذب و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و شروحه و جامع المقاصد و غیرها و هی قضية كلام الباقين حيث اشترطوا الإشاعة و الشركة لأنهما هما المتیقنان (قوله) (أو)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٥

أو أهمل الحصة (١) أو شرط أحدهما لنفسه شيئا معلوما و الزائد بينهما (٢) أو قدر لنفسه أرطالا - معلومة و الباقي للعامل (٣) أو بالعكس (٤) أو اختص أحدهما بثمره نخلات معينة و الآخر بالباقي (٥) أو شرط مع الحصة من الثمرة جزء من الأصل على إشكال (٦)

أهمل الحصة)

أى بطلت كما فى المهذب و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و هو قضية كلام الباقين لمنافاته لمقتضى العقد (قوله) (أو شرط أحدهما لنفسه شيئا معلوما و الزائد بينهما)

أى بطلت كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و غيرها و هو قضية كلام الباقين لمخالفته لموضوع المساقاة فإنها مبنية على الاشتراك فى الثمرة كما دل عليه القول و فعل النبى صلى الله عليه و آله و لأنه ربما لا يحصل إلا ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء

(قوله) (أو قدر لنفسه أرطالا معلومة و الباقي للعامل)

أى بطلت كما فى المبسوط و الغنیة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شروحه و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو قضية كلام الباقين لما تقدم و فى الأولين أنه لا خلاف فى ذلك كما تقدم لكن فى جملة من هذه أو قدر أحدهما لنفسه مقدارا معينا و الباقي للآخر فيشمل صورة العكس فى الكتاب كما يأتى (قوله) (أو بالعكس)

كما فى الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و قد سمعت ما فى جملة من الكتب المتقدمة و الوجه فى ذلك ما تقدم (قوله) (أو اختص أحدهما بثمر نخلات معينة و الآخر بالباقي)

كما فى المبسوط و الغنية و الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شروحه و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و هو قضية كلام الباين لأنه تفريع على شيوع الفائدة و فى الأولين نفى الخلاف فيه (قوله) (أو شرط مع إحدى الحصتين من الثمرة جزءاً من الأصل على إشكال)

أى بطلت على إشكال و قد تردد أيضاً فى الشرائع و هو ظاهر الكفاية و جزم بالبطلان فى المبسوط و السرائر و الإرشاد و تعليقه و الروض و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أنه الأصح و فى (المسالك) أنه أوجه و مال إلى الصحة فى مجمع البرهان و منشأ التردد من أن مقتضى المساقاة أن الحصّة من الفائدة فإذا دخلت الحصّة من الأصل فى ملكه لا يكون العمل المبذول فى مقابلة الحصّة واقعا فى ملك المالك و لا واجبا بالعقد إذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه و به يفرق بينه و بين اشتراط الذهب أو الفضة لأنهما من غير المال الذى يعمل به و الحصّة فى النماء أنما هى فى مقابلة عمله فى جميع المال المعقود عليه فإذا صار له جزء منه لم يكن له عمل فى جميع المال المملوك للمالك فلم يستحق جميع الحصّة لأنه لم يعمل فى جميع مال المالك إلا أن تقول إنه إذا اشترط الحصّة من الأصل كان كالأستثناء من العمل فى جميع المال المملوك فىكون بعض الحصّة فى مقابلة العمل فى ما يختص به المالك و بعضها بتبعيته للملك الحاصل بالشرط فى العقد اللازم فليتأمل و من أن ذلك يجرى مجرى اشتراط شىء غيره من ذهب أو فضة و هو جائز مع عموم الوفاء بالعقود و الشروط (قلت) و قد جوز جماعة أن ترضع الصبى المملوك بجزء منه و أن يستأجره على طحن الحنطة بجزء منها فتأمل (و قال فى مجمع البرهان) ما نجد مانعا من الصحة و من كونها مساقاة إلا أن يقال قد وقع الإجماع على عدم انعقاد مثله مساقاة و بلفظ المساقاة فتأمل و منه يعلم حجة القائل بالبطلان و هو الأشبه بأصول المذهب لأنه لا أقل من أن يكون مشكوكا فيه فيقتصر فيما خالف الأصل على المتيقن و لهذا ما نجد قائلًا بالصحة و لو بلفظ الأقرب و نحوه و مع ذلك قال فى الرياض أن فى المسألة قولين و قال أيضا أنه لم يقف على مخالف (قوله)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٦

أو ساقاه بالنصف إن سقى ناضحا و بالثلث إن سقى عذيا أو بالعكس (١) أو ساقاه على أحد الحائطين لا بعينه (٢) أو شرط حصّة مجهولة كالجزة أو النصيب بطلت المساقاة (٣) و لو شرط له النصف من أحد النوعين و الثلث من الآخر صح إذا علم مقدار كل منهما (٤)

(أو ساقاه بالنصف إن سقى ناضحا و بالثلث إن سقى عذيا و بالعكس)

أى بطلت كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و المسالك و المفاتيح و فى (الكفاية و الرياض) أنه الأشهر و لعله لمكان تردد المحقق و إلا فلا نجد مخالفا و جزم بالبطلان أولا فى الشرائع لأن الحصّة لم تتعين ثم قال و فيه تردد (و قال فى الإرشاد) و لو شرط فيما سقت السماء النصف و فيما سقى بالناضح الثلث بطل و قد فهم منه فى مجمع البرهان أنه أراد غير ما فى الشرائع و الكتاب و غيرهما و هو الظاهر من الروض أو صريحه قال فى (مجمع البرهان) لأن الظاهر من عبارة الإرشاد أن المراد إذا كان فى البستان ما يسقى بالسماء أى لا يحتاج إلى السقى بمثل الناضح بل يحتاج إلى ما يسهل معه دخول الماء تحت الأشجار و غيره من العمل و فيه ما يسقى بمثل الناضح و هو البعير و شرط المالك لنفسه نصف الثمرة مما يسقى بالسماء و الثلث فيما يسقى بالناضح بطل هذا العقد و البطلان غير واضح و هذه غير المسألة المذكورة فى القواعد و الشرائع لأن البطلان هناك للجهالة و يمكن أن يقال إن عبارة القواعد أجود من هذه لأنها غيرها نعم إن كان المراد منها هو المراد من عبارة القواعد لا شك فى ذلك و لكن لا يفهم ذلك من هذه أصلا بل المفهوم ما ذكرنا مع إمكان المناقشة فى عدم صحة ما ذكر فى القواعد و لذلك تردد فى الشرائع فإن الصحة ممكنة كما مر فى الإجارة إن خطته فارسيا فلك كذا أو روميا فلك كذا إلا أن يقال إنه خرج بدليل خاص انتهى ما أردنا نقله من كلامه (و نحن نقول)

الظاهر أن مراده فى الإرشاد هو مراده فى القواعد و التذكرة و التحرير لأنه لا وجه لجزمه فيه بالطلاق مع عدم ظهور وجهه فيما فهمه منه مولانا المقدس الأردبيلي بل وجه الصحة ظاهر فى ذلك مع العلم بكل منهما فى الجملة و به صرح فى الكفاية و قد صححوا مثله فى ما يأتى إن شاء الله تعالى فيما إذا شرط له النصف من أحد النوعين و الثلث من الآخر بل صححوا ما إذا شرط له النصف من هذا الحائط من النوعين و إن لم يعلم قدر كل منهما (و كيف كان) فالأصح فيما نحن فيه عدم الصحة لمكان الجهالة مع عدم وجود مخصص لحكمها من إجماع أو رواية كالبيع بثمنين إلى أجلين و الإجارة للخياطتين كما تقدم بيانه مع عدم القائل بالصحة هنا أصلا و المحقق إنما تردد (و ليعلم) أنه لم يذكر فى أكثر ما ذكرنا من الكتب صورة العكس لقله فائدتها و وضوح المراد بدونها (قوله) (أو ساقاه على أحد الحائطين لا بعينه)

أى بطلت كما فى التذكرة و وجهه ظاهر و لعله لذلك تركه الجماعة

(قوله) (أو شرط حصه مجهولة كالجزة و النصيب بطلت المساقاة)

إجماعا كما فى التذكرة و جامع المقاصد كما تقدم و لا يحمل على ما ذكر فى الوصية فلا ينصرف الجزء إلى العشر و السهم إلى الثمن و الشيء إلى السدس لأن ذلك خاص بالوصية و قوله بطلت جواب لو فى قوله فلو اختص إلى آخره و قد تقدم فى مثل هذه الأمور التسعة أو الإحدى عشر فى باب المزارعة فليلاحظ

(قوله) (و لو شرط له النصف من أحد النوعين و الثلث من الآخر صح إذا علم كلا منهما)

كما فى الخلاف و المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح غير أنه فى الخلاف لم يشترط علمه بكل منهما لكنه مراد له لأنه فى صدد الرد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٧

و لو ساقاه على النصف من هذا الحائط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل واحد منهما (١) و لو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة مع الحصه كان مكروها (٢)

على مالك لأنه حكى عنه أنه لا يجوز ذلك حتى تكون الحصص سواء فى الكل و مثاله ما إذا اشتمل البستان على نوعين من النخل كالبرنى و المعقلى و فاوت بينهما فى الحصه فإنه يجب على العامل بمقدار ما يحصل من هذين النوعين و معرفة ذلك أنما تكون بالنظر و الحرص و التخمين كما صرح به فى التذكرة و الروض إذ العلم بحصه الأنواع يستلزم العلم بقدر كل نوع و إليه أشار بقوله فى اللمعة إذا علمها أى الحصه (و قال فى الروضة) أى إذا علم الأنواع كما فى الكتاب و غيره و المراد حصه الأنواع لأن العلم بالأنواع عندهم يستلزم العلم بالحصه أيضا فليتأمل و الأمر سهل لوضوح المراد و مفهوم هذه العبارات كما هو صريح المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك أنه إذا لم يعلم لم تصح المساقاة و أنه إذا لم يفاوت بينهما و ساقاه على النصف من الجميع لم يشترط العلم بقدر كل منهما بل كما يأتى فى الكعاب بل لا يشترط العلم بذلك و إن كانت الأجناس مختلفة (قال فى التذكرة) إذا اشتمل البستان على أشجار مختلفة كالزيتون و الرمان و التين و الكرم فساقاه المالك على أن للعامل سهما واحدا فى الجميع كنصف الثمرة أو ثلثها أو غير ذلك صح إجماعا سواء علما قدر كل واحد أو جهلاه أو علم أحدهما دون الآخر و سواء تساوت أو تفاوتت و لو فاوت المالك بينها لم يصح إذا لم يعلم قدر كل جنس منها لما فيه من الغرر و الفرق بين الأول و الثانى أن قدر حقه فى الأول معلوم بالجزئية و إنما المجهول الجنس و الصفه فالحصه معلومه غير مجهولة و المدار على العلم بها و فى الثانى القدر أيضا مجهول لاحتمال اختلاف ثمره الجنس فى القدر و حينئذ يكون قدر ماله من ثمره الكل مجهولا لأن المستحق على أحد التقديرين نصف الأكثر و ثلث الأقل و على التقدير الآخر ثلث الأكثر و نصف الأقل و الأول أكثر من الثانى و معلوم أن الجهل بقدر الحصه مبطل و حاصله أنه حينئذ لا يعرف قدر ما فيه النصف من مجموع البستان فلا يكون قدر النصف من جميعه معلوما و كذلك لو كان الجنس واحدا و

النوع مختلفا و إلى هذا أشار في الروضة و المسالك بقوله حذرا من وقوع أقل الجزئين لأكثر الجنسين مع الجهل بهم فيحصل الغرر لكنه كما ترى غير واف بتمام المراد و بذلك يظهر لك عدم صحة ما في مجمع البرهان حيث قال إن في الصحة إشكالا إذا لم تكن الحصّة مختلفة لمكان الجهالة فلو كانت مانعة من الصحة لمنعت هنا فلا يبعد عدم الصحة بناء على اعتبار العلم و عدم الجهالة لأنك قد علمت أن لا جهالة هناك مع حكاية الإجماع على ذلك

(قوله) (و لو ساقاه على النصف من هذا الحائط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل منهما)

كما تقدم بيانه بحيث يرتفع إشكال مجمع البرهان

(قوله) (و لو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة مع الحصّة كان مكروها)

قد حكينا ذلك في باب المزارعة عن كتب الأصحاب من المقنعة إلى الرياض و إنما خلى عن ذلك الخلاف و المبسوط و فقه القرآن و الغنية و جامع الشرائع و التنقيح و الكافي و التذكرة لكن في الأخيرين التصريح بجواز الاشتراط و لم يذكر الكراهية و بعض هذه الكتب الستة لم يسق لبيان ذلك و في (المهذب) أن الأحوط تركه و قد استغربنا ذلك منهم حيث أطبقوا هنا إلا من شذ على الكراهية مع عدم ورود خبر بذلك و لم يتعرض المتقدمون لذلك في المزارعة مع ورود الخبر و قلنا إنه لا دليل لهم على الكراهية إلا الإجماع و إنه يجوز كون الخارج بعقد الشرط أو أقل فيكون عمله و تعب ضائعا فيكره للمالك أخذه لمكان الضرر و قد قلنا فيه نظر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٨

و وجب الوفاء به ما لم تتلف الثمرة أو لم تخرج فيسقط (١) و في تلف البعض أو قصور الخروج إشكال (٢)

إذ لو كان الشرط أكثر من الحصّة أو مثلها يكون سفها موجبا لفساد العقد و الظاهر أن حكمهم بذلك مبني على عدم السفه و الضرر كما في جميع المعاملات و أما دليل الجواز و اللزوم فعموم أدلة الوفاء بالعقود و الشروط (قوله) (و وجب الوفاء ما لم تتلف الثمرة أو لم تخرج فيسقط)

كما صرح بذلك كله في المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و اقتصر على اشتراط عدم التلف في النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و إيضاح النافع و في (الإرشاد و التبصرة و اللمعة و الروض و مجمع البرهان) وجب الوفاء به مع السلامة فيحتمل السلامة في الجملة و لو تلف أكثرها كما هو المستفاد من قولهم ما لم تتلف إذ المتبادر منه تلف الكل كما هو صريح جماعة منهم المصنف فيما يأتي و ظاهر آخرين قال في الروضة في شرح قوله في اللمعة بشرط سلامة الثمرة فلو تلفت أجمع أو لم تخرج لم يلزم و يحتمل مع السلامة عرفا و عادة بحيث لا ينقص شيء يعتد به عرفا من الثمرة المعتادة و على التقدير الثاني فرق بينه و بين التلف و عدم الخروج على ما هو المتبادر منهما كما سمعت إلا أن يقال إن المراد التلف المعتد به فيوافق السلامة عرفا و يخالف السلامة في الجملة أو المراد التلف في الجملة فيعكس الأمر لكنه يخالف ما عرفت و ستسمع الكلام في تلف البعض (و كيف كان) فالوجه في السقوط عند تلف الجميع أو عدم خروجه أنه لولاه لكان أكل مال بالباطل فإن العامل قد عمل و لم يحصل له عوض فلا أقل من خروجه لا عليه و لا له (قلت) الأصل في ذلك الإجماع على الظاهر إذ لا خلاف إلا من «١» الكافي مع موافقة الاعتبار لمكان حصول ضررين عليه ضرر بذهاب تعب ضياعا و ضرر بأخذ الشرط منه فلا يبعد دخوله تحت أكل مال بالباطل فتأمل و أما إذا كان الشرط للعامل على المالك فظاهر التذكرة و التحرير أن الأمر كذلك و في (المسالك) أنه ضعيف و في (جامع المقاصد) أن فيه نظرا لأن العوض من قبل العامل و هو العمل قد حصل و الشرط قد وجب بالعقد فكيف يسقط بغير مسقط فإن تلف بعض أحد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع سلامة العوض الآخر (قلت) مع أنه عمر له أرضه و أصلح شجره و لم يزرع حتى يقال إن الأرض نقصت بالزرع و حينئذ فيمكن الفرق على تأمل و لا ترجيح في مجمع البرهان

(قوله) (و في تلف البعض أو قصور الخروج إشكال)

و نحوه ما في الإيضاح من عدم الترجيح و قد عرفت أن الأصل في المسألة الإجماع و حصول الضرر المعتد به و هما منفيان في الفرضين إلا أن تقول إن الظاهر ممن اشترط السلامة مراده السلامة بالكليّة أو العرفيّة و كلاهما يقضيان بالسقوط عند تلف البعض مطلقاً أو عدم خروجه أو تلف البعض المعتد به و عدم خروجه (قلت) لا يصح لهم إرادة شيء من الأمرين لأن ذلك مبنى على مقابلة الأجزاء بالأجزاء في المساقاة بأن يكون كل جزء من الشرط و العمل في مقابلة كل جزء من الثمرة و هي منتفية لوجوه (الأول) أن الفئات على تقدير وقوعه غير معلوم فلو تحققت المقابلة لم يكن ما نريد أن نسقطه في مقابلة الساقط معلوماً و بالجملة المجموع غير مضبوط فلا تصح مقابلة الأجزاء بالأجزاء الثاني أنه لو تلف بعض الثمرة أو نقص خروجها عن العادة لم يسقط شيء من العمل

(١) كان في الأصل هنا كلمة محرفة لم نعلم صوابها فأسقطناها فلتراجع و الظاهر أن الخلاف المشار إليه هو من العامة كما يفهم من التذكرة حيث قال و منع العامة جواز ذلك و أبطلوا المساقاة إلخ (مصححه)
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٦٩
و لو قال ساقيتك على أن لك النصف من الثمرة صح و إن أضرب عن حصته (١) و في العكس إشكال (٢) فإن أبطلناه فاختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل (٣)

أصلاً بل قالوا لو لم تثمر الأشجار أو تلفت الثمار بجائحة أو غضب و جب على العامل تمام العمل و إن تضرر به و كيف يجتمع هذا مع المقابلة (الثالث) أن العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور فإذا تلف بعضها تلف في ملكك (ملكه ظ) بعد استحقاقه إياه بالمعاوضة فلا يسقط بتلفه شيء من العوض الآخر و سقوط الشرط بتلف الجميع لا يقدر في ذلك لخروجه بالدليل من الإجماع أو الضرر العظيم (الرابع) و هو خاص بالأخير أن العوض هو ما يخرج قليلاً كان أو كثيراً لا ما يتوقع خروجه بحسب العادة فكيف يعقل سقوط شيء من المشروط بتخلف العادة مع تأييد ذلك بعموم الإيفاء بالعقود و الشروط و لذلك اختير في جامع المقاصد و المسالك و الروضة عدم السقوط فيهما بل قال الثاني إن ضعف القول بالسقوط ظاهر و وجه احتمال السقوط أن الأجزاء تقابل بالأجزاء لأنه يسقط الشرط بتلف الكل و يجب كله بحصول الكل فيقابل المجموع بالمجموع فتكون الأجزاء في مقابلة الأجزاء (قوله) (و لو قال ساقيتك على أن لك النصف من الثمرة صح و إن أضرب عن حصته)

أى سكت عنها كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن استحقاقه الباقي ثابت بالأصل لأنه كان مستحقاً للمجموع فإذا خرجت عنه حصّة العامل بقي الباقي على ما كان فلا يحتاج إلى النص عليه بخصوصه فكان كما لو قال بعثك نصف عبدي هذا (قوله) (و في العكس إشكال)

كما في التحرير و قد جزم بعدم الصحة في المبسوط أولاً و في (التذكرة) أنه أقوى و في (المبسوط أيضاً و الإيضاح و جامع المقاصد) أنه الأصح لأن التخصيص بالذكر لا يدل على التخصيص بالحكم لضعف دلالة المفهوم المخالف و لأن الأمور المعدودة أركاناً في العقود الأمر فيها أضيّق من أن يكفي لذكرها مثل ذلك و حكى في المبسوط عن بعض الناس القول بالصحة لأن قوله ساقيتك يقتضى المشاركة فإذا قال لي منها النصف علم أنه ترك الباقي للعامل لقوله تعالى (و وَرَثَةُ آبَائِهِ فَإِنَّهُمُ الْكُلُّ) حيث علم أن للأب الباقي

(قوله) (فإن أبطلناه فاختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل)

كما في التذكرة و التحرير و معناه أن العامل ادعى أن المالك قال له ساقيتك على أن لك النصف فيكون العقد صحيحاً و ادعى المالك أنه قال و لي النصف فيكون باطلاً و قد جزم المصنف هنا بتقديم قول العامل بيمينه إما لأنه مدعى الصحة و قد تقدم للمصنف في آخر باب الإجارة أن قول مدعى الصحة أنما يقدم فيما لا يتضمن دعوى أمر آخر غير الصحة فلعله أراد هنا ما إذا كانت

أجرة المثل بقدر الحصه و كان ذلك عند انتهاء المده و أما لما يظهر من التذكرة من أن تقديم قوله لمساعدة الظاهر له من حيث إن الشرط إنما يراد لأجله لأن المالك يملك حصته بالتبع للأصل لا بالشرط و قد نظر في الأمرين في جامع المقاصد أما (الأول) فلما تقدم له من أن قول مدعى الصحة إنما يقدم فيما إذا اتفقا على حصول أركان العقد و اختلفا في وقوع الشرط المفسد و من أن الاختلاف الذى لا يترتب عليه فائده أصلا إلا محض تجرع مرارة اليمين لا يكاد يقع ممن يعقل و قد تقدم تحرير الكلام فى ذلك مسبغا و بينا بطلان كلامه بكلامه فى عدة مواضع فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه (و أما الثانى) فلأن مثل ذلك لا يعد ظاهرا إذ ليس المراد من الظاهر ما دلت عليه القرينة و إلا لكان إذا اختلفا فى أن المعقود عليه المبيع و هو ما جرت عليه المساومه أو غيره القول قول مدعيه عملا بشاهد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٠

و لو قال على أن الثمرة بيننا فهو تنصيف (١) و لو ساقاه على بستانين بالنصف من أحدهما و الثلث من الآخر صح مع التعيين و إلا فلا (٢) و لو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف على أن يساقيه على الآخر بالثلث صح على رأى (٣)

القرينة و ليس كذلك بل المراد بالظاهر ما يندر وقوع مقابله كما إذا جاء المتبايعان مصطلحين و اختلفا فى التفرق بعد البيع مع مضى زمان طويل جدا من حين وقوعه فإن عدم التفرق فى المدة الطويلة من الأمور النادرة الوقوع ثم قال و الذى يقتضيه النظر أن القول قول الآخر يمينه (قلت) مرادهم بالظاهر المظنون الراجح الوقوع لقرينة أو غيرها فالمقابل له متساوى الطرفين و هو المشكوك فيه و الموهوم و هو النادر و قد عدوا من تعارض الأصل و الظاهر ما إذا أدى المحال عليه المال المحال به فأراد الرجوع على المحيل بما أدى فقال المحيل كان ذلك دينا عليك إذ الظاهر كون المحال عليه مشغول الذمه لأن الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه و الأصل براءة ذمته و ليست الحوالة على البرىء نادرة الوقوع و عدوا من الظاهر و قدموا على الأصل الإخبار بالطهارة و الإخبار بانقضاء العدة و ما إذا شك بعد الفراغ من الطهارة و الصلاة و غيبه المسلم و ما إذا شك فى عدد الركعات أو فعل من أفعال الصلاة بعد دخوله فى آخر و اختلفوا فى طين الطريق و غسالة الحمام و فى ما فى أيدي المخالفين من جلد أو لحم و فى الجلد المطروح فى بلاد الإسلام إذا ظهر عليه قرائن التذكية و غير ذلك مما يندر وقوع مقابله بل الظاهر تقديم الظاهر فى هذه أيضا كما هو المعروف على الظاهر فالمدار فى الظاهر على الظن و الرجحان و إن كان مقابله متساوى الوقوع و عدمه و الظن و الرجحان فيما نحن فيه غير ما مثل به فإن وجد هناك قرينة تورث ظنا و رجحانا قلنا به فتقديم قول العامل فيما نحن فيه المتعين لأنه مسلم مدعى الصحة و أقوال المسلم و أفعاله تحملان على الصحة مؤيدا بمساعدة الظاهر

(قوله) (و لو قال على أن الثمرة بيننا فهو تنصيف)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد كما هو الشأن فى حمل الإطلاق على ذلك فيما تحققت فيه الشركة كالوقف و الوصية و الإقرار لأن الأصل فى الشركة عدم التفاوت

(قوله) (و لو ساقاه على بستانين بالنصف من أحدهما و الثلث من الآخر صح مع التعيين و إلا فلا)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و بالصحة مع التعيين صرح فى المبسوط و المراد بالتعيين تعيين البستان الذى شرط له فيه النصف و الذى شرط له فيه الثلث كأن يقول له من هذا النصف و لو لم يعين لم يصح لأنه لا يدرى الذى يستحق نصفه و لا الذى يستحق ثلثه و فى (التذكرة) لو ساقاه على بستان واحد نصفه بالنصف و نصفه بالثلث و أيهم بطل كالبستانين سواء و الأصح الصحة كما نص عليه فى التحرير

(قوله) (و لو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف على أن يساقيه على الآخر بالثلث صح على رأى)

هو خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و المختلف و الإيضاح و اللعمه و التنقيح و جامع المقاصد و الروض و

المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو قضية كلام الوسيلة و قد تؤذن عبارة التذكرة بدعوى الإجماع عليه حيث قال صح عندنا و المراد من هذه العبارات كما هو المتبادر منها كما هو صريح بعضها أن للمالك بستانين فساقاه على هذا بالنصف على أن يساقيه على الآخر بالثلث فالضمير المستكن في يساقيه راجع إلى المالك و يحتمل عوده للعامل فتكون البستان الآخر له و الحكم واحد و المفروض في كلام المبسوط الذي هو الأصل في المسألة هو الأول كما هو صريح دليله و إن (كان) تنظيره صريحا في الثاني و قد ذكر صاحب الروض كعبارة الإرشاد و هي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧١

و لو تعدد المالك و تفاوتوا في الشرط صح إن علم حصه كل منهما و إلا فلا (١) و لو اتفقا صح و إن جهلها (٢)

كعبارة الكتاب قال لو ساقاه على بستان على أن يساقيه على آخر ثلاثة معان أحدهما الثاني و ما ألم بالأول (و كيف كان) فالوجه في ذلك ظاهر لأن هذا الشرط كسائر الشروط في العقود اللازمة (و قال في المبسوط) إذا قال ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على الآخر بالثلث بطلت لأنه بيعتان في بيعه فإنه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف إلا بأن يرضى منه بالثلث من الآخر هكذا في البيع إذا قال له بعتك عبدى هذا بألف على أن تبعني عبدك بخمسائة فالكل باطل لأن قوله على أن تبعني وعد فإذا لم يف به سقط و نقص من الثمن لأجله فإذا بطل ذلك رددنا إلى الثمن ما نقصناه لأجله و ذلك المرود مجهول و المجهول كذلك إذا أضيف إلى معلوم كان الكل مجهولا و يفارق هذا إذا قال ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا و بالثلث من هذا حيث يصح لأنها صفقة و قد وافقه أبو على في بعض و خالف في آخر قال و لا أختار إيقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها أشق عملا من بعض و لا أن يعقد ذلك على واحدة و يشترط في العقد العقد على الأخرى و كذا وجدنا فيما عندنا من نسخ المختلف و هو صريح صاحب الإيضاح حيث استظهر منه موافقة الشيخ و حكى عنه في المسالك أنه ذهب إلى عكس الشيخ و قال إنه قال إلا أن يعقد و الذي وجدناه و لا أن يعقد (و كيف كان) فما ادعاه الشيخ من الجهالة ممنوع لأن هذا الشرط كجزء من العقد فيجب الوفاء به فلو فرض أنه لم يف فكذلك أى لا جهالة أيضا لأن ذلك لا يقتضى رد الناقص من الثمن كما ادعاه بل يتسلط المشروط له على الفسخ كما في الإخلال بغيره من الشروط و نمنع تفسير البيعتين في بيعه بما ذكر بل المراد البيع بثمانين متفاوتين بالنظر إلى الحلول و الأجل أو بقله الأجل و كثرته و منه يعلم الحال في كلام أبي على على النسختين و نعم ما قال في المختلف و الوجه عندى جواز جميع هذه العقود في البيع و المساقاة

(قوله) (و لو تعدد المالك و تفاوت في الشرط صح إن علم حصه كل منهما و إلا فلا)

كما صرح بالأمرين في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك كأن وكل أحد المالكين الآخر لأن المفروض تعدد المالك و اتحاد العامل فقال ساقيناك على أن لك النصف من حصتي و الثلث من حصه شريكي لأن العامل في الفرض عالم بقدر نصيب كل واحد منهما في ذلك البستان فيحصل له العلم بقدر حصه كل واحد منهما و لا يكفي العلم بالبستان فقط لئلا يلزم الجهل بالحصه المضر بالصحة لأنه يدخل حينئذ على أن من بذل له النصف من ماله (له) نصف البستان مثلا و قد تبين أن له السدس و ذلك خلاف ما أقدم عليه و العقد إذا أفضى إلى ذلك بطل و في (التذكرة) أنه لا بد في ذلك أى جواز التفاضل من شرطين (أحدهما) أن يعين حصه كل من الشريكين (الثاني) أن يعلم قدر نصيب كل واحد منهما و الظاهر أن أحدهما يغني عن الآخر كما ذكره الجماعة في المسألة و غيرها كما تقدم

(قوله) (و لو اتفقا صح و إن جهلها)

- لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٣٧١

أى إذا اتفق المالكان فى الشرط كالثلث مثلا صحح و إن جهل مقدار حصه كل منهما كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لأن الحصه و هى الثلث من المجموع و المجموع معلوم و لا ضرورة إلى العلم بقدر حصه كل منهما لمكان عموم الأدله و الأصل ينفى احتمال مانعيه ما يحتمل أن يكون مانعا و صورته أن يقول أحدهما بعد توكيل الآخر له ساقيناك على أن لك النصف من ثمره

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٣٧٢

و لو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصه جاز تساويا أو اختلفا (١) و لو ساقاه على أزيد من سنه و فاوت الحصه بينهما جاز مع التعيين (٢) و لو ساقى أحد الشريكين صاحبه فإن شرط للعامل زياده على نصيبه صحح و إلا فلا (٣) و لا أجره له (٤)

[الفصل الثانى فى أحكامها]

(الفصل الثانى فى أحكامها) يملك العامل الحصه بظهور الثمره (٥)

الجميع

(قوله) (و لو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصه جاز تساويا أو اختلفا)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المراد التساوى و الاختلاف فى الحصه كما إذا قال المالك المتحد للعاملين ساقيتكما على أن لهذا النصف و لهذا السدس و الباقي لى لأن كل واحد منهما قد عرف قدر ما يصيبه من جميع الثمره فلا غرر على أحد منهما لكنه لا بد من العلم بمقدار ما يتعلق بكل منهما كما مثلنا فلا تصح لو قال لأحدكما النصف و الآخر السدس و منه يعرف حال صورة التساوى و لو أطلق حمل على التساوى كما فى التحرير و جامع المقاصد

(قوله) (و لو ساقاه على أزيد من سنه و فاوت الحصه «١» بينهما جاز مع التعيين)

أى تعيين الحصه كل سنه و ثنى الضمير جريا بالحكم على أقل مراتب الزيادة و قد صرح بذلك فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو أظهر وجهى الشافعية و وجهه واضح و لهم وجه آخر بالمنع كما لو أسلم فى جنس «٢» إلى آجال و هو قياس مع الفارق نعم لو أخل بالتعيين بطلت للغرر و الجهالة لاختلاف الثمره باختلاف السنين

(قوله) (و لو ساقى أحد الشريكين صاحبه فإن شرط للعامل زياده على نصيبه صحح و إلا فلا)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه إذا كان شريكا له فى النصف و شرط له الثلثين كان له النصف بحق ملكه و ثلث ما بقى بالمساقاة فكأنه ساقاه مفردا على نصيبه على أن له معه ثلث الثمره و لو فعل هذا صحح و إن شرط له نصف الثمره أو ثلثها كأن قد ساقاه بغير عوض و يكون قد شرط عليه فى الثانية العمل و ثلث ثمرته و ذلك لا يجوز

(قوله) (و لا أجره له)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه متبرع بالعمل و لم يشترط له فى مقابله عمله أجره فهو متطوع (و قال فى المبسوط) إن له أجره المثل و هو قول ابن شريح لأن لفظ المساقاة يقتضى إثبات العوض فوجب له و إن لم يشترط كما لو قال تزوجتك بلا مهر و بعثك بلا ثمن و تلفت السلعه فى يده (و فيه) أن النكاح لا يستباح بالبذل و أيضا إن وجب المهر بالعقد كان النكاح صحيحا فلا يصح قياس هذا عليه و البيع بغير عوض يقضى بعدم الملك فلا يجب تسليمه و لو سلمه كان مضمونا و لم يحصل العمل فى يده هنا و إنما

تلف في يد صاحب العمل فتأمل

(الفصل الثاني في أحكامها) (قوله) (يملك العامل الحصة بظهور الثمرة)

إجماعا كما في الروضة و الرياض و موضعين من المسالك و عند علمائنا كما في التذكرة و كذا مجمع البرهان و بلا خلاف عندنا كما في جامع المقاصد و لا نعرف فيه خلافا كما في المسالك أيضا و الكفاية و الرياض أيضا و به صرح المتأخرون و هو قضية كلام بعض المتقدمين بل هو صريحهم كما ستسمع في وجوب الزكاة بل لم يحك الخلاف إلا من الشافعية في أحد القولين من أحد الطريقتين «٣» و هو أنه لا- يملك إلا بعد القسمة كالعامل في القراض و هو قياس مع الفارق و منع الحكم في الأصل و وجه الفرق أن الربح في القراض وقاية لرأس المال و الثمرة ليست

(١) حصة خ ل

(٢) الجنس خ ل

(٣) الطرفين خ ل.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٣

فلو تلفت كلها إلا واحدة فهي بينهما (١) فإن بلغ حصة كل منهما نصابا وجبت عليه زكاته و إلا فعلى من بلغ نصيبه (٢)

وقاية للشجرة و لهذا لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما

(قوله) (فلو تلفت جميع الثمرة إلا واحدة فهي بينهما)

كما في المبسوط و التذكرة و معناه إن ملك هذه الواحدة لا يتوقف على حصولها في يده بعد قسمتها فلو أتلفها متلف قبل القسمة و الحصول ضمنها لهما و ليست هذه الواحدة وقاية للتالف من الثمرة فتكون للمالك بزعم القائسين لذلك على القراض قال في المبسوط بدليل أنها لو ذهبت إلا ثمرة واحدة كان الباقي بينهما و ليس كذلك الربح في القراض لأنه وقاية لمال رب المال بدليل أنه لو ذهب من المال شيء كان من الربح فبان الفصل فاندفع ما قاله في جامع المقاصد من أن هذا التفريع غير ظاهر لأن ملك العامل الحصة بالظهور و عدمه لا أثر له في كون الباقي بينهما نفيًا و إثباتًا فلا يمتنع على القول بأنه يملك بالقسمة اشتراكهما فيما بقي بعد تلف البعض إلى زمان القسمة إذ قد علمت الامتناع على ما بيناه من الوجهين فتأمل

(قوله) (فإن بلغ حصة كل منهما نصابا وجب عليه الزكاة و إلا فعلى من بلغ نصيبه)

تفريع هذا على أن العامل يملك الحصة بالظهور في غاية الظهور و قد صرح بذلك في الخلاف و المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الرياض و قد حكينا ذلك في باب الزكاة عن جملة من كتب المتأخرين و في (السرائر) في المقام أن هذا مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم و هو المشهور بين الأصحاب كما في جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المخالف أبو المكارم في الغنية فإنه قال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المساقاة و المزارعة لأنها كالأجرة من عمله قال و لا خلاف في أن الأجرة لا تجب فيها الزكاة و المصنف في المختلف قال إنه ليس بذلك البعيد من الصواب و لعله أراد أن ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه إذ لعله يقول إن استحقاقه و تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح في الثمرة و انعقاد الحب في الغلة و تعلق الزكاة بهما فلا- ينبغي التشنيع عليه بما أطال به في السرائر مكررا له هذا المقنع و المقنعة و المراسم و الكافي و النهاية و المهذب و فقه الراوندى و الوسيلة ليست صريحة و لا ظاهرة في شيء من ذلك أصلا و إن أمكن تجشم ظهور ذلك لمن أراده و ليس للمساقاة ذكر في الانتصار هذه كتب أصحابنا التي نفى الخلاف عنهم في السرائر و الشهيد في البيان استبعد أن يكون ابن زهرة ممن يذهب إلى عدم استحقاق العامل إلا بعد بدو الصلاح و ما زاد على الاستبعاد نعم يشهد للسرائر عبارتا

الخلافة و المبسوط لكنه في الخلاف لم يستدل عليه بالإجماع و إنما قال دليلنا أنه إذا كانت الثمرة ملكا لهما وجبت الزكاة عليهما فأتى بإذا و لو كان إجماعيا ما تركه فلا بن زهرة أن يقول لا تكون ملكا لهما إلا إذا بدا صلاحها لأنها في تلك الحال يصح أن يعامل عليها و تكون أجره و نحوها على أنه في السرائر بعد ما قال إنه مذهب أصحابنا بلا خلاف ما استنهض على ذلك إلا كلام الخلاف إذ ليس عنده غيره و أما من ادعى الإجماع أو ظهر منه ذلك أو نفى الخلاف فلعله عوّل على الظاهر على صاحب السرائر فإنه أطال و أكثر المقال و سد باب التبع و أما أخبار الباب فهي خمسة أخبار ثلاثه منها ليعقوب بن شبيب و فيها فلما بلغت الثمرة فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رباحه فقوم عليهم فخرص عليهم فليأمل في دلالتها و ليس هذا منا اختيار لذلك و إنما أردنا بيان الحال و قد تقدمت هذه المسألة في باب الزكاة و قد ذكرنا هناك ما ناقشوه به فلا بد من مراجعته

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٤

و لو فسد العقد كانت الثمرة للمالك و عليه أجره العامل (١)

(قوله) (و لو فسد العقد كانت الثمرة للمالك و عليه أجره العامل)

كما في المقنعة و النهاية و المبسوط و المهذب و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض و كذا الكفاية لأنه قال قالوا و في التذكرة أن عليه أجره المثل للعامل و جها واحدا و في (المسالك) أن الأكثر أطلقوا ذلك و قيده فيه و في الروضة بما إذا كان العامل جاهلا بالفساد و بما إذا لم يكن الفساد باشرط جميع الثمرة للمالك و قد قيده بالصورة الأولى في جامع المقاصد لا غير و تبع صاحب المسالك على ذلك في الصورتين الكاشاني و شيخنا صاحب الرياض بل قال شيخنا لا خلاف و لا إشكال في شيء من ذلك و كأنه لم يلحظ مجمع البرهان و الكفاية فإن ظاهرهما التأمل في ذلك مع أنه في مجمع البرهان هو الذي قيد كلامهم في مثل ذلك في باب الإجارة بما إذا كان جاهلا و الوجه في كون الثمرة للمالك أنها نماء ملكه و لم يحصل ما يوجب نقلها عنه و أما وجوب أجره المثل للعامل فلأنه لم يتبرع بعمله و لم يحصل له العوض المشروط له فيرجع إلى الأجرة و الوجه في اشتراط جهله أنه لو كان عالما لكان متبرعا بالعمل لأنه بذل عمله في مقابلة ما يعلم أنه لا يحصل له و في اشتراط عدم كون الفساد باشرط جميع الثمرة للمالك فلدخوله على أن لا شيء له و إن كان جاهلا كما قررنا في باب الإجارة و ليس لك أن تقول إن إيقاع الصيغة يقتضي أمر المالك له بالعمل فنلزمه الأجرة «١» مطلقا إذ فيه أن أمر المالك له بالعمل ليس مطلقا كما هو المفروض في القاعدة المقررة و إنما أمره بعوض مخصوص و هو الجزء من الثمرة مع علم العامل بعدم حصولها بسبب الفساد فكان كما لو أمره بالعمل بغير أجره و هذا لعله مستفاد من تقييد الشهيد قولهم في الإجارة و استيفاء المنفعة أو بعضها مع فساد العقد يوجب أجره المثل بما إذا لم يكن الفساد باشرط عدم الأجرة في العقد أو عدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك فاستفادوا منه في باب الإجارة تقييد القاعدة أيضا بما إذا كانا جاهلين فصنعوا هنا كما صنعوا هناك لكنه في المسالك لم يقيّد قاعدة الإجارة بما إذا كانا جاهلين و قيد القاعدة هنا بذلك كما عرفت و قد حررنا كلامهم هناك فلا بد من ملاحظته و قد تقدم لنا في باب المزارعة في مثل المسألة ما له نفع تام في المقام و قد احتمل في المسالك الاكتفاء بالحصّة عن الأجرة حيث يستحق الأجرة إذا زادت عن الحصّة و وافقه على هذا الاحتمال مولانا المقدس الأردبيلي لقدمه على أن لا يكون له سواها في مقابلة عمله حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل لكان مسقطا للزائد فيكون متبرعا به كما تبرع به على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك و على تقدير علمه بالفساد (و فيه) ما ذكره في المسالك من أنه لم يقدم على التبرع بعمله أصلا بل كما يحتمل أن تكون الحصّة قاصرة عن مقابلة العمل يحتمل مساواتها له و زيادتها عليه أضعافا فهو قادم على عمل محتمل للزيادة و النقيصة فليس متبرعا به بالكلية و إن احتمل قصورها في بعض الأحوال بخلاف العالم و شرط جميع الحصّة للمالك فإنه في ابتداء الأمر قادم على التبرع المحض على أي تقدير قلت لكنه لا يتم له فيما إذا عين ثمره نخله معينة أو عين أجره معينة فإنه لم يقدم على ما يحتمل الزيادة

و أورد فى الرياض على هذا الاحتمال أن ذلك لو صلح دليلا للاكتفاء بالحصه عن الأجره الزائده لصلح دليلا لنفى الأجره بالمره حيث لا تحصل فائده بالكليه لقدمه على أن لا شىء له لو فسدت الثمره و لم تكن هناك فائده و كان ينبغى أن يستدل به انتهى و فيه نظر ظاهر

(١) و فى نسخه «كما قرر فى باب الإجاره» بعد قوله فتلزمه الأجره مطلقا.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ٧، ص: ٣٧٥

و لو ظهر استحقاق الأصول فعلى المساقى أجره العامل و الثمره للمالك (١) فإن اقتسامها و تلفت فإن رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته و للعامل الأجره عليه (٢)

لقيام الإجماع على ثبوت أجره له على عمله فى غير ما استثنى كما هو المفروض فلا يمكن الاستدلال بذلك على أن لا أجر له أصلا و أورد أيضا فى الرياض بأن الحصه أنما وجبت بحيث لا تجوز الزيادة و لا النقيصه من حيث اشتراطها فى العقد اللازم على تقدير الصحه و صار الحكم مبنيا فى المسأله على قاعده أخرى من كونه عملا موجبا للأجره و أن الداخلى فيه إنما دخل بذلك و لكن لم يسلم له لظهور فساد المعامله فلا بد لعمله من أجره و رضا العامل بتلك الحصه على تقدير صحه المعامله لا مدخل له فى مفروض المسأله لمغايرتهما و رضاه بالأقل ثمه لا يوجب الحكم به هنا إلا أن يتجدد رضا آخر منه بذلك و المفروض عدمه و إلا فلا كلام معه (و فيه) أنه إذا عين له العوض كثمره نخله معينه و بطلت المساقاه بذلك فلا بد أن يكون له عند المالك أقل الأمرين لأن الأقل إن كان ما قد عين فلا يعطى غيره لأنه كالمترع بالنسبه إلى ما زاد لأنه قد أقدم عليه عالما راضيا به متبرعا بالزائد صح العقد أو فسد و إن كانت أجره المثل أقل فالحكم ظاهر فهذا الاحتمال قوى جدا فى بعض الصور كما فى نظائره لو لا إطلاق الأصحاب و لعله لا يتناول ما ذكرنا فليتأمل

(قوله) (و لو ظهر استحقاق الأصول فعلى المساقى أجره العامل و الثمره للمالك)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح لكنه فى الإرشاد لم يصرح بكون الثمره للمالك لكنه قطعاً أراد ذلك لأن مرادهم جميعاً أن المساقاه تكون باطله كما هو صريح الشرائع و غيرها و إذا بطلت كانت الثمره للمالك إذا لم يجز عقد الغاصب لأنه لا يقصر عقده عن الفضولى بل قد عدوا من الفضولى بيع الغاصب و القول بأنه لا- يتصور هنا إجازة المالك مع وقوع العمل له بغير عوض فكيف يرضى بدفع الحصه مع ثبوتها له مجانا لا يلتفت إليه لأنه مجرد استبعاد و أغراض الناس لا- تنضبط على أنه إنما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل و كلامهم فيما هو أعم فيمكن أن تفرض فيما بقى عمل يرضى المالك معه بدفع الحصه فى مقابله الباقي (و وجه) ثبوت الأجره للعامل على المساقى لا على المالك أنه استدعى عمله فى مقابله عوض و لم يسلم له و لم يدخل متبرعا و المالك لم يأمره بل لم يأذن له و يحتمل أن يكون له أقل الأمرين كما تقدم فيما سلف و فرق واضح بين هلاك الثمره أو غصبها أو سرقها حيث يكون العقد صحيحا حيث لا تثبت للعامل أجره لأن العامل حينئذ لا يستحق إلا الحصه و قد فاتت و بين ظهور استحقاق الثمره فثبت له الأجره لأن الاستحقاق يوجب الرجوع إلى الأجره كما عرفت (و وجه) كون الثمره للمستحق أنها نماء ملكه و لم تنتقل عنه بوجه و فى قولهم و لو ظهر استحقاق الأصول و لو بانت الثمره مستحقه و نحو ذلك إشارة إلى أن العامل كان جاهلا باستحقاق الأصول و لو بانت الثمره مستحقه و نحو ذلك إشارة إلى أن العامل كان جاهلا بالاستحقاق فلا حاجه إلى تقييد كلامهم بذلك مع فرضهم المسأله كذلك و يأتى بيان حاله إذا كان عالما

(قوله) (فإن اقتسامها و تلفت فإن رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته و للعامل الأجره عليه)

إذا كانت الثمره باقيه فلا كلام كما فى المبسوط و غيره فى أنه يأخذها و إن كانت تالفه و قد تلفت كل حصه فى يد المستولى عليها

فقد اختار المصنف هنا وفي التذكرة و الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و كذا المولى الأردبيلي أن للمالك الرجوع على الغاصب بالجميع و أن الغاصب يرجع على العامل مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٦

و لو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل إلى الغاصب و الأجرة (١) و لو رجع على كل منهما بما صار إليه جاز (٢) و لو كان العامل عالما فلا أجرة (٣) له

بحصته و أن للعامل الأجرة على المالك و قد وافق على ذلك كله في التحرير إلا أنه قال في رجوع الغاصب حينئذ على العامل بما أتلف نظر و ظاهر الإرشاد أن ليس للمالك الرجوع على أحد منهما إلا بحصته قال فيرجع المالك على كل منهما بنصيبه و وافقه صاحب الروض (و وجه) ما في الكتاب و ما وافقه أن الغاصب ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها فإذا رجع عليه بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة لأنه استهلكه و لم يكن مالكة لفساد العقد و قد أخذ المالك عوضه من الغاصب فكان حقا له لخروجه عن ملك المالك بأخذ عوضه من الغاصب و للعامل على المالك الأجرة و هو واضح و محل وفاق من الجماعة الذين تعرضوا لذلك و لعل نظر التحرير إلى أن الحال في ذلك كالحال فيما إذا أطعم المالك ماله المغصوب منه أو إلى أن الغاصب يدعى أنه مالك فليس له الرجوع على العامل لأن ذلك يقضى بأن العامل أخذ الحصة بحق و المالك ظلمه بأخذ العوض منه فلا يرجع على غير ظالمه لكن ذلك يقضى بالجزم بذلك دون التأمل و النظر و المفروض في كلامهم على الظاهر أنه لم يصرح الغاصب بأنه مالك لكنه خلاف الظاهر و ينبغي أيضا تقييد رجوع العامل بأجرة المثل بما إذا لم يصرح العامل بأن الملك للمساقى فإنه يؤخذ بإقراره لأن المدعى حينئذ بزعمه مبطل و البيئه غير صادقة إذا أصر على ذلك لا إن كان تصريحه ببناء على الظاهر و لعل وجه ما في الإرشاد إلى «١» أن كلا منهما لم يستول على جميع الثمرة كما ستسمع

(قوله) (و لو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل إلى الغاصب و الأجرة)

قضيته أنه للمالك الرجوع على العامل بالجميع كما هو صريح التذكرة و التحرير و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و كذا مجمع البرهان و قد حكاها في الشرائع قولاً و لم نجده لأحد منا قبل المصنف و إنما هو أحد قولى الشافعية و في (المبسوط و الشرائع) أنه يرجع عليه بنصف الثمرة و هو الذى هلك لأنه ما قبض الثمرة كلها و إنما كان مراعيها لها حافظا لها نائبا عن الغاصب فلا ضمان عليه و قد سمعت ما في الإرشاد و على هذا لو تلفت الثمرة بأسرها بغير فعله قبل القسمة أو غصبت لم يضمن لأن يده لم تثبت عليه (و حجة الكتاب) و ما وافقه أن يد العامل قد تثبت على جميع الثمرة و إن كانت بالنيابة و استدامة يد المساقى لا ترفع يده فاستحق المالك الرجوع عليه بالجميع فإذا أغرمه لم يكن له الرجوع على الغاصب إلا بما وصل إليه لأنه الذى استقر تلفه بيده و له عليه الأجرة لفوات الحصة بفساد العقد كما عرفت لكنه قال في التحرير إن العامل يرجع بأجرة مثل نصيبه و يحتمل بنصيبه على إشكال و قد عرفت وجهه و على هذا القول لو تلف الجميع بغير فعله كان ضامنا

(قوله) (و لو رجع على كل منهما بما صار إليه جاز)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و كذا المبسوط لأن قرار ضمان ذلك على من تلفت في يده فله الرجوع به من أول الأمر و لو تلف الجميع في يد العامل فضمن حصته عليه و أما حصة الغاصب فإن يده عليه يد أمانة بزعم الغاصب لأنه أمينه فإذا ظهر كونه ضامنا رجع على الغاصب لغروره كما تقدم في الغصب و لو تلف الجميع في يد الغاصب نظرت يده هل كانت على حصة العامل يد أمانة أم يد ضمان فيترتب على كل منهما مقتضاه

(قوله) (و لو كان العامل عالما فلا أجرة)

كما هو قضية كلامهم كما عرفت و هو صريح التذكرة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع

(١) الظاهر زيادة لفظ إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٧

و لو هرب العامل فإن تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الأجرة من بيت المال فلا خيار و إلا فللمالك الفسخ (١)

البرهان و المفاتيح لأنه متبرع بعمله و لو رجع المالك عليه بالجميع لم يرجع بحصته بل بحصة الغاصب خاصة فلا يتفاوت الحكم مع العلم و عدمه باعتبار ما سبق إلا في الأجرة فلا يرجع بها

(قوله) (و لو هرب العامل فإن تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الأجرة من بيت المال فلا خيار و إلا فللمالك الفسخ)

قد اتفقت كلمتهم على أن المساقاة لا تبطل بهرب العامل لأن كلامهم ما بين صريح في ذلك و ظاهر فيه كالصريح فمما صرح فيه بذلك المبسوط و الشرائع و التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و غيرها و مما ظاهره ذلك الكتاب و ما كان على نحوه عملاً بالاستصحاب كالإجارة و البيع و لأنه لا يملك فسخها بقوله و لا امتناعه من العمل مع حضوره بل للمالك أن يطلبه و يجبره فكيف تنفسخ بنفسها مع هربه و اتفقت كلمتهم أيضاً على أنه ليس للمالك فسخها بمجرد هربه و إنما ثبت له ذلك إذا كان هربه قبل ظهور الثمرة و لم يوجد متبرع بالعمل أو المئونة و الحال أن لا حاكم حتى يرجع إليه حتى يطلبه و يجبره أو يأخذ من ماله أو يستأجر من بيت المال و لو قرضاً عليه أو يستقرض عليه من غيره أو يستأجر بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة أو كان حاكم و لكن لا يجد من يعمل أو كانت يده غير مبسوطة أو تعذر إثبات الحق عنده على اختلاف كلامهم في هذه الشروط لكن هذا هو خلاصة ما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و ستسمع ما في غيرها و المخالف في ما نحن فيه المصنف في التحرير و المقدس الأردبيلي فقد قال في الأول إذا هرب العامل فللمالك الفسخ و البقاء فينفق الحاكم من ماله إن لم يتبرع بالعمل أحد فإن لم يجد «١» فمن بيت المال قرضاً فإن لم يجد استأجر من يعمل بأجرة مؤخرة إلى الإدراك فإن تعذر استأذن الحاكم و أنفق إلى آخره (ثم قال) أيضاً و هل للمالك الفسخ مع وجود المتبرع بالعمل فيه نظر انتهى فقد أثبت له الفسخ أولاً من أول الأمر ثم تأمل في ذلك مع وجود المتبرع فيكون جزؤه أولاً- بالنسبة إلى تكليفه رفع أمره إلى الحاكم و ما يلزمه و قال في الثاني إنه يمكن أن يقال إذا كان العقد يقتضى كون العمل من العامل لا- غير أو بحيث لا- يوجد المشترط من غيره ينبغي جواز الفسخ من المالك للزوم الحرج و الضرر لو لم نجوز له ذلك و إن وجد متبرع و حاكم يعين غيره ليعمل بدله بل مع الإطلاق و الإتيان بالعمل المشترط أيضاً خصوصاً مع عدم الباذل و تعذر الحاكم بل مع الاحتياج إلى إعلامه لأن ذلك تكليف منفي بالأصل و لأن حقه ثابت في ذمته فله أن لا يقبل من غيره و لا يجب عليه تحصيله من غيره و إن أمكنه و لأن الحصه له بشرط العمل و إذا أبى عنه أسقط هو حقه كما قالوه في المتبايعين من أن لأحدهما الامتناع من تسليم حق الآخر على تقدير امتناع الآخر و كذلك الحال في الإجارة و لأن شرط العمل ليس بأقل من الشروط في العقود كلها فإنهم صرحوا بأن فائدة الشرط فيها على تقدير عدم إتيان من شرط عليه به جواز الفسخ للآخر و لأنهم جوزوا للبائع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع و إن جاء بعدها بالثمن ثم إن ما ذكروه من الشروط للفسخ و القيود فيما نحن فيه يجري في أكثر العقود مع أنهم ما ذكروا مثل ذلك في ذلك و قضيه ذلك أنه يجوز الفسخ في البيع و الإجارة و غيرها من العقود التي تقبل الشروط على تقدير امتناع أحدهما فلو امتنع المشتري مثلاً عن بذل الثمن جاز للبائع الفسخ كما جاز مثل ذلك في الشرط انتهى ما أردنا نقله من كلامه بلفظه أو معناه (و نحن نقول) أما كلامه الأول فمسلّم أعنى حيث يكون قد اشترط على

(١) يوجد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٨

و لو عمل المالك بنفسه أو استأجر عليه فهو متبرع و للعامل الحصة إذ ليس له أن يحكم لنفسه (١) و لو أذن له الحاكم رجوع بأجرة مثله أو بما أداه إن قصر عن الأجرة (٢)

العامل بنفسه أو حيث لا يوجد المشترك من غيره و أما ما بعده فنظر الأصحاب فيه في الباب و غيره من العقود إلى أنه إذا ثبت ملك المالك للمبيع أو الثمن أو الأجرة أو المنفعة أو الحصة مثلا بالدليل القاطع كيف يجوز نقله عنه و فسخ العقد الذى ملكه من دون دليل قاطع لحكم الدليل الأول و يقولون إن الشروط قد خرجت بدليل خاص من إجماع و غيره (و ما عساه يتوهم) من أن جواز ذلك فى الشروط يقضى بالجواز هنا بطريق أولى (فممنوع) لأن عمل العامل كالمبيع و ثمنه و ليس كالشرط فى العقد الذى يقضى بتزلزل العقد من أول الأمر و عدم استقراره بخلاف الركن فى العقد الذى وقع العقد عليه مستقرا و ليس كالتسليم فى التسليم لأن هذا لا يقضى بزوال الملك الثابت و إنما قالوا له أن يمتنع كل منهما من التسليم حتى يتسلم لعدم الترجيح مع اتفاق الكلمة فيما نحن فيه عدا كلام التحرير و قد يمكن تأويله و تنزيهه فليحظ ذلك كله و ليتأمل فيه و قد جعل المصنف هنا و المحقق فى الشرائع للمالك الفسخ إن لم يوجد متبرع و لم يبذل الحاكم و هو معنى قوله فى الإرشاد و لو هرب و لا- باذل جاز له الفسخ و هو محتاج إلى التقييد بما ستمع (و قال فى المبسوط) إنه إذا هرب رفع المالك أمره إلى الحاكم و أثبت العقد عنده فإن جده أجبره و إن لم يجده أنفق من ماله إن وجد له مال و إلا اتفق من بيت المال فإن لم يكن فى بيت المال مال أو كان لكن كان هناك ما هو أهم استقرض عليه فإن لم يجد من يقرضه قال لرب المال تطوع أنت بالإتفاق فإن لم يتطوع قال أقرضه فإن لم يفعل و كانت الثمرة غير ظاهرة كان له الفسخ و لم يذكر ما إذا تبرع عليه متبرع غير المالك و قضية كلامه أنه ينفق من بيت المال إن كان فيه سعة لا على سبيل القرض و فى (جامع الشرائع) أنه إذا هرب أخذ الحاكم من ماله فإن لم يكن له مال و تطوع عنه بالعمل جاز و إلا فللحاكم أن يأذن فى اقتراضه فإن لم يفعل و لم تكن الثمرة ظاهرة جاز له الفسخ و قد سمعت فى أول الكلام فى المسألة حاصل ما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و هو الموافق لأصول المذهب بل هو المراد من كلام المبسوط بل و من الجامع و إن ترك فيهما ما ترك مما قد سمعت لأنه يستفاد مما ذكر فليتأمل و المحتاج إلى التحرير كلام التحرير فى أوله و آخره و أما ما ذكره من القيود مع اختيار المالك البقاء و عدم الفسخ فهو فى محله و الجماعة يقولون به و قد سمعت كلامه أيضا

(قوله) (و لو عمل المالك بنفسه أو استأجر عليه فهو متبرع و للعامل الحصة إذ ليس له أن يحكم لنفسه)

هذا إذا كان قادرا على الحاكم و إن نوى الرجوع إذ لا عبرة بنيته لأن حاله حينئذ كما إذا عمل و استأجر مع حضور المالك و ليس له أن يحكم لنفسه و إن كان حاكما كما هو قضية كلامهم و لعله لمكان التهمة و لكونه متبرعا إذا أنفق من ماله و كان قادرا على الحاكم أو عمل فى نصيب العامل كذلك صرح فى التذكرة (و قال فى التحرير) و لو عمل المالك بنفسه كان تبرعا و لا بد من تقييده بما ذكرنا و فى (جامع الشرائع) فإن لم يكن حاكم و أنفق هو لم يرجع لتبرعه فليتأمل فيه (قوله) (و لو أذن له الحاكم فى العمل رجوع بأجرة مثله أو بما أداه إن قصر عن الأجرة)

أى لو أذن له الحاكم فى العمل أو الاستئجار عليه ليرجع صح فإذا عمل أو استأجر رجوع بأجرة مثل ذلك العمل أو بما أداه إن قصر عن الأجرة فإن زاد لم يرجع بالزائد لوجوب مراعاة الغبطة له و الوجه فى الحكمين ظاهر و إن لم يصرح به فى كلام الجماعة لكنه قد يفهم من كلام المبسوط و الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٧٩

و لو تعذر الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عليه و يرجع (١) حينئذ و لو لم يشهد لم يرجع و إن نوى على إشكال (٢)

و الإرشاد مع إمعان النظر (و ليعلم) أن عدم رجوعه بالزائد إنما هو إذا أمكن بدونه و أما إذا تعذر الاستئجار إلا بزيادة عن أجرة المثل

فإنه يرجع بالجميع لأن ذلك هو الأجره لأن المرجح فيها إلى الزمان و المكان فمتى لم يوجد باذل إلا بالزائد كان هو العوض و الأجره و إلى الحكم الثاني في العبارة أشار في التذكرة بقوله يجوز أن يولى الحاكم المالك الإنفاق عن العامل و يأمره به ليرجع كما يجوز أن يولى غيره و حكى عن بعض الشافعية المنع لأنه متهم في حق نفسه و لعله لذلك جعل في التحرير استئذان الحاكم بعد أن تعذر على الحاكم الاستئجار قال فإن تعذر استأذن الحاكم و أنفق ثم عد إلى العبارة فإن مفهوم قوله إن قصر غير مراد بطرفه بل المراد نفى ما إذا زاد لا ما إذا ساوى لظهوره و وضوحه مع تقدم قوله رجع بأجره مثله و قد ارتكب في جامع المقاصد في ذلك شططا إن لم نقل غلطا

(قوله) (و لو تعذر كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه و يرجع)

يريد أنه لو تعذر الحاكم ليستأذنه في العمل و الإنفاق كما هو حاصل كلام التذكرة و جامع المقاصد و حاصل كلام المبسوط ترتيب ذلك على ما إذا لم يكن هناك قاض ليأمره بالبيع و الشراء و نحوه ما في الجامع و رتبته في الشرائع على ما إذا لم يفسخ و تعذر الحاكم و في (التحرير و الإرشاد) على ما إذا تعذر الاستئذان في الاستئجار إلى غير ذلك من عدم التثام كلمتهم في ذلك و الكل صحيح و المراد بتعذره حصول المشقة الكثيرة في الوصول إليه أو عدم إمكان إثبات الحق عنده أو نحو ذلك كما هو الظاهر و به صرح جماعة (و كيف كان) فالمصنف قال هنا كان له أن يشهد كالمحقق في الشرائع و قضيته أنه له أن يفسخ من دون إسهاد و هو ظاهر الإرشاد و ظاهر التحرير و غيره أنه يجب عليه الإسهاد حيث قال أشهد في الإنفاق و قضيته أنه لا فسخ له حينئذ و قضية كلام المصنف هنا و في التحرير و الإرشاد و كلام المحقق الثاني و الشهيد الثاني و المقدس الأردبيلي أنه إذا أشهد رجع و إن لم يشترط الرجوع و صريح المبسوط و التذكرة و ظاهر الجامع أنه إذا أشهد و لم يشترط الرجوع لم يرجع و اختار في التذكرة الرجوع مع اشتراط الرجوع و لا ترجيح في ذلك في المبسوط و الجامع و تردد في الشرائع في الرجوع مع الإسهاد و يمكن تقييد كلام المصنف و غيره بما إذا تمكن من الإسهاد كما ستسمع و وجه ما في الكتاب و ما وافقه أنه لو لا أن يكون له ذلك للزم الضرر و هو منفي بالآية و الخبر و الوجه في تردد المحقق مما ذكر و من أن الأصل أن لا- يتسلط على مال الغير و ثبوت شيء في ذمته بغير أمره أو من يقوم مقامه و لعلهم يقولون إن الضرر يندفع بالفسخ و فيه أنه قد يكون فيه أعظم ضرر فتدبر و كيف كان فالأقوى الرجوع كما تقدم في نظائره من الإنفاق على الرهن و الوديعة و العارية بل في جامع المقاصد أن الرجوع مع الإسهاد موضع وفاق

(قوله) (و لو لم يشهد لم يرجع و إن نوى على إشكال)

قد صرح في المبسوط و التذكرة في أول كلامه بأنه إذا أنفق و لم يشهد لم يرجع و هو قضية كلام الباقيين من غير خلاف و لا تأمل إلا ممن ستعرف بل في كلامهم ما يزيد على ذلك كما عرفت من أن بعضهم تردد مع الإسهاد و بعضهم اشترط معه اشتراط الرجوع و قضية كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين أن يتمكن من الإسهاد أو لم يتمكن و وجهه أن الأصل عدم التسلط على شغل ذمة الغير بحق يطالب به فيقتصر فيه على موضع الوفاق كما في جامع المقاصد و هذا هو الإجماع الذي حكيناه عنه آنفاً و وجهه في الإيضاح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٠

و لو فسخ فعليه أجره مثل عمله قبل الهرب (١) و له مع التبرع الفسخ مع التعيين (٢) و لو عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين الحصه و كان الأجنبي متبرعا عليه (٣) لا على المالك

بأن الشارع أمر بالإسهاد و لم يحصل و لم نجد به أمرا إلا أن يكون استنفض عليه الإجماع و أما القول بأنه يرجع مع تعذر الإسهاد لا مع إمكانه و القول بأنه يرجع (مع) نيته «١» الرجوع مطلقا أشهد أم لم يشهد فإنهما من وجوه الشافعية و الذي رجحه جمهورهم كما في التذكرة أنه إذا لم يشهد لم يرجع من غير فرق بين الإمكان و عدم الإمكان لأن عدم إمكان الشهود نادر لا يعتبر و المصنف هنا استشكل و الذي اختاره المحقق الثاني و الشهيد الثاني أنه يرجع إذا نوى الرجوع (و قال في التذكرة) أيضا أنه لو تعذر الإسهاد نوى

الرجوع و رجوع و قال إن الأقرب قبول قوله مع اليمين و وجه ما في جامع المقاصد و المسالك أن الشاهدين لا ولاية لهما على العامل و فائدة الإشهاد هو التمكن من استحقاق الرجوع و المقتضى للرجوع هو عدم التبرع بقصد التطوع و الأصل يقتضى انتفاء اشتراط ذلك (و قال في الإيضاح) التحقيق أن الإشهاد هل هو شرط في الرجوع بنفسه كإذن الحاكم مع وجوده و إمكانه أو أن السبب هو النية وقت الإنفاق فيقبل قوله لا بعده و الإشهاد لإثباتها و إظهارها خاصة و كلام الأصحاب محتمل لهما و كذا الروايات فعلى الأول لا رجوع و على الثاني يرجع و هو الأصح انتهى قلت ظاهر كلام الأصحاب أنه شرط لما عرفت و ما ندرى أى الروايات أراد إذ لا دلالة في روايات الباب فإن كان قد عني بها قولهم عليهم السلام الأعمال بالنيات و لكل امرئ ما نوى فمع أنها مسوقة لغير ذلك ليست محتملة كما أراد فليأمل و لعل الوجه فيما قرره في التذكرة أن ذلك لا يعلم إلا من قبله و أن الأصل أن الإنسان لا يتبرع بعمل عن الغير يحصل عليه فيه غرامة و الوجه فيما اختاره فيها عند تعذر الإشهاد لزوم الضرر (و فيه) أن القائلين بعدم الرجوع إلا مع الإشهاد يلزمهم أن يقولوا أنه إذا تعذر الإشهاد أنه يتسلط على الفسخ و يكون له العمل بمقتضى ذلك فيما بينه و بين الله عز و جل فإذا جاء العامل و ادعى عليه الحصه و التبرع حلف على إنكار العقد مورياً أو نحو ذلك (قوله) (و لو فسخ فعليه أجره مثل عمله قبل الهرب)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و المراد أنه هرب قبل ظهور الثمرة و فسخ حيث يصح له الفسخ لأنه عمل محترم صدر بالإذن في مقابلة عوض و قد فات بالفسخ فتجب قيمته لتعذر رده و لا توزع الثمرة على أجره مثل جميع العمل لأن الثمرة ليست معلومة عند العقد حتى يقتضى العقد فيها التوزيع و لك أن تقول إنه ما أذن له بذلك و إنما أذن له به في ضمن تمام العمل ثم إن الإذن الضمني ليس كالأصلي على أنه بهربه أعرض عنه و لعله لذلك تركه الأكثر فتدبر (قوله) (و له مع التبرع الفسخ مع التعيين)

كما في التحرير و جامع المقاصد و الوجه في الأمرين واضح أما عدم الانفساخ بمجرد الهرب فلا إمكان عود العامل بخلاف الموت فإنها تنفسخ به معه و أما أن له الفسخ إذا كان العامل معيناً فلتعذر العمل الحال من العامل الشخصي ففات بعض العوض (قوله) (و لو عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين الحصه و كان الأجنبي متبرعاً عليه) كما في التحرير و جامع المقاصد لأن العمل الواجب في ذمة العامل قد حصل و المفروض أنه لم يشترط حصوله من العامل بخصوصه و لا فرق في ذلك بين أن يقصد الأجنبي التبرع على العامل أم على المالك لأن العمل ثابت في ذمة العامل فلا يتصور التبرع به على غير من هو عليه و لا أثر للقصد (و قال في جامع المقاصد) لا حاجة إلى التقييد بقوله

(١) نية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨١

و العامل أمين فيقبل قوله في التلف و عدم الخيانة و عدم التفريط مع اليمين (١)

قبل أن يشعر به المالك فهو مستدرك بل مضر لأنه مع وجود المتبرع و عدم التعيين لا يجوز للمالك الفسخ و يجب عليه تسليم الحصه للعامل علم المالك أو لم يعلم انتهى (قلت) قد حكى في التذكرة عن بعض الشافعية أنه قال لم يلزم المالك الإجابة لأنه قد لا يأتمنه و لا يرضى بدخوله ملكه نعم لو عمل بالنيابة عن العامل من غير شعور المالك حتى حصلت الثمار سلم للعامل نصيبه منها و كان الأجنبي متبرعاً عليه ثم قال في رده الوجه أنه ليس للمالك الفسخ مع وجود المتبرع لأنه بمنزلة ما لو وجد للعامل مال يستأجر منه في العمل أو وجد من يقرض حتى لا- يجوز للمالك الفسخ هنا كما لا- يجوز له هناك فعل ما ذكره هنا للخروج من خلاف هذا البعض و الوجه في التقييد بغير المعين ظاهر لأن المعين إذا تمادى هربه إلى أن انقضت المده انفسخ العقد و يقع عمل المتبرع للمالك

وقد ذكر في التذكرة أن مرض العامل وحبسه كهربه و في (جامع المقاصد) أنه لو كان مرضه مأبوسا من برئه فليس يبيعد إلحاقه بموته مع احتمال العدم لأن العادة قد تتخلف و لم يذكر المصنف ما إذا كان هربه بعد ظهور الثمرة و حكمه أنه يباع منها مقدار ما يفى بالعمل و لو لم يوجد راغب أو لم يف البعض بيع الجميع و حفظ ما بقي للعامل إذا بقي له شيء و في (المسالك) أنه إذا لم يمكن بيعها و لا بعضها كان له الفسخ و فيه تأمل بل يرفع أمره إلى الحاكم ليستأجر بأجرة مؤجله إلى إدراك الثمرة أو نحو ذلك من الاستقراض من بيت المال أو غيره فإن لم يمكن ذلك بيعت على المالك فإن أبى قلنا له انصرف فلا- حكم لك عندنا و في (المبسوط ما حاصله) أنه إذا هرب بعد ظهورها خيرنا المالك بين البيع و الشراء فإن اختار البيع و كان بعد بدو الصلاح بيعت لهما و إن كان قبل بدو الصلاح فلا تباع إلا على شرط القطع و إن قال لا أبيع و لكنى أشتري بيعت عليه و إن قال لا أبيع و لا أشتري قيل له انصرف فما بقي لك حكومة عندنا و لعل مراده أن ذلك بعد عدم إمكان ما ذكرنا و نحو ما في المبسوط ما حكاه في التذكرة عن الشافعية ساكتا عليه و في (جامع الشرائع) و إن كانت ظاهرة و اختار شراءها جاز و ينفق من حصه العامل ما يجب عليه انتهى فتأمل (قوله) (و العامل أمين فيقبل قوله في التلف و عدم الخيانة و عدم التفريط مع اليمين)

كما في المسالك في التفريع و الحكم في الثلاثة و قد جزم في التذكرة أولا و التحرير بأنه يقبل قوله في التلف و عدم الخيانة و جزم في الإرشاد و الروض و مجمع البرهان بأنه يقبل قوله في عدم الخيانة و عدم التفريط و في (اللمعة و الروضة) بأنه يقبل قوله في التلف (و قال في التذكرة) أيضا إن ادعى عليه المالك خيانة أو سرقة أو أتلف أو فرط لم تسمع دعواه حتى يحورها و هو موافق لقوله في المبسوط إذا ادعى أنه خان أو سرق لم تسمع هذه الدعوى لأنها مجهولة فإذا حررها و ذكر قيمة ذلك صحت الدعوى و هذا مبنى على أن الدعوى المجهولة لا تسمع و الأجود سماعها كما فصلناه في باب القضاء و هذه قاعدة بابها أليق فلا معنى لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى و في (الكافي) أن الشريك المأذون له في التصرف مؤتمن (على) مال الشركة لا تجوز تهمته و القول قوله إلا أن يرتاب شريكه فيحلف على قوله و هو و إن كان في غير ما نحن فيه لكنه نافع فيه (و كيف كان) فالوجه في قبوله في الثلاثة أنه منكر و أمين نائب عن المالك في حفظ حصته كعامل القراض (و قال في جامع المقاصد) إن تفريع قبول قوله في الثلاثة على كونه أمينا غير ظاهر فإن الغاصب يقبل قوله في التلف بيمينه و كذا في عدم الخيانة لإنكاره إياها و كذا القول بعدم مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٢

و لو ثبتت الخيانة فالأقرب أن يده لا ترفع عن حصته و للمالك رفع يده عن نصيبه فإن ضم إليه المالك حافظا فأجرته على المالك (١) و لو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمرة و إلزامه بأجرة عامل (٢) و لو ضعف الأمين عن العمل ضم غيره إليه و لو عجز بالكلية أقيم مقامه من يعمل عمله و الأجرة في

التفريط بالنسبة إليه لإنكاره إياه و إن كان ترتب دعوى الضمان عليه لتفريطه متفرعا على كونه أمينا أما تقديم قوله فلا (و نحن نقول) إن التفريع في محله كما أشار إليه في التذكرة و المسالك فيقبل قوله في الثلاثة لأنه أمين و ما عليه إلا اليمين و لأنه منكر أيضا و قبول قول الغاصب جاء من مقدمة أخرى و هو لزوم تخليده الحبس و غير ذلك كما تقدم ذلك في بابه (قوله) (و لو ثبتت الخيانة فالأقرب أن يده لا ترفع عن حصته و للمالك رفع يده عن نصيبه فإن ضم إليه المالك حافظا فأجرته على المالك)

كما اختير ذلك كله في الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و كذا الإيضاح لأنه إنما صرح بالأول لكنه يلزمه الباقي (و قال في المبسوط) قيل يكثر من يكون معه لحفظ الثمرة منه و قيل ينتزع من يده و يكثر من يقوم مقامه و لم يرجح و الوجه في عدم رفع يده أن الناس مسلطون على أموالهم و الخيانة إنما توجب رفع يده عن مال غيره لا عن مال نفسه و وجه الرفع أن إثبات يده على حصته يستدعي إثباتها على حصه المالك و هو كما ترى إذ يمكن دفع ذلك بضم المالك أمينا من جهته مع ما فيه

من ترجيح أحد الحقيين بلا- مرجح وقد استدلل عليه فى الإيضاح بعموم النص و لم نعرفه و الوجه فى أن أجره النائب على المالك خاصة ظاهر لأنه قائم مقامه فى حفظ ماله و عمله لمصلحته و جعلها المزمى على العامل و قد نزل أكثر الشافعية القولين اللذين حكاهما فى المبسوط على حالين و هما إن أمكن حفظه بضم مشرف فالأول و إن لم يمكن أزيلت يده و استؤجر عليه و المراد أنه ثبتت خيانتة فى مال المالك كما هو صريح التذكرة و هو قضية القواعد لأن دعوى ثبوت خيانتة فى الجملة لا تسمع إلا أن يدعى المالك حقا له (قوله) (و لو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمرة و إلزامه بأجره عامل)

قد خالف فى الأمرين فى التذكرة و ظاهر الإيضاح التوقف كما هو صريح المحقق الثانى و وجه القرب فى الأمرين أنه يجب عليه العمل و يجب عليه حفظ مال المالك كما فى ظاهر الإيضاح و إن شئت قلت للمالك أن يحفظ ماله قطعا و لا يتم ذلك إلا برفع يده كما فى جامع المقاصد فيقال له لما لم يمكن الحفظ الواجب عليك من خيانتك فأقم غيرك يعمل بذلك و ارفع يدك و لا يلزم المالك أن يأتى منك و قد تعذر العمل الواجب عليك فوجب عليك أن تستأجر من يقوم به كما حكاه فى التذكرة و وجه التوقف و العدم فى الأول أن الحق الثابت لشخص إذا كان لا يتم إلا بإسقاط حق شخص آخر و إزاله يد من ملكه فلا دليل على سقوط ذلك الحق و استحقاق إزاله يده على أن قضية المساقاة و جوب العمل لا الاستئجار و فى الثانى أن تعذر العمل منه غير واضح لأن مجرد الخيانة غير كاف فى ثبوت تعذر العمل إذ لو جوزنا رفع يده عن الجميع بسبب الخيانة أمكن أن يقال إن التعذر بسبب المالك فلا يجب على العامل شىء آخر و احتمال فى الإيضاح تسلط المالك على فسخ المساقاة إن لم ينب عنه أحد فى العمل تبرعا أو بأجره مع عدم تعيينه و مطلقا مع تعيينه لتعذر العمل حينئذ

(قوله) (و لو ضعف الأمين عن العمل ضم غيره إليه و لو عجز بالكلية أقيم مقامه من يعمل عمله و الأجره فى الموضوعين عليه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٣

الموضوعين عليه (١) و لو اختلفا فى قدر حصه العامل قدم قول المالك مع اليمين (٢) و كذا لو اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر (٣) و لو كان مع كل منهما بينه قدم بينه الخارج (٤)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و المراد بالأمين الأجير حيث يكون أمينا و غير معين للعمل و بالموضوعين ما إذا ضعف و ما إذا عجز و الوجه فى الضم و الإقامة واضح لتوقف العمل عليه و فى كون الأجره عليه فيهما أن العمل الواجب عليه قد تعذر من قبله لضعفه أو لعجزه فيجب عليه أن يستأجر من يختاره هو لأن كان مخيرا فى جهات قضائه نعم إن أبى استأجر عليه الحاكم أو أجبره عليه و أما إذا كان معيناً للمالك الفسخ فإن اختار البقاء و انقضت المده و لم يعمل انفسخت المساقاة بنفسها (قوله) (و لو اختلفا فى قدر حصه العامل قدم قول المالك مع اليمين)

عند علمائنا كما فى التذكرة و هو مذهب الأصحاب كما فى جامع المقاصد و فى (التذكرة) أيضا أن القول قول المالك عندنا سواء كان قبل ظهور الثمره أو بعدها و هو الذى استقر عليه رأيه فى المبسوط و به جزم فى الخلاف و الغنى و السرائر و التذكرة و التحرير و المختلف و غيرها لأن الأصل كله للمالك فالعامل يدعى تلك الزيادة و المالك ينكر ذلك فيكون القول قوله مع يمينه مع عدم البيئه (و قال الشيخ فى المبسوط) فى أول كلامه أنهما يتحالفان و فى (جامع المقاصد) أن له وجهاً لأن أصله استحقاق المالك الجميع انقطعت بعقد المساقاة المتفق عليه إذ ليس وقوعه على وجه دون وجه بأصل و كل واحد منكر لما يدعيه الآخر و لأن العامل منكر لاستحقاق عمله فى مقابله الأقل من الحصه (قلت) فيه أن الأصل عدم خروج المال عن مالكه إلا بقوله و هو أصل أصيل دل عليه الخبر كما مر فيكون وقوع العقد على وجه دون وجه أصلا و قد تقدم فى باب الجعالة و الإجارة ما له نفع فى المقام (قوله) (و كذا لو اختلف فيما تناولته المساقاة من الشجر)

فإنه يقدم قول المالك يمينه عندنا كما فى التذكرة و به صرح فى التحرير و جامع المقاصد و وجهه يظهر مما مر

(قوله) (و لو كان مع كل منهما بينة قدم بينة الخارج)

أى العامل عندنا كما فى التذكرة و به صرح فى الخلاف و الغنية و الشرائع «١» و التحرير و المختلف و جامع المقاصد (و قال فى المبسوط) و إن كان مع كل واحد منهما بينة تعارضتا و رجعنا على مذهبنا إلى القرعة و عند المخالف تسقطان و منهم من قال تستعملان و كيف تستعملان فيه ثلاثة أقوال (أحدها) الوقف (و الثانى) يقرع (و الثالث) يقسم و لا وقف هنا و لا قسمة لأنه عقد فليس فيه إلا القرعة و هل يحلف من خرج اسمه الصحيح أنه لا يحلف و الأحوط أنه يحلف و قد أنكر عليه فى السرائر وجود التعارض و قد بينا فى باب المزارعة وجود التعارض عند الشيخ لأن كلا منهما داخل و ذو يد عنده لأن النماء تابع للعمل و الأصل و قضية التعارض كذلك القسمة و لما لم تمكن التجأنا إلى القرعة و لو كان أحدهما داخلا و الآخر خارجا عنده لقال بتقديم بينة الداخل على مختاره و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب المزارعة فلا بد من مراجعته و لم يذكر المصنف ما إذا أقام أحدهما بينة دون الآخر و قضية المعروف بينهم أن المالك إذا أقامها لا تقبل لأنه منكر لكن سيأتى للمصنف فيما إذا كان العامل اثنين و شهد أحدهما على صاحبه للمالك أنه تقبل شهادته و قضيته أن بينة تسمع من طرف المالك و به صرح فى المبسوط و التحرير و التذكرة بل فى الأخير أنه لو أقام أحدهما بينة حكم بها إجماعا فيكون الإجماع مخرجا للمسألة عن القاعدة لكن المصرح بذلك قبله الشيخ فى المبسوط فقط و ظاهر الغنية و السرائر إنكار ذلك بل قد يكون ذلك صريحهما

(قوله) (و لو

(١) و السرائر خ ل.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٤

و لو صدقه أحد المالكين خاصة أخذ من نصيبه ما ادعاه (١) و قبلت شهادته على المنكر (٢) و لو كان العامل اثنين و المالك واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت (٣) و لو استأجره على العمل بحصة منها أو بجمعها بعد ظهورها و العلم بقدر العمل جاز و إلا فلا (٤)

صدقه أحد المالكين خاصة أخذ من نصيبه ما ادعاه (١) كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه لو كان المالك اثنين و وقع الاختلاف فى قدر الحصة فصدق أحد المالكين العامل فيما ادعاه نفذ فى حقه فيؤخذ من نصيبه ما ادعاه العامل (قوله) (و قبلت شهادته على المنكر)

كما فى المبسوط و ما ذكر بعده عدا التذكرة فإن فيها أنه لا تقبل شهادته لأنه شريكه (و فيه) نظر ظاهر و لعل فى عبارتها سقطا و معنى العبارة أن المصدق للعامل من المالكين إذا شهد له فيما ادعاه و كان أهلا للشهادة قبلت شهادته على المنكر لانتفاء المانع لانتفاء التهمة و إن لم يكن عدلا أو كان و لم يشهد فالحكم فيه كما لو كان العامل (المالك خ ل) واحدا و كذا لو شهد المصدق للمكذب على العامل قبلت شهادته إن قلنا بسماع البينة من طرف المالك

(قوله) (و لو كان العامل الاثنين و المالك واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت)

كما فى التحرير و هو قضية كلام المبسوط و التذكرة حيث قال لو أقام أحدهما بينة حكم بها كما تقدم آنفا و فى (جامع المقاصد) أن فى قبولها من طرف المالك نظرا لكن فى التذكرة الإجماع على ذلك فحيث كانت المسألة إجماعية اندفع الإشكال انتهى و أنت قد عرفت الحال فى ذلك و وجه قبولها انتفاء التهمة و قد يقضى قوله فى التذكرة بعدم قبول شهادة أحد المالكين للعامل لأنه شريك بعدم القبول هنا

(قوله) (و لو استأجره على العمل بحصة منها أو بجمعها بعد ظهورها و العلم بقدر العمل جاز و إلا فلا)

الأصل في ذلك قوله في المبسوط و متى استأجره على أن له سهما من الثمرة في مقابلة عمله فإن كان قبل خلق الثمرة فالعقد باطل و إن كانت مخلوقة فإن كان بعد بدو صلاحها فاستأجره بكلها بشرط القطع صح و إن استأجره بسهم غير مشاع لم يصح لأنه أطلق و إطلاقها لا يصح بالعقد و إن كان بشرط القطع لم يصح لأنه لا يمكن أن يسلم إليه ما وقع عليه العقد إلا بقطع غيره و هذا يفسد العقد فانتهض الجماعة لتحريره فوافقوه على البطلان و عدم الجواز إذا استأجره بجزء منها قبل ظهورها بل في المسالك الإجماع على ذلك و في (الكفاية) نسبتته إلى الأصحاب و وجهه في التذكرة بما حاصله من أن عوض الإجارة يشترط فيه الوجود و المعلوماتية و هما منفيان هنا و إنما جاز ذلك في المساقاة على خلاف الأصل للنص و الإجماع و إمساس الحاجة و خالفوه فيما إذا كانت موجودة و استأجره بكلها أو بعضها و قد بدا صلاحها فإنهم جوزوه و إن لم يشترط القطع كما صرح بالأمرين في التذكرة و كذا الكتاب لأنه يلزمه ذلك بالأولوية و بالأول في الشرائع و بالثاني في التحرير و بالأولى أن يجوزه في الأول بل جوزوا استئجاره بها كلها أو بعضها بعد ظهورها و قبل بدو صلاحها مع اشتراط القطع صرح به في الشرائع و التحرير و التذكرة و ظاهر الأخير الإجماع عليه في البعض بشرط القطع حيث قال عندنا بل صريح المسالك و ظاهر الكتاب و قضية كلام جامع المقاصد أنه يصح بها كلها أو بعضها حينئذ و إن لم يشترط القطع و كلامهم هنا مبني على كلامهم في البيع فمن جوز هناك بيع الثمرة بعد ظهورها و قبل بدو صلاحها سواء شرط القطع أم لا جوزه هنا و هو خيرة تسعة عشر كتابا و من منع إلا بشرط القطع أو الضميمة أو الزيادة عن عام أو مع الأصل و هم الأكثر كما قيل و قد حكي عليه الإجماع جماعة منع هنا و قد استند في المبسوط هنا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٥

و الخراج على المالك إلا أن يشترطه على العامل أو عليهما (١) و ليس للعامل أن يساقى غيره (٢)

في المنع بشرط القطع فيما إذا استأجره بالبعض بعد بدو الصلاح إلى ما سمعته من عدم إمكان تسليمه لأنها تصير حينئذ مشتركة تمنع من شرط القطع لتوقفه على إذن الشريك و قد لا يحصل فيتعذر التسليم فخلاف الشيخ فيما إذا كان بعد بدو الصلاح و قد حكاها في الشرائع فيما إذا كان بعد الظهور و قبل البدو و لعله لأنه يلزمه ذلك بالأولوية و أجابوا عن دليل الشيخ بإمكان القطع و التسليم بالإذن كما في كل مشترك فإن امتنع فيأذن الحاكم فلو كان الاستئجار حينئذ بكل الثمرة فلا إشكال كما في المسالك لانتفاء المانع و لهذا اتفقوا عليه و يلزم الأكثر أن يقولوا بالجواز مع الضميمة و لا تغفل عن قوله في المبسوط غير مشاع هذا و قد خلت عباراتهم عن العلم بقدر العمل كما خلت عبارة الكتاب و غيرها عدا التحرير عن نعت الحصنة بكونها معلومة و الكل مراد لإطباقهم على أنه لا بد في الإجارة من العلم بالعوضين (و بقي هنا شيء) و هو أنه قد يقال إن هذا من باب ما لو استأجره لطحن الحنطة بجزء منها و إرضاع العبد بجزء منه و قد تقدم أن في الصحة خلافا و إشكالا و يجاب بأنه ليس من ذلك لأن الأصل في المساقاة ملاحظة الأصل فقد لا يكون العمل في الثمرة ملحوظا أصلا أو يكون تابعا بخلاف الطحن و الإرضاع على أن الأصح هناك الصحة

(قوله) (و الخراج على المالك إلا أن يشترطه على العامل أو عليهما)

قد تقدم الكلام في ذلك في المزارعة مسبقا محررا

(قوله) (و ليس للعامل أن يساقى غيره)

كما في الشرائع و التذكرة و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و الكفاية و قد يفهم ذلك من المبسوط و يلوح منه في مسألة ما إذا هرب العامل و قد وجهه في الشرائع بأن المساقاة إنما تصح على أصل مملوك و هو خلاصة ما في جامع المقاصد و لعله إليه أشار بقوله في التذكرة لأنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره و زاد أنه إنما أذن له خاصة و استأمنه دون غيره و قضية هذا أنه إذا فهم الإذن من المالك جاز (و قد يقال) إنه يرد على ما في الشرائع ما إذا ظهرت الثمرة و بقي فيها عمل يحصل به زيادة فإن كلامه قد يقضى بجواز المساقاة حينئذ لأن المساقاة على الأصل لأجل نمائه (إلا أن تقول) إنه

يقول إن المدار على ملك الأصول و هي حينئذ ليست مملوكة له فالشرط مفقود و لا ينفعه ملك النماء (و فيه) أنه بناء على ذلك لا فرق بين المساقاة و المزارعة حيث يكون مالكا للأرض بل قد عرفت أن ظاهر جماعة و صريح بعضهم أن ملك الأرض في المزارعة شرط في صحتها بل في حقيقتها فكيف جازت هنا مزارعة الغير و امتنعت هناك إلا أن تفرق بينهما بأن المقصود بالذات في المساقاة الأصل و الثمرة معا فلا تقع إلا من المالك و المقصود في المزارعة بالذات إنما هو الزرع و الأرض لا يقصد فيها عملها بالذات و حرثها و تسميدها مقصودان فيها تبعا للزراعة فقد تحصل أنا إن قلنا بأن ملك الأرض ليس شرطا في صحة المزارعة كان الفرق واضحا إلا حيث تكون الأرض مملوكة فلا بد من التزام الفرق حينئذ بالذات و التبعية و كذا على القول باشتراط كونها مملوكة (و يبقى الكلام) في تسليم هذا الفرق و في مجمع البرهان أنه غير مسلم قال نعم لا- بد في المساقاة من أصول مأذون في العمل بها فيجوز مع الإذن بالإنقاص و المساوى دون الزائد لعموم الأدلة و عدم المانع إذا فهم الإذن من المالك (قلت) و لعله لذلك ترك ذكر ذلك معظم الأصحاب مع تصريحهم في المزارعة بجواز المشاركة و المزارعة فلعلهم أحالوا ما هنا على ما هناك و لم يتعرض أحد لذكر المشاركة هنا مع أنا لا نجد منها مانعا بمعنيها أصلا و لا سيما إن قلنا إنه لا يجوز له تسليم النخل و تمام الكلام في المسألة و أدلتها و أطرافها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٦

و لو دفع إليه أرضا ليغرسها على أن الغرس بينهما فالمغارسه باطله (١) سواء شرطا للعامل جزءا من الأرض أو لا (٢) و الغرس لصاحبه و لصاحب الأرض إزالته و أجره أرضه لفوات ما حصل الإذن بسببه و عليه أرش النقص بالقلع (٣)

في باب المزارعة

(قوله) (و لو دفع إليه أرضا ليغرسها على أن الغرس بينهما فالمغارسه باطله)

بإجماعنا و موافقه أكثر العامة كما في جامع المقاصد و بالإجماع كما في مجمع البرهان و عندنا و عند أكثر العامة كما في التذكرة و المسالك و عند الأصحاب كما في الكفاية و بطلان المغارسه قضية كلام المبسوط و السرائر في مسألة الودى و به صرح في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و قد يستنبط ذلك و يستفاد من أكثر ما بقى كالكافي و فقه القرآن و الغنية و الوسيلة و جامع الشرائع و النافع و التبصرة من الشروط و التعريف و ليس في البعض الآخر إشارة إلى ذلك و لا- تلويح كالمقنعة و النهاية و المراسم و غيرها و ظاهر مجمع البرهان التوقف في البطلان لو لا الإجماع لمكان العمومات و كذا الكفاية و المفاتيح بل في الأخير نسبته إلى القيل و حجة معظم أن عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع و هي منتفیه هنا مع ما سمعته من دعوى الإجماع

(قوله) (سواء شرط للعامل جزءا من الأرض أو لا)

كما صرح به جماعة و هو قضية إطلاق الباقيين و كذلك لا فرق بين أن يكون الغرس من العامل كما طفحت به عباراتهم جميعا و بين أن يكون من مالك الأرض كما هو الظاهر من كلام المبسوط و السرائر في مسألة أقسام الودى و به صرح في التذكرة و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الوجه في الكل ظاهر بعد تصريحهم بالبطلان إذا شرطت الشركة في الأصول

(قوله) (و الغرس لصاحبه و لصاحب الأرض إزالته و أجره أرضه لفوات ما حصل الإذن بسببه و عليه أرش النقص بالقلع)

كما صرح بالأحكام الأربعة في الكتب التسعة المذكورة في أول المسألة مع زيادة مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح (أما الأول) فلمكان البطلان (و أما الثاني) فلائنه غير مستحق للبقاء (و أما الثالث) (فلائنها ظ) لم تبذل مجانا بل بحصة لم تسلم له كما أشار إليه المصنف (و أما الرابع) فلصدوره بالإذن فليس بعرق ظالم (و قال في المسالك) لم يفرق الأصحاب في إطلاق كلامهم بين العالم

البطلان والجاهل بل تعليلهم مؤذن بالتعميم ولا يبعد الفرق بينهما وأن لا أجره لصاحب الأرض مع علمه ولا أرش لصاحب الغرس (أما الأول) فللاذن فى التصرف فيها بالحصه مع علمه بعدم استحقاقها (و أما الثانى) فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه و يمكن دفعه بأن الأمر لما كان منحصرًا فى الحصه أو الأجره لم تكن الإذن من المالك تبرعا فله الأجره وإن الغرس لما كان بإذن المالك و إن لم يكن بحصه كان عرقه غير ظالم فيستحق الأرش انتهى و قد وافقه على أن كلامهم مطلق الكاشانى و حكاه عنه برمته فى الكفايه ساكتا عليه و فى (مجمع البرهان) نفى البعد عن الفرق (و نحن نقول) إن المتبادر من كلامهم أنما هى (هو خ ل) صورة الجهل بالبطلان و تعليلهم ظاهر فى ذلك حيث قالوا لفوات ما حصل الإذن بسببه كما فى الكتاب و التذكرة و فوات ما عمل لأجله كما فى جامع المقاصد و من البعيد أن يريد فى المسالك تعليلهم البطلان بأن العقود توقيفيه و إن أراد فلا دلالة فيه على مراده و ستسمع تعليلهم وجوب طم الحفر و تسوية الأرض و قد يدفع ما دفع به فى المسالك أن هذه الإذن لا عبره بها لأنها إنما صدرت فى ضمن المغارسة الباطلة فيكون العامل قد تبرع بالعمل و وضع الغرس بغير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٧

و لو دفع قيمة الغرس ليملكه أو الغارس قيمة الأرض ليملكها لم يجبر الآخر عليه (١) و لو ساقاه على الشجر و زارعه على الأرض المتخللة بينهما فى عقد واحد جاز بأن يقول ساقيتك على الشجر و زارعتك على الأرض أو عاملتك عليهما بالنصف و لو قال ساقيتك على الأرض و الشجر بالنصف جاز لأن الزرع يحتاج إلى السقى و لو قال ساقيتك على الشجر و لم يذكر

حق و به فارق المستعير للغرس لأنه موضوع بحق و إذن صحيحه شرعا بخلاف هذا الغرس كما صدع به فى الروضة و منه يعلم حال المالك إلا أن تقول إنه لو تم ذلك لقضى بعدم أجره المثل فى الإجارة الفاسده و نحوها و فيه نظر ظاهر لمكان العلم هنا فتأمل و قد تقدم الكلام فى الإجارة الفاسده مسبقا و يأتى فى المضاربه محررا و يحتمل أن يكون لكل منهما أقل الأمرين من أجره المثل و الحصه كما مر مثله ثم عد إلى الأرش فى (جامع المقاصد) أنه تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره و مقلوعا و هو خيره الروضة و مجمع البرهان و قال فى جامع المقاصد و يحتمل تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره مستحقا للقلع بالأرش و مقلوعا و قد اختار هذا فى المسالك و قال إنه المعقول من أرش النقصان لأن استحقاقه للقلع بالأرش من جمله أوصافه (و فيه) أنه لا يخلو عن دور لأن معرفة الأرش فيه متوقفه على معرفته حيث أخذ فى تحديده و الظاهر أن القيمة لا تختلف باعتباره فتأمل جيدا و عن فخر الإسلام أنه تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع بالأرش و مقلوعا (و فيه) مع ما عرفت ترك وصف القيام بأجره و أوهن شىء احتمال تفاوت ما بين كونه قائما مطلقا و مقلوعا إذ لا حق له فى القيام كذلك و قد تقدم لنا فى باب المزارعه عند قوله و لو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فى الأرش ما له نفع فى المقام (و قال فى جامع المقاصد) و هل يجب عليه طم الحفر و تسوية الأرض و أرش الأرض لو نقصت و قلع العروق لا- أعلم بذلك تصريحًا و الذى يقتضيه النظر وجوب ذلك و هو خيره المسالك و مجمع البرهان و الكفايه لأن الإذن أنما صدر على تقدير تملك الجزء من الغرس و لما فات وجب ضمان كل ما فات بسببه من منفعة الأرض و فوتها و لما لم يكن شغل الأرض به باستحقاق وجب تفرغ الأرض منه و طم الحفر الحاصله بسببه و هكذا ينبغى أن يكون الحكم فى الإجارة الفاسده للبناء و الغرس و ما جرى هذا (المجرى ظ) و فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفايه لو أن مالك الغرس قلعه ابتداء وجب عليه الطم و التسوية و فى الأول أنه لا بحث فيه لأنه أحدث ذلك فى ملك الغير لتخليص ملكه

(قوله) (و لو دفع قيمة الغرس ليملكه أو الغارس قيمة الأرض ليملكها لم يجبر الآخر عليه)

كما صرح بالأمرين فى جامع المقاصد لأن الناس مسلطون على أموالهم و المعاوضة مشروطة بالتراضى و قد صرح بالأمر الأول فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعمه و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفايه لما ذكرنا و قد صرح فى هذه الكتب التسعة أنه لو دفع الغارس الأجره لم يجبر صاحب الأرض على التبقية لما قلناه و كذا لو رضى صاحب الأرض بالأجره لم يجبر الغارس

عليها كما في جامع المقاصد و ظاهر كلام المصنف في المزارعة في مثله أن الزارع يجبر على الإبقاء بالأجرة إذا رضى المالك بذلك و الشيخ ذهب إلى مثل ذلك في المستعير و ذهب إلى مثله في الغاصب و لعله لذلك تركه الجماعة فتأمل (قوله) (و لو ساقاه على الشجر و زارعه على الأرض المتخللة بينها في عقد واحد جاز بأن يقول ساقيتك على الشجر و زارعتك على الأرض أو عاملتك عليها بالنصف و لو قال ساقيتك على الأرض و الشجر بالنصف جاز لأن الزرع مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٨

الأرض لم يجز له أن يزرع (١) و كل شرط سائغ لا يتضمن الجهالة فإنه لازم (٢)

[المقصد الرابع في الشركة و فيه فصلان]

إشارة

(المقصد الرابع في الشركة) و فيه فصلان

[الفصل الأول في الماهية]

إشارة

(الأول) الماهية و هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع (٣)

يحتاج إلى السقى و لو قال ساقيتك على الشجر و لم يذكر الأرض لم يجز أن يزرع) قد تقدم الكلام في هذه المسائل الثلاث في أواخر باب المزارعة مشبعا محررا و بينا هناك أن ظاهر كلامه هنا في الأولى يعطى بأنه لا بد من تقديم المساقاة و أن ظاهر التذكرة الإجماع على العدم و بينا أنه في الثانية رجع عن الإشكال هناك إلى الجزم و استوفينا الكلام أكمل استيفاء

(قوله) (و كل شرط سائغ لم يتضمن جهالة فإنه لازم)

قد تقدم له مثل هذه العبار في أوائل باب المزارعة و استوفينا في ذلك الكلام و بينا هناك اختلاف كلامي جامع المقاصد و أنه لا وجه لمناقشته هنا و قد وفق الله بفضلته و إنعامه فله الحمد و له الشكر لإتمامه في ليلة عيد الفطر عند نصفها سنة ألف و مائتين و أربعين و عشرين على يد مصنفه الأقل الأذل الراجي عفو ربه الغني محمد الجواد الحسيني الحسنى العاملى و الحمد لله كما هو أهله و صلى الله على محمد و آله المعصومين الذين أذهب عنهم الرجس و طهرهم تطهيرا عجل الله ظهورهم

(بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين) الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه محمد و آله الطاهرين و رضى الله عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن رواتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة سهل بمنه و إحسانه إتمامه على يد مؤلفه الأقل الأذل الراجي عفو ربه الغني محمد الجواد الحسيني الحسنى العاملى عامله الله بلطفه الجلى و الخفى

(قوله) (المقصد الرابع في الشركة) (و فيه فصلان الأول الماهية و هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع)

قد عرفت بذلك في الشرائع و النافع و التذكرة و الإيضاح و شرح الإرشاد لولد المصنف و المهذب البارع و الروض و خلت بقیة كتبهم عنه فوصفه بأنه المشهور في مجمع البرهان لعله لأنه المتبادر منه لغة و عرفا فما ذكر فيه أنها عقد أو عرفت فيه بأنها عقد الخلاف و المبسوط و الكافي و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و شرح الإرشاد لولد المصنف و المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و الرياض و في الأربعة الأخيرة أن للشركة معنيين (الأول) ما

ذكرناه أولاً (و الثاني) أنه عقد ثمرته تصرف الملاك للشئ الواحد على سبيل الشيع و هو أى كونه عقداً قضيةً كلام أبى على و علم الهدى و أبى الصلاح و ولد المصنف كما يأتى فيما إذا تفاضل المالكان و قضيةً كلام النهاية و الكتاب و اللعنة و التنقيح و غيرها حيث يبحثون عن الإذن فى التصرف و الأركان و الصحة و البطلان بل فى الغنية و التحرير و كذا التذكرة و المختلف الإجماع على أنه عقد جائز صحيح و قد نسب فى الإيضاح إلى المبسوط و الخلاف أنه يقول إنها ليست عقداً عند الكلام على مسألة ما إذا تفاضل المالكان و لم نجده له أصلاً فى الخلاف و لا فى المبسوط و الموجود فى الكتابين ما حكيناه و ظاهر كلام السرائر فى المسألة المذكورة أنها ليست عقداً مع أنه قد صرح من قبل بأنها عقد جائز من الطرفين و فيها أيضاً و فى (الغنية) الإجماع على أن من شرط صحة الشركة الإذن فى التصرف و هذا نص أو كالتص فى أنها عقد و نحو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٨٩

.....

ذلك إجماع الخلاف كما ستعرف ذلك كله و ظاهر الإيضاح فى المسألة المذكورة أن تسميتها عقداً مجاز لأنها أذن كل واحد للآخر و ستعرف الحال (و قال فى مجمع البرهان) بعد أن عرفها بأنها اجتماع حقوق الملاك إلى آخره قال إن كون الشركة مطلقاً عقداً محل التأمل فإن سببها قد يكون إرثاً و قد يكون مزجاً و قد يكون حيازةً نعم قد يكون أيضاً عقداً بأن اشترى بعض حيوان ببعض حيوان آخر فصارا كلاهما مشتركين و هما شريكان و ليس فى شئ منها الشركة التى هى عقد ففى كونها عقداً مسامحةً فإن الشركة هى الاجتماع المتقدم فلا معنى لكونها عقداً و جائزاً نعم البقاء على حكمها أمر جائز بمعنى أنه لا يجب الصبر على الشركة بل يجوز رفعها و إبقاؤها فكأنهم يريدون بالعقد معنى آخر للشركة غير ما تقدم و بالجائز أنه إذا أذن للتجارة و غيرها لا يلزم ذلك بل يجوز منعه و طلب القسمة و قال قد ادعى فى التذكرة إجماع علمائنا على أنها تجرى فى العروض و الأثمان و أنها لا تصح بدون مزج المالكين و هذا لا يحتاج إلى عقد و لا إلى عاقد و لعل مرادهم غير تلك الشركة بل هى باعتبار الأحكام المترتبة عليها من جواز التصرف و التجارة و حصول الربح و غيرها و قال قال فى التذكرة المقصود فى هذا المقصد البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة و تحصيل الربح و الفائدة فيمكن أن يوجد تعريف آخر للشركة و تكون هذه الأركان و الأحكام لها دون التى عرفت بالتعريف المشهور فكان المراد بها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك فى مال نفسه و غيره و حينئذ يحتاج إلى عقد و هو لفظ بل أمر دال على الإذن فى ذلك بأى وجه كان بحيث لا- يحتتمل غيره حقيقةً أو مجازاً و لا يحتاج إلى قبول لفظى و المقارنة كما فى سائر العقود لأنه توكيل و إذن فى التصرف ففى عده من العقود مسامحةً و قال قال فى التذكرة فلا يصح التصرف إلا بإذنهم و إنما يعلم الرضا و الإذن باللفظ الدال عليه فاشتراط اللفظ الدال على الإذن فى التصرف و التجارة فيه تأمل لأن العلم بالإذن و الرضا ليس منحصرًا فى اللفظ بل يعلم بالإشارة و الفعل و الكتابة و هو ظاهر فكأنه يريد اللفظ و ما يقوم مقامه انتهى ما أردنا نقله من كلامه (و قال فى الرياض) لا خلاف (فى) المعنيين و إنكار بعض المتأخرين للثانى بناء على عدم الدليل على كونها عقداً مع مخالفته الإجماع مضعف بدلالة ثمرته من جواز التصرف المطلق أو المعين المشروط على ذلك بناء على مخالفتها بقسميها سيما الثانى الأصل لحرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه فيقتصر فيها على القدر المتيقن و هو ما دل عليها صريحاً من الجانبين كما نبه عليه فى التذكرة و عليه يصح إطلاق لفظ العقد عليه و أما الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها أو الألفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه و على فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص مع عدم دلالتها عليه أصلاً فلا ريب فى مغايرة هذا المعنى للأول أيضاً لحصول الأول بامتزاج المالكين قهراً من دون رضا المتشاركين و هو غير الامتزاج مع الرضا به و بالتصرف فى المالكين مطلقاً أو مقيداً على حسب ما يشترطه فإنكاره رأساً فاسد جداً و لا ينافى التغير دخول الثانى فى الأول دخول الخاص فى العام و أنه من أفراده لتغيرهما فى الجملة قطعاً و هو كاف فى أفراد الخاص عن العام فى الإطلاق انتهى و فى بعض كلامه نظر كما سيظهر ذلك ثم إنه إن أراد ببعض المتأخرين

مولانا المقدس الأردبيلي فقد عرفت أنه لم ينكر ذلك رأساً وإنما أنكر كون المعنى المشهور بأقسامه عقداً وأقصى ما في كلامه الثاني أن حالها حال العقود الجائزة في الاكتفاء بما يدل على المراد كالوكالة ونحوها ولم يدع أنه مستفاد من النصوص وقد سمعت كلامه برمته وإنما في كلامه نظر من وجه آخر كما سيظهر نعم قد وقع ذلك كله لصاحب الحدائق لكن لا ينبغي التعرض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٠

.....

لكلامه لأنه لم نجر عادة أصحابنا بنقل كلام الأخباريين على أنه خبط في المقام خبطاً وذلك لأنه قد أخذ ما اعترض به عليه صاحب الرياض من المولى الأردبيلي وسلك به ما أشار إليه في الرياض وقال إنه لا يشم للمعنى الثاني من الأخبار رائحة بالمرّة مع أنها ظاهرة في الشركة الاختيارية حيث قيل فيها اشتركا بأمانه الله عز وجل ويشارك في السلعة ويشارك الذمي ويرشد إليه أنه قال في التحرير إنها عقد صحيح بالنص والإجماع وجعل قوله في التذكرة الثاني الصيغة التي قد صرح فيها بأنها عقد مراراً متعددة أنه ما أراد العقد وإن عبر عنه بلفظ الصيغة الموهمة له وقال إن مثل كلام التذكرة كلام اللمعة والشرائع وقال إن المفهوم من كلام الفضلاء يعني المحقق والمصنف والشهيد أنه لا يستفاد من الشركة أزيد من المعنى الأول وأنه يتوقف التصرف بعد حصول هذه الشركة على الإذن وإن لم تدخل في باب العقود فما ندري عن أيها نغضى أ عن الذي ادعاه على الأخبار أم ما ادعاه على التذكرة أم الذي ادعاه على الفضلاء مضافاً إلى الذي حكاه عنه صاحب الرياض (و تحرير المقام) أن الشركة بالمعنى المشهور أعنى اجتماع حقوق الملاك إلى آخره لا- توصف بالصحة والبطان لأنه لا مدخل له في الحكم الوضعي لأنه إما أن يتحقق هذا التعريف أو لا فإن لم يتحقق لم يثبت وإن تحقق ثبت سواء كان بعقد أو بغير عقد كما لو تعدى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر قهراً أو تعدى أجنبي كذلك فلا يمكن وقوعها على وجهين صحيح وباطل وإنما توصف بالصحة والبطان بالمعنى الثاني باعتبار الإذن في التصرف لكل واحد من الشريكين من الآخر أو لأحدهما دون الآخر نعم توصف بالصحة والبطان باعتبار المعنى الأول باعتبار ما يترتب عليها من الأحكام فيتعاقدان بعد حصول الامتراج ولو قهراً فيقول كل منهما للآخر قد أذنت لك في التصرف مطلقاً أو في ذلك التصرف الخاص فيقبل الآخر قولاً أو فعلاً أو يقول أحدهما للآخر من دون أن يقول له الآخر ذلك كما هو الشأن فيما إذا مزج المالكين ابتداءً وعقداً على ذلك وتعتقد بما إذا قالوا تشاركتنا على أن نتصرف أو نتصرف كذا أو قال أحدهما شاركتك على أن نتصرف تصرفاً مطلقاً أو معينا فيقبل الآخر وقد تأمل فيما يأتي في جامع المقاصد فيما إذا قال تشاركتنا فقال قبلت فقوله في مجمع البرهان إنه توكيل وإن عده عقداً مسامحةً ليس في محله كقوله في الإيضاح إنها عقد مجاز وقد قال في المختلف لا خلاف في صحة عقد الشركة وإنه قائم بنفسه وليس فرعاً على غيره وقد سمعت إجماع الغنية والتحرير والتذكرة (١) ومما ذكر يعلم حال ما في الرياض وكأنه فيه عول فيما حكاه عن التذكرة على الحدائق قال نبه عليه في التذكرة (وقال في المسالك) بعد أن ذكر المعنيين الأول والثاني لقد كان على المصنف يعني المحقق أن يقدم التعريف الثاني لأنه المقصود بالذات أو ينبه عليهما على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتيهما وأحكامهما (وقال في جامع المقاصد) في قول المصنف فيما بعد وأركانها ثلاثة إن الضمير يعود إلى الشركة التي تقدم تعريفها وهو يتناول الشركة التي ليست بعقد ولا قصد فإن كان غرضه البحث عن الشركة التي هي عقد فحقه أن يعرفه وإن كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه أن يقيد قوله وأركانها ثلاثة ونحو ذلك ما في مجمع البرهان (ونحن نقول) إن الأمر أوضح من أن يحتاج إلى بيان لأن الشركة الحقيقية هو اجتماع حقوق الملاك وأما الأحكام فتترتب على الإذن في التصرف في المال المشترك كما بينا وذلك عقد جائز وله أركان ثلاثة فكلامهم مبني على أن المقصود واضح لمكان عددهم الشركة في العقود واجتماع حقوق الملاك في تعريف الكتاب وغيره بمنزلة الجنس الشامل لاجتماعهما على سبيل التمييز (٢) وغيره والمراد بالوحدة

(١) و يمكن تأويله كما يأتى بيانه (منه)

(٢) كما لو جمعوا مالهم مع تمييز بعضه و وضعوه فى مكان واحد و نحو ذلك (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩١

و المحل إما عين أو منفعة أو حق و سبب الشركة قد يكون إرثا أو عقدا أو مزجا أو حيازة بأن يقتلعا شجرة أو يغترفا ماء دفعة بآنية (١)

الوحدة الشخصية لا الجنسية و لا النوعية و لا الصنفية لعدم تحقق الشركة فيها مع تعدد الشخص و بالواحد الواحد فيما هو متعلق الشركة فلا- ينافيه التعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور فى كل فرد من أفراد المتعدد و خرج بقوله على سبيل الشيعاء اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد المركب من أجزاء متعددة كالبيت مثلا إذا كان خشبه لواحد و حائظه لآخر و أرضه لثالث و للشهيد كلام فى المقام «١» قد ناقشوه فيه و ما أنصفوه كما بيناه فى الحاشية و قد صدع بذلك فى آخر كلامه فى المسالك و لا يشمل التعريف شركة الأبدان و الوجوه و لا ضرر فيه لأنه تعريف للشركة الصحيحة عندنا و الظاهر من كلام الأصحاب كما يأتى عدم اشتراط عدم التمييز فى نفس الأمر بل يكتفون بعدمه ظاهرا و إن حصل التمييز فى نفس الأمر بل قد حكى فى التذكرة الإجماع على حصول الشركة بمزج العروض و الأثمان مزجا لا يتميز معه المالان بل هو ضرورى كما ستسمع و هذا ينافى قولهم فى التعريف على سبيل الشيعاء إذ المتبادر منه أن لا- يفرض جزء إلا- و فيه حق لهما فلا بد أن يراد بالإشاعة فى التعريف عدم التمييز المطلق لأن الناس فى الأعصار و الأمصار لا يزالون يتشاركون فى الأثمان فيكون المراد بالشركة فى مثله حكم الشارع بأن هذا المال صار شركة لا أنه فى نفس الأمر كذلك و الشركة بفتح الشين و كسر الراء أو كسر الشين و سكون الراء حكى ذلك جماعة

(قوله) (و المحل إما عين أو منفعة أو حق و سبب الشركة قد يكون إرثا أو عقدا أو مزجا أو حيازة بأن يقتلعا شجرة أو يغترفا ماء دفعة بآنية)

فى المبسوط و السرائر أن الشركة على ثلاثة أضرب شركة فى الأعيان و شركة فى المنافع و شركة فى الحقوق فأما الشركة فى الأعيان فمن ثلاثة أوجه الميراث و العقد و الحيازة فأما الميراث فهو اشتراك الورثة فى الشركة و أما العقد فهو أن يملك جماعة ببيع أو هبة أو صدقة أو وصية و أما الشركة بالحيازة فهو أن يشتركوا فى الاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد و الاغنام و الاستقاء بعد خلطه و حيازته و أما قبل خلطه فلا- شركة عندنا بينهم لأن الشركة بالأبدان و الأعمال باطله كذا فى السرائر و أما الاشتراك فى المنافع فكالاشتراك فى منفعة الوقف و منفعة العين المستأجرة و أما الاشتراك فى الحقوق فمثل الاشتراك فى حق القصاص و حد القذف و حق خيار الرد بالعيب و خيار الشرط و حق المرافق من المشى فى الطرقات و ما أشبه ذلك و حرره المتأخرون كالمحقق و المصنف و الشهيدين و أبى العباس و المحقق الثانى و غيرهم فقيدوا الحيازة بما إذا كانت دفعة فإنها حينئذ تتحقق الشركة فى الجملة لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله و يختلف ذلك بالقوة و الضعف و لو اشتبه مقدار كل واحد فالصلح و تملك كل واحد ما بقى له عند الآخر بناء على جواز هبة المجهول له و فى (الروضة) لو جاز كل واحد شيئا من المباح منفردا عن صاحبه اختص كل بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنسبة الوكالة عن صاحبه فى تملك نصف ما يجوز و إلا- اشتركا أيضا على الأقوى فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب و قد لا توجه فى الدفعة و غرضه أن ذلك مما يقبل النيابة فإذا نوى أن يكون بينه و بين شريكه ملك شريكه نصفه و إن لم يعمل فكيف إذا عمل فإذا عملا كذلك حصل الاشتراك مع التعاقب فى كل من الصيدين (و فيه) أن الشركة فى هذا الصيد حصلت دفعة و فى الآخر كذلك لكنهما معا دخلا

(١) قال إن قيد الشيعاء لإخراج إجماع الحقوق فى الشىء الواحد بالشخص على البدل كمستحق الزكاة و الخمس و المجتمعين على معدن و نحوه ثم أورد على نفسه بأنها خرجت بالملاك و أجاب بأن المراد بالملك الاستحقاق حذرا من المجاز و الاشتراك و قد

حاول بذلك إدخال الشركة في مثل القصاص والخيار والشفعة و حد القذف إذ لو حمل المالك على معناه لخرجت هذه إن أريد بالملك المعنى الخاص و لو جعل مشتركا بينه و بين الاستحقاق لزم الاشتراك أو مجازا في الاستحقاق لزم المجاز فحملة على معنى الاستحقاق العام يدخل الأقسام و يسلم من الاشتراك و المجاز و ليس فيه إلا أن إطلاق الخاص و إرادة العام مجاز و فيه أن إطلاق الملك على الاستحقاق مجاز شائع مشهور لا يضر في التعريف أو هو حقيقة عرفية كما يقال فلان يملك عليه الشفعة و الخيار و الحد فإن كان الثاني فلا بحث و إن كان الأول فلا ضرر أيضا فإن المدار على ما يجوز في التعريف و هذا الفرد قد جاز لمكان شيوعه و إن كان نوعه غير شائع لأن كان إطلاق الخاص على العام ليس بشائع «حاشية» (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٢

[أقسامها أربعة]

إشارة

و أقسامها أربعة

[شركة العنان]

شركة العنان و هي شركة الأموال (١)

[شركة الأبدان]

و شركة الأبدان (٢)

على التعاقب فكان كلام الأصحاب هو الصحيح و أما إن الدفعة لا توجه فظاهر كما لو حاز كل واحد صيدا دفعة من دون نيابة و لهذا قيده بالتمثيل نعم يرد ذلك على من لم يمثل كالشهيد في اللمعة لكن الأمر أوضح من ذلك و زاد المتأخرون على ما في المبسوط المزج و هو واضح سواء كان اتفاقا أو اختيارا و استدركوا عليه التمثيل بالوقف و إنما وافقه عليه في الفقه الراوندى و التحرير لأنه إن كان على محصورين فالاشتراك في العين و إلا- فلا- اشتراك فليتأمل لأن الطرقات كذلك و قال بعض من تأخر يمكن الامتراج في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم ليتزين بها حيث تجوزه متميزة ثم امتزجت بحيث لا- تتميز فليتأمل و قد يظهر من المبسوط و الكتاب و غيرها أن الجميع يجرى في الجميع و ليس كذلك و قد تركوا بيانه لظهوره و لا ريب أن الاشتراك في العين و المنفعة و الحق يجرى في الإرث و العقد و أما المزج و الحيازة فلا يتحققان إلا في العين إلا على فرض استئجار الدراهم كما مر

(قوله) (و أقسامها أربعة شركة العنان و هي شركة الأموال)

شركة العنان جائزة بإجماع العلماء في جميع الأمصار كما في التذكرة و إجماع العلماء كما في مجمع البرهان كافة كما في إيضاح النافع و لا- خلاف بين المسلمين في صحة الشركة في الأموال كما في المسالك و نحوه ما في الغنية و السرائر و فيهما أيضا و في كشف الرموز و التنقيح الإجماع على ذلك و في (الانتصار) أن مما انفردت به الإمامية أن الشركة لا تصح إلا في الأموال و لا تصح

بالأبدان و النصوص بها مع ذلك مستفيضة و قد عرفها المصنف بالأعم و بذلك طفحت عبارات المتقدمين و قد عرفت فى التذكرة و كذا التحرير بأن يخرج كل مالا و يمزجها و يشترط العمل فيه بأبدانها و نحوه ما فى الغنية و السرائر و كذا المبسوط و قد اختلف فيما أخذت منه هذه اللفظة على أقوال ذكرها جماعة كثيرون لا حاجة إلى ذكرها (قوله) (و شركة الأبدان)

قد سمعت ما فى الإنتصار و هى باطله عندنا كما فى الخلاف و المبسوط و التذكرة و التحرير و إيضاح النافع و الروضة و فى (المفاتيح) قالوا و فى الكفاية أنه المعروف من مذهب الأصحاب و فى (الخلاف) أيضا أن عليه إجماع الفرقة و أخبارهم و قد سبق الإجماع أبا على و تأخر عنه كما فى المذهب و اتفقت الإمامية على بطلانها بعد ابن الجنيد كما فى الإيضاح و لا خلاف فى بطلانها من غير أبى على كما فى المسالك و فى (السرائر و كشف الرموز و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و جامع المقاصد) الإجماع على بطلانها فكأنهم أجمعوا على نقل الإجماع إذ هو محكى فى سبعة عشر كتابا أو أكثر كما سمعت و هو معلوم محصل قطعا لأنه قد صرح ببطلانها و أنها غير جائزة فى المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و سائر ما تأخر عنها إلى الرياض و إنما خلى عن ذلك المهذب و فقه الراوندى فالحجة على ذلك الإجماع و الأصل و خبر «١» الضرر و الضرر و أنه عقد شرعى يتوقف على الإذن فلا تصح إلى ما فى مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح من أنه لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع فإن كان و إلا فلا مانع و لا إلى ما حكى عن أبى على لأنه لا دليل لهم على الصحة إلا- عموم الأمر بالوفاء و الشروط و هو لا يجرى فى الباب لأنه من العقود الجائزة و مجرد التراضى لا يوجب اللزوم و الخروج عن الأصل و انتقال مال هذا و فائدة عمله إلى الآخر مع زيادة التفاوت بين العاملين و أقصى ما يفيد التراضى الإباحة بل قد لا يفيدها مع جهلهما

(١) كذا فى النسخة و كأن الصواب أو خبر أو أن لفظه بعد ساقطة قبل الإجماع فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٣

بأن يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بأيديهم تساوت الصنعة أو اختلفت (١)

[شركة المفاوضة]

و شركة المفاوضة (٢) و هى أن يشتركا فيما يتساويان من مال و يلتزمان من غرم بغضب أو بيع فاسد (٣)

[شركة الوجوه]

و شركة الوجوه (٤)

بالفساد و ندامتهما أو أحدهما و لهذا قالوا بعدم إفادة العقود الفاسدة مع الجهل بالإباحة مع حصول الرضا منهما نعم لو علما بالفساد و تشاركوا حاز لأنه أكل للمال بالإباحة لا بعقد الشركة فهو خارج عما نحن فيه و منه يعلم الحال فى شركة المفاوضة و الوجوه كما يأتى إن شاء الله تعالى

(قوله) (بأن يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بأيديهم تساوت الصنعة أو اختلفت)

لا فرق فيها بين أن يتفق عملهما نوعا أو قدرا أو يختلفا فيهما أو فى أحدهما و لا بين أن يعمل فى مملوك أو مباح و حكمها أنهما إن

عملا فلكل أجره عمله قل أو كثر إن تميز و مع الاشتباه فالصالح و إن عمل أحدهما فلا شيء للآخر فى أجره عمله
(قوله) (و شركة المفوضة)

باطلة إجماعا كما فى السرائر و الإيضاح و شرح الإرشاد لولد المصنف و المهذب البارع و التنقيح و جامع المقاصد و عندنا كما فى التذكرة و الروضة و إيضاح النافع و فى (المبسوط) أنه الذى يقتضيه مذهبنا و فى (المسالك) أنها باطلة إلا عند أبى حنيفة و مرشد و فى (الكفاية) أنه المعروف بين أصحابنا و فى (المفاتيح) قالوا و قد نص على ذلك فى الخلاف و المبسوط و الوسيلة و سائر ما تأخر عنها إلى الرياض و قد خلى عن ذلك المقنعة و الإنتصار و النهاية و المراسم و فقه الراوندى و المهذب و الحجة على ذلك بعد ذلك الأصل و الضرر و الغرر كما مر و أنه عقد يتوقف على الإذن و قد سمعت ما فى مجمع البرهان و الكفاية
(قوله) (و هى أن يشتركا فيما يكتسبان من مال و يلتزمان من غرم بغضب أو بيع فاسد)

المراد من هذه الشركة أنهما يلتزمان ما يكون عليهما من غرم و ما يحصل من غنم فيلزم كل منهما للآخر مثل الذى يلزم الآخر من أرش جنائية و ضمان غضب و قيمة متلف و غرامة ضمان و كفالة و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من ركاز و لقطه و يكتسبه فى تجارة و نحو ذلك و لا يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم و ثياب البدن و جارية يتسرى بها فإن الآخر لا يشاركه فيها و كذا يستثنى من هذه الشركة الجنائية على الحر و بذل الخلع و الصداق إذا لزم أحدهما و حكمها أن لكل منهما و عليه ما انفرد به و ظاهر العبارة قصر الاشتراك فى الغرم على الغضب و البيع الفاسد و ليس كذلك كما عرفت عند القائلين بها و لا يعجبني قوله فيتساويان كما فى بعض النسخ
(قوله) (و شركة الوجوه)

باطلة عندنا كما فى التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و إجماعا كما فى السرائر و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و المهذب البارع و التنقيح أيضا و جامع المقاصد و فى (الكفاية) أنه المعروف بين الأصحاب و فى (المفاتيح) قالوا و قد استثنى جماعة من هؤلاء من إجماعهم أبا على و قد نص على بطلانها و عدم جوازها فى الخلاف و المبسوط و الوسيلة و سائر ما تأخر عنها إلى الرياض و خلا عن ذلك الكتب الستة المذكورة آنفا و الحجة على بطلانها بعد الإجماع الأصل و الغرر و الضرر و أنه عقد يتوقف على الإذن و خلاف أبى على شاذ حيث جوز شركة الوجهين اللذين لا مال لهما ليشتريا فى الذمة إلى أجل فما يربحان بعد أداء الثمن فهو بينهما و هذا أشهر معانيها كما فى التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و قد سمعت ما فى مجمع البرهان و الكفاية و من لفظ كلام الرياض فى نقل الإجماعات عرف أنه تسامح تسامحا فاحشا قال و هذه الثلاثة بمعانيها باطلة بإجماعنا كما
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٤

و هى أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه (١) و الكل باطل سوى الأول (٢)

[أركانها ثلاثة]

إشارة

و أركانها ثلاثة (٣)

فى الغنية و الإنتصار و المختلف و التذكرة «١» و عن التنقيح و المهذب و المسالك و الروضة إذ لم يذكر فى الإنتصار شركة الوجوه و المفوضة و لم ينقل فى الغنية فيهما الإجماع و لا فى التذكرة فى شركة الوجوه ثم إن بعض ما نسب إليه الإجماع قال عندنا و قضيه

كلامه أنه لم ير المسالك و الروضة مع تقديم المتأخر و تأخير المتقدم

(قوله) (و هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه)

هذا أحد معانيها و قد تعطى العبارة الحصر في ذلك و قد ذكر لها في التذكرة و غيرها ثلاثة معان أخر أشهرها ما نسبناه إلى ابن الجنيد آنفا و الثالث أن يشترك وجيه لا مال له و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل و هو في يده لا يسلمه إلى الوجيه و يكون الربح بينهما و الرابع أن يتاع وجيه في الذمة و يفوض بيعه إلى خامل و يشترط أن يكون الربح بينهما و حكمها عندنا أن أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الآخر له أو مع قصد اختصاصه بالشراء فلا حق للآخر في الربح و إن وكله فاشترى لهما فهي شركة العنان

(قوله) (و الكل باطل سوى الأول)

كما تقدم بيانه

(قوله) (و أركانها ثلاثة)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و هو مراد للباقيين و إن خلت جميع عباراتهم عنه و المراد أن أركان الشركة التي هي عقد و هي الدائرة على ألسنة الفقهاء التي يقصد بها التجارة و الربح و الاستئناء كما تشهد به الأخبار مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام شاركوا من أقبل عليه الرزق فإنه أجلب للرزق و غيره (و قال في التذكرة) المقصود في الباب البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة و تحصيل الربح و الفائدة ففي العبارة نوع استخدام لأنه قد أراد بالضمير معنى و هو ما ذكرنا و بالظاهر معنى و هو شركة العنان كقوله «إذا نزل السماء بأرض قوم رعيان» البيت و إلا فالسياق يقتضى عود الضمير إلى شركة العنان المقصودة بالتعريف في صدر الباب و هذه لا تتوقف على الأركان المذكورة إذ لو اختلط المالان لا بصيغته و لا بقصد أو كانا لصبيين أو مجنونين تحققت تلك الشركة و هذا بناء على ما يأتي للفخر و الشهيد في مسألة ما إذا اشترط التفاوت في الربح مع تساوى المالكين و بالعكس حيث اختلف الأصحاب في صحة هذه الشركة و بطلانها فقال الفخر و الشهيد ليس الموصوف بالصحة و البطلان نفس الشركة العنانية إذ لا يمكن وقوعها على وجهين و قال الأول إن الموصوف بالبطلان إنما هو الإذن و الثاني أن الموصوف به إنما هو شرط التفاوت مع التساوى و الذي يتوقف عليه و هو الإذن في التصرف فهما لا يقولان بأن الشركة بمعنى العقد هي الشركة العنانية كما يظهر من التذكرة فيما قيل من أنها مركبة من مزج المال و العقد و في (جامع المقاصد) أن ذلك ليس بشيء و أن الموصوف بالصحة و البطلان إنما هو عقد الشركة و هو اللفظ الدال على الإذن و أن ليس المراد بالشركة العنانية إلا نفس العقد و ليس المراد بالعقد في كلام الفقهاء إلا هي قلت و هو الظاهر من الشرائع فيما يأتي و يرد على الفخر و الشهيد أن الشركة بمعنى العقد إذا لم تكن عين شركة العنان فهي قسم من الأقسام الآخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان و انحصار مطلق الشركة في المذكورات إلا أن تقول إن الشركة الصحيحة تطلق على العقد و على شركة العنان لكنها في

(١) لفظة التذكرة لم تكن في النسخة و لكنها موجودة في الرياض و قول الشارح فيما يأتي و لا- في التذكرة يدل على وجودها (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٥

[المتعاقدان]

(المتعاقدان) و يشترط فيهما أهلية التوكيل و التوكل (١)

[الصيغة]

و الصيغة و هى ما يدل على الإذن فى التصرف (٢) و يكفى قولهما اشتركتنا (٣)

الثانى أظهر فتدبر

(قوله) (المتعاقدان و يشترط فيهما أهلية التوكيل و التوكل)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو مما يشترطه الباقون (قال فى التذكرة) لأن كل واحد منهما متصرف فى جميع المال أما فيما يخصه فبحق الملك و أما فى غيره فبحق الإذن من ذلك الغير فهو وكيل عن صاحبه و موكل لصاحبه فى التصرف فى ماله و نحوه ما فى التحرير و جامع المقاصد (و فيه) أن ذلك غير معتبر فى الشركة بل يكفى جواز التصرف من أحدهما (قوله) (و الصيغة و هى ما يدل على الإذن فى التصرف)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و كذا التحرير غير أنه قال و يكفى فى الصيغة ما يدل على الرضا بالمزج و هو نوع من التصرف و ستعرف الحال فى ذلك و علله فى التذكرة بما حاصله من أن الأصل عصمة الأموال على أربابها فلا يصح التصرف فيها إلا بإذنهم و إنما يعلم الرضا و الإذن باللفظ الدال عليه لأن الأفعال لا دلالة لها و هذه الصيغة قد تكون قبل المزج فتدل على الرضا به و بالتصرف للاستنماء و الاسترباح و قد تكون بعد المزج فتدل على التصرف المذكور إذ لا يشترط تقدمه عندنا كما فى جامع المقاصد و لا كونه فى مجلس العقد و قد خلت بقية الكتب عن اشتراط الصيغة و لعله لأنها من العقود الجائزة فيكفى فيها ما يدل على الإذن و لا يحتاج إلى قبول لفظى و لا- إلى المقارنة و لا كون اللفظ منهما معا فى مجلس واحد خلافا لبعض العامة فلا يحتاج فيها إلى بيان الصيغة و قد ظن بعضهم أن المراد بها اختلاط المالين و امتزاجهما فلا تحتاج إلى عقد و لا إلى عاقد كما تقدم و قد عرفت المراد منها و فى (مجمع البرهان) أن العلم بالإذن و الرضا ليس منحصرا فى اللفظ بل يعلم بالإشارة و الفعل و الكتابة و هو ظاهر فكأنه يريد فى التذكرة اللفظ و ما يقوم مقامه و لهذا اكتفى باشتراكنا مع أنه أعم إذ الشركة تحصل بالاختيار و غيره و لا تستلزم بمجرد الإذن فى التصرف فقد اكتفى فى هذا بالقرائن و إن لم يكن اللفظ صريحا فى ذلك فعلم أن المدار على العلم بالرضا و الإذن كما فى الوكالة انتهى (قلت) ستعرف أن اشتركتنا صريح فى الشركة الاختيارية (قوله) (و يكفى قولهما اشتركتنا)

بأن يقول كل منهما اشتركتنا و قد قربه فى التذكرة و قواه فى جامع المقاصد و هو ظاهر (و قد خ ل يظهر من) التحرير و قد سمعت كلامه آنفا حيث قال و يكفى إلى آخره لأنه يفهم منه المقصود عرفا و هو أظهر وجهى الشافعية و به قال أبو حنيفة و الوجه الثانى للشافعية أنه لا- يكفى لقصور اللفظ عن الإذن و احتمال قصد الإخبار عن حصول الشركة فى المال من غير الاختيار و لا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف كما لو ورثا مالا أو اشتريا صفقة واحدة فإنهما يملكانه و ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه (و فيه) أن المقصود الأصلى من هذه الشركة الاسترباح و الاستنماء و لا يكون ذلك إلا بالتصرف خصوصا ما لا ينمو بنفسه و تخلف الحكم فى الإرث و الشراء ليس بقادح لأن الكلام فى الشركة الاختيارية التى يتحقق القصد فيها إلى مزج المالين و لأن الكلام فى اشتركتنا حيث يكون إنشاء و حينئذ لا يحتمل قصد الإخبار و يتعين أن يكون المراد منه جواز التصرف و إلا فلا معنى له لأن المزج لا يكون به فليلحظ و هل يكفى أن يقول أحدهما اشتركتنا فيقول الآخر قبلت أو نعم (قال فى جامع المقاصد) لم أجد فى ذلك تصريحاً و ينبغى أن يكون قبلت غير كاف لأنه وكيل و موكل فلا يكفى ذلك فى الإيجاب (قلت) قد تقدم أنه يكفى التصرف من أحدهما فيكون ذلك كافيا إذا أراد أن يتصرف أحدهما و أما نعم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٦

[المال]

(و المال) و هو كلما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان أثمانا أو عروضاً أو فلوساً (١)

فيحتمل كفايته من حيث إن الجملة تحذف بعدها

(قوله) (و المال و هو كل ما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان أثمانا أو عروضاً أو فلوساً)

لا ريب أنه من أركان الشركة وجود المال فلا بد من مال من الجانبين كما طفحت به عباراتهم و قد نطقت به الإجماعات الآتية بل هو ضروري و في (الكافي و الغنية و السرائر و التذكرة) في موضع منهما و كذا الإرشاد أنه لا بد من اتحادهما في الجنس و في (الغنية) الإجماع على اشتراطه (و في المبسوط و الوسيلة و السرائر أيضاً و جامع الشرائع و التذكرة أيضاً و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية) أنه لا بد من اتحاد الجنس و الصفة بحيث لو مزجا لارتفع الامتياز و في (السرائر) الإجماع على اشتراط الاتحاد فيهما و في (الخلايف) أن ذلك مجمع على انعقاد الشركة (به) و لم يحك في التذكرة على ذلك إجماع و قد حكى في الرياض الإجماع على عدم صحة الشركة في الأموال إلا مع الاتحاد في الجنس و الصفة عن الغنية و الخلاف و السرائر و التذكرة و من لحظ ما حكيناه عرف أنه خلط و أن قلمه جرى في الغلط و قد خلت بقية العبارات عن ذلك كله و قد طفحت عباراتهم كالمبسوط و الخلاف و الكافي و الوسيلة و الغنية و السرائر و غيرها بأنها لا تصح بدون المزج و أنها إنما تصح مع المزج و ادعى في الغنية و السرائر الإجماع على أن من شرطها خلط المالكين حتى يصيرا مالا واحداً (و في التذكرة و ظاهر جامع المقاصد) الإجماع على أنها لا تصح بدون مزج المالكين و في (الخلايف) أن ذلك مجمع عليه (قال في النافع) تصح مع امتزاج المالكين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر انتهى فليتأمل و الحاصل أن كلمتهم متفقة على أن المزج شرط في الصحة و متى لم يخلطاه لم تصح و ما خالف في ذلك إلا أبو حنيفة و صاحب الحدائق قال (الأول) إذا قالوا قد اشتركتنا انعقدت الشركة و إن لم يمزجا كالكافة و فيه أن الشركة ليس من شرطها أن يكون من جهة الوكيل مال و قال (الثاني) إنا لم نظفر لهم بدليل على ما ذكروه من اشتراط التجانس و الامتزاج بل ظاهر الأخبار العموم و مع ذلك قال إن الأصحاب جروا على أبحاث مخالفيهم (و في مجمع البرهان) أن في اشتراط التساوي في الجنس تأملاً - لأنه يجري في غير المتجانسين حيث يرتفع المائز قال و يؤيده أن ليس إلا الاشتباه و هو مشترك و أيضاً قد يحصل التفاوت قيمة و وصفاً في المتجانسين و حكى عن التذكرة أنه قال فيها تذييب إذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب و حصل المزج الرافع للتمييز تحققت الشركة و قال إنه يعلم من ذلك أن عقد الشركة يتحقق في غير المتجانسين من العروض (قلت) كأنه لم يلحظ الكتاب و لا التحرير و لا المبسوط و لا الشرائع (قال في التحرير و التذكرة) الشركة جائزة في النقيدين إجماعاً و كذا في العروض عندنا سواء كانت من ذوات الأمثال و من غيرها على وجه لا - يمكن التمييز معه و مثله بما إذا مزجهما مزجا يحصل معه الاختلاط و ظاهرهما و ظاهر جامع المقاصد الإجماع على جريانها في العروض المثلية المتحدة بالجنس و الصفة و القيمة و هو خيرة المسالك و ظاهر إطلاق الكتاب و جزم في جامع الشرائع و السرائع بجريانها في المثلية المتحدة في الجنس و الصفة و في (المبسوط و الخلاف) إذا كانت مكيلة أو موزونة و رجح في آخر كلامه في المبسوط عدم جريانها فيها أي في العروض ذوات الأمثال من دون تفصيل و جزم فيه و في جامع الشرائع و السرائع و الكفاية بعدم جريانها في غير ذوات الأمثال و هو قضية كلام الخلاف بل في المبسوط أنه لا خلاف في ذلك (و فيه) أن مالكا خالف في ذلك و يلزم من ذلك أن لا تجوز الشركة في الصوف و الغزل و الوبر و الشعر و الثياب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٧

فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضه ولا السمسم بالكتان ولا عند اختلاف السكه (١)

و تحصل الشركة بالمزج سواء كان اختيارا أو اتفاقا (٢) و المختلف أنما يتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل كأن يبيع أحدهما حصته مما في يده بحصة مما في يد الآخر (٣)

فإنها غير مثلية مع أن حصول المزج مع عدم الامتياز هو الضابط على الظاهر في الباب ولا خصوصية للقيمي والمثلي في ذلك و به صرح في المسالك و كذا جامع المقاصد و قد استند في عدم جريانها في القيميات إلى ما ذكره جمهور العامة من أن الشركة إما أن تقع على أعيانها أو أثمانها أو قيمتها لا يجوز الأول لأن الأعيان لا تختلط و لا الثاني لأن الأثمان معدومة حالة العقد فلا يصح أن يراد ثمنها الذي اشتراها به لأنه معدوم خرج عن ملكه و لا الذي يبيعها به لأنه معدوم مجهول لم يملكه و لا الثالث لأن القيمة مجهولة و قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في ثمن العين التي هي ملكه و قالوا مثل ذلك في عدم جوازها في العروض ذوات الأمثال (و قال في التذكرة) أنه غلط و أنا نقول أن الشركة تقع في غير ذوات الأمثال في الأعيان إذا حصل الاشتباه عند الاختلاط كما هو الشأن في الامتزاج بغير الاختيار ثم قال في التذكرة إنها تجوز في العروض ذوات الأمثال عند علمائنا لأنه يؤمن فيه المعاني السابقة المانعة من الشركة فيما لا مثل له و يستفاد من ذلك عدم اشتراط عدم التميز في نفس الأمر بل يكفي بعدمه في الظاهر و إن وجد في نفس الأمر و الواقع فيكون المراد من الشركة في مثل ذلك أن الشارع حكم بها لا أنه في نفس الأمر كذلك كما نبهنا على ذلك في الكلام على التعريف

(قوله) (فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضه ولا السمسم بالكتان ولا عند اختلاف السكه)

لفقد ركن من أركان العقد و هو المزج الراجع للامتياز و قد صرح بعدم الكفاية في الثلاثة في التذكرة و جامع المقاصد والأولين صرح في التحرير و في (التذكرة أيضا و المسالك) أنه لا يكفي مزج الحنطة الحمراء بالبيضاء و إن اتحد الجنس لإمكان التخليص و إن عسر و المراد بالقراضه بالضم ما سقط بالقرض و بالكتان بذره (قوله) (و تحصل الشركة بالمزج سواء كان اختيارا أو اتفاقا)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلام الباقيين و حاصله أنه لا يشترط لصحة الشركة المزج بالاختيار فلو امتزج المالان اتفاقا أي من غير اختيار كما لو سقط أحدهما على الآخر أو ورثا معا مالا و نحو ذلك ثم عقدا الشركة بينهما صح

(قوله) (و المختلف أنما يتحقق فيه بالعقد الناقل كأن يبيع أحدهما مما في يده بحصة مما في يد الآخر)

كما هو معنى ما في المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك ليتحقق المزج الراجع للاشتراك «١» بناء على أن الشركة فيه لا- تتحقق بالامتزاج و مثله المثلي مع اختلاف الجنس أو الوصف و ما ذكره من الحيلة أحد الأمثلة إذ مثل البيع الهبة و سائر العقود الناقلة و لا يتعين لذلك بيع الحصة من أحدهما بالحصة من الآخر بل لو باع الحصة من أحدهما بثمن و اشترى الحصة من الآخر به صح و المراد بالشركة في هذه الموارد الشركة بالمعنى الأعم لا بمعنى العقد لأن هذه إنما تتحقق باللفظ الدال على الإذن في التصرف بعد ذلك ثم عد إلى العبارة ففي بعض النسخ على ما حكى في جامع المقاصد بأن يبيع و هذه كعبارة الشرائع و نحوها قد يستفاد منها التخصيص فنسخه كان أولى و أحسن و كان الأولى به على مختاره في التذكرة و التحرير و ظاهر الكتاب ترك أنما كما تركت في الكتابين (قال في التحرير) قد تقع الشركة في الأعيان المتميزة بأن يبيع إلى آخره و قال

(١) للامتياز (ظ)

و لو باعا بثمان واحد أو عملا بأجرة واحدة تثبت الشركة سواء تساوت القيمتان أو اختلفا و لكل منهما بقدر النسبة من القيمة (١) و إذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص بأجرته و مع الاشتباه يحتمل التساوى و الصلح (٢) و لا بد و أن يكون رأس المال معلوما جنسا و قدرا معيناً (٣)

في موضع آخر في بيان الشركة في العروض المثلية و القيمة مثل أن يبيع نصف سلعته بنصف سلعة صاحبه أو يمزجها مزجا يحصل معه الاختلاط (و قال في التذكرة) إذا أراد الشريكان الشركة في الأعيان المختلفة بالجنس باع كل منهما إلى آخره (قوله) (و لو باعا بثمان واحد أو عملا بأجرة واحدة تثبت الشركة تساوت القيمتان أو اختلفتا و لكل منهما بقدر النسبة من القيمة) أما ثبوت الشركة بينهما سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا فلتحقق المزج المعتبر الناشئ عن البيع و الإجارة الصحيحين لحصول العلم بمجموع الثمن الذي هو شرط و قد حصل و قد صرح بثبوتها فيما إذا عملا بأجرة واحدة في الشرائع و المسالك و هذه و إن أشبهت شركة الأبدان بحسب الصورة لكنها في الواقع راجعة إلى شركة الأموال أما إذا آجر كل واحد منهما نفسه منفردا و استحق أجرة منفرد ثم أدى إليهما مالا مشتركا فالشركة في المال خاصة صورة و معنى و الوجه في أن لكل منهما بقدر النسبة من القيمة واضح لأنه يجب إعطاء كل ذي حق حقه و طريقه أن تنسب قيمة مال أحدهما أو عمله إلى مجموع القيمتين و تأخذ بتلك النسبة من الثمن و الأجرة (قوله) (و إذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته و مع الاشتباه يحتمل التساوى و الصلح)

كما في التذكرة لكنه قال فيها قبل ذلك تذييب إذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب و حصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة و كان المال بينهما فإن علمت قيمة كل واحد منهما كان الرجوع إلى نسبة تلك القيمة و إلا تساويا عملا بأصالة التساوى و قضية هذا الأصل أن يحكم هنا بالتساوى أيضا بل هنا أولى لأنهما إذا اشتركا في قلع هذه الشجرة و لم يعلم مقدار قوتها فإنه قد يقال إن الأصل عدم زيادة أحدهما على الآخر و إن كان استواءهما و تفاوتهما محتملين على حد سواء عند الإنصاف و لا كذلك العروض المختلفة في الجنس فإن تساويها (تساويهما خ ل) في القيمة نادر جدا فلا أصل فيها إذ لا رجحان و لا غلبة لا بحسب العادة و لا نفس الأمر نعم يتحقق فيما إذا اشتركا في السبب المملك كما إذا أقر لهما أو أوصى أو وقف عليهما لأن نسبة ذلك إليهما على حد سواء و لأن زيادة أحدهما على الآخر تتوقف على زيادة في الإقرار و الوصية و الوقف و الأصل عدمها و لا كذلك ما نحن فيه و لا الذي ذكره في التذكرة فالصلح في الموضوعين هو الأصح كما في المسالك و مجمع البرهان في تذييب التذكرة و جامع المقاصد فيما نحن فيه و يحتمل القرعة كما في مجمع البرهان في تذييب التذكرة

(قوله) (و لا بد أن يكون رأس المال معلوما جنسا و قدرا معيناً)

اشتراط كون رأس المال معلوم الجنس و القدر لكل من الشريكين من متفردات هذا الكتاب إذ في التذكرة و التحرير لا يشترط العلم حالة العقد بمقدار النصيبين بأن يعرف هل ماله مساو لمال الآخر أو أقل أو أكثر و هل هو نصفه أو ثلثه و لا مقداره كم هو إذا أمكن معرفته من بعد لأن الحق لا يعدوهما فالأثمان مشتركة مجهولة كالمثمنات و بذلك صرح في المفاتيح و هو أظهر وجهي الشافعية و لقد لاحظت كتب الأصحاب من المقنع إلى الرياض مما حضرني منها فلم أجد أحدا صرح بما في الكتاب و لا بما في التذكرة و التحرير بل ظاهر أكثرها عدم اشتراط شيء من ذلك حيث يعدون الشرط و لا يشيرون إلى ذلك بل في جامع المقاصد أنه لا يجد لاشتراط ما في التذكرة وجهها و كأنه لم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٣٩٩

فلا يصح في المجهول و لا الجراف (١) و لا الغائب و لا الدين (٢) و لا يشترط التساوى قدرا (٣) و يشترط امتزاجهما (٤)

إشارة

(الفصل الثاني في الأحكام) لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه (٥)

يلحظ جميع كلامه في التحرير فإنه قال في موضع آخر منه مثل ما قاله في التذكرة كما سمعت و يشهد على ذلك أنه قال إن كلام التحرير يقرب مما اختاره هو (و كيف كان) فالوجه فيما اختاره المصنف أن الآذن لا يدري في أي شيء آذن و المأذون لا يدري ما ذا يستفيد بالإذن و وجه العدم أن الشركة ليست من عقود المعاوضات و إنما هي في معنى التوكيل فلا تقدر في صحتها الجهالة فإذا كان هناك مال مشترك بين اثنين و كان كل واحد منهما جاهلاً بقدر حصته فلا مانع من أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في جميع المال لأن الحق لهما و قد تراضيا على ذلك و يكون حال الريح كحال الأصل (قوله) (فلا يصح في المجهول و لا الجزاف)

كما وقع مثل ذلك في كلام العامة و التذكرة و التحرير و قد قيده في الكتابين بما إذا لم يمكن العلم به بعد المزج و في (جامع المقاصد) أن المجهول مغن عن الجزاف (قلت) قد فرعوا عدم الصحة في المجهول على اشتراط العلم بالجنس كما إذا لم يعلم أنه ذهب أو فضة و إن علما قدره و في الجزاف على اشتراط العلم بالقدر كما إذا مزجا المالين جزافاً و إن علما جنسه (قوله) (و لا الغائب و الدين)

كما في التذكرة و التحرير و لعله يريد هنا أنه لما اشترط كون رأس المال معلوم الجنس و القدر لما عرفت من التوجيه قضى ذلك عنده بلحن الخطاب أو فحواه أنه لا بد من التعيين بذكر الأوصاف الراجعة للجهالة إن لم يكن مشاهداً فلو تعاقدوا على المال الغائب الغير الموصوف لم يصح و كذا الحال في الدين فصح التفريع لكنه وجه المنع فيهما في التذكرة بانتفاء المزج فيهما لتوقفه على الحضور عند المالين أو وكيلهما فليتأمل و في (جامع المقاصد) إن عطف الغائب و الدين على المجهول و الجزاف يؤذن بأنهما متفرعان على اشتراط كون رأس المال معيناً و هو غير مستقيم كما لا يخفى انتهى (قلت) فيصير التقدير في العبارة لا بد من كون رأس المال معلوم الجنس و المقدار و من كونه معيناً إذا لم يكن مشاهداً و لما لم يكن فيها التصريح بذلك لم يستقم التفريع و قد عرفت التوجيه (و كيف كان) فلا نجد مانعاً من صحة الشركة في الدين لقبوله لتعلق الوكالة به و كون أحد المالين غير مميز عن الآخر (قوله) (و لا يشترط التساوى قدراً)

كما في الخلاف و المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و غيرها و في (جامع المقاصد) الإجماع عليه و به أي الحكم طفحت عباراتهم من المقنعة إلى الرياض فيما إذا تفاضلا في الريح كما يأتي إن شاء الله تعالى و المخالف إنما هو الشافعية في أحد القولين فالإجماع عليه محصل معلوم (قوله) (و يشترط امتزاجهما)

لعله يريد أنه يشترط امتزاج المتفاضلين كما يشترط امتزاج المتساويين و إلا فهو مستغنى عنه بما تقدم

(الفصل الثاني في الأحكام) (قوله) (و لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه)

كما طفحت بهذا المعنى عباراتهم غير أنه قال في المبسوط إذا عقدا الشركة على المالين و خلطاهما كان لكل منهما أن يتصرف في نصيبه و ليس له أن يتصرف في نصيب شريكه و التأويل ممكن و الوجه ظاهر لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه و لا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزج أو غيره و لا- في المزج بين كونه بفعلهما أو غيره فوصف المال بالمتزج في العبارة و جامع الشرائع و النافع لبيان أن مجرد

فإن اختص أحدهما بالإذن اختص بالتصرف (١) وإن اشترك اشترك (٢) و يقتصر المأذون على ما أذن له (٣) فلو عين له جهة السفر أو بيع على وجه أو شراء جنس لم يجز التجاوز (٤) و لو شرط الاجتماع لم يجز لأحدهما الانفراد (٥) و لو أطلق الإذن تصرف كيف شاء (٦) و يضمن لو تجاوز المحدود (٧) و يجوز الرجوع فى الإذن و المطالبة بالقسمة (٨)

الامتزاج غير كاف فى جواز التصرف و لهذا علق الحكم بمنع التصرف على وصف المزج فاندفع اعتراض الرياض على النافع (قوله) (فإن اختص أحدهما بالإذن اختص بالتصرف)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و هو معنى ما فى النهاية و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التحرير من قولهم أنه متى اشترط أن يكون المتصرف فيه أحدهما لم يجز للآخر التصرف فيه إلا بإذنه و فى (الغنية) الإجماع عليه (قوله) (و إن اشترك اشترك)

أى إن اشترك كل منهما فى الإذن اشترك فى التصرف كما فى التذكرة و جامع الشرائع و جامع المقاصد و معنى ما فى التحرير (قوله) (و يقتصر المأذون على ما أذن له)

كما فى الوسيلة و الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و اللمعة و الروضة و هو معنى ما فى المبسوط و الغنية و السرائر و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و فى (الغنية) الإجماع عليه

(قوله) (فلو عين له جهة السفر أو بيع أو شراء جنس لم يجز التجاوز)

كما فى الشرائع و التذكرة و المسالك و هو معنى ما فى النهاية و المبسوط و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التحرير و فى (الغنية) الإجماع عليه و لا فرق مع تعيين الجهة و النوع بين أن ينهاه عن غيرهما و يسكت عنه لبقاء المتروك على أصل المنع (قوله) (و لو شرط الاجتماع لم يجز لأحدهما الانفراد)

كما فى النهاية و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و فى (الغنية) الإجماع عليه (قوله) (و لو أطلق الإذن تصرف كيف شاء)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و كذا جامع الشرائع و النافع و هو معنى ما فى النهاية لأنه و كيل مطلق أو كالوكيل المطلق و هل يتناول إطلاق اللفظ السفر حيث شاء أم يمنع منه مطلقا إلا بإذن خاصة و جهان أجودهما الثانى كما هو خيرة جامع المقاصد إذ الإطلاق ينزل على الأمور الغالبة بشرط مراعاة المصلحة كالوكيل و هو مظنة الخطر فلا يكفى فيه الإطلاق و لا يجوز له الإقراض و لا المحاباة فى البيع و لا المضاربة عليه لأنها ليست من توابع التجارة إلا أن تقضى المصلحة بشيء من ذلك و لم يتيسر استئذان المالك فتأمل

(قوله) (و يضمن لو تجاوز المحدود)

و هو معنى ما فى النهاية و المبسوط و الكافى و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و المسالك و الروض و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و فى (الغنية) الإجماع عليه و لا فرق فى التحديد بين أن يدل عليه عموم اللفظ أو خصوصه فلو سافر اعتمادا على إطلاق الإذن و قلنا إنه يتناوله كما هو الظاهر ضمن

(قوله) (و يجوز الرجوع فى الإذن و المطالبة بالقسمة)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و هو معنى ما فى المقنعة و الكافى و المبسوط و النافع و جامع الشرائع و التذكرة و اللمعة و الروضة و قد طفحت عباراتهم بأنها عقد جائز كما ستسمع لأنها فى المعنى توكيل و توكل فيصح العزل و الرجوع بقوله لا- تتصرف و عزلتك و فى (المبسوط و التذكرة و مجمع البرهان) ما حاصله لو قال أحدهما لصاحبه عزلتك عن التصرف انزل المخاطب و لا- ينزل العازل إلا بعزل صاحبه (و قال فى التذكرة) إنه لو قال أحدهما

فسخت الشركة ارتفع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠١

إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين (١) و ليس لأحدهما مطالبة الشريك بإقامة رأس المال بل يقتسمان الأعراض إذا لم يتفقا على البيع (٢) و ينفسخ بالجنون و الموت (٣) و لا يصح التأجيل فيها (٤) و يقسط الربح و الخسران على الأموال بالنسبة (٥)

العقد و انفسخ من تلك الحال و انغزلا جميعا عن التصرف لارتفاع العقد انتهى و في (مجمع البرهان) أنه لو عزل نفسه انغزل و الظاهر أنه لا يحتاج حينئذ للتصرف إلى إذن جديد (قلت) هذا مبنى على أن الوكيل ينغزل بعزله نفسه و أنه إذا بدا له و أراد التصرف جاز له ذلك إلا أن يعلم الموكل و يرضى بعزله (و كيف كان) هل ينفسخ بالمطالبة فيه وجهان (قوله) (إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين)

إجماعا كما في الغنية و التذكرة و حكاها في مجمع البرهان عن التذكرة مستدلا به و مستندا إليه و قد طفحت بالحكم (جملة) من عباراتهم كالسائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و شرحه و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و هو قضية أكثر كلماتهم كما سمعت آنفا

(قوله) (و ليس لأحدهما مطالبة الشريك بإقامة رأس المال بل يقتسمان الأعراض إذا لم يتفقا على البيع)

كما في الشرائع و هو معنى ما في المبسوط و الوسيلة و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و الكفاية و هو قضية كلام غيرها للأصل السالم عن المعارض و لأنه تكليف فيحتاج إلى دليل (قوله) (و تنفسخ بالجنون و الموت)

قد صرح بانفساخها بالموت في المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الكافي و الغنية و النافع و في (الغنية) الإجماع عليه و معناه و إن عرض لأحدهما و قد صرح بانفساخها به و بالجنون في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و زيد في التذكرة انفساخها بالإغماء و الحجر و السفه و زيد في التحرير و جامع المقاصد و المسالك على الثلاثة المذكورة انفساخها بالفلس و الوجه في الجميع أنها عبارة عن توكيل و توكل و المراد بانفساخها ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف

(قوله) (و لا يصح التأجيل فيها)

كما في الشرائع و التذكرة و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و المراد بعدم صحته عدم ترتب أثره و لزومها إلى الأجل لأنها عقد جائز فلا يؤثر شرط التأجيل فيها بل لكل فسوخها قبل الأجل و هو معنى قوله في السائر لا يلزم فيها شرط الأجل و قوله في الغنية لا تلزم مؤجلة إجماعا و قوله في الكافي لا تأثير للتأجيل في عقد الشركة و عليه ينزل ما في المقنعة و النهاية حيث قال- فيهما الشركة بالتأجيل باطله و قوله في النافع لا تصح مؤجلة بأن يكون المراد من العبارات الثلاث بطلان التأجيل بمعنى عدم لزومها إلى الأجل لا أن عقد الشركة باطل و لذا قال في المقنعة عقيب ذلك و لكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء و من الاحتمالات الواهية حمل العبارات الثلاث على ما إذا اشترط لزومها إلى الأجل فتفسد هي أيضا لأن الإذن منهما في التصرف مبنى على اشتراطهما اللزوم و توهمهما صحة الشرط و حيث فسد فسد المشروع و قوله في الكافي لا تأثير للتأجيل معناه لا تأثير له في اللزوم و إلا فله أثر آخر و هو عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف لعدم تناول الإذن له

(قوله) (و يقسط الربح و الخسران على الأموال بالنسبة)

يعنى أن إطلاق عقد الشركة يقتضى التقييد المذكور و هذا هو المراد من عبارة المقنعة و الانتصار و الكافي و المراسم و النهاية و الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الغنية و السائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٢

و لو شرطا التفاوت مع تساوى المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أو للآخر (١)

و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و التبصرة و المختلف و الإيضاح و اللمعة و غاية المراد و المهذب البارع و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و إن اختلفت في التعبير عن ذلك في الصراحة و الظهور و القصور إذ في اللمعة و لو اختلف المألان اختلف الربح و من المعلوم أن ذلك لا يستلزم كونه على النسبة و هكذا غيرها (و كيف كان) فلا خلاف في ذلك أصلا إلا من بعض العامة كما ستمتع (و في الخلاف و الغنية و شرح الإرشاد) للفخر الإجماع على الأمرين و في (التحرير) الإجماع على أن الربح تابع لأصل المال و قضية إطلاق العبارات أنه لا فرق في تقييد الربح و الخسران على رأس المال بالنسبة بين أن يتساويا في العمل أو يتفاوتا أو يعمل أحدهما دون الآخر و لا يعملان بل ينمو المال بنفسه لأن الربح نماء المال و العمل تابع فيقسم الربح على المالين المتفاوتين بالنسبة مع تساوى العملين و مع تفاوتهما بل مع عدم عمل أحدهما و يكون صاحب العمل و صاحب الزيادة فيه متبرعا بالعمل أو الزيادة و كذلك الحال إذا تساوى المألان و احتمال ثبوت أجره المثل منفي بالأصل و المخالف في ذلك أبو القاسم الأنماطي من الشافعية قال لا تجوز الشركة حتى يتساوى المألان في القدر و العمل لأن الربح يحصل بالمال و العمل و لا يجوز أن يختلفا في الربح مع تساويهما في المال فكذلك لا يجوز أن يختلفا في الربح مع استوائهما في العمل و رده في التذكرة بأن الأصل في هذه الشركة المال و العمل تابع فلا يضر اختلافه كما يجوز مع تساويهما في المال أن يقسم الربح بينهما على السواء و إن عمل أحدهما أكثر عند الكل و يبقى الكلام فيما إذا نما المال بنفسه من دون عمل أصلا فإني لم أجد أحدا تعرض له إلا صاحب جامع المقاصد فيما يأتي إن شاء الله تعالى في مقام آخر و قضية القواعد أن النماء لهما على نسبة الأموال أيضا و إنما تركوه لظهوره

(قوله) (و لو شرطا التفاوت مع تساوى المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أو للآخر)

إذا شرطا تساوى الربح مع تفاوت المالين أو تفاوتهما في الربح مع تساويهما فالأصحاب في ذلك على أنحاء (الأول) الصحة و بها صرح في الانتصار في الشق الثاني و لعله يلزمه القول بها في الأول كما نسبوه إليه و لا يعجبني ذلك و إن لزمه ذلك و هو أى القول بالصحة في الأمرين خيرة أبي على فيما حكى عن ظاهره و لم تحك لنا عبارته و والد المصنف فيما حكى هو و ولده عنه و التذكرة و التحرير و التبصرة و الكتاب و المختلف و الإيضاح و المقتصر و إيضاح النافع و مجمع البرهان و الكفاية و هو ظاهر الإرشاد و كأنه قال به أو مال إليه في المفاتيح و يأتي لجماعة في باب المضاربة عند قوله و لو قارض اثنان واحدا ما يلزم منه القول بالصحة هنا و في (الانتصار) الإجماع على ما حكيناه عنه و ظاهر التذكرة في مقام آخر الإجماع على ما حكيناه عنها و قد تظهر دعوى الإجماع من إيضاح النافع حيث قال يصح الشرط جزما و لهم في باب الصلح عبارات قد تدل على ذلك منها عبارة الشرائع و النافع و من الغريب أنه في صلح الروضة حكاه عن الشيخ (الثاني) ما في الخلاف و المبسوط و السرائر و الشرائع و شرح الإرشاد للفخر و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروضة من أن الشركة تكون باطلة و في (السرائر) نسبه إلى الأكثر و لم نجده لأحد غير الشيخ و لعله يدعى أن أبا الصلاح و أبا المكارم موافقان له و قد فسر في الشرائع بطلان الشركة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٣

.....

بطلان الشرط و التصرف و في (الإيضاح) بطلان الإذن لكل واحد منهما في التصرف في كل المال مجازا و في (غاية المراد) بطلان

نفس الشرط و ما يتوقف عليه كالإذن فى التصرف و قالوا فى (الإيضاح و غاية المراد) ليس الموصوف بالصحة و البطلان نفس الشركة العنانية إذ لا- يمكن وقوعها على وجهين و قال فى (جامع المقاصد) إن ذلك ليس بشيء بل الموصوف بذلك نفس عقد الشركة (قلت) قد تقدم بيان ذلك كله عند قوله و أركانها ثلاثة هذا و قد فسر البطلان فى الروضة ببطلان الشرط قال و يتبعه بطلان الشركة و هو معنى ما فى جامع المقاصد و المسالك من أن الموصوف بذلك نفس العقد إذ المراد به اللفظ الدال على الإذن فى التصرف و مرجع ذلك كله إلى بطلان الإذن و إن الشركة العنانية هى الإذن فى التصرف لا أنها أمر آخر غير الإذن فى التصرف حتى تبطل الإذن و تبقى الشركة العنانية كما ذكره الفخر و الشهيد فكانت كلمة الجميع متفقة حتى الشرائع على بطلان الإذن (و فيه) أنه إذا بطل الإذن يلزم أنه لا- يستحق أجره لعمله الزائد على رأس ماله إلا أن يقولوا إن الشركة فى المسألة مركبة من الإذن و الشرط الفاسد و فساد الشرط الذى هو أحد جزأها يكفى فى فسادها و هو غير مناف لبقاء الإذن و هو يوافق ما تقدم فى مثله فى باب الإجارة لكنه فيه نظر من وجهين الأول أنه غير صريح كلامهم إذ هو صريح فى رفع الإذن و بطانها و الثانى أنه هو قول أبى الصلاح لأنه يرجع إلى القول بفساد الشرط خاصة فكان الأولى أن يعبروا به فلعلهم أرادوا أن هنا إذن خاصا و عاما فالخاص الإذن المقيد بالربح الخاص و العام مطلق الإذن فى التصرف و الرضا به و رفع الخاص لا يستلزم رفع العام إذ عدم الأخص أعم من عدم الأعم فتعين أن يكون هذا هو مرادهم و تمام الكلام و تحريره فى باب المضاربة و الإجارة (الثالث) ما يفهم من الكافى و الغنية و جامع الشرائع و النافع من صحة الشركة و عدم لزوم الشرط حيث قالوا لم يلزم الشرط و هو المحكى عن القاضى و فى (الغنية) الإجماع عليه و لا تغفل عما تقدم آنفا (الرابع) ما فى الوسيلة و غاية المراد و الروض و المسالك و المهذب البارع من عدم الترجيح لكن ذلك عادة الأخير و عن الوسيلة أنه لو كان التصرف من أحدهما أو منهما مع كون أحدهما أعرف بالتجارة فالقول قول المرتضى و قد استحسنته كاشف الرموز بعد أن حكاها عنه و لا- يخفى ما فى مفهومه و نحوه ما فى التنقيح حيث صحح اشتراط الزيادة لصاحب الخبرة و قال إنه يستفاد من كلام صاحب الوسيلة و لعله أراد فى الوسيلة و لعله نحو (خامس) و هو قول أبى حنيفة لأنه قضية دليله و قد جعل المصنف محل النزاع فى المسألة ما إذا عملا أو أحدهما و فى (الشرائع) ما إذا عملا و فى (غاية المراد) ما إذا عملا معا سواء قال أما لو عمل أحدهما و شرطت له الزيادة فالجواز ظاهر قلت و به صرح فى المبسوط و ظاهر التذكرة الإجماع عليه و فى (الكفاية) الظاهر أنه لا خلاف فيه و فى (الرياض) نفيه على البت مع أنه صرح فى الغنية بعدم لزوم هذا الشرط أيضا بل قد يدعى أنه داخل فى معقد إجماعه و قد قال فى الرياض إن صاحب الغنية قائل بالبطلان فى أصل المسألة حيث قال لا يلزم فكيف ينفيه على البت و فى الشرائع و كذا الإيضاح أنه بالقراض أشبه (قلت) لكون الربح فى مقابلة عمل فىكون العقد شركة و قراضا و يلزم مثله فيما إذا عملا معا و شرطت الزيادة لمن زاد فى العمل أما مع تساوى المالين و زيادة عمله أو مع نقصان ماله مع تساويهما فى العمل أو زيادته بطريق أولى و فى (شرح الإرشاد) الإجماع على الصحة فيما إذا كان لمن شرط له الفضل زيادة عمل و هو يتناول الأقسام الثلاثة و الوجه فى ذلك اشتراك الجميع فى كون الزيادة فى الربح فى مقابلة عمل فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر إلى أن العمل متقوم بالمال و ظاهر التذكرة الإجماع على صحة اشتراط زيادة الربح لقاصر العمل و قد أطلق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٤

.....

المنع من الصحة فى الشرائع فيما إذا عملا- و ليس فى محله لكنه قضية إطلاق المبسوط و منه يعلم حال ما فى غاية المراد و ظاهر الكفاية و الرياض أنه لا- خلاف فى الصحة إذا كان لصاحب الزيادة زيادة عمل و لعلهم استنبطوا هذه الإجماعات مما وجه به ابن إدريس و المتأخرون كلام الشيخ و من وافقه كما ستسمع إن شاء الله تعالى و إلا فكلامهم مطلق (قال فى الخلاف و المبسوط) لا يجوز أن يتفاضل الشريكان فى الربح مع تساوى فى المال و لا أن يتساويا فيه مع التفاصل فى المال و متى شرطا خلاف ذلك بطلت

الشركة دليلنا أن ما قلناه مجمع على جوازه وليس على جواز ما ذكره دليل انتهى ولا تغفل عما حكينا عن المبسوط آنفا فيما إذا شرطت الزيادة لصاحب العمل ونحوه كلام غيره من القدماء بل اقتصر في الغنية على دعوى الإجماع وقضية مفهوم كلام الشرائع بإطلاقه أنهما لو لم يعملوا أصلا أو عمل أحدهما لم يحل تناول الزيادة وهو ظاهر إطلاق المبسوط أو يقال إن مفهوم كلام الشرائع لأن كان قائلا بالبطلان أنه إذا عمل أحدهما تحل الزيادة والنظر في المفهوم إليه لا إلى إذا لم يعملوا فتأمل وقضية كلام غاية المراد أنهما لو تفاوتتا في العمل فضلا عن أن لا يعملوا أو يعمل أحدهما لم تحل الزيادة أو تقول إن النظر في المفهوم ليس إلى إذا لم يعملوا فتحل الزيادة فيما إذا تفاوتتا في العمل أو عمل أحدهما وقضية كلام الكتاب أنه لو لم يعمل واحد منهما لم يحل تناولها وأنه لو عمل واحد منهما حل تناولها للعامل وغيره وهو يخالف كلام المبسوط والجماعة وقد سمعت إجماع التذكرة وإجماع فخر الإسلام هذا وفي (جامع المقاصد) أنه لم يجد التصريح بعدم حل تناولها لو لم يعمل واحد منهما قلت قد سمعت (مفهومي) الشرائع وغاية المراد وقال ولعله نظر إلى أن مقتضى الشركة أنما يتحقق بالعمل فحينئذ يثبت الشرط أما إذا نما المال المشترك بنفسه فإنه (فلأنه خ ل) لهما على نسبة الاستحقاق (و فيه) أن مقتضى عقد الشركة هو إباحة التصرف لا نفس التصرف فإن اقتضى العقد استحقاق المشروط للحكم بصحته لم يتوقف على أمر آخر وإلا لم يستحق بالعمل إذ ليس في مقابله ولا اقتضاه العقد (قلت) لم ينظر المصنف إلى ما ذكر حتى يوجه عليه النظر والظاهر أنه نظر إلى ما استسمع هذا تحرير محل النزاع وما يتعلق به في كلام الأصحاب وأنت إذا لاحظت كلام من تأخر وجدته قاصرا والنزاع فيه غير محرر وأما حجتهم فأقوى ما يستدل به للقائلين بالصحة بعد صريح إجماع الانتصار و ظاهر التذكرة وإيضاح النافع وقولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم وقوله عز وجل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أن المراد في الشركة على المال وأنه لا-ريب في زيادة النماء باجتماع الأموال وتكثرها وأن ذلك أمر مطلوب لأن من شرط له الأقل قد يحصل له بالاجتماع أكثر مما يحصل له بالانفراد وأن الناس مسيطون على أموالهم فتكون الزيادة في مقابلة الزيادة الحاصلة بسبب الخلط والإذن في التصرف ليكون ربح شريكه حال اجتماعه وإن شرط له الأقل أكثر منه حال انفراده فهذه زيادة في مقابلة زيادة جاء بها الشرط في عقد الشركة ولا يشترط في المقابلة أن تكون واقعية بل يكفي المقابلة التقديرية كما إذا أجره داره بمنفعة داره المساوية لداره ألف درهم ونحو ذلك وهذا يتناول ما إذا شرطت الزيادة لغير صاحب العمل كما هو خيرة الكتاب فكانت تجارة وتكسبا عن تراض جاء بها الخلط إذ معنى التجارة التكبس وهو شرط لا يخالف الكتاب والسنة في عقد الشركة فكان كسائر الشروط في سائر العقود وليس هناك منع واضح منه أو نقول إن هذا قال لا-أعمل معك إلا أن يكون في ثلثا الربح مثلا وإن كان عمالك مساويا لعملي وخبرتك أحسن من خبرتي فتكون الزيادة في مقابلة عمله الذي لم يبذله إلا-بها فتكون شركة تشبه المضاربة كما ستسمعه عن المختلف ولهذا جعل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٥

.....

المحقق والمصنف والشهيد محل النزاع ما إذا عملا وهو شرط لا يخالف كتابا ولا سنة بالتقريب المتقدم ومنه يعرف حال ما سمعته عن جامع المقاصد آنفا حيث قال ولعله نظر إلى آخره أو نقول إن المال هنا بمنزلة العمل في المضاربة فكما يجوز التفاوت في المضاربة بأن يجعل للعامل الأقل والأكثر يجوز هنا والقياس على الخسران قياس مع الفارق لأنه بمنزلة أن يشترط أن ما تلف من ماله الخاص به يكون من مال غيره على أنه في الانتصار جوز اشتراط التفاوت في الوضعية مع التساوي في المال و ادعى عليه الإجماع و في الأخبار ما يدل عليه إذ هذا كله مع قطع النظر عن أخبار الباب وإلا ففي صحیحہ الحلبي أو حسنته بإبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطني رأس المال ولك الربح و عليك التوى فقال لا-بأس إذا اشترطا فإذا كان شرطا يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله تعالى وقد روى بعده طرق

أيضا مع اختلاف يسير فى متنه و قد فهم منه فخر الإسلام و المقدس الأردبيلى فى باب الصلح أن المراد إذا اشترط ذلك فى عقد الشركة و حكى فى الروضة عن الشيخ و جماعة أن الخبر بإطلاقه دال على ذلك لكنه سها فى نسبتة إلى الشيخ و قد تأوله الأكثر فى الباب المشار إليه أن المراد إذا تراضيا رضا يحصل به اللزوم كوقوعه فى عقد صلح و نحوه و هو كما ترى و بأن السرفيه خلو السؤال عن بيان رضا الآخر و إنما اشتمل على صدور القول من أحدهما فنبه عليه السلام بذلك على أنه لا بد من رضا الطرفين و استدلوا به على صحة الصلح فيما إذا اصطح الشريكان عند انقضاء الشركة على أن لأحدهما رأس المال على الكمال و للآخر الربح و الخسران و الذى دعاهم إلى صرفه عن ظاهره و الاستدلال به على ما سمعت أمران (الأول) أنه لو أبقي على ظاهره لكان منافيا لمقتضى عقد الشركة إذ مقتضاها أن الربح و الخسران تابعا لرأس المال (و فيه) أن ذلك إنما هو عند الإطلاق لا عند الاشتراط و إلا لما اتفقوا على صحة الشرط إذا كان العمل من أحدهما أو كان أزيد عملا (الثانى) أنه لو بقى على ظاهره لدل بمفهومه على ثبوت البأس لو وقع فى غير عقد الشركة و منه لو وقع بعقد الصلح عند إرادة القسمة (و فيه) أن المفهوم تابع للمنطوق و النظر فى المنطوق إلى عقد الشركة فمعناه أنهما إذا لم يشترط ذلك فى خصوص عقد الشركة كان فيه بأس فقد تم الاستدلال و اندفع الإشكال مضافا إلى ما فى الاستدلال به على ما ذكره من الإشكالات منها أن لا عوض فى هذا الصلح و منها أن الزيادة تكون بمنزلة الهبة و أن الخسران بمنزلة الإبراء و ليس للقائلين بالمنع أن يقولوا إنه شرط مخالف للكتاب و السنة من وجه آخر و هو أن النماء إذا كان تابعا لرأس المال فى الملك فيكون قد شرط عليه أن ما لا يملك إلا- بالتبعية أن يكون ملكا لصاحب الزيادة (فنقول) متى يملكها صاحب الزيادة أقبل الدخول فى ملك صاحب الأصل أم بعده فإن كان الأول كان مخالفا لما شرع الشارع لأنه جعل ملك النماء تابعا لملك الأصل و إن كان الثانى احتاج إلى ناقل جديد (لأننا نقول) إنه يملكه بالشرط بالظهور قبل الدخول كنماء الشجرة إذا صالح عليه قبل بروزه مثلا و يدل ذلك على ذلك إجماعهم على الصحة فيما إذا كان لصاحب الزيادة عمل دون الآخر أو كان عمله أكثر بل ذلك منقوض بما يشترط للعامل فى المضاربة فإنه يملكه العامل و إن كان تابعا لرأس المال و ظاهرهم بل صريحهم أن المسائل الثلاث جارية على الأصل لا خارجة بالإجماع كما ستعرف و أوهن شىء ما فى الرياض من أن عموم الإيفاء بالعقود و الشروط لم يبق على ظاهره لأن الشركة من العقود الجائزة و هو ينافى اللزوم لأنه منقوض بما إذا كان العامل أحدهما و شرطا له الزيادة و بما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٦

و قيل تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل (١)

يشترط للعامل فى المضاربة و لهذا عبر جماعة فيما نحن فيه بعدم لزوم الشرط و آخرون كالمصنف فى المختلف بلزوم الشروط فيكون معناه أنهما إن اختار البقاء على الشركة لزم الشرط و هذا لا ينافى جوازها كما هو الشأن فى شرط المضاربة و الوديعة و الوكالة و استدلت فى المختلف على الصحة بأن الشركة بنيت على الإرفاق و لو لم يشرع الجواز لفاتت هذه المصلحة بغير موجب و لا سبب و تحذلق صاحب الحدائق فاستدل على الصحة بأنها وعد فيجب الوفاء به و هو كما ترى (و أما حجة القائلين بالبطلان) فقد سمعت أن الشيخ استدلت بأن التفسير على قدر رأس المال مجمع عليه و ليس على جواز خلافه دليل و استدلت له فى الإيضاح بأن الشركة ليست عقدا فى الحقيقة لوقوعها بدونه و التجارة عقد فلا تدرج تحت الآية و فساده ظاهر إلا أن يكون أراد ما فى السرائر من أن هذا ليس بإجارة و لا مضاربة فيلزمه إعطاء ما شرط لأن حقيقة المضاربة أن المال من رب المال و من العامل العمل و هذا قد عمل فلا وجه لاستحقاقه الفاضل انتهى و غرضه أنها ليست عقد معاوضة كالإجارة و المضاربة حتى تضم الزيادة إلى أحد العوضين (و حاصله) أن الزيادة ليس فى مقابلها عوض و إلا فلا خلاف فى أنها عقد كما عرفت فى أول الباب فلم يتوجه عليه قوله فى المختلف إنه لا ينحصر العقد الصحيح فى هذين على ما أدى إليه نظره الفاسد لأنه لا خلاف فى صحة عقد الشركة و أنه قائم بنفسه انتهى فنظره فى السرائر جيد جدا و به تمسك من قال بالبطلان من المتأخرين كالمحقق و الشهيد فى غاية المراد و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و لهذا

أطبقوا على الصحة فيما إذا كان صاحب الزيادة العامل لوجود المعاوضة حينئذ وقد أشار إلى ذلك في الشرائع بقوله إنه بالقراض أشبه نعم قوله في المختلف في رد ابن إدريس إنها حينئذ شركة الإجارة و المضاربة متوجه لأنه حاول فيه إدخال الشركة في عقد فيه معاوضة كما ذكرناه في الاستدلال للقول بالصحة و استدلل عليه في الرياض بإجماع الغنية المعتضد بشهرة السرائر حيث نسبه فيها إلى الأ-كثر و فيه نظر من وجوه (الأول) أنهما مرهونان بشهادة التسبع إلا- أن يكونا استنبطاً ذلك من الإطلاقات و هو بتلك المكانة من الرهن (الثاني) أن الإجماع محكى على عدم لزوم الشرط كما عرفت و الشهرة محكية على بطلان الشرط و الشركة لكنك قد سمعت أنه نسبه إلى الأكثر و في استفادتها من ذلك نظر (الثالث) أن كلام الغنية و السرائر مضطرب أشد اضطراب يظهر ذلك لمن لحظ كلامهما و كلام الإنتصار في الرد على المخالف حيث إن ذلك يقضى بالصحة و الجواز (الرابع) أن في كلام الغنية اضطراباً لا يرجى زواله و ذلك أن ظاهره الإجماع على عدم لزوم الشرط حيث يكون العمل من أحدهما و قد عرفت أن الناس متسالمون على الصحة و اللزوم لمكان وجود المعاوضة و به قضى دليل القائلين بالبطلان إذ عمدة أدلتهم كما عرفت أن الزيادة لا عوض لها و هنا قد تحقق العوض فقد ادعى الإجماع على خلاف معقد (محل خ ل) الإجماع و منه يعلم أنه لم يحرر محل النزاع و الإجماع و الظاهر أنه حصل له هذا الاشتباه من كلام المبسوط حيث منع فيه حيث يكون العمل من أحدهما كونه من باب القراض و قال إنه قراض باطل لمكان الإشاعة فتوهم أن الشركة أيضاً باطلة مع أنه في المبسوط قبل ذلك صرح بصحة الشركة في الفرض المذكور و كيف كان فالأقرب هو الأقرب و الأشبه بأصول المذهب و لا بد من مراجعة المسألة في باب الصلح

(قوله) (و قيل تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٧

و الشريك أمين (١) لا يضمن ما يتلف في يده إلا بتعد أو تفريط (٢) و يقبل قوله في التلف (٣) و إن ادعى سببا ظاهرا كالغرق (٤) مع اليمين و عدم البيئة (٥) و كذا لو ادعى عليه الخيانة (٦)

قد تقدم الكلام فيه مسبقاً محرراً و أنه قول الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و لم يتعرض للاستثناء في الخلاف و السرائر و على القول بالبطلان في الفرض المذكور يقسم الربح بينهما على نسبة المالكين ثم يرجع العامل بنسبة مثل عمله من مال صاحبه سواء عملاً أو أحدهما و يتفاضان حيث يعملان كذا ذكره جماعة من المتأخرين و في (جامع المقاصد) نسبته إلى الشيخ و لم نجده تعرض له في واحد من كتبه لكن فيما ذكره الجماعة إشكالا و هو أنه إذا عمل أحدهما و شرط للآخر الزيادة فإن العامل يكون متبرعا بعمله فلا أجر له و كذا إذا عملا معا و شرطت الزيادة للآخر سواء ساوى عمله عمل صاحبه أو نقص عنه فإن من شرطت له الزيادة يستحق الأ-جرة مع البطلان بسبب الشرط و أما الأ-خر فالظاهر أنه متبرع بعمله لأنه دخل على أن يفعله بغير عوض فليحظ ما تقدم في باب المساقاة فيما إذا ساقى شريكه و لو اصطلاحاً بعد ظهور الربح على ما اشترطه أولاً أو على غيره صح الصلح كما تقدم في بابه و قد أسبغنا الكلام فيه في المسألة محرراً

(قوله) (و الشريك أمين)

كما في المقنعة و المبسوط و الكافي و الغنية و السرائر و التذكرة و التحرير و التبصرة و اللمعة و الروضة و غيرها و هو معنى ما في الشرائع و النافع و الإرشاد و غيرها من قولهم و لا يضمن الشريك ما يتلف في يده لأنه أمانة و الوجه فيه أنه وكيل فيكون أمينا من قبل المالك و في الكافي لا تجوز تهمة

(قوله) (لا يضمن ما يتلف في يده إلا بتعد أو تفريط)

كما في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و اللمعة و المسالك و الروضة و الكفاية و في (الرياض) أن عليه الإجماع في الغنية و الروضة و لم أجد له ذكراً في الكتابين

(قوله) (و يقبل قوله فى التلف)

كما فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و مجمع البرهان و هو معنى ما فى الكافى و الغنية و السرائر من أن القول قوله و وجهه أنه أمين كالمستودع و فى (الرياض) أن عليه الإجماع فى الغنية و الروضة و ليس فى الروضة له ذكر و إجماع الغنية قد يتناوله على بعد شديد و قد صرح فى التذكرة بأنه يقبل قوله فى الخسران و هو قضية إطلاق هذه الكتب الثلاثة بل و قضية كلام المبسوط و ما ذكرناه بعده لأنه إذا قبل قوله فى التلف قبل فى الخسران

(قوله) (و إن ادعى سببا ظاهرا كالغرق)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو قضية إطلاق الباقيين لأن الحكم بأمانته يقتضى قبول قوله فى ذلك و أنه قد يكون صادقا فى نفس الأمر فلو لم يقبل منه لطولب بالعين و أدى إلى تخليده فى الحبس فليتأمل و قد نبهوا بذلك على خلاف الشافعى حيث قال لا يقبل قوله فى السبب الظاهر إلا بالبينه و أما أنه يقبل قوله فى التلف بالأمر الخفى كالسرق ففى (الروضة) الإجماع عليه و قد نص عليه فى الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها و هو قضية كلام الباقيين و لا سيما من نص على قبول قوله فى السبب الظاهر

(قوله) (مع اليمين و عدم البينة)

الوجه فيهما ظاهر و قضية أنه لا تقبل منه اليمين مع تمكنه من البينة و هو كذلك لأنه مدع

(قوله) (و كذا لو ادعى عليه الخيانة)

كما فى المبسوط و السرائر و التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان لأنه أمين و الأصل فيه أنه لم يخن و أنه على أمانته و المراد أنه ادعى عليه أنه خانه بقدر معلوم حتى تكون دعواه محررة لتسمع فإذا عدم البينة كان القول قول المدعى عليه الخيانة مع اليمين و هل يقبل قوله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٨

أو التفريط (١) و يقبل قوله فى قصد ما اشتراه أنه لنفسه أو للشركة (٢) فإن قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الآخر فى إنكار القسمة (٣) فلو (و لو خ ل) أقر الآذن فى قبض البائع به دونه برئ المشتري من نصيب الآذن لاعترافه بقبض وكيله ثم القول قول البائع فى الخصومة بينه و بين المشتري و بينه و بين المقر و لا تقبل شهادة المقر عليه فى حقه إن كان عدلا و إلا حلف و أخذ من المشتري و لا يشاركه المقر ثم يحلف للمقر و لا تقبل شهادة المشتري له (٤)

فى الرد مع اليمين لم أجد به تصريحاً و قضية إطلاق كلام الكافى و الغنية و السرائر و قد سمعته قبوله و لم يرجح فى التذكرة و الظاهر العدم لأنه قبض لمصلحته فلم يكن كالمستودع من هذه الجهة و قال فى مضاربة المبسوط إن الصحيح أن المضارب يقبل قوله فى الرد و قال إن من قبض الشئ لمنفعة مالكة قبل قوله فيه قولاً واحداً و من قبضه و معظم المنفعة له كالمرتهن و المكترى لم يقبل قوله فيه قولاً واحداً و كل من قبضه ليشتركا فى الانتفاع فعلى وجهين

(قوله) (و التفريط)

يعنى أن القول قوله فى إنكاره التفريط كما فى جامع الشرائع و التحرير و الكفاية

(قوله) (و يقبل قوله فى قصد ما اشتراه أنه لنفسه أو للشركة)

كما فى المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروض و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية لأن مرجع ذلك إلى قصده و هو أعلم به و الاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد و إنما توجه

دعواه عليه حتى يجب عليه الحلف إذا ادعى إقراره بذلك إذ لا- يمكن الاطلاع على نيته و الأول يقع عند ظهور الريح و الثانى عند ظهور الخسران

(قوله) (فإن قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الآخر فى إنكار القسمة)

للأصل بمعنييه أعى أصل بقاء الشركة و أصل عدم القسمة فعلى مدعيها البيئه و لو كان فى أيديهما مال أو فى يد أحدهما فقال كل واحد منهما هذا نصيبى من مال الشركة و أنت أخذت نصيبك حلف كل منهما لصاحبه و كان المال بينهما و لا يخفى أن يد أحدهما يدلها

(قوله) (و لو أقر الآذن فى قبض البائع به دونه برئ المشتري من نصيب الآذن لاعترافه بقبض وكيله ثم القول قول البائع فى الخصومة بينه و بين المشتري و بينه و بين المقر و تقبل شهادة المقر عليه فى حقه إن كان عدلا و إلا- حلف البائع و أخذ من المشتري و لا يشاركه المقر ثم يحلف للمقر و لا تقبل شهادة المشتري له)

كما ذكر جميع ذلك فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك مع زيادة إيضاح و اقتصر فى الشرائع على ذكر الخصومة بين المشتري و البائع و نحوه ما فى جامع الشرائع و كذا التحرير و الأصل فى ذلك كلام المبسوط قال إذا كان عبد بين شريكين فأذن أحدهما لصاحبه فى بيع حصته من العبد مع حصه نفسه و قبض ثمنها فباعه بألف درهم صح البيع ثم إن شريك البائع أقر بأن شريكه البائع قبض جميع الثمن من المشتري و ادعى ذلك المشتري فإن المشتري يبرأ من نصف الثمن و هو حصه المقر و إنما كان كذلك لأمرين (أحدهما) أن البائع وكيله فى قبض ثمن حصته و الموكل إذا أقر بقبض الوكيل فهو كما لو أقر بقبض نفسه (و الثانى) إقراره يتضمن إبراءه عن حصته و هو لو أبرأه برئ و كذلك إذا تلفظ بما يتضمن الإبراء فإذا ثبت هذا فإن بدأ بمخاصمة المشتري أولا فأنكر القبض و ادعاه المشتري كان القول قول البائع مع يمينه لأن الأصل أنه ما قبض شيئا و على المشتري إقامة البيئه فإن أقام عليه البيئه إما شاهدين أو شاهدا و امرأتين أو شاهدا و يمين المشتري قبل ذلك و يثبت أن البائع قد قبض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٠٩

.....

منه الثمن فإن شهد له بذلك شريك البائع المقر فهل تقبل شهادته أم لا قيل فيه وجهان أحدهما لا تقبل لأنه شهد بقبض ألف درهم نصفها له فهو متهم و الشهادة إذا رد بعضها رد جميعها و الآخر أنها تقبل لأن التهمة فى أحد النصفين دون الآخر فتسقط فى موضع التهمة و تثبت «١» فى غيرها فعلى هذا يحلف معه و يثبت القبض بذلك فأما إذا لم يكن بينه كان القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف رجع على المشتري بنصف الثمن و سلم له ذلك و لم يرجع عليه شريكه بشيء منه لأنه مقر بأنه أخذه من المشتري ظلما و إن نكل ردت اليمين على المشتري و حلف و ثبت القبض بذلك فإذا فرغ من خصومه المشتري عاد إلى خصومه شريكه و شريكه يدعى عليه القبض و هو ينكر فيكون القول قوله مع يمينه لما ذكرناه و على شريكه البيئه فإن أقام شاهدين أو شاهدا و امرأتين أو شاهدا و يمينا ثبت القبض و رجع بحقه و إن لم يكن بينه حلف البائع فإذا حلف أسقط دعواه عن نفسه فإن نكل حلف شريكه و ثبت القبض بذلك و رجع عليه بحقه هذا إذا بدأ بمخاصمة المشتري ثم ثنى بمخاصمة شريكه فأما إذا بدأ أولا بمخاصمة شريكه ثم ثنى بمخاصمة المشتري فالحكم فيه على ما ذكرناه و إذا ثبت هذا فمتى أقام المشتري أو الشريك شاهدين على القبض ثبت القبض فى حق من أقامها و فى حق صاحبه و إن حلف الشريك أو المشتري مع الشاهد الواحد أو مع النكول ثبت القبض فى حقه و لم يثبت فى حق الآخر و كانت المحاكمه باقية بين البائع و بين الشريك أو المشتري انتهى فحرره فى الشرائع فقال لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما و هو وكيل فى القبض و ادعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع و صدقه الشريك برئ المشتري من حقه و قبلت شهادته على القابض فى النصف الآخر و هو حصه البائع و نحوه كلام ابن عمه و مثله ما فى التحرير و هو تحرير فى غير محله حيث اقتصروا على ذكر

الاختلاف بين البائع والمشتري كما صدر المسألة بذلك فى الكتاب و تركوا ذكر الاختلاف بين الشريكين مع أنه المناسب للبائ و هو غير مناسب و إن لم يتفاوت الحكم و لم يتعرض المحقق و لا ابن عمه لحلف البائع و إن القول قوله كما أنهما لم يتعرضا لحلفه مع شهادة المقر كما أنهما لم يتعرضا لعدم مشاركة المقر البائع حيث يحلف و يأخذ من المشتري و ظاهر إطلاق الشرائع و الكتاب أن شهادة المقر مقبولة و إن شهد بالجميع و إن ردت فى البعض و يزيد الكتاب أنه لا فرق فى قبول شهادته بين تقدم خصومته مع البائع و تأخرها مع أنه ينبغي أنها لو تقدمت خصومته أن لا تقبل شهادته عليه فى الخصومة الثانية لمكان سبق الخصومة بينهما نعم عدم قبول شهادة المشتري جار على إطلاقه إذ لا فرق فيه بين تقدم إحداهما و تأخرها و هذا لوضوحه لم يتعرض له فى المبسوط ثم إنه فى الشرائع قال إن الأشبه المنع من قبول شهادة المقر و ظاهره الإطلاق ثم إنه فى الكتاب لم يتعرض للفرق بين الصورتين فى تقدم إحدى الخصومتين و تأخرها و لعله لأنه ليس هناك فرق كثير و فى قوله ثم يحلف للمقر إيهام إرادة الترتيب و ليس بمراد لأنه ذكر قبله الحكم فى الخصومتين من دون ترتيب و لم يتعرض لحال قيام البيئته فى حال و لا للفرق بينها و بين الشاهد و اليمين و لا للفرق بينها و بين اليمين المردودة و غيرها و كان الواجب أن يتعرضوا لما إذا عدم المشتري البيئته فطلب الحاكم يمين البائع فردها على المشتري فنكل فإنه يلزم بحصة البائع و بعض الشافعية قال لا يلزم لأنه لا يحكم بالنكول و هو غلط لأنه ليس حكما بالنكول و إنما هو حكم بأصالة بقاء الثمن فى ذمته حيث لم يأت بحجة على الأداء و لم يتعرضوا جميعا لما إذا عدم الأذن البيئته فطلب الحاكم يمين البائع فردها على الأذن فحلف و أخذ منه سهمه فإن البائع لا يرجع على المشتري بما أخذه منه باليمين المردودة و ليس له مخاصمته فى ذلك لاعترافه بأن ما أخذه الأذن منه ظلم و لأن اعتراف الأذن بقبض

(١) الذى فى نسخة الأصل هكذا (و سقط فى موضع التهمة و ثبت فى غيرها).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٠

و لو ادعى المشتري على شريك البائع بالقبض فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم و إن لم يأذن لم يبرأ المشتري من حصة البائع لأنه لم يدفعها إليه و لا إلى وكيله و لا من حصة الشريك لإنكاره و القول قوله مع يمينه و لا يقبل قول المشتري على الشريك و للبائع المطالبة بقدر حقه خاصة لاعترافه بقبض الشريك حقه و على المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين فإذا قبض حقه للشريك مشاركته فيما قبض و له أن لا يشاركه و يطالب المشتري بجميع حقه فإن شارك فى المقبوض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري و يأخذ من القابض نصف نصيبه و يطالب المشتري بالباقي إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئا و ليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ منه لاعترافه ببراءة ذمة المشتري (١)

البائع عزل له عن الوكالة لأنه فعل ما وكل عليه و قد برئ المشتري من سهم الأذن بإقراره فليحظ ذلك و ما زيد فى الغنية و السرائر فى المسألة على قولهما و لو أقر الذى لم يبيع و لا أذن له فى التصرف إن البائع قبض الثمن برئ المشتري من نصيب المقر بلا خلاف (قوله) (و لو ادعى المشتري على شريك البائع بالقبض فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم و إن لم يأذن لم يبرأ المشتري من حصة البائع لأنه لم يدفع إليه و لا إلى وكيله و لا من حصة الشريك لإنكاره و القول قوله مع يمينه و لا يقبل قول المشتري على الشريك و للبائع المطالبة بقدر حقه خاصة لاعترافه بقبض الشريك حقه و على المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين فإذا قبض حقه للشريك مشاركته فيما قبض و له أن لا يشاركه و يطالب المشتري بجميع حقه فإن شارك فى المقبوض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري و يأخذ من القابض نصف نصيبه و يطالب المشتري بالباقي إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئا و ليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ لاعترافه ببراءة ذمة المشتري)

هذه المسألة عكس التى قبلها و الأصل فيها أيضا كلام المبسوط و قد فرضت المسألة فيه و فى الخلاف و الغنية و السرائر و جامع

الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير كالكتاب و جامع المقاصد حيث قالوا لا يبرأ المشتري من حصه البائع و الشريك لأنه هو الذى تعرضوا له لا- غير فى صورة ما إذا لم يوكل البائع شريكه الآخر فى قبض حقه و قد توافقت الكتب المذكورة على أن النزاع بين المشتري و الشريك و أن المشتري لا يبرأ من حصه البائع و لا من حصه الشريك و جعل فى التذكرة النزاع بين الشريكين و الأمر فى هذا سهل و قد صرح فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بما فى الكتاب من أن للبائع المطالبة بقدر حقه خاصة و فى (المبسوط و جامع المقاصد) كما فى الكتاب أن على المشتري دفع تصيبه إليه من غير يمين و فى المبسوط أن البائع إن قبض حقه لم يشاركه صاحبه فيه و ستسمع أن المشهور فى مثله أنه يشاركه و يترتب على ذلك قبول شهادة البائع للمشتري كما يأتى ثم عد إلى العبارة فقوله فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم معناه أن الشريك إذا كان مأذونا فى القبض من شريكه البائع و المفروض قد صدق المشتري فى دعواه إقباض الشريك فإن المشتري يبرأ من حصه البائع لاعترافه بقبض و كي له كما تقدم فى المسألة الأولى فلا بد من زيادة قيد آخر فى عبارة الكتاب بأن يقال فإن كان البائع أذن فيه و صدق المشتري فى دعواه قبض الشريك و لا فرق فى ذلك و ما ذكر بعده بين أن يكون الشريك قد أذن البائع فى القبض أو لم يأذن لأن الحكم لا يتفاوت عندنا و لذلك أطلق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١١

و لو خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البائع لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فيحلف و يأخذ من المشتري نصف الثمن و إن نكل أخذ المشتري منه النصف (١) و لو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الآخر فيه و إن تعدد المشتري أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركة (٢) و إن اتحد المشتري

المصنف و لا- وجه لقوله و لا- يقبل قول المشتري على الشريك لأنه من قبيل بيان البديهيات و الظاهر من قوله فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه و قوله إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئاً إنه يجب عليه الحلف مرتين و هو متجه إذا طالب البائع قبل مطالبة المشتري و حلف للبائع و يشكل فيما إذا حلف للمشتري قبل ذلك أنه لم يقبض شيئاً فإنه يستحق مشاركة البائع من دون حلف لمكان اتحاد الصفقة و الاشتراك فى كل جزء من الثمن مع احتمال الحلف له أيضاً احتمالاً قوياً جرياً على ظاهر قوانين الشرع (قوله) (و لو خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البائع لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه فيما يقبضه من المشتري فيحلف و يأخذ من المشتري نصف الثمن و إن نكل أخذ المشتري منه النصف)

هذه العبارة لا تخلو عن حازة فى التكرير و سماجة فى التعبير لأن كلامه هذا من تنمئة المسألة السابقة فإن الخصومة بين المشتري و شريك البائع قد سبق ذكرها و هذه من تتمتها و لكن عبارة المصنف توهم أنها مسألة مستأنفة بالاستقلال و قد جزم المصنف هنا و المحقق فى الشرائع و المحقق الثانى و الشهيد الثانى بعدم قبول شهادة البائع للمشتري بإقباضه الشريك لأن الشهادة تجر نفعا إليه باعتبار أنه إذا قبض نصيبه بعد ذلك لا يشاركه فيه (و قال فى المبسوط و الخلاف) و إن شهد له بذلك البائع قبلت شهادته قال فى المبسوط لأنه لم يجر بها لنفسه منفعة و لا يدفع بها مضرة لأنه يقول إنه لا يرجع إلى من حق شريكى شىء بحال و قد سمعت أنه صرح بأن البائع إذا قبض منه لا يشاركه الشريك فى شىء و لا ترجيح فى التذكرة مع أنه حكم فيها يأتى المشاركة و ينبغى التوقف للمحقق الثانى أو عدم الجزم لأنه قال فيما يأتى أن القول بعدم المشاركة قوى متين (و كيف كان) فإذا عدم المشتري البيئه بالإقباض لشريك البائع حلف و أخذ منه نصف الثمن إن شاء و إن شاء أخذ من البائع نصف ما أخذه و الباقي من المشتري و إن نكل حلف المشتري أنه أقبضه الجميع و طالبه بالنصف الذى هو للبائع ليدفعه له على أنه لا ولاية عليه

(قوله) (و لو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الآخر فيه و إن تعدد المشتري أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركة)

موضع البحث ما إذا كان بين شريكين فصاعداً دين مشترك بسبب واحد كبيع سلعة أو ميراث أو إتلاف كما نبه على ذلك فى

التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها و هو كل ما فرضت المسألة فيه في الدين و أنه لا يقسم كجامع الشرائع و غيره بل في جامع المقاصد أن ذلك هو المشهور بين الأصحاب قال المشهور بين الأصحاب أنه إذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره إلى آخره و قد فرضت المسألة في النهاية و الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و اللمعة و الروض و الروضة أن فيما إذا باع الشريك إلى آخر ما في الكتاب لتناسب باب الشركة لأنه عقد يقتضى التصرف فيما يستثمر الربح (و كيف كان) فلكل من الشريكين في المال مطالبة المديون بحقه من الدين فإذا استوفاه شاركه الآخر فيه كما حكينا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٢

.....

ذلك في باب الدين عن عشرين كتابا أو أكثر من جملتها السرائر و حكينا عليه الإجماع عن الغنية و عن ظاهر الكفاية حيث قال إنه المعروف من مذهب الأصحاب و حكينا هناك عليه الشهرة عن الروضة و مجمع البرهان و عن التنقيح نسبتة إلى الشيخ و أتباعه و قد تتبعنا كتب الأصحاب في الباب فوجدنا ذلك خيرة أبي على و القاضي فيما حكى عنهما و الكافي و النهاية و الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و المختلف و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و هو المشهور كما في جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و خيرة أكثر الأصحاب كما في المسالك أيضا و الكفاية و قد سمعت أنه في دين الكفاية قال إنه المعروف من مذهب الأصحاب و عليه إجماع الفرقة و رواياتهم واردة به كما في الخلاف و عليه الإجماع كما في الغنية و كأنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس كما في مجمع البرهان و من الغريب أنه قال في السرائر إنه لم يذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته و من قلده و تابعه بل شيخنا المفيد لم يذكر ذلك و كذلك السيد المرتضى و لا تعرضا للمسألة و لا وضعها أحد من أصحابنا المتقدمين و لا ذكرها أحد من القميين و إنما ذكر ذلك شيخنا في نهايته إلى آخر ما قال (وفيه) أن الشيخ ذكر ذلك في الخلاف و المبسوط كما ذكر ذلك في نهايته و ذكرها هو في دين سرائره و لم يذكر فيها خلافا و قد عرفت أنه ذكر ذلك أبو على و أبو الصلاح و القاضي في دين الجواهر و ابن حمزة و ابن زهرة و كلهم متقدمون عليه لكنه أراد بمن قلده القاضي و ابن حمزة و قد روى خبر غياث الصدوق فيكون عاملا به و رواه أيضا محمد بن علي بن محبوب و هما قميان و قد روى خبر أبي حمزة شيخ القميين و رئيسهم أحمد بن عيسى ثم إن طريق الصدوق إلى عبد الله بن مسكان فيه أبوه و محمد بن الحسن بن الوليد و إلى غياث فيه أبوه و سعد و أحمد فقد ذكر ذلك ستة من القميين هذا و في (المختلف و إيضاح النافع و المسالك) أن قول ابن إدريس لا يخلو عن قوة و في (جامع المقاصد) أنه قوى متين و كأنه ميل إليه في دين مجمع البرهان و المفاتيح كما أنه في دين الكفاية مستشكل و في (شركة مجمع البرهان) أن القولين مشكلان و قد قال في السرائر الوارد في ذلك ثلاثة أخبار أحدها مرسل و فيه أن الوارد في ذلك ستة أخبار و إن لحظنا طرق الفقيه زادت على ذلك و هي صحيحة سليمان بن خالد في الفقيه و التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام و موثقة عبد الله بن سنان في التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام و متنهما واحد قال سألت عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين فاقتهما الدين و العين فتوى الذي كان لأحدهما أو بعضه و خرج الذي للآخر أيرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله و ما محتملة لأن تكون استفهامية أو نافية و مثلها خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام و معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام و خبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام مع زيادة في الثلاثة و هي قولهما ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله و مثله من دون تفاوت أصلا قول أمير المؤمنين على عليه السلام في خبر غياث فهذه أربعة أخبار تضمنت أن ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و كأنه في دين مجمع البرهان لم يظفر إلا بخبر غياث كما أنه و صاحب المسالك في كتاب الشركة لم يظفرا بصحيفة سليمان بن خالد حيث رميا الأخبار بالإرسال و

الضعف (و كيف كان) فالضعيف منها منجبر بالشهرات معتضد بالإجماعات و الصحيح منها بل الموثق على أن في الصحيح وحده بل الموثق بلاغا مع موافقتها للقواعد و أصول المذهب لأن المال في ذم الغرماء مشترك كما هو التقدير غير مقسوم لأن ما في الذم غير مقبوض و لا متعين حتى تصح قسمته و لا دليل على لزوم قسمته كذلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٣

.....

مع أن الأصل عدمه مضافا إلى الأصل بمعنى الاستصحاب و قد حملها في السرائر على أن المال الذي هو الدين كان على رجلين فأخذ أحد الشريكين جميع ما على أحد الغريمين فالواجب عليه أن يقاسم شريكه لأنه أخذ ما يستحقه هو و شريكه (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 دلالتها على المطلوب متوقفة على إرادة الأمر الثاني و اللفظ يحتمل الأمرين (و فيه) أن ما الواقعة في الجواب للعموم و قضيته عدم الفرق بين ما إذا قبض البعض أو الجميع و بين ما إذا تعدد الغريم أو اتحد ثم إن المفروض أنهما اقتسما ذلك و هو يخالف ما أراد و ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة تقتضيه أيضا ثم إن ذلك كله مناف لكلامه و استدلاله في باب الدين و ما إذا يقول فيما إذا كان لهما على شخص واحد قفيز حنطة و عشرون درهما و اقتسما ذلك الحنطة لواحد و الدراهم للآخر و قد استدل في شركة السرائر على مختاره بدليلين (الأول) أن لكل منهما أن يبرئ الغريم من حقه و يهبه و يصلح على شيء منه دون الآخر فكما لا يشاركه الآخر فيما وهب و صالح عليه كذلك لا يشاركه إن استوفى و قد رمى هذه الملازمة جماعة بالضعف (و قال في المختلف) إنه غلط و بينه بأنا نفرق بين إسقاط الحق و قبضه لأن المدفوع و المقبوض إنما هو المال المشترك و لا كذلك الإسقاط و قد ردوا عليه باللازم و إلا- فكلامه مسوق لأن الشريك الواهب لا يشارك من لم يهب و لم يبرأ (الثاني) أن متعلق الشركة بينهما هو العين و قد ذهبت و لم يبق عوضها إلا دين في ذمته فإذا أخذ أحدها منه لم يكن قد أخذه عينا من أعيان الشركة بل من أمر كلي في الذمة لا يتعين إلا قبض المالك أو وكيله و لا وكالة هنا لأنه إنما قبض لنفسه و لم يقبض لشريكه بالوكالة و قد أيد هذا المحقق الثاني و الشهيد الثاني بوجوه سبعة كلها غير وجيهة و إن قال في جامع المقاصد إن بعضها في غاية المتانة و القوة و إن الروايات لا تقاومها و ذلك لأنه لم يحقق المقام مع غرابه و وقوع ذلك منه إذ الروايات متعاضدة معتضدة بالإجماع المنقول بل المحصل قبل ابن إدريس و بعده منجبرة بالشهرات فكيف لا تقاوم بعض تلك الوجوه لو كانت وجيهة إذ خمسه منها قد اعترف في المسالك بضعفها و أنها مبنية على عدم تحقيق المقام كما أوضحناه في باب الدين و الاثنان الباقيان هما اللذان بعثا صاحب المسالك على أن يقول إن قول ابن إدريس لا يخلو عن قوة و هما أنه إذا ضمن ضامن حصة أحد الشريكين صح فيختص بأخذ المال المضمون من الضامن و أنه لو أجل أحد الشريكين حصته باشرط ذلك بعقد لازم و نحوه جاز فإن قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع عليه شريكه بشيء و هذا يقضى بجواز قبض حصته منفردا لاستلزامه تمييز حصته عن حصة الآخر و هما ليسا بشيء لأن ضمان الغير و تأجيل أحدهما حصته و الإبراء و الهبة و البيع على المديون و مصالحته عنه و تصالحهما على ما في الذم و نحو ذلك خارجة عما نحن فيه إذ التمييز الذهني كاف في صحتها إذ لا يمكن غيره و عموم أدلة الصلح و الضمان و التأجيل و الهبة و الإبراء تتناوله فوجب العمل بها كذلك إذ لا يمكن غير ذلك و ليست كالبض لأن الغريم في صورة القبض إنما دفع عما في ذمته مالا مشتركا لا يقبل القسمة قبل الدفع لأنه حينئذ غير مقبوض و لا متعين و لم يقسم بعده فلا يختص به القابض لأنه يمكن حينئذ تمييزه و قسمته فلا يكفي فيه التمييز الذهني إذ لا دليل عليه حينئذ من أدلة القسمة بل أدلتها قاضية بخلافه و الأصل عدم لزوم قسمته كما أشرنا إليه آنفا (و قال مولانا المقدس الأردبيلي) لا يخفى ما في حكم المشهور من الإشكال لأن ما قبضه الشريك إن تعين كونه من الدين المشترك فليس لشريكه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٤

.....

الرجوع إلى الغريم في حصته منه و يلزم أنه لو تلف في يده يكون التالف منهما و لا- يجوز للشريك التصرف فيه بوجه إلا- بإذن شريكه و لا يجب الأداء على المديون بل لا يجوز و قد ادعى على ذلك في شرح الشرائع الإجماع و أن هذا التعيين بغير إذنه مشكل و إن لم يتعين كونه من الدين أصلا كان ملك الغريم و إن تعين كون ما قبضه حق القابض كما يدل عليه حكمهم بأنه لو تلف في يده تعين حقه فيه فلا معنى لرجوع الشريك إليه و لا معنى حينئذ لقولهم إن الدين غير قابل للقسمه و إن تعينت حصته فيه فلا معنى لكون التالف كله من ماله ثم أخذ يناقش التذكرة في بعض الكلمات التي لا فائدة في ذكرها ثم قال إن قول ابن إدريس أيضا مشكل لأنه كيف يختص القابض بما قبض و لم يأخذ إلا الثمن المشترك و ليس له حينئذ شيء مخصوص و كلامه هذا مع الوجوه الخمسة مبنية على عدم تحرير المقام لأن أول كلامه و الوجوه الخمسة مبنية على أن حق الشريك الآخر يتعين في المقبوض على جهة الشركة و الأمر عند المشهور ليس كذلك و تحرير المقام أنهم أجمعوا على أن لصاحب الدين أن يطالب به منفردا من غير خلاف لأن الأصل في مستحق الدين أن يتسلط على تحصيله و أجمعوا على أن الشريك إذا لم يختر مشاركته يختص بما قبض و هذا واضح لأن ابن إدريس يوافق على ذلك قطعا و أنه يجب على الغريم الدفع إليه إذا طالبه بقدر حقه لأن أمره يؤول إلى انحصاره فيه أو مشاركة شريكه له و كلاهما يجب الدفع إليه (و عساک تقول) شريكه لم يطالب فلا يجب الدفع (لأننا نقول) هذا الدفع لم يجب لأجله بل لأجل شريكه المطالب و الحال أن المقبوض ليس جميع ما في الذمة حتى يحكم ببطالانه لمكان تعلق حق الشريك به و إنما هو بقدر حقه فإذا لم يختر الشريك مشاركته انحصر حقه فيه لقدمه على ذلك و إنما توقف على أمر و قد حصل فبقى القدر الآخر في ذمة المديون للشريك و حينئذ فإذا أقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو و القابض على حصر بعض الكلي الثابت في الذمة في هذا الفرد المقبوض و الحال أن ما في الذمة مشترك فلا ريب حينئذ أن للشريك الآخر إجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه و أن لا يجيزه فيطالب المديون بحقه لأن حق التعيين لا يتم إلا برضاه و حينئذ فيتعين المعين أولا لقباضه لأن الممتنع إنما هو قسمه ما لم يتميز و لم يقبض أما إذا قبض الشريك و لم يختر شريكه مشاركته فإنه يصير من قبيل ما إذا خلف دينا و عينا و اقتسم الوارثان فأخذ أحدهما العين و الآخر الدين فإن القسمه حينئذ صحيحة إذ لم يوجد فيها المانع المذكور و هذا هو الوجه في تخييرهم له بين المشاركة و مطالبة المديون فلو اشترى بما قبضه شيئا وقف على إجازة شريكه بمقدار حقه (و عساک تقول) إذا كان تعيين الكلي متوقفا على رضا الشريك و جب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض لأن الكلي لا يصح حصره في المعين بدون رضا الشريك (لأننا نقول) إنه لم يحصر جميع الكل في المعين و إنما حصر بعضه فيه و قد رضى القابض بتعيين حقه أجمع في المعين و الغريم مسلط على ماله غير أنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته و قد حصل كما عرفته آنفا فهذا المقبوض قبل اختيار الشريك نصفه ملك للقابض و النصف الآخر مقبوض بيده لنفسه قبضا متزلزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع على الغريم فيستقر لقباضه بالمعنى الذي ذكرناه أو على شريكه فينتقل ملكه إليه من حين قبض شريكه لأنه بمنزلة عقد فضولي و تلفه قبل اختيار الشريك من مال القابض على التقديرين لقدمه على ضمانه و عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت فقد اتضح الحال و اندفع عن المسألة كل إشكال و قد حاول في التنقيح هذا التحرير و لم ينقحه و نحوه ما في التذكرة و تمام الكلام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٥

و لو تساوى المالان فأذن أحدهما في العمل للآخر على أن يتساويا في الربح فهو بضاعة (١)

[فروع]

إشارة

فروع

[الأول لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها]

(الأول) لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها و الحاصل لهما فالشركة باطله (٢) فإن كان العامل قد أجر الدابة فالأجرة لمالكها و عليه أجره مثل العامل (٣)

قد تقدم في باب الدين مسبغا محررا ثم إنا لم نجد في المسالك هذا الإجماع الذي حكاه في مجمع البرهان عنها ثم عد إلى العبارة فالتقييد بالصفقة في الكتاب و غيره للاحتراز عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد على حدة و إن كان العقدان لواحد فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما عن حقه و إليه أشار المصنف بقوله أما لو تعددت الصفقة إلى آخره و قد قيده في جامع المقاصد بما إذا كان كل واحد من المبيعين غير مشترك أما مع اشتراكهما فلا يستقيم ذلك (و فيه) أنه وهم على الظاهر لأنه إذا باع أحد الشريكين حصته لم يشتركا فيما يقبضه عنها إجماعا (و ليعلم) أن بيع غير الشريكين صفقة موجب للشركة فذكر الشريكين فيما نحن فيه كأنه مستغنى عنه و أشار بقوله و إن تعدد المشتري إلى أنه لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحدا و متعددا لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك لثبوت مقابلة جميع الثمن بجميع المبيع و لأن الملاك متساوون بالنسبة إلى الأبعاض

(قوله) (و لو تساوى المالان و أذن أحدهما في العمل للآخر على أن يتساويا في الربح فهو بضاعة)

كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك لأن من دفع مالا إلى غيره ليّجر به فإن شرطا كون الربح بينهما فهو قراض و إن شرطاه للعامل فهو قرض و إن شرطاه للمالك فهو بضاعة فمال الآذن هنا في يد الآخر بضاعة لأن الغرض تساوى المالين و الشرط تساوى الربحين فلم يكن قد شرط للآخر فيه شيء فانتفى الأول و الثاني كما هو واضح و ليس بشركة لأنه لم يعمل معه لأن بناءها على عمل المشتركين فيكون عمل الآخر معونه و تبرعا لأنه لم يشترط لنفسه في مقابلته عوضا و قد تقدم لنا و لهم ما يخالف ذلك فالمدار هنا على القرينة أو يكون المراد أن بناءها غالبا على عمل المشتركين

(قوله) (فروع الأول لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها و الحاصل لهما فالشركة باطله)

كما في جامع المقاصد و هو معنى قوله في التذكرة و التحرير لم يصح بل في الأول أنه لا يصح عند علمائنا أجمع و هو ظاهر جامع المقاصد أيضا لأنه ليس من أقسام الشركة و المضاربة بالأعراض غير صحيحة و المراد أنه دفعها إليه ليحمل عليها مال غير بالأجرة فما رزق الله سبحانه و تعالى بينهما على ما اتفقا عليه بالسوية أو التفاوت و ليس المراد أنه دفعها للآخر ليحمل ماله عليها لأن ذلك إجارة لا يمكن فيها معنى الشركة فلا يستحق العامل حينئذ أجره

(قوله) (فإن كان العامل قد أجر الدابة فالأجرة لمالكها و عليه أجره مثل العامل)

هذا تفريع على بطلان الشركة و هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد و في الأخير أنه قضية كلام الأصحاب و لعله أراد في غير الباب لأنه قضية قواعدهم و إلا- فلم يتعرض له أحد غير المصنف في التذكرة و التحرير و الكتاب و الوجه فيهما (أما الأول) فلأنه عوض منفعة ماله (و أما الثاني) فلأنه بذل عمله في مقابلة الحصة من الحاصل الذي كان يعتقد حصولها و قد فاتت بفساد الشركة فوجب له أجره مثله لأنه لم يتبرع بعمله و هذا هو الموافق للضوابط و لا أثر لسؤال المالك و لا العامل فلا وجه لما استسمعه في كلام المصنف و لا- لقوله في التحرير و للعامل أجره مثله إن رضى المالك بالأجرة و إلا اقتسما الحاصل على قدر أجره المثل لهما لا على ما شرطاه (بقي شيء) و هو أن المصنف في كتبه الثلاثة و أكثر العامة أطلقوا أن أجر الدابة لمالكها اعتمادا على أن إجاتها بإذن المالك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٦

فإن قصر الحاصل عنهما تحاصبا إن كان بسؤال العامل وإلا فالجميع (١) وإن تقبل حمل شىء فحمله عليها أو حمل عليها شيئا مباحا فباعه فالأجرة و الثمن له (٢) و عليه أجرة مثل الدابة لمالكها

ضمنا كما تقدم لنا بيان ذلك فى باب الإجارة من أن فساد عقدها إنما هو بالنسبة إلى غير الآذن من وجوب العمل و استحقاق المسمى و نظر فيه فى جامع المقاصد بأن العقد الفاسد كيف يعتبر ما تضمنه من الإذن فحقه أن يكون فضوليا يتوقف على الإجازة هذا و المفروض فيما نحن فيه أنه آجر عين الدابة إذ لو لم تكن الإجارة على عينها كان الأجرة للعامل كما يأتى (قوله) (فإن قصر الحاصل عنهما تحاصبا إن كان بسؤال العامل و إلا فالجميع)

يريد أنه إذا كانت الشركة باطله و قد آجر عين الدابة فأجرتها لمالكها و عليه للعامل أجرة مثله إن وفى الحاصل من أجرة الدابة بأجرة مثله و أجرة مثلها أو زاد فإنه يدفع حينئذ إليه أجرة مثله و يختص هو بالباقي و الصورتان تدخلان فى صورة عدم القصور لكنهما نادرتا الوقوع و إن قصر الحاصل عن الأجرتين تحاصبا بمعنى أن الحاصل إذا قسط على أجرة مثل الدابة و أجرة مثل العامل قصر عن ذلك «١» فإن العامل يأخذ حصه من الحاصل بنسبة أجرة مثله إن كان دفع المالك الدابة على هذا الوجه بسؤال العامل لأنه قد رضى بأن يكون له حصه من الحاصل و إن نقصت عن أجرة المثل و يندرج فى ذلك ما إذا كان الدفع بسؤالها لأنه بسؤال العامل أيضا و إن لم يكن ذلك بسؤال المالك فالواجب للعامل جميع أجرة مثله و إن زادت على الحاصل و هذا التفصيل من متفردات هذا الكتاب لأنه لم يذكره فى التذكرة و لا فى التحرير و لا حكاها عن أحد من العامة على أنا لا نجد فرقا و إما أن نقول إن المسألتين تستويان فى التحاصب لأن المفروض حصول رضاهما بذلك سواء كان بسؤالها أو سؤال أحدهما أو نقول إنه يجب للعامل أجرة المثل كائنه ما كانت لمكان فوات ما عين له و لا- أثر فى ذلك لسؤال أحدهما كما تقدم و هو الأشبه بأصول المذهب و عن الشهيد أنه احتمل وجوب أقل الأمرين من الحصه المشروطة و الحاصلة بالتحاصب (أما الأول) فلأنه رضى بها (و أما الثانى) فلمعارضه حق المالك و لا ترجيح و احتمال وجوب الأقل إن كان الدفع بسؤال العامل لأنه ألزم نفسه بذلك بسؤاله و وجوب الأكثر إن كان بسؤال المالك لأن المشروط إن كان أكثر فقد رضى به المالك و إن كان الحاصل بالتحاصب أكثر ففساد المشروط و الحق أن هذا كله بعيد عن التحقيق كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و إن تقبل حمل شىء فحمله عليها أو حمل شيئا مباحا فباعه فالأجرة و الثمن له)

كما صرح بذلك كله فى موضع من التذكرة و فى موضع آخر منها و التحرير الاقتصار على صورة التقبيل و المراد أن العامل لم يؤاجر عين الدابة كما فى الأولى فكانت عكسها و إنما تقبل حمل شىء فى ذمته و لم يعين لحمله دابة مخصوصه فحمله عليها فإن الأجرة المسماة تكون له لأنها فى مقابلة عمل فى ذمته و عليه لمالك الدابة أجرة مثلها كائنه ما كانت و كذا لو حمل عليها شيئا مباح الأصل كالحطب إذا حازه بنيه أنه له أو قلنا بأن المباحات تملك بالحيازة و لا يحتاج إلى النية فإن ثمن هذا له إن باعه لأن العين ملكه و عليه لمالك الدابة أجرة المثل لاستيفاء منفعتها التى لم يبذلها المالك مجانا و لم يتعين لها عوض فوجب أجرة المثل (و اعلم) أن الاحتياج فى تملك المباحات إلى النية هو المختار و الذى دلت عليه الأخبار كما تقدم و يأتى فلو نوى فى حيازة المباح نفسه و شريكه كان لهما و على العامل نصف أجرة مثل الدابة لذلك العمل و للعامل على المالك نصف أجرة مثله لذلك العمل فإطلاق المصنف هنا مع ترده فى أن المباح يفتقر تملكه إلى

(١) كما إذا كان الحاصل اثنى عشر و أجرة مثله ثمانية و أجرة مثل الدابة اثنى عشر فإننا نقسم الحاصل أعنى الاثنى عشر عشريين جزءا يأخذ هو ثمانية أجزاء و الدابة اثنى عشر (حاشية منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٧

[الثاني لو دفع دابة إلى سقاء]

(الثاني) لو دفع دابة إلى سقاء و آخر راوية على الشركة في الحاصل لم تتعقد و كان الحاصل للسقاء و عليه أجره الدابة و الراوية (١)

النية غير جيد و المحقق الثاني يذهب إلى أن التوكيل في تملك المباح لا يتوقف صحته على اشتراط النية في تملكه مع الحيابة كما تقدم بيان ذلك في عدة مواضع منها باب اللقطة و يأتي في آخر الباب هذا و لو حمل عليها ما لا أجر له أو حمل عليها لغيره مجاناً أو بعوض فاسد فعليه أجره المثل كما تقدم

(قوله) (و لو دفع دابة إلى سقاء و آخر راوية على الشركة لم تتعقد و كان الحاصل للسقاء و عليه أجره الدابة و الراوية) كما صرح بذلك كله في المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و الروض و مجمع البرهان و كذا جامع الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و ظاهر التذكرة الإجماع على عدم انعقادها شركة لفقد أركانها لأن هذه مركبة من شركة الأبدان و شركة الأموال مع عدم المزج و صرح في المبسوط و غيره بعدم كونها مضاربة و لا إجارة فالحاصل للسقاء و عليه للآخرين أجره مثل ما لهما لذلك العمل و قد حكى في المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شروحه و المختلف و الروض و المسالك القول بأن الحاصل يقسم بينهم أثلاثاً و يرجع كل منهما على صاحبه بثلث أجرته (قال في المبسوط) و قيل إنهم يقسمونه بينهم أثلاثاً و في الناس من حمل الوجه الأول على أنه إذا كان السقاء يأخذ الماء من ملكه و الثاني على أنه إذا أخذ من ماء مباح و هذا ليس بشيء لأنه إذا أخذ من موضع مباح فقد ملكه و الوجهان جميعاً قريبان و يكون الأول على وجه الصلح و الثاني من الحكم انتهى و صريح كلامه و قضيه كلام ما ذكر بعده الشرائع و جامع الشرائع و عدا التذكرة و ما ذكر بعدهما «١» أن محل القولين موضع واحد و أنه لا فرق بين أخذه من ملكه أو من مباح و هو الذي فهمه منهم الشهيد في غاية المراد و صريح التذكرة و المسالك و كذا جامع الشرائع و جامع المقاصد و الكفاية أن كلا من القولين مبني على غير ما ما بنى عليه الآخر كما أشار إليه في المبسوط بقوله و في الناس إلى آخره فقد جعل القول الأول مبني على كون الماء ملكاً للسقاء أو مباحاً و نوى الملك لنفسه أو نوى الشركة و قلنا إن النيابة لا تجرى في تملك المباحات و جعل القول (الثاني) مبني على ما إذا أخذه من مباح و نوى الشركة و قلنا بجواز النيابة فإنهم يشتركون فيه فيقسم على نسبة أجور أمثالهم أو بالسوية اتباعاً لقصد فتكون أجرته و أجره الرواية و الدابة عليهم أثلاثاً لدخول كل منهم على أن يكون له ثلث الحاصل و المسلمون عند شروطهم غاية الأمر أنه لم يتول عمل ذلك الثلث بانفراده فيسقط عن كل واحد ثلث الأجر المنسوبة إليه و يرجع على كل واحد بثلث و يكون في سقيه بمنزلة الوكيل لإذنه لهم له في التصرف إن قلنا ببقاء الإذن الضمني مع فساد المطابق و إلا- توقفت المعاوضة على الماء على إجازتهما فكلام المبسوط و ما وافقه مبني على أنه لا يحتاج في تملك المباحات إلى النية كما صرح به فيه كما سمعت و على عدم جواز التوكيل في تملك المباحات (قال الشهيد في غاية المراد) كلام المحقق في المسألة يفيد أن الحائر إن نوى لنفسه ملك قطعاً و إن نوى أنه له و لغيره لم يملك الغير قطعاً و أما العمل ففيه وجهان مع حكمه بجواز الاستئجار على الاحتطاب و الاحتشاش و ملك المستأجر ما يحصل و كأنه أراد بالأول التبرع انتهى و هو اعتذار جيد و معناه أنه إذا نوى الغير متبرعاً من دون

(١) كذا في النسخة و لا يبعد أن يكون صواب العبارة هكذا. و قضيه كلام ما ذكر بعده عدا الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و ما ذكر بعدها فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٨

و لو كان من واحد دكان و من الآخر رحى و من ثالث بغل و من رابع عمل فلا شركة (١)

توكيل و لا استئجار لم يملك الغير و إلا ملك و على التبرع يحمل قوله فى الشرائع لو حاش صيدا أو احتطب أو احتش بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية فى ملك الغير و كان بأجمعه له خاصة و بمثل ذلك صرح فى المبسوط و لهذا قال فى المسالك هذا يتم لو لم يكن و كيلا للغير فى ذلك و لما لم يفهم صاحب الحدائق كلام صاحب المسالك فى مسألتنا و مسألة احتياش الصيد و الاحتطاب قال إنه متدافع فليلحظه من أراد أن يقضى العجب منه و قد يعتذر عن الشرائع و غيرها مما وقع فيه مثل ذلك بأن مسألة جواز الاستئجار مبنية على القول بأنه يعتبر أن لا ينوى ما ينافى الملك و هو لا ينافى القول بعدم اعتبار النية فإذا نوى بذلك المستأجر صح و يملك المستأجر و إن قلنا إن تملك المباحات لا يتوقف على النية لكنه لا يتم فى كلامه الأخير أو يكون ذلك منهم عدولا لأن كلامهم فى المسألة مختلف جدا هذا الشيخ فى المبسوط قد سمعت كلامه فى المسألة و مسألة احتياش الصيد و قد حكم فيه أيضا بجواز الاستئجار للاحتشاش و الاحتطاب كالشرائع و فى باب إحياء الموات اعتبر النية (و كيف كان) فلم يظهر لنا وجه وجيه لقوله فى المبسوط فى مسألتنا أن الأول على وجه الصلح و الثانى من الحكم أو من الحاكم على اختلاف النسخ و كأنه أراد من جهة الأدلة و القواعد ثم إن القول الثانى ليس لنا إذ لم نجده لأحد منا إلا أن تقول إنه يرجع إلى تحقيق أجره المثل و سيعتمدون عليه فى المسألة الآتية و القول الأول هو الموافق للقواعد إذا كان الماء من ملكه و الذى يقتضيه النظر و الاعتبار أن يكون لصاحب الدابة و صاحب الرواية أقل الأمرين من الأجرة و الحصة أى ثلث الحاصل كما مر مثله مرارا فتأمل و إيضاح هذا القول و بيانه أنه يقسم الحاصل بينهم أثلاثا فإن كانت أجرة مثلهم متساوية فلا بحث و إن كانت متفاضلة رجع كل واحد منهم بثلث أجره مثله على الآخرين مضافا إلى الثلث الذى حصل له فلو فرض أن الحاصل اثنا عشر درهما فإنها تقسم على ثلاثة لكل منهم أربعة فلو فرضنا أن أجره المثل للسقاء ستة دراهم و للدابة ثلاثة و للراوية ثلاثة رجع السقاء بثلث أجرته و هو اثنان على كل واحد من صاحب الدابة و صاحب الرواية فبأخذ من كل منهما درهيمين فيحصل عنده ثمانية و يبقى عند كل منهما درهمان و رجع صاحب الدابة على كل من السقاء و صاحب الرواية بثلث أجرته و هو درهم فيحصل له أربعة و يبقى عند صاحب الرواية درهم واحد و عند السقاء سبعة و يرجع صاحب الرواية على كل من السقاء و صاحب الدابة بثلث أجرته و هو درهم فيحصل له ثلاثة و لصاحب الدابة ثلاثة و للسقاء ستة و إن فرضت التفاوت فى الجميع فافرض أن الحاصل ستة و أجره المثل للسقاء ثلاثة و لصاحب الدابة درهمان و لصاحب الرواية درهم فإنهم يقتسمون الستة أثلاثا و يرجع صاحب الرواية الذى قد حصل فى يده درهمان و أجره مثله درهم على السقاء بثلث درهم و على صاحب الدابة بثلث درهم فيصير عنده درهمان و ثلثان فإذا أخذ منه السقاء درهما لأنه ثلث أجرته و أخذ منه صاحب الدابة ثلثي درهم لأنهما ثلث أجرته بقى عنده درهم واحد و منه يعرف حال السقاء و صاحب الدابة

(قوله) (و لو كان من واحد دكان و من آخر رحى و من ثالث بغل و من رابع عمل فلا شركة)

يريد أنهم اشتركوا على أن الحاصل بينهم على نهج مخصوص فالشركة فاسدة كما فى جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لما تقدم فى المسألة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤١٩

ثم إن كان عقد أجره الطحن من واحد منهم و لم يذكر أصحابه و لا نواهم فله الأجر أجمع و عليه لأصحابه أجره المثل (١) و لو نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا (٢) و لو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعا لأن كل واحد لزمه طحن ربه ربع الأجرة و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجره مثله (٣)

السابقة

(قوله) (ثم إن كان عقد أجره الطحن من واحد منهم و لم يذكر أصحابه و لا نواهم فله الأجر أجمع و عليه لأصحابه أجره المثل) قد ذكر المصنف فى المسألة أربع صور لأن عقد الإجارة الصادر من صاحب الطعام على طحنه إما أن يكون مع واحد من الأربعة و قد ذكر أصحابه فى عقد الإجارة أو قصدهم بقلبه أو لم يذكرهم و لم ينوهم فهاتان صورتان و إما أن يكون مع الجميع بأن يكون قد استأجرهم صاحب الطعام جميعا لطحنه بحيث يلزمهم فى ذمهم طحنه أرباعا أو يكون قد أجرى عقد الإجارة على الأعيان المذكورة لطحن الطعام المعين و جمع بين إجارة عدة أشياء فى عقد واحد بعوض واحد لعمل معين و لم يقبل كل واحد منهم طحن ربع الطعام فى ذمته بربع المسمى و يكون قد استعان على طحنه بالمنافع المملوكة لأصحابه كما فى الصورة الثالثة فهاتان أيضا صورتان و لنجر فى بيانها على ترتيب الكتاب (فالأولى) و هى ما إذا كان العقد مع واحد و لم يذكر أصحابه فى اللسان و لا الجنان بل ألزم ذمته طحن الطعام بكذا ففى (جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) كما فى الكتاب من أن له الأجر المسمى أجمع لأنه عوض العمل الذى ألزم ذمته به و عليه أجره المثل للذى استوفى منفعته من الأعيان المذكورة فى طحن الطعام المذكور و من واحد فى العبارة صلة عقد

(قوله) (و إن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منفردا)

لأنه إما أن يكون ألزم ذمهم طحن الطعام بحيث يلزمهم طحنه أرباعا فيكون حكمها حكم الصورة الثالثة و على ذلك اقتصر فى التحرير فى تفسير ذلك و اكتفى فى التذكرة بهذه الصورة عن الثالثة و هى ما إذا استأجر من الجميع كما اكتفى فى جامع الشرائع بالرابعة عن هذه و إما أن يكون قد أجره الأعيان المذكورة فيكون حكمها حكم الصورة الرابعة و هذه هى الصورة الثانية و ظاهر المصنف فى كتبه الثلاثة الاكتفاء بالإذن الصادر فى عقد الشركة و إن كان فاسدا كما مر غير مرة و إنه لا يحتاج إلى إجازتهم بعد ذلك و لا- أن يكونوا قد وكلوه ثانيا غير التوكيل الذى فى عقد الإجارة فينبغى أن يكون مراده فى هذه الصورة أنهم وكلوه بأن يتصرف و لو كان بشغل ذمهم بشرط تعلقها بالأعيان المذكورة

(قوله) (و لو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعا لأن كلا منهم لزمه طحن ربه و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجره مثله)

كما فى جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه قد لزم كل واحد طحن ربع الطعام بربع الأجر فإذا طحن الطعام بالآليات المذكورة و تولى العمل من غير تبرع كان لكل واحد أن يرجع على كل واحد بربع أجره مثل العمل الصادر إما عنه أو عن دابته و الانتفاع بملكه من الرحى و الدكان فيرجع العامل بثلاثة أرباع أجره مثل عمله فى طحن ذلك الطعام لأن ربع عمله صرف فى طحن الربع الذى لزمه طحنه و ثلاثة أرباعه فى طحن الثلاثة الأرباع الباقية التى لزم أصحابه طحنها و لم يسم لعمله فى ذلك شيئا معينا فوجبت أجره المثل و يرجع صاحب البغل بثلاثة أرباع مثل طحن الطعام المذكور بالنسبة إلى عمل البغل و كذلك الحال فى الدكان و الرحى و قضية إطلاق كلامهم أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٠

و لو قال قد استأجرت هذا الدكان و البغل و الرحى و الرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجره مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته (١)

[الثالث لو صاد أو احتطب أو احتش أو حاز بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية]

(الثالث) لو صاد أو احتطب أو احتش أو حاز بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية و كان بأجمعه له (٢)

لا فرق بين أن تكون أجره المثل لكل من هذه الأشياء بقدر ربع المسمى أو أزيد أو أنقص فلو كان المسمى عشرين مثلاً كان لكل واحد خمسة ثم إن أجره مثل العامل لو كانت أربعة رجب بثلاثة دراهم على كل واحد بدرهم و كذا القول في أجره مثل البغل لو كانت ستة رجب على كل واحد بدرهم و نصف و على هذا القياس و هذه هي الصورة الثالثة و ليس المراد من قوله في العبارة فقال استأجرتكم أن هذه صيغته عقد الإجارة ليكون ممن يجوز تقديم القبول على الإيجاب و إنما هو تصوير للمسألة (قوله) (و لو قال استأجرت هذا الدكان و البغل و الرحى و الرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجره مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد غير أنه قال في التذكرة في حكاية ذلك عن الشافعي في أحد قوليه أنه يوزع المسمى عليهم و يكون التراجع بينهم على ما سبق و ظاهره لمكان سكوته عليه اختياره (و فيه) أن الإجارة إذا وقعت على أعيان تلك الأشياء لا وجه للتراجع أصلاً لأنه هنا يقسط المسمى على أجره المثل لتلك الأشياء باعتبار ذلك العمل كما لو جمع في عقد البيع بين بيع ملكه و ملك غيره بثمان واحد و رضى الغير فإننا نقسط الثمن على قيمة المالكين و قيمة العمل هنا أجره مثله فلا يعقل التراجع و حينئذ فلو كانت أجره مثل عمل ذلك العامل الربع من أجره مثل الجميع باعتبار ذلك العمل كان له ربع المسمى و هو أربعة و نصف من ثمانية عشر و لو كانت أجره مثل البغل ثلث أجره مثل الجميع كان لمالكة ثلث المسمى و هو ستة من ثمانية عشر و كذلك أجره مثل الرحى لو كانت ثلاثة أرباع سدس مثل الجميع كان لمالكها ثلاثة أرباع سدس المسمى و هي اثنان و ربع من ثمانية عشر و لمالك الدكان الباقي و هو سدس و ثلاثة أرباع و هو خمسة و ربع من ثمانية عشر و المخرج للجميع أربعة و عشرون فلو كان هو أجره مثل الجميع و المسمى ثمانية عشر مثلاً كان للعامل أربعة و نصف و لمالك البغل ستة و لمالك الرحى اثنان و ربع و لمالك الدكان خمسة و ربع مجموع ذلك ثمانية عشر و هذه هي الصورة الرابعة و قد عرفت الفرق بينها و بين الثالثة آنفاً

(قوله) (و لو صاد أو احتطب أو احتش أو حاز بنية أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النية و كان بأجمعه له)

كما في الشرائع و التحرير و كذا المبسوط و في (جامع المقاصد و المسالك) ينبغي أن ينزل على ما إذا لم يكن وكيلاً للغير و إلا أتى الإشكال الذي ذكره في الشرائع و الكتاب في توقف تملك المباح على النية (قال في جامع المقاصد) فلا يستقيم الجزم بعدم تملك الغير إلا إذا لم يكن وكيلاً ثم جزمه بكون المجموع له مع النية المذكورة لا يستقيم إلا على القول بأن المباح يملك بمجرد الحيازة و لا عبرة بالنية انتهى و معناه أننا لو قلنا بتوقفه على النية و كان وكيلاً ثبت الملك لهما و لو قلنا بعدم توقفه فلا يلزم من القول بعدم توقف تملك المباح على النية عدم توقفه على عدم النية الصارفة عن الملك و إلا لكان الملك قهراً و إن لم يرد كالإرث و هو بعيد عند صاحب جامع المقاصد فكان حكم الشيخ في المبسوط و المصنف و المحقق بملك الحائز بنية أنه له و لغيره المحاز أجمع محل نظر على القولين أعني توقف تملك المباح على النية و عدمه (و نحن نقول) ظاهر كلام الأصحاب حيث يتعرضون للمسألة أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢١

و هل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك إشكال (١)

ليس هناك إلا- قولان و ظاهرهم أنه يملك قهراً و إن نوى عدم الملك و لم نجد الثالث إلا للمحقق الثاني و هو أنه لا يتوقف على النية لكن يتوقف على عدم النية الصارفة عن الملك فكان حكم الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و المصنف في كتابيه بكون المجموع له و إن نوى غيره معه مستقيماً على القول بأنه لا يتوقف على النية و صاحب هذا القول لا يتحاشى عن القول بأنه كالإرث كما أفصح به جزمهم بكون المجموع له في المسألة بل في المبسوط و التحرير أنه لو أخذه بنية أنه لغيره فقط كان بأجمعه له و ليس لهم في رده إلا أنه بعيد و هو كما ترى و يأتي للشيخ و القاضي و ابن سعيد و المصنف في مضاربة الكتاب أنه لو دفع شبكة للصائد

فالصيد للصائد و عليه أجره الشبكة و ستسمع تمام الكلام في المسألة الآتية و قد سمعت الجمع بين جزمهم هنا و جزمهم بصحة الاستتجار للصيد و الاحتشاش و الاحتطاب

(قوله) (و هل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك إشكال)

أقربه أنه يفتقر إليها كما بيناه في باب اللقطة و استدللنا عليه بالأخبار المستفيضة الواردة فيما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر المشتملة على المعجزة و الإجماعين الظاهرين من التذكرة و المختلف و عضدناهما بالشهرات و الأصل و للمحقق الثاني على ذلك إيرادات و شبهات واهيات كما ستعرف قال في بيان وجه الإشكال ينشأ من أن اليد سبب في الملك و لهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد و أن الحيابة سبب لحصول الملك في المباح في الجملة قطعاً بالاتفاق إلا أن أقصى ما يقول المشترطون أنها سبب ناقص فحصول الملك لها في الجملة أمر محقق و اشتراط النية لا دليل عليه فينفى بالأصل (فإن قيل) الأصل عدم الملك إلا بالنية لأن الأصل في المباح عدم الملك فيستصحب إلى أن يحصل الناقل (قلنا) أصلاً تعارضاً فتساقط و تبقى سببية اليد بغير معارض و من أنه قد تكرر في فتوى الأصحاب أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري و لا يجب دفعه إلى الصائد و لا تعريفه إياه و لو كانت الحيابة كافية في التملك لوجب دفعه إليه قال (و فيه نظر) لأننا لا نسلم أن ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءاً لها و لا كالجزة مثل غذائها يعد محوزاً بحيازتها و لو سلم فأقصى ما يلزم اشتراطه إما القصد إلى المحوز بالحيابة أو الشعور به و لو تبعاً أما نية التملك فلا و يؤيد الأول أنه لو شرطت النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانقضاء الملك و الثاني معلوم البطان لإطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النية حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أ هو بيع أو استنقاذ لعدم نية التملك لا يلتفت إلى قول من يدعى الاستنقاذ قال و قال الشارح الفاضل أنه أورد ذلك على والده فأجاب عنه بأن إرادة البيع تلزم نية الملك و هذا الجواب أنما يتم فيمن حاز و تولى البيع فلو تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال أو وكيله المفوض إليه في جميع أموره بحيث يتصرف في بيع ما حاز من المباحات بالوكالة العامة لم يدفع السؤال و يرد عليه أيضاً أن حيابة الصبي و المجنون على ما ذكره يجب أن لا تثمر الملك جزماً لعدم العلم بالنية و عدم الاعتداد بأخبارهما خصوصاً المجنون و لو خلف ميت تركه فيها ما علم كونه مباح الأصل و لم يعلم نية تملكه لا يجب على الوارث تسليمه في الدين و الوصية انتهى كلامه برمته (و نحن نقول) قوله لا دليل عليه قلنا قد عرفت أن دليلاً بعد الأصل الأخبار و الإجماعات المعتمدة بالشهرات و الأصل بمعنى الاستصحاب مع اعتضاده بأصل الإباحة و أصل البراءة من وجوب الاجتناب مانع من التمسك بأصل عدم الاشتراط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٢

[المقصد الخامس في القراض]

إشارة

(المقصد الخامس في القراض) (١)

لأننا إذا استصحبنا عدم الملك إلى أن يعلم الناقل بيقين و لم يعلم بمجرد اليد و الحيابة لا يصح التمسك بأصل عدم الاشتراط حينئذ و هذا على تقدير تسليم كونه أصلاً أصيلاً و إلا فهو مبني على تقدير وجود عموم أو إجماع يدل على أن الحيابة وحدها سبب مملك و الإجماع ممنوع و لم يوجد هذا اللفظ في خبر من الأخبار فالقول بأنهما متعارضان غفلة قطعاً و على تقدير التسليم فالأصل الأول أصيل معتضد بعد أصلي الإباحة و البراءة بما عرفت من الأخبار و الإجماعات

(قوله) إن ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءاً لها و لا كالجزة مثل غذائها لا يعد محوزاً بحيازتها) فيه نظر واضح إذ لا ريب في

حصول معنى الحيازة لجميع ما صار تحت يده فكيف يقول إن ما فى بطنها لا يعد محوزا إذ معنى الحيازة لغه و عرفا هو الاستيلاء و وضع اليد و هما حاصلان و إنما تخلفت النية فقوات الملك لفقوات النية ثم إن ذلك فرع وجود لفظ الحيازة فى خبر أو إجماع و كلاهما مفقودان

(قوله) أقصى ما يلزم القصد إلى المحوز بالحيازة أو الشعور به و لو تبع لا النية) إن كان معناه أنه يعتبر فى تحقق الحيازة إما القصد إلى المحوز أو الشعور به و ما فى بطنها لا قصد إليه و لا شعور به ففساده واضح لأنك قد عرفت أن معنى الحيازة هو الاستيلاء و وضع اليد و أنهما حاصلان فلا دليل على اعتبار الشعور فى تحققها مضافا إلى مفساد آخر كثيرة و إن كان معناه أنه يعتبر فى تحقق الملك القصد إلى المحوز كما فى أجزاء السمكة فإن القصد إلى الأجزاء حاصل إجمالا و لا أقل من الشعور به و ما فى بطنها لا شعور به أصلا فضلا عن قصده (ففيه) أن النية ليست إلا قصد الحيازة لنفسه فكيف يقول لا النية (إلا أن تقول) إن نية التملك بالحيازة غير قصد الشيء بها و توجه النظر إليه لا غافلا و لا ساهيا (ففيه) مع أنه خلاف مذهبه أن القصد الإجمالى بهذا المعنى إن سلم إلى ما فى جوفها حاصل فى الجملة و لا حاجه إلى العلم و الشعور فلم يكن تخلف الملك إلا لتخلف النية سلمنا لكن أصل عدم الملك يقضى بتوقفه على النية لأنه محل اليقين و ما عداه مشكوك فيه

(قوله) (و يؤيد الأول إلى آخره) فيه أن الذى أطبق الناس على فعله البناء فى اليد على ظاهر الملك لا على الحكم بالملك فى نفس الأمر و الكلام فى تحقق الملك للمحيز فى نفس الأمر و فيما بينه و بين الله عز و جل لا بحسب الظاهر و الفرق بين الأمرين ظاهر و بالجملة لا يلزم من جعل اليد علامة عند اشتباه الحال كونها دليلا فى نفس الأمر و استوضح ذلك فيما إذا وضع يده غيرنا و للملك أو قال لم أنو الملك و منه يعلم حال ما أورده على جواب المصنف لولده بأن يقال إن تصرف الوارث و الوكيل مبنى على الظاهر و إن كان لم يتحقق الملك فى نفس الأمر و لعل الأولى أن يقول فى المثال لو تنازعا فى المعاملة بدل العقد و أما الإيراد بحيازة الصبى و المجنون فجوابه أنه إن بنى الحكم فى المسألة على الحكم فى نفس الأمر فمتى لم يحصل القصد إلى الاختصاص بالمباح فالأصل يقتضى عدم الملك و ذلك بالنسبة إلى المحيز نفسه و أما بالنظر إلى غيره فإذا رأى تحت يده شيئا من ذلك نحكم له به ظاهرا و لا يجوز تناوله بغير إذنه لأن الشارع جعل اليد دليلا ظاهرا على الملك فالصبى المميز معتبر القصد و الحيازة و كذا المجنون فى بعض حالاته فليتأمل جيدا

(المقصد الخامس فى القراض)

هو و المضاربة لفظان مترادفان على معنى واحد كما فى المبسوط و فقه القرآن و الغنية و السرائر و شرح الفخر و المهذب البارع و هو معنى ما فى الوسيلة و غيرها من أن القراض هو المضاربة و قد صرح فى أكثر هذه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٣

و فصوله ثلاثة

[الفصل الأول فى أركانه و هى خمسة]

إشارة

(الأول) فى أركانه و هى خمسة

[الأول العقد]

(الأول) العقد فالإيجاب قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على أن الربح بيننا نصفين أو متفاوتا (١) و القبول قبلت و شبهه من الألفاظ

الدالة على الرضا (٢)

أن القراض لغة أهل الحجاز والمضاربة لغة أهل العراق وقد تعرض جماعة للوجه في الاشتقاق وقد صرح في المبسوط و فقه القرآن و التذكرة و التحرير و إيضاح النافع و المسالك أن ليس لرب المال اشتقاق من المضاربة فلا يقال له مضارب اسم فاعل و لا مفعول و إنما يقال للعامل مضارب اسم فاعل و صرح جماعة بأنه يقال لرب المال مقارض بكسر الراء و للعامل بفتح الراء قالوا و لما كان صاحب المال طالبا و العامل مضاربا صار الضرب كأنه صادر عنهما و هذه المعاملة جائزة بإجماع الأمة و الكتاب كما في المبسوط و السرائر و بإجماع الأمة و لا خلاف فيه بين الأمة كما في المهذب البارع و نحوه ما في الغنية من نفى الخلاف و ظاهره بين المسلمين و في (مجمع البرهان) أن الظاهر أنه لا خلاف فيها بين المسلمين و في (الروضة) في رد كلام المفيد و الشيخ في النهاية و أبي الصلاح أن إجماع المسلمين يدفعه (قلت) و هذه الإجماعات أيضا تدفعه و في (فقه القرآن و التذكرة و المهذب البارع أيضا و التنقيح و الكفاية) و غيرها أنها جائزة بالنص و الإجماع و في (المسالك و الكفاية) أنه لا خلاف في أنها عقد جائز من الطرفين و بذلك قد طفت عباراتهم لكن في جامع الشرائع أنها عقد لازم من الطرفين فلعل في النسخة غلطا و إلا لما أغفلوه

(قوله) (و فصوله ثلاثة (الأول) في أركانه و هي خمسة (الأول) العقد فالإيجاب قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على أن الربح بيننا نصفين أو متفاوتا)

ظاهر العبارة حصر ألفاظ الإيجاب في الثلاثة و ليس بمراد لأنه عبر بمثل ذلك في التذكرة (ثم قال) بعد ذلك و لا يختص الإيجاب لفظا و بذلك صرح في المهذب البارع و هو معنى ما في التحرير و التنقيح حيث قيل فيهما و ما أدى معنى ذلك و قضية كل ما قيل فيه أنها عقد كالسائر و جامع الشرائع و شرح الفخر و لم يبين فيها ألفاظه إذ العقد ظاهر أو صريح في اللفظ كما تقدم بيانه في باب العارية و الوديعة و معنى ما في المبسوط و فقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و النافع و التبصرة و اللعنة و الروض و الروضة و المفاتيح و كذا النهاية من قولهم إن القراض و المضاربة أن يدفع مالا إلى غيره إلى آخره فإن فيه تنبيه على أنه لا يختص لفظا بل قد يقضى ذلك بأنه لا يحتاج إلى اللفظ و يكفي فيها المعاطاة و لا ريب عندنا في جريانها فيها كما بيناه في باب العارية و الوديعة و في (مجمع البرهان) و الكفاية أن الدليل لا يقتضى سوى اعتبار ما دل على التراضي أما كون الدال لفظا فوجه غير ظاهر و فيه ما ستمسح (قوله) (و القبول قبلت و شبهه من الألفاظ الدالة على الرضا)

قضيته أنه لا بد فيه من اللفظ و هو قضية كل من قال إنه عقد كما أنه قضية الضوابط لأنه يجب الاقتصار فيما خالف الأصل الدال على أن الربح تابع لأصل المال على المتيقن (و قال في التذكرة) الأقرب أنه لا يعتبر فيه اللفظ و في (الروضة) أنه لا يخلو من قوة و قد يشهد له ما في المبسوط و ما ذكر بعده من أن القراض أن يدفع إلى آخره فتأمل و أنه و كيل في المعنى و يكفي في الوكالة القبول الفعلى لكنه قد اعتبر في التذكرة في العقد التواصل بين الإيجاب و القبول إذ اعتبار التواصل مناف لعدم اعتبار القول في القبول إلا أن يقال أنه لا بد من التواصل في القبول الفعلى بأن يأخذ المال بعد صيغة الإيجاب بلا فصل و هو بعيد جدا لأنهم لم يشترطوا ذلك في القبول الفعلى في الوكالة و لا بد من ملاحظة ما تقدم في باب العارية و الوديعة و قد سمعت ما في مجمع البرهان و الكفاية هذا (و قال في التذكرة) إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٤

.....

أن يشترط قدر الربح بينهما أو لا فإن لم يشترط شيئا فالربح بأجمعه لصاحب المال و عليه أجره المثل للعامل و إن شرطا فإن جعلنا جميع الربح للعامل كان المال قرضا و دينا عليه و الربح و الخسارة عليه و إن جعلنا الربح بأجمعه للمالك كان بضاعة و إن جعلنا الربح

بينهما فهو القراض الذى عقد الباب لأجله انتهى و قد حكاه عنه فيها جماعة ساكتين عليه و قد نبه على ذلك على نحو ذلك فى المبسوط و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و غيرها و زيد فى الوسيلة السفتجة «١» و الوديعه و قال فى الكفاية إن قوله و عليه أجره المثل لا يخلو عن تأمل و كذا قوله كان المال قرضا و دينا عليه و قد أخذ ذلك من مجمع البرهان حيث تأمل فى هذين الأمرين حيث قال إن قوله و عليه أجره المثل للعامل محل تأمل لأن الأصل عدم لزوم الأجره لقيام احتمال التبرع إلا أن يكون هناك ما يفيد ذلك و يدل عليه بحيث يكون نسا و مفيدا لذلك عرفا غالبا فيلزم أجره المثل و إلا فهو تبرع و أجاب عنه فى الرياض بأنه مخصوص بصورة جريان عقد القراض و حينئذ فصدور العقد منهما حينئذ إقدام منهما على عدم خلو عمل العامل عن أجره و على عدم التبرع و حيث انتفى احتمالها و جبت أجره المثل مع أن العدم يستلزم الضرر على العامل (و فيه) على بعده جدا أنه حمل للقسم على معنى قسيمه و مقابله على أن العلامه لا- وجه لها لأنه يقال فى جوابها أنه هو أدخله على نفسه بإقدامه أو إغفاله و تركه لذلك و لعل الأعد فى الجواب هو ما اتفق عليه الأصحاب من أنه من أمر غيره بعمل له أجره عادة و العامل من عادته ذلك فعمل استحق عليه أجره المثل و قد قال فى إجارة مجمع البرهان أنه مشهور بل احتمال أنه مجمع عليه و قد قلنا هناك إنه ليس من قبيل أدنى دينى و أعطنى ما فى يدك و لم يقل و على عوضه و إن وجه الفرق استمرار الطريقة على ذلك فى ذلك و إن الأصل فيه أنه من باب معاطاة الإجارة و قد أشار فى مجمع البرهان هنا إلى ذلك و لكنه تأمل فى كونه من ذلك و لعله لأن كلامهم هناك مفروض فيمن دفع لغيره شيئا أو سلعة ليعمل فيها عملا- كالغسال و القصار و قد بينا هناك أنه لا فرق فى ذلك كما أفصحت به هنا لك عبارة الإرشاد و غيرها (و قال فى مجمع البرهان) فى التأمل فى قوله فى التذكرة كان المال قرضا و دينا إن القرض يحتاج إلى صيغته و الفرض عدم وجودها و ما وجد منه إلا- مثل قوله اتجر فيه و يكون الربح لك و خروج المال عن ملك مالكة و دخوله فى ملك آخر بمثل ذلك مشكل فيحتمل أنه أراد فى التذكرة بكونه قرضا و دينا أنه إذا تصرف فيه كان دينا فى ذمته (و أجاب فى الرياض) بأنه لعل المراد أن اشتراط الربح لهما معا إنما يكون فى القراض و اشتراطه للعامل خاصة إنما يكون فى القرض و للمالك خاصة إنما يكون فى البضاعة و هذا لا يدل على حصول القراض و القرض بمجرد ذلك كما يوهمه ظاهر كلام التذكرة (قلت) كلام التذكرة مسوق لبيان ذلك و ذلك يكون إما على سبيل بيان المقاوله التى تكون قبل إيقاع الصيغته فى العقدین و لعله أراد بقوله لعل أو على سبيل المعاطاة فيهما لأنها تكون بدون لفظ فكيف إذا كانت بمثل قوله اتجر به و عليك ضمانه أو و لك ربحه أو اتجر به و أعطنى عوضه و نحو ذلك و هذا هو المراد من الأخبار التى ذكرها فى الرياض حيث قال و يحتمل الاكتفاء بمجرد هذا الاشتراط فى القرض للمعتبره المستفيضة و فيها الصحيح و الموثق و غيرهما من ضمن تاجر فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شىء لظهورها فى أنه بمجرد تضمين التاجر يصير المال قرضا

(١) السفتجة قيل بضم السين و قيل بفتحها و أما الثاء فمفتوحة فيهما فارسى معرب و فسرها بعضهم فقال هى كتاب صاحب المال لو كيله أن يدفع مالا قرضا يأمن به من خطر الطريق و الجمع السفاتج (المصباح المنير)
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٥
و هو عقد قابل للشروط الصحيحه مثل أن لا- يسافر بالمال أو لا يشتري إلا من رجل بعينه أو قماش معين و إن عز وجوده كاليقوت الأحمر أو لا يبيع إلا على رجل معين (١) و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط ضمان المال أو سهما من الخسران أو لزوم المضاربه و أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل (٢)

و هو فى معنى اشتراط الربح فإن الأمرين من لوازم القرض انتهى و لم يتعرض للوجه فى كونه بالتضمين يصير قرضا حتى يحمل اشتراط الربح عليه و الوجه فى ذلك ما قلناه من أنه من باب المعاطاة فى القرض و ظاهر التذكرة و غيرها مما تأخر عنها عدا ما ستمتع

عدم لزوم الأجرة للعامل فى البضاعة (و قال فى التتحيح) إن اشترط الربح لنفسه خاصةً دون العامل فذاك بضاعة فإن قال مع ذلك و لا أجرة لك فهو توكيل فى الاسترباح من غير رجوع عليه و إن قال و لك أجرة كذا فإن عين عملاً مضبوطاً بالمدّة أو العمل فذاك إجارة و إن لم يعين فجعالة و إن سكت فإن تبرع فلا أجرة و إن لم يتبرع و كان ذلك الفعل له أجرة فله أجرة مثله و هو جيد جدا و يقرب منه ما فى المهذب و عليه ينزل كلام التذكرة و ما وافقها لما تقدم فى الإجارة كما نبهنا عليه آنفاً (قوله) (و هو عقد قابل للشروط الصحيحة مثل أن لا- يسافر بالمال و لا- يشتري إلا- من رجل بعينه أو قاماشا معينا و إن عز وجوده كالياقوت أو لا يبيع إلا على رجل معين)

قد صرح فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و الكتاب فيما يأتى و جامع المقاصد و الكفاية بصحة هذه الشروط عدا الأول فإنه لم يصرح به فيها هنا لكنه قضيه كلامهم و يأتى التصريح به فى محله و فى (التذكرة) أن هذه الشروط الثلاثة مخصصة للإطلاق و ذلك جائز بالإجماع و نسب فيها أيضا جواز هذه الشروط الثلاثة و لزومها و لو قل وجود ما عينه و عز تحصيله و كان نادرا إلى علمائنا و نسب الخلاف فى ذاك إلى الشافعى و مالك قال- إن ذلك تضيق يخل بمقصد المضاربة و فى (جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح) أنه لا خلاف عندنا فى جواز هذه الشروط الثلاثة و لزومها و إن ضاقت بسببها التجارة و إطلاق النصوص دال عليه و فى (الغنية و السرائر) أن تصرف المضارب موقوف على إذن صاحب المال إن أذن له فى السفر به أو شرط أن لا يتجر إلا فى شىء معين أو لا يعامل إلا إنسانا معيناً فخالف لزمه الضمان و هذا صريح فى صحة هذه الشروط و قال فى (السرائر) بعد ذلك بلا فصل بدليل إجماع أصحابنا على جميع ذلك و هو أى الإجماع على جميع ذلك ظاهر الغنية أيضا و قد فسرت عبارتا النافع و اللعنة حيث قيل فيهما يقتصر على ما أذن له المالك بنوعها و مكانها و زمانها و من يشتري منه و يبيع عليه و الأمر فى ذلك واضح لمكان إطلاقات الأدلة إذ لا مانع غير التضيق و هو غير مانع كالكالة كما أنه لا مزيه لهذا العقد فى قبوله الشروط الصحيحة إذ كل عقد قابل لذلك و لعلمهم إنما نصوا عليه لمكان خلاف الشافعى و مالك فليتأمل جيدا

(قوله) (و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط ضمان المال أو سهما من الخسران أو لزوم المضاربة و أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل)

قد صرح ببطلان العقد فيما إذا اشترط لزوم المضاربة إلى أجل أو مطلقا فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و فى (الروضة) أنه المشهور و تصويره أن يقول قارضتك سنة على أن لا أملك منعك فيها أو لا أملك الفسخ فيها و فى (التحرير و اللعنة) أنه لا يصح اشتراط اللزوم و لعلهما أرادا أنه لا يجب الوفاء بالشرط و حاصله أنه يفسد الشرط و يصح العقد و عبارة اللعنة كادت تكون صريحة فى ذلك و قد يكونان موافقين للجماعة كما احتمله فى الروضة من عبارة اللعنة و قد أشار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٦

و لو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط و العقد صحيح (١)

المصنف إلى وجه بطلان العقد بأن هذا الشرط مناف لمقتضاه و إليه استند الشيخ و المحقق و من وافقهما و معناه أن التراضى فى العقد لم يقع إلا على وجه فاسد فيكون باطلا و وجه فساده أن مقتضى العقد أن لكل منهما فسخه لأنه جائز فإذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط و وجه صحة العقد أن بطلان الشرط لا يقتضى بطلان العقد كما ذهب جماعة إلى مثله فى البيع (و أجاب فى جامع المقاصد) بأن التراضى فى العقد شرط و لم يحصل إلا على الوجه الفاسد فيكون غير معتبر فيفوت شرط الصحة و معناه أنه لا يمكن الاستناد فى الصحة إلى عموم أو قوفاً بالعقود لأن العموم مقيد قطعاً بما وقعت عليه و ما حصل به التراضى و العقد هنا قد وقع على الشرط المقارن و بذلك حصل التراضى فإذا انتفى التراضى و هو شرط فى الصحة إجماعاً و لو لا اتفاق الكلمة هنا على

بطلان الشرط لأمكن القول بصحته و لا نسلم منافاته لمقتضى العقد فليتأمل و مما ذكر يعلم الحال فى الشروط الباقية و البطلان فيها صريح التذكرة فى آخر الباب و الإيضاح و قضيه كلام الباين لأن الرابع و الخامس مخالفان لمقتضى العقد و هو الاسترباح و الأولان ليسا من مقتضاه و لا هما مصلحة له فتأمل فيهما

(قوله) (و لو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط و العقد صحيح)

توقيت المضاربة يقع مع الإطلاق و التقييد فالإطلاق أن يقول قارضتك على هذا المال سنة و التقييد أن يقول قارضتك سنة فإذا انقضت فلا تبع و لا تشتت أو فبع و لا تشتت أو بالعكس و معنى عدم لزوم الشرط عدم صحته بمعنى عدم ترتب أثره عليه و هو لزومها إلى الأجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء و قد أطلق المصنف كما سمعت هنا و فى (الإرشاد) و ما يأتى أيضا فى الكتاب حيث قال و لا- يلزم الأجل و مثله ما فى جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و مثله قوله فى النافع لا يلزم فيها اشتراط الأجل و كذا إيضاحه و هو معنى قوله فى اللعة لا يصح فيها اشتراط الأجل و مثله ما فى الرياض «١» و قد قيل فيها كلها عدا النافع أنه يثمر المنع من التصرف و فيه دلالة على صحة العقد و قيد فى التذكرة عدم لزوم الشرط و صحة العقد بصورة الإطلاق و ستسمع كلامه فى صورة التقييد و عكس فى التحرير قال لا يلزم التأجيل بأن يقول قارضتك إلى سنة فإذا مضت فلا تبع و لا تشتت قاله الشيخ و لو قيل بالجواز كان حسنا انتهى و فى (جامع الشرائع) أنه لو قارضه سنة بشرط أن لا يبيع و لا يشتري صح القراض و فسد الشرط و إن شرط أن لا يشتري بعد السنة صح القراض و الشرط انتهى (و قال فى الشرائع) لو اشترط الأجل لم يلزم لكن إن قال إن مرت بك سنة فلا تشتت بعدها و بع صح فقد صرح بالصحة فى بعض صور التقييد و قد وافقه على الأخير فى التحرير و قد سمعت ما فى جامع الشرائع و مرادها قصر الصحة على خصوص المثال لا كما فهمه من الشرائع فى المالك من العموم كما ستسمع فيكون قائلا فى الشرائع بصحة الشرط فى جميع صور التقييد كما هو خيرة التذكرة و ما يأتى فى الكتاب و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و صرح فى المبسوط و المذهب فيما إذا قال قارضتك على ألف سنة فإذا انتهت فلا تبع و لا تشتت ببطلان القراض و بالصحة فيما إذا قال قارضتك سنة على أنك تمتع من الشراء دون البيع إذا انقضت السنة فقد تحصل من ظاهر كلامهم أن بعضا يقول ببطلان الشرط فى صورة التقييد و الإطلاق و بعضا يقول به فى بعض صور التقييد و بعضا يقول به فى صورة الإطلاق فقط

(١) الذى وجدناه فى النسخة هكذا الرياضة و هو تحريف الرياض أو الروضة فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٧

.....

و بعضا يقول ببطلان العقد و الشرط فى بعض التقييدات و صحتها معا فى بعض التقييدات (و كيف كان) فحجة القائمين ببطلان الشرط و عدم لزومه و صحة العقد حيث يقول قارضتك سنة أن الشرط غير مناف لمقتضى العقد و لا موجب لفساده لأن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غير مناف لمقتضاه إذ ليس مقتضى عقد المضاربة إلا الإطلاق بخلاف اشتراط لزومها إلى أجل قلت قد فسروا قولهم لا يلزم التأجيل فيها لا يصح اشتراط التأجيل فيها لو شرط توقيتها لم يلزم الشرط بأنه لا يترتب أثره عليه و هو لزومها إلى الأجل و هذا يقضى بأن ذلك يفيد اشتراط لزومها فيكون كاشتراط لزومها إلى أجل و لو كان مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص ما صح لهم أن يقولوا فسد الشرط و لا أن يقولوا لا يصح اشتراط الأجل بل الواجب أن يقولوا كما فى المسالك صح العقد و الشرط أما الشرط ففائدته المنع من التصرف و أما العقد فلأن الشرط المذكور لا ينافيه ثم إن الشافعى قال إن مقتضى عقد المضاربة الإطلاق و قد سلم له ذلك المصنف فى التذكرة و هو كذلك كما هو واضح لمن تأمل و بعد ذلك كله فلا ريب أن معنى قوله قارضتك سنة غير معنى قوله قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ فيها لكن عباراتهم غير جيدة جدا و فسر فى الرياض قوله فى

النافع و لا يلزم اشتراط الأجل فيها بأن الأجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل كان جائزا لكل منهما الرجوع فيه لجواز أصله و هو القراض بلا خلاف فلأن يكون الشرط المثبت فيه جائزا بطريق أولى انتهى و هو كما ترى مصادرة محضه بل ياليتها كانت مصادرة ثم إنه قد تقدم له آنفا أنه لو شرط على العامل في المضاربة نوعا أو زمانا أو مكانا أو نحو ذلك لزم الشرط إلى غير ذلك مما يأتي مما يلزم إذا اشترط فيها و أطرف منه أنه احتمال في العبارة المذكورة أن يكون معناها أنه لا يجب أن يشترط فيها الأجل بل تجوز مطلقا للأصل و العمومات مع أنه أردف في مثلها بقولهم لكنه يثمر المنع من التصرف بعد الأجل و كما سمعت ثم إننا في اضطراب من ذكر التوقيت حتى قيل إنه مناف مقتضاها و على تقدير عدم منافاته فلا معنى له بالنسبة إلى المقصود منها و هو تنمية المال و ليس لها مدة مضبوطة فكيف يتوهم متوهم أنه يجب اشتراطه حتى يقال لا يجب اشتراطه و قد احتج في (المبسوط و المهذب) على بطلان القراض فيما ذكرنا بأن مقتضى العقد أن يتصرف في المال إلى أن يؤخذ منه المال ناضا و من الغريب إغفالهم جميعا خلافه عدا التحرير فإنه حكاه فيه عنه بقوله فيه و لا- يلزم التأجيل إلى آخر ما حكيناه عن التحرير و هو خلاف ما في المبسوط إلا أن تقول إن معنى قوله في التحرير لا يلزم التأجيل أنه لا يجوز و أنه يفسد العقد و الشرط لأنه حكاية كلام المبسوط و لأنه قال بعده و لو قيل بالجواز كان حسنا مضافا إلى ما ستسمع و ينقدح من ذلك أن من قال لا يلزم التأجيل و لم يردفه بقوله إنه يثمر المنع من التصرف كالمحقق في الشرائع و النافع يكون مراده أنه لا يصح العقد و الشرط و عبارة الشرائع ظاهرة في ذلك جدا حيث قال فيها بعده و لكن إن قال إن مرت بك سنة فلا تشتت بعدها صح إذ قضيته أن ما قبله غير صحيح و هذا شاهد ثالث على ما فهمناه من عبارة التحرير لأنه أتى بعين هذه العبارة و حينئذ يقل الاضطراب و يهون الخطب في الباب لكن يكون شارحو كلامه لم يصلوا إلى مراده و لا مانع من ذلك لعدم العصمة فيهم شكر الله سبحانه جميع مساعيهم و من أردف ذلك بقوله بعد ذلك إنه يثمر المنع كالإرشاد و اللعنة فمراده أن ذلك فيما إذا قال قارضتك سنة و لا يشمل ما إذا قال فإذا انتهت السنة فلا تبع و لا تشتت لوجوه ظاهرة و منه يعلم حال ما في الروضة حيث اقتضى كلامها إرادة ذلك من كلام اللعنة و ستسمع ما في المسالك و قد يحتج

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٢٨

لكن ليس للعامل التصرف بعده (١) و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضا أو يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحة الشروط (٢)

لما في المبسوط بما احتج به الشافعي من أن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لأن مقتضاه الإطلاق و رد رأس المال تاما و مع المنع لا يحصل ذلك و لأن فيه إبطال عرض العامل و الإضرار به لأن الربح قد يكون في بيعة بعد السنة و احتج في التذكرة على الجواز بأنه شرط جائز فيجب العمل به و أجاب بأن مقتضاه الإطلاق إذا لم يقطع بالشرط كسائر الشروط في العقود و أن مقتضاه رد المال لو لم يمنعه المالك و إضرار العامل يندفع بالأجرة و قد يكون المالك محتاجا إلى رأس ماله فيقدم دفع ضرره و مصلحته على مصلحة العامل (و احتج في المبسوط) على الصحة فيما إذا قال قارضتك سنة فإذا انتهت فامتنع من الشراء دون البيع بأنه شرط ما هو من موجب العقد و مقتضاه لأن لرب المال أن يمنع العامل أي وقت شاء فإذا عقد على هذا كان شرطا من مقتضى العقد و موجه فلم يقدح فيه انتهى و قضيه كلامه أنه إذا قال فإذا انتهت السنة فلا تبع بعدها إنه يبطل القراض و هذا هو السر في الاقتصار في الشرائع و التحرير على قولهما لكن لو قال إن مرت بك سنة فلا تشتت بعدها و بع صح لأن ذلك من مقتضى العقد و توهم صاحب المسالك في ذلك و هما فاحشا فقال في شرح كلام الشرائع لأن أمر البيع و الشراء منوط بأمر المالك فله المنع منهما بعد السنة فمن أحدهما أولى و مثله ما لو عكس بأن قال لا تبع و اشتري و إنما لم يذكره لأن البيع هو المقصود في هذا المال بجلب الربح و تحصيل الإنضاض انتهى و نحوه ما في الروضة و الرياض و هو و إن كان في نفسه سديدا موافقا لما في التذكرة لكن حمل عبارة الشرائع عليه و هو شديد و الحق أن التأجيل في صورتى الإطلاق و التقييد لا يلزم و لا يصح بمعنى أن لكل منهما عدم الجرى على مقتضاه و العقد يكون صحيحا

لأنه تحديد للمضاربة و توقيت لها لا اشتراط للزومها حتى يبطل عقدها للفرق الظاهر بين الصيغتين كما عرفت آنفا لكن فى صورة التقييد إذا قال فإذا انقضت السنة فلا تشتت ولا تبع يكون قد فسخ عقدها و كذلك لا تبع و كذلك بع ولا تشتت مع ذلك هى قيود و شروط صحيحة و يمكن تنزيل كلماتهم على ذلك

(قوله) (لكن ليس للعامل التصرف بعده)

قد عرفت أنه قد صرح بذلك فى التذكرة و الإرشاد و اللعنة و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح

(قوله) (و لو شرط على العامل المضاربة فى مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضا أو يخدمه بشىء بعينه فالوجه صحة الشرط) قد قسم العامة الشروط الفاسدة إلى ما تنافى مقتضى العقد و إلى ما تعود إلى جهالة الربح و إلى ما ليس مصلحة فيه و لا هى من مقتضياته و قد عدوا هذه الشروط المذكورة فى الكتاب من الشروط الفاسدة لأنها ليست مصلحة فى العقد و لا من مقتضياته و مثلها اشتراط أن يرتفق بالسلعة كأن يلبس الثوب و يستخدم العبد و لعلمهم يستندون إلى أن هذا العقد على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و نص فى التحرير على بطلانها و إفسادها العقد إن اقتضت جهالة و فى موضع من التذكرة أنه لا بأس بها و نص فى موضع آخر منها فى تذييب ذكره أنه يصح العقد و الشرط معا فيما إذا اشترط أن يأخذ منه بضاعة و هو خيرته فى المختلف و ولده فى الإيضاح و قد مال إليه أو قال به فى الشرائع حيث قال و لو قيل بصحتها كان حسنا و قد فهم منه فى المسالك الحكم بذلك و قال إنه الأقوى و قد حكى فى الشرائع و التذكرة القول ببطلانها و القول ببطلان الشرط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٢٢٩

.....

فقط و صحة العقد و هما محتملان من قول العامة إن هذه الشروط فاسدة إذ يحتمل فسادها وحدها و فساد العقد أيضا و بالأول جزم القاضى فى المذهب و قد صرح به فى المبسوط فى أول كلامه و قال فى آخر كلامه و لو قلنا القراض صحيح و الشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لأن البضاعة لا يلزم القيام بها لكان قويا و لعل المحقق و المصنف فهما من قوله و الشرط جائز إلى آخره أنه باطل و إلا فلا تصريح لأحد منا عدا القاضى و لا من العامة ببطلان الشرط فقط و مع ذلك قد نسب ذلك فى المسالك إلى الشيخ فى المبسوط و وجهه بأنه لا يلزم القيام بالبضاعة فلا يفسد اشتراطها بل تكون لاغية لمنافاتها العقد و يصح العقد انتهى فتأمل فى النسبة و التوجيه و ستسمع ما فيه (و قال فى جامع الشرائع) و لو أعطاه ألفا قراضا على أن يأخذ منه ألفا بضاعة جاز و لم يلزم الوفاء به فقد عبر بجواز الشرط كالمبسوط و أوضح منه قوله فى التحرير صح القراض و الشرط لكنه لا يلزم الوفاء به و هو تحرير المبسوط و لكن قد قال فى جامع المقاصد إن المصنف و جماعة صرحوا بصحة القراض و الشرط و صرح فى التحرير بأنه لا يلزم الوفاء به و هو حق لأن العقد جائز من الطرفين (قلت) قد سمعت أنه فى التحرير صرح أيضا بصحة الشرط و نحوه ما فى المسالك فى آخر كلامه و قالا فيهما إن الذى يقتضيه النظر أن للمالك الفسخ لفوات ما جرى عليه التراضى فيكون للعامل أجره المثل و للمالك الربح كله لكن الشهيد الثانى تأمل فى كون الربح كله للمالك إذا كان الفسخ بعد ظهور الربح و ملك العامل له انتهى (و نحن نقول) إن الأقوى و الأشبه بأصول المذهب صحة العقد و الشرط و فاقا للكتاب و ما وافقه إلا فيما يقتضى جهالة كاستخدام العبد و ليس الثوب و نحو ذلك و فى كلام الكل نظر واضح كل من وجه (أما الشيخ) فإنه استدلل على بطلانها بما نصه و هو أن العامل فى القراض لا يعمل عملا لا يستحق فى مقابلته عوضا فبطل الشرط و إذا بطل الشرط بطل القراض لأن قسط العامل يكون مجهولا فيه و ذلك أن رب المال ما قارض بالنصف حتى اشترط على العامل عملا بغير جعل و قد بطل الشرط و إذا بطل ذهب من نصيب العامل و هو النصف قدر ما زيد فيه لأجل البضاعة و ذلك القدر مجهول و إذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولا و لهذا بطل القراض و إن قلنا القراض صحيح و

الشرط جائز لكنه لا يلزمه الوفاء به لأن البضاعة لا يلزمه القيام بها كان قويا انتهى فقد تضمن كلامه أنه إن أتى بهذا الشرط أفسد و إن تركه أفسد و ذلك لأنه إن وفى به نافي مقتضى العقد لأن مقتضاه أن العامل لا يعمل عملا بلا أجره و أنه إن أخل به اقتضى الجهالة فى قسط العامل فيكون قد دقق النظر و استند فى بطلانها إلى غير ما استند إليه العامة كما سمعت كلامهم ثم إنه استدرك على نفسه فى الأول بأن مقتضى عقد المضاربة أن يكون عمله فى مال القراض بحصة من الربح و هى حاصله فلا يكون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد و أى منافاة بين أن يعمل فى مال بعوض و فى آخر بغير عوض و استدرك على نفسه فى الثانى و هو لزوم الجهالة بأن هذا الشرط أمر خارج عن الحصة اللازمة المعلومة فى مال القراض و إنما هو شرط فيها إذ ليس هو فى الحقيقة جزءا منها فكان شرطا فى عقد جائز فكان غير لازم إذ شرط الشيء لا يزيد عليه و لا مقتضيا لجهالة الحصة فكان شرطا صحيحا لا يلزم الوفاء به لأن ذكره و عدمه سواء فإن فعله لم يخالف مقتضاها و صح وصفه بالصحة و إن تركه لم يقتض جهالة فى الحصة فيكون ما نسب إليه فى المسالك من أنه قائل ببطلان الشرط وحده و فساده لأنه مناف لمقتضى العقد غير صحيح و كذلك ما فى الشرائع و التذكرة من نسبة ذلك إليه إن كانا أراداه لأن ذلك يقضى بأنهما كصاحب المسالك لم يحرا كلامه و إن أراداه غيره فقد عرفت أن لا مصرح به أصلا إلا القاضى و هذا وجه النظر فى كلام الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٠

[الثانى المتعاقدان]

(الثانى) المتعاقدان و يشترط فيهما البلوغ و العقل و جواز التصرف (١) و يجوز تعددهما و اتحادهما و تعدد أحدهما خاصة (٢)

و التذكرة و يشهد على أن مراده فى المبسوط ما فهمنا منه تصريح التحرير و جامع الشرائع بصحة الشرط و العقد و جوازهما و أنه لا يجب الوفاء به و وجه النظر فى كلام المبسوط أنه شرط جائز فى عقد جائز فيجب الوفاء به ما دام على العقد و لم يفسخه كسائر الشروط التى قد صرحوا بلزومها فى هذا العقد كما مر و يأتى عملا بعموم الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط و قد أجمعوا على أنه لو شرط له نفقة الحضر لزم الشرط و وجب له ما يحتاج فيه إليه من المأكل و المشروب و المركوب و الملبوس حكاة فى التذكرة و إلى هذا نظر المحقق و المصنف فى الكتاب و موضعين من التذكرة و ولده فى الإيضاح و هذا هو وجه النظر فى كلام جامع الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك حيث قالوا لا- يلزم الوفاء به و يزيد الأخيران بقولهما إنه إن فسح بعد ظهور الربح كان كله للمالك لأنه لا يوافق مختار المبسوط و الجامع و التحرير و لا مختار الشرائع و الكتاب و التذكرة و الإيضاح فيكون خرقا لما اتفق عليه المتعرضون لهذا الفرع و إن تأمل الشهيد الثانى فيه و يزيد جامع المقاصد بأن ظاهره أنه فهم من التحرير القول ببطلان الشرط و فساده مع أنه صرح بصحته و أنه فهم منه مخالفة المبسوط مع أنه نقل كلامه الأخير الذى هو عين ما فى التحرير و إن اختلفا فى بعض التعبير و مما ذكر يعرف حال كلام القاضى هذا و كلامهم جميعا و كلام العامة ظاهر أو صريح بل صريح فى أن هذه الشروط من المالك على العامل و لو كانت من طرف العامل على المالك فالحكم كذلك و إذ لم يأت المالك بما شرطه عليه العامل كان له الفسخ كما هو واضح لأنه ما رضى بالحصة القليلة إلا بهذا الشرط على أنه قد كان له ذلك من قبل

(قوله) (الثانى المتعاقدان و يشترط فيهما البلوغ و العقل و جواز التصرف)

لا ريب فى اشتراط ذلك فيهما و لذلك تركوه عدا المصنف هنا و فى التذكرة و التحرير و المحقق الثانى و احترز بجواز التصرف عن السفية و المفلس و المملوك و الأصل فيه أن القراض توكيل و توكل فى شىء خاص و هو التصرف فى التجارة (قال فى التذكرة) يعتبر فى العامل و المالك ما يعتبر فى الوكيل و الموكل لا نعرف فيه خلافا

(قوله) (و يجوز تعددهما و اتحادهما و تعدد أحدهما خاصة)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و ببعض ذلك صرح في مطاوى الباب و الوجه في ذلك ظاهر لأنه يجوز للمالكين أن يضاربا عاملين في عقدين و للمالكين أن يضاربا عاملا واحدا في عقدين و بالعكس فيجوز ذلك كله في عقد واحد لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين فإذا تعدد العامل اشترط تعيين الحصص لكل منهما و لا يجب تفضيلهما بل يجوز أن يجعل لهما فيحكم بالنصف لهم معا بالسوية للأصل «١» و قضاء الإطلاق و به صرح في التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و لو شرط التفاوت بينهما فجعل لأحدهما الربع و للآخر الثلث و أبهم و لم يعين بطل و إن عين الربع لزيد و الثلث لعمرو مثلا صح عندنا كما في جامع المقاصد و عند الشافعي لأن ذلك بمنزلة عقدين و لو ضارب اثنين في عقدين جاز أن يفاضل بينهما فكذا إذا جمعهما في عقد واحد و المخالف في ذلك مالك و يبقى الكلام في أمر آخر و هو ما إذا ضارب المالك عاملين على مال معلوم مشاع فقال ضاربتكما على هذه الألف فأخذ أحدهما بعضها و عمل به منفردا فربح ربعا كثيرا و العامل الآخر عمل بالبعض الآخر و لم يربح أو خسر أو ربح قليلا فهل يتشاركان في جميع الربح أو يختص كل منهما بربحه و لا

(١) أصل عدم التفضيل (حاشية منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣١

و أن يكون الدافع رب المال أو من أذن له (١) فلو ضارب العامل غيره بإذن المالك صح (٢) و كان الأول وكيلا (٣) فإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يجز لأنه لا مال له و لا عمل (٤) و لو ضارب بغير إذنه بطل الثاني (٥)

يشاركه الآخر احتمالان أظهرهما بحسب الإطلاقات المشاركة و الأشبه بأصول المذهب و القواعد العدم و المسألة محل تأمل و نظر (قوله) (و أن يكون الدافع رب المال أو من أذن له)

لأن غيرهما أجنبي لا يجوز له التصرف في مال الغير بغير إذنه و هذا العقد قابل للاستتابة فجاز أن يوقعه المالك بوكيله و يشترط في هذا الوكيل ما يشترط في سائر الوكلاء و يجوز لولي الطفل أبا أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمينة أن يقارض على مال الطفل و المجنون مع المصلحة

(قوله) (فلو ضارب العامل غيره بإذن مالكة صح)

كما في الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و في (التذكرة) أنه لا يعلم فيه خلافا و مرادهم أنه إن كان قد شرط الربح بين العامل الثاني و المالك كما صرح بذلك في المبسوط و المهذب و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة في موضع منها و التحرير و المسالك و مجمع البرهان و الوجه ظاهر لأنه يكون حينئذ وكيلا محضا بل لا يكون بذلك فاسخا لعقد نفسه و عاقدا بوكالته عن المالك لغيره فإن كان قد ضارب عليه بعد ظهور الربح و قلنا يملك بالظهور استحق نصيبه من الربح و إن قلنا يملك بالقسمة أو لم يظهر ربح فله أجره المثل كذا قال في موضعين من التذكرة و ينبغي التأمل في تصوير ذلك إذ المضاربة لا تكون إلا بالنقدين فيمكن تصويره بأن يكون عمل في بعض و ضارب بالباقي و حينئذ يجوز أن يأذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكا له في العمل و الربح المشروط له على ما يراه فيكون كما لو قارض ابتداء شخصين و عليه نص في التذكرة و حكى فيه عن أحد وجهي الشافعية المنع و هل يحصل الإذن في مضاربة الغير بقوله له اعمل في المال برأيك و جهان لأنه يحتمل العمل برأيه في أنواع التجارة و لعل الأقوى الجواز كما هو خيرة التذكرة

(قوله) (و كان الأول وكيلا)

كما صرح به في المهذب و موضعين من التذكرة و هو قضية كلام المبسوط و ما ذكر بعده آنفا

(قوله) (فإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يجز لأنه لا مال له و لا عمل)

كما في المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و غيرها و مضاربهه للآخر ليست عملا من أعمال التجارة التي يستحق بها الحصه فكان القراض فاسدا باطلا و الربح كله للمالك و للعامل الثاني أجره مثله كما في المبسوط و المهذب و جامع الشرائع و التذكرة في موضع منها و التحرير و الإرشاد و محل الفرض ما إذا كان الشراء بعين المال لأن وضع المضاربة على ذلك و به يفرق بينه و بين ما احتمله أخيرا فيما يأتي من أن الربح يقسم بين المالك و بين العامل الأول و الثاني إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف و الآخر بينهما لأنه ذكر ذلك فيما إذا كان الشراء في الذمه فلا تنافي (قوله) (و إن ضارب بغير إذنه بطل الثاني)

كما في المهذب و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و قيده أي البطلان في التحرير بما إذا شرط الربح بينه و بين الثاني و احتمله قويا في المختلف فيما إذا كان الثاني عالما (و قال في جامع المقاصد) لم أجد التصريح بكون العقد هنا فضوليا يتوقف على الإجازة فيصح معها إلا أنه يتجه لأن العقد اللازم إذا لم يقع باطلا لكونه فضوليا فالجائز أولى (قلت) قد صرح به في التذكرة في مطاوي حكاية أقوال العامة ساكتا عليه و ظاهره أنه راض به و قال فخر الإسلام في شرح الإرشاد إن الفقهاء يستعملون لفظ البطلان مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٢

فإن لم يربح و لا تلف منه شيء رده على المالك و لا شيء له و لا عليه (١) و إن تلف في يده طالب المالك من شاء منهما فإن طالب الأول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده (٢) و كذا مع عدم علمه على إشكال ينشأ من الغرور (٣)

تارة في رفع اللزوم قلت فالمراد هنا أنه لم يترتب عليه أثره بالفعل و كان موقوفا على قول من يقول بصحة بيع الفضولي ثم إن الإجازة إنما تتم في بعض الصيغ كما ستسمع ثم إنهم لم يصرحوا أيضا بكون شراء العامل الثاني فضوليا يتوقف على الإجازة لكن قضيه كلامهم ذلك لأن هؤلاء المصريحين بالبطلان منا عدا القاضى بين قائل بأن الربح للمالك و قائل بأنه بينه و بين العامل الأول و المفروض في كلام هؤلاء المصريحين أن الشراء كان بعين مال المالك جريا على وضع المضاربة و قاعدتها و أما القول بأن الربح للثاني خاصة فإنه مفروض فيما إذا اشترى في الذمه كما ستعرف و لا قائل منا و لا من العامة بل و لا محتمل بأن الربح لصاحب القماش مثلا- لأن البيع فاسد فيكون باقيا على ملكه فيكون الربح له و السر في ذلك أن الغالب أن المالك إذا رأى الربح أجاز فيكونون كالمصريحين بأنه فضولي أجازة صاحب المال نعم اقتصر القاضى على قوله بطل و لم يتعقبه بشيء و لعله لأنه لا يصح بيع الفضولي كما نبه عليه في باب البيع ثم إن الشيخ في المبسوط و يحيى بن سعيد في الجامع لم يذكر البطلان أصلا كما ستسمع ذلك كله إن شاء الله تعالى

(قوله) (فإن لم يربح و لا تلف منه شيء رده على المالك و لا شيء له و لا عليه)

كما نبه على ذلك في المبسوط و في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مرادهم إن لم يجز المالك تصرف العامل الثاني و كما يجب عليه رده إلى المالك يجب على العامل الأول لقوله صلى الله عليه و آله على اليد ما أخذت حتى تؤدي و لأنه عاد بالتسليم و يتخير المالك في مطالبه كل منهما بالرد

(قوله) (و إن تلف في يده طالب المالك من شاء منهما فإن طالب الأول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده)

بلا- خلاف في ذلك كله ممن تعرض له كما ستعرف و الوجه في مطالبته العامل ظاهر و أما الثاني فلأنه إن كان عالما كان بمنزلة الغاصب في الإثم و الضمان و إن كان جاهلا كان بمنزلة الضمان بمعنى أن للمالك أن يطالبه و قد تقدم لنا في باب الغصب أن الجهل ليس مسقطا للضمان إجماعا و إنما يفترقان في استقرار الضمان و عدمه فالجاهل إذا كانت يده يد أمانة لا يضمن العين إذا تلفت في يده كالمستودع و المرتهن و الوكيل و المضارب و المستعير غير المشروط عليه الضمان و أما إذا كانت يده يد ضمان كالقابض بالسوم و البيع الفاسد و المستعير المشروط عليه الضمان فإنه يضمن و لم نجد هناك في ذلك خلافا و إنما تأمل في ذلك

هناك مولانا المقدس الأردبيلى و ليس لك أن تقول إن العامل الأول إنما تعدى بالتسليم فليس بغاصب و ليست يده يد عدوان لأن الأصحاب لا يختلفون فى عدم الفرق بينهما لأن كان دليلهما واحدا و أما رجوع الأول على الثانى مع علمه و استقرار التلف فى يده فلائنه كما عرفت غاصب أو كالعاصب

(قوله) (و كذا مع عدم علمه على إشكال ينشأ من الغرور)

و أن يده يد أمانة كالمستودع و المرتهن و الوكيل فلا يضمن كما تقدم و هو خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و من أنه قد استقر التلف فى يده و هذا الوجه ضعيف جدا لما عرفت فكان الإشكال كذلك و استوضح ذلك فيما إذا ظهر استحقاق مال المضاربة و قد تلف فى يد العامل من دون تعد فإنه لا ضمان عليه و من الغريب ما فى الإيضاح حيث قال فى وجه الرجوع و من أن القراض لا يستعقب الضمان للمالك من غير تفريط و لا تعد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٣

و إن طالب الثانى رجع على الأول مع جهله على إشكال (١) لا مع علمه (٢) و إن ربح فللمالك خاصة (٣)

بالنسبة إلى الدافع انتهى فتأمل

(قوله) (و إن طالب الثانى رجع على الأول مع جهله على إشكال)

أصح الرجوع كما فى الإيضاح و جامع المقاصد لما عرفت و من الغريب عدم الترجيح هنا فى المبسوط و التذكرة و التحرير مع اختيار الرجوع فيها فى الإشكال الأول و هما من واد واحد (قوله) (لا مع علمه)

لأنه حينئذ غاصب و قد استقر التلف فى يده فيستقر عليه الضمان

(قوله) (و إن ربح فللمالك خاصة)

كما فى التذكرة و إليه مال فى مجمع البرهان و فى (الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض) أن الربح بين المالك و العامل الأول وجه ما فى الكتاب أن العامل الأول لم يعمل شيئا و الثانى عقده فاسد و على تقدير جواز الفضولى و إجازة المالك فالربح له خاصة إن اشترى بعين ماله و قضية إطلاق العبارة مضافا إلى تفصيله فى الاحتمال الأخير المقابل لهذا أن الربح للمالك سواء وقع الشراء بالعين أو فى الذمة و سواء نوى بالشراء نفسه أو المالك أو العامل الأول عالما كان الثانى أو جاهلا (وفيه) أن الذى تقضى به أصولنا أنه إن اشترى فى الذمة و نوى نفسه أو أطلق وقع له أى العامل الثانى و لا يستقيم «١» هذا إلا على القول القديم للشافعى و هو أن ما يربحه الغاصب إن اشترى فى الذمة يكون للمالك قال لأننا لو جعلناه للغاصب لاتخذ الناس ذلك ذريعة إلى غصب الأموال و الخيانة فى الودائع و البضاعات (و قد يجاب) عن ذلك بأن المفروض فى عبارة الكتاب أنه اشترى بالعين جريا على وضع المضاربة جاهلا بالحال فلا إطلاق فى العبارة كما توهمه فى جامع المقاصد من قوله أخيرا و يحتمل عدم لزوم الشراء بالعين إلى آخره فإنه لا مقابل له إلا قوله هنا و إن ربح فللمالك خاصة فإن ذلك لا يقضى على هذا بإطلاق كما ستسمع و وجه ما فى الشرائع أن العقد قد وقع معه صحيحا فيستحق ما شرط و عقده مع الثانى فاسد فلا يتبع شرطه (وفيه) مضافا إلى ما سبق من قضاء الأصول بأنه إن اشترى بعين مال المالك و أجازة كان له أى المالك و إن كان فى الذمة و نوى نفسه كان للعامل الثانى أنه يقضى بأنه يصح أن يكون الحصه للعامل الأول بشرط كون عقد المضاربة مشتملا على تجويز المعاملة بالوكالة أيضا لأن الثانى وكيل الأول و هو مبنى على أن ذلك يعد عملا من أعمال التجارة لأن يد الوكيل كيد الموكل و هو فى محل المنع أو التأمل مضافا إلى ما ستسمعه فيما رتبوا عليه من رجوع الثانى على الأول بأجرة المثل مطلقين غير فارقين بين الجاهل و العالم فإنه لا يتم إلا مع جهل الثانى كما ستعرف ذلك أن تقول إن الشراء فى الذمة غير وارد كما عرفته فى توجيه عبارة الكتاب بل قد يتأمل فى ورود الأول فتأمل و هناك قول ثالث حكاه فى الشرائع و ظاهره

أنه لأصحابنا و هو أن النصف بين العاملين و يرجع الثانى على الأول بنصف الأجرة و قد ذكره احتمالاً فى التذكرة و التحرير و قد ذكر فى التحرير أن الربح كله بين العاملين ثم إن للعامه اختلافاً فى الصيغ و قد رتبوا عليه ما رتبوا (و فى المسالك) أن هذه الأقوال ليست لأصحابنا و لا- نقلها أحد عنهم ممن نقل الخلاف سوى ما أشعرت به عبارة الشرائع و إنما هى وجوه الشافعية (قلت) كأنه لم يلحظ جامع الشرائع و ستسمع عبارته و لهم وجه رابع و هو أن جميع النصف للعامل الثانى عملاً بالشرط و لا شىء للأول إذ لا مال له و لا عمل (و قال فى جامع الشرائع) إن قارض بغير إذنه من علم بالحال أثم و هما ضامنان و إن ربح فعلى الشرط و إن قارضه على أن النصف لرب المال و النصف الآخر بينهما نصفين قسم على ذلك

(١) فى الأصل المنقول عنه هنا كلمة لم تتضح لنا فأبقينا مكانها خالياً فلتراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٤

و فى رجوع الثانى على الأول بأجرة المثل احتمال و لو قيل إن كان الثانى عالماً بالحال لم يستحق شيئاً و إن جهل فله أجرة المثل على الأول كان وجهها (١)

انتهى فتأمل فيه لأنه لا يكاد ينطبق على أصولنا و لا على أصول العامة و ستسمع تحرير المقام و فصل فى المبسوط تفصيلاً أوضحه كمال الإيضاح فطال (و حاصله) أنه إذا قارض العامل آخر على أنه مهما رزق الله سبحانه و تعالى كان بينهما نصفين فالحكم فى ذلك مبنى على مسألة الغاصب فمن قال ربح الغاصب لرب المال كما تشهد به رواياتنا كان لرب المال هنا النصف لأنه لا يستحق أكثر مما شرط له و النصف الآخر بين العاملين نصفين و يفارق ربح الغاصب لأن رب المال ما شرط لنفسه هناك شيئاً من الربح و هل يرجع الثانى على الأول بنصف الأجرة فيه وجهان و من قال إن ربح الغاصب كله لنفسه كما هو الأقوى فقد اختلفوا فى الربح فقال بعضهم الربح كله للأول و للثانى على الأول أجرة المثل و قال بعضهم الربح كله للعامل الثانى لأنه هو المتعدى فى التصرف فهو كالغاصب و الأول أقوى لأن العامل الثانى و إن كان متعدداً لكنه لما اشترى فى ذمته بنية أنه للأول وقع الشراء للأول وحده و كان الربح له وحده و يفارق الغاصب لأن الغاصب اشترى لنفسه و للثانى الأجرة على الأول لأنه لم يسلم له ما شرط فعلى هذا لا شىء لرب المال فى الربح قولاً واحداً و هو تفصيل على أصول العامة و لا يترتب على أصولنا لأن الحكم بأن ربح ما اشتراه الغاصب فى ذمته للمالك لم يقل به أحد منا و الحكم بأن العامل الأول يستحق كل الربح أو بعضه لا يتأتى على قواعد الباب إذ لا مال له و لا عمل و سيبنى المصنف عليه فى الاحتمال الأخير و الاعتذار عن الأول بأن المراد أن الغاصب اشترى بعين المال لا يتم لأنه ينافى قوله و من قال إن ربح الغاصب كله لنفسه إلى آخره بل فى آخره التصريح بأنه اشترى فى ذمته و لا معنى أصلاً لتفرقة الموضوع ثم ما ذا يقول إذا قال العامل الأول ربح هذا بيننا نصفين فإن هذه الصيغة عند العامل غير الصيغة المفروضة فى كلامه و الذى تقتضيه أصول المذهب فى الباب و فى باب البيع و الغصب و غيرها أن المالك إن أجاز عقد مضاربة العامل الأول فالربح بينه و بين الثانى على الشرط و إن لم يجزه فلا ريب فى بطلانه لكنه إن كان قد اشترى بالعين فأجاز فالربح كله له و للعامل الثانى على الأول الأجرة مع جهله و إن كان قد اشترى فى الذمة فإن لم ينو أحداً وقع الشراء له و ضمان المال عليه لتعديده لمخالفته مقتضى المضاربة و إن صرح بالمالك وقف على إجازته كالشراء بالعين و كذا لو نواه على الأقرب لأن العقود تابعة للمقصود و إن صرح بالعامل الأول وقع له بالإذن سابقاً أو بالإجازة مع عدمه و كذا لو نواه على ما تقدم فيقع الربح له و عليه الأجرة للثانى مع جهله إن لم يتعد مقتضى المضاربة و إن تعدى كان المال مضموناً و قرار الضمان مع التلف عليه و لم يفصل هذا التفصيل فيما اعتمده فى المختلف على أنه غير محرر و هذا كله إذا كانت صيغة القراض الصادرة من العامل الأول ضاربتك على هذا المال على أن لك نصفه و سكت و يبقى الكلام فيما إذا قال بعد ذلك و لى نصفه أو الربح بيننا فإنه لا يتصور فى هذين إجازة المالك

(قوله) (و في رجوع الثاني على الأول بأجرة المثل احتمال و لو قيل إن كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا و إن جهل فله أجره المثل على الأول كان وجهها)

قال في التذكرة و قد عرفت أن خيرتها خيرة الكتاب في أن الربح للمالك لو كان عالما بالحال لم يكن له شيء لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه مع علمه بأنه ممنوع منه و ذلك لا يستعقب استحقاق شيء و إن لم يكن عالما رجوع على الأول مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٥

و يحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين و إن كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به و القسمة بينه و بين العامل الأول في النصف و اختصاص المالك بالآخر إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف و الآخر بينهما (١)

بأجرة المثل و في (الإيضاح) أنه الأصح و قضية الإطلاق في الاحتمال الأول و التفصيل في الثاني أن الأول جار على تقدير علمه و جهله و لا شك كما في جامع المقاصد أنه إذا كان عالما لا يستحق أجره فلا بد أن يكون إنما احتمله في صورة الجهل لكن ذلك يقضى بأن لا يذكر العالم في الاحتمال الثاني كما قاله المحقق الثاني إلا أن تقول إنه إن لم يذكره لأوهم أنه يستحق مطلقا فلما قيده لدفع الوهم حصل وهم آخر فتدبر إذ الأولى على هذا أن لا يذكر الاحتمال الثاني بالكلية (و كيف كان) فوجه استحقاقه الأجره في صورة الجهل واضح و أما وجه العدم في هذه الصورة فقد قال في الإيضاح يحتمل عدمه لقول الأصحاب و لأن القراض موضوع على أنه إن لم يحصل الربح فلا تأثير له و هذا الربح في حكم المعدوم انتهى و لم ندر ما ذا أراد بقول الأصحاب فإن أحدا منهم لم يقل إن الربح للمالك و لا أجره للعامل الثاني على الأول إذا كان جاهلا و قد سمعت كلام الشيخ و يحيى بن سعيد و في (الشرائع و التحرير و الإرشاد) أن نصف الربح للمالك و نصفه الآخر للعامل الأول و عليه أجره الثاني و قد قلنا إن ذلك إنما يتم مع جهل الثاني و الموضوع مختلف و مع ذلك حكما فيها بالأجره و قد يقال على الإيضاح في الوجه الثاني إن ذلك إنما هو مع عدم حصول الربح بالكلية لا مع وجوده و أخذ غيره له فاحتمال عدم الأجره مع الجهل ضعيف جدا بل ما احتمله أحد من العامة كما أنه لا أجره له مع العلم قطعا و يخطر بالبال أن المراد بالاحتمال الأول غير ما في الإيضاح و جامع المقاصد و هو أن المراد أنه يحتمل أن العامل الثاني يرجع على المالك بأجره مثله لأن نفع عمله عاد إليه فالمستوفى لعمله هو المالك و ليس عالما حتى يكون غاصبا لا أجر له و يحتمل أن يرجع به على الأول لأنه استعمله و غره كما ذكر العامة هذين الوجهين في ما نحن فيه ثم إنه استدرك فقال و لو قيل إلى آخره فسلمت العبارة من احتمال الإيضاح الضعيف و مما في جامع المقاصد

(قوله) (و يحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين و إن كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به و القسمة بينه و بين العامل الأول في النصف و اختصاص المالك بالآخر إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف و الآخر بينهما)

قد عرفت أن هذا الاحتمال في مقابلة إطلاق قوله و إن ربح فللمالك خاصة و قد عرفت قضية إطلاقه و الاعتذار عنه و وجه عدم اللزوم إن كان الشراء بالعين ظاهر لأنه كسراء الفضولي لأن المالك لم يأذن له فيه و هذا غير الاستنابة في البيع و الشراء إذ تلك مجردة عن عقد مضاربة أخرى و قد استدلل عليه في الإيضاح بالنص على أن من اشترى بعين مال غيره بغير إذنه لم يلزم الشراء و هنا كذلك و لعله أراد بالنص معقد الإجماع أو إطلاق الأصحاب كما يأتي له مثله قريبا أو استنبطه من موارد النصوص (و كيف كان) فهذا الاحتمال لا ريب فيه على أصولنا عند معظم الأصحاب فكيف يجعله احتمالا و لعله أورده كذلك على مذهب الشيخ و الشافعي في الجديد حيث قالوا إن الشراء بعين مال الغير يقع فاسدا لا موقوفا فكأنه قال إن ربح كان للمالك خاصة لأنه اشترى بالعين جريا على قاعدة المضاربة و يحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين كما هو مذهب الشيخ و غيره ممن منع من عقد الفضولي فتسلم عبارات الكتاب عن جميع ما أورده عليها في جامع المقاصد و لو حررها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٦

و لو شرط المريض للعامل ما يزيد عن أجره المثل لم يحتسب الزائد من الثلث إذ المقيد بالثلث التفويت و ليس حاصلها هنا لانتفاء الربح حينئذ (١) و هل المساواة كذلك إشكال ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل (٢)

ما أورد تلك الإيرادات و لا ذكرها و وجه اختصاص الثاني به إن كان الشراء في الذمة أنه إذا اشترى كذلك و لم يذكر أحدا لفظا و لا نية يقع له فيستحق الربح كله و هذا لا يتضح إلا إذ كان الثاني عالما بالحال و نوى بالشراء نفسه أو أطلق و لم ينو أحدا و العبارة مطلقة و لا بد من تنزيلها على ذلك ليتجه هذا الاحتمال و يفارق الثاني من الاحتمالين فيما إذا كان الشراء في الذمة لكنه حينئذ يجب الجزم به و لا يكون متعلق الاحتمالين واحدا كما هو ظاهر العبارة إذ متعلق هذا الاحتمال ما إذا علم بالحال و متعلق الثاني ما إذا جهل و لعله أراد بيان ذلك بذكره الاحتمالين فكأنه قال إن الشراء في الذمة يقع على وجهين هذا و وجه الاحتمال الثاني أنه اشترى للمضاربة و نوى المالك فيجب أن يقع الشراء لها على حكمها فيكون للمالك النصف و النصف الآخر بينه و بين العامل الأول إذا شرط الأول على الثاني ذلك و لكنه لا يتم على أصولنا لأنه إذا اشترى في الذمة و نوى المالك أو صرح به لفظا فلا بد من إجازته كالشراء بالعين و إنما يتم على مذهب الشافعي في القديم من أن ربح الغاصب كله لرب المال و قضيته أن يكون الربح كله للمالك لكن المالك لما شرط أن له النصف فلم يكن يستحق أكثر مما شرط لنفسه بخلاف الغاصب فإن رب المال لم يشترط لنفسه أخذ النصف فقط فكان الكل له و كذلك استحقاق العامل الأول شيئا من الربح مع أنه لا مال له و لا عمل إنما يتم على مذهب الشافعي و أما ما سلف للمصنف من الجزم بأن العامل الأول إذا شرط لنفسه شيئا من الربح لا يستحق شيئا أصلا لأنه لا مال له و لا عمل فقد بينا هناك أنه لا يخالف ما هنا إذ المفروض هنا أن الشراء في الذمة من دون إذن في القراض و هناك أن الشراء بالعين مع إذن المالك بذلك على أن الجزم بالحكم للفقهاء في ظنه لا ينافي الاحتمال إلا أن تقول إن الحكم في ذاك قطعي فيتعين الأول فتأمل (قوله) (و لو شرط المريض للعامل ما يزيد عن أجره المثل لم يحتسب الزائد من الثلث إذ المقيد بالثلث التفويت و ليس حاصلها هنا لانتفاء الربح حينئذ)

قد صرح بعدم احتسابه من الثلث و أنه يخرج من صلب المال في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر الأخير أو صريحه أنه لا خلاف و هو قضية إطلاق الشرائع و الإرشاد و الروض حيث قيل فيها و لو شرط المريض للعامل ربحا صح و ملك الحصه و وجهه ما أشار إليه المصنف أنه لا تفويت في ذلك على الوارث لأن الربح أمر معدوم متوقع الحصول و ليس مالا للمريض و على تقدير حصوله فهو أمر جديد حصل بسعي العامل و حدث على ملكه فلم يكن للوارث فيه اعتراض و هذه المسألة من مهمات المسائل و مشكلاتها و قد أسبغنا فيها الكلام في باب الوصايا و استوفيناها استيفاء بلغنا فيه أبعد الغايات (قوله) (و هل المساواة كذلك إشكال ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل)

أى و كذلك الدراهم فإنها لا تروح بنفسها فيحتسب الزائد من الثلث و هو خيرة التذكرة و الإيضاح و أظهر و بهي الشافعية و من أنه لم يتلف من تركته شيء لأن الثمرة ليست مالا حال المعاملة و إذا حدثت حدثت على ملك العامل و المريض فلم يكن الشروط مالا للمريض و هو الذي قواه في جامع المقاصد قال و الفرق بأن النخلة تثمر بنفسها ضعيف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٧

و إذا فسد القراض بفوات شرط نفذت التصرفات و كان الربح بأجمعه للمالك و عليه للعامل أجره المثل (١)

(أما أولا) فلأن لسقى العامل أثرا بينا (و ثانيا) فلأن المتوقع حصوله لا يعد مالا فإن المريض لو وهب نخلة أو أتلّفها لم يحسب عليه الثمرة قطعا و إن كان قد قرب زمان ظهورها جدا و كذا الغاصب و ليس المتنازع فيه بزائد على ذلك فإنه أحدث ما منع من حدوث الثمرة بتمامها على ملكه انتهى (و فيه) أن الأول لا يجدى نفعاً و الثاني غير مسلم عند الخصم و لعل الأولى أن يستدل بأن الأصل عدم

الحجر على المالك و أن تصرفه ماض إلا ما ثبت منعه عنه بيقين و لم يثبت إلا في المال الموجود على تقدير تسليم ذلك لأنه مبنى على أن منجزات المريض من الثلث و المختار خلافه و قد أيد مولانا المقدس الأردبيلي خيرة التذكرة بأنه تصرف في الموجود في الجملة و بأن فتح الباب قد ينجر إلى حرمان الورثة إذ قد يجعلها مساقاة لازمة بحصة كثيرة جدا بحيث تكون حصة الورثة قليلة جدا و يكون المال دائما تحت يد الغير و قال إن هذا يجرى في المضاربة مع أنه لا خلاف فيها كما عرفت ثم استظهر أنهما تبطلان بالموت إن شرطتا في عقد لازم كما هو قضية كلامه أو صريحه

(قوله) (و إذا فسد القراض لفوات شرط نفذت التصرفات و كان الربح بأجمعه للمالك و عليه للعامل أجره المثل)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و التذكرة في موضعين منهما و الوسيلة و التحرير و الكتاب فيما يأتي و جامع المقاصد و مجمع البرهان و لعل نفوذ التصرف قضية ما في الإرشاد و الروض و المسالك أنه إذا فسد العقد كان الربح للمالك و للعامل أجره المثل و هذا الأخير يستفاد من الخلاف و المهذب و السرائر و الجامع و غيرها إذ قد طفحت به عباراتهم في مطاوى الباب بل قال في ما يأتي في جامع المقاصد أنه لا خلاف في نفوذ التصرف بل قال في مجمع البرهان أن كون الربح للمالك في صورة فساد عقد المضاربة بناء على كون وقوع العقد على العين و العمل بالإذن المفهوم ضمنا في المعاملة الفاسدة الظاهر أنه لا خلاف فيه بين المسلمين انتهى و لم يصرح في الشرائع بشيء من ذلك و كلامهم هذا يقضى بأنه يصح التصرف بالإذن الواقعة في هذا العقد الفاسد كما صرح بذلك في الكتب الستة المتقدمة فلا مجال لتجشم حمل كلامهم على الرضا بعد العقد و مثل المضاربة الفاسدة في اعتبار الإذن الضمني المزارعة و المساقاة الفاسدتين و الإجارة الفاسدة و الوكالة الفاسدة بل وجدناهم في الباب يأخذون باعتباره في الوكالة الفاسدة مسلما و يستندون في الباب إليه و يشبهونه به كما أنهم في باب الوكالة يستندون إلى اعتبار الإذن في المضاربة و يأخذونه مسلما عدا المحقق الثاني فإنه قال إن كان الحكم في المضاربة اتفاقيا فلا بحث و إلا توجه إليه الكلام (و كيف كان) فلا وجه لقوله في وكالة الروضة و الرياض و في صحة التصرف بالإذن الضمني قولان فإننا لا نعلم قائلا منا بالعدم في الوكالة نعم كأنه مال إليه في جامع المقاصد بل إنما استقر رأيه على التوقف نعم هما وجهان للشافعية لا قولان و هذا و إن كان خارجا عما نحن فيه إلا أن له تعلقا تاما به مع الحرص على بيان الحق و عدم إيقاع الناس في الشبه و ستسمع الكلام في الوكالة مسبقا و قد تقدم أنه حيث تبطل الإجارة و المزارعة و المساقاة يثبت للأجير و المزارع و المساقى أجره المثل من غير خلاف و قد بينا هناك أن الوجه فيه اعتبار الإذن الضمني و لا يرد على ذلك شيء يعتد به إلا عدم اعتباره في البيع قولاً واحداً و الفرق بين البيع و بين العقود الجائزة كالمضاربة و الوكالة و الوديعة و العارية ظاهر لأن فساد الإذن و عدم اعتبار الإذن الضمني إنما يكون فيما يكون معاوضة أو كالمعاوضة بالإذن في تصرف المشتري في المبيع لنفسه فإنما هو في مقابلة ملك البائع الثمن فإذا فسد البيع فساد الشرط لم يكن المشتري

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٨

.....

مأذونا في التصرف و من ثم حكمنا هنا و في المزارعة و المساقاة بفساد اشتراط الحصص لأنها في مقابلة العمل المخصوص و لم نحكم بفساد الإذن في تصرف العامل للمالك لأنه لم يقابل بشيء لأن الشرط الفاسد لم يكن مقابلا للإذن و لا في معنى المعاوضة عنه و الحاصل أن الفساد إنما يكون فيما فيه معنى المعاوضة و استوضح ذلك فيما إذا قال له إذا حضر الطعام أو إذا جاء زيد فكل فإنهم أطبقوا على أن هذا التعليق ليس مخلا بجواز الأكل عند حضور الطعام و ما ذاك إلا لعدم المعاوضة و هذا هو الذي أراده في التذكرة في رد نقض الشافعي علينا بالبيع الفاسد حيث قال إن الإذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن إليه و المبيع إلى المشتري و شيء منهما ليس بحاصل و هنا إنما إذن له في التصرف عن الآذن لا لنفسه انتهى (و تنقيحه) أن العقد في العقود الجائزة حيث يكون لفظيا في الإيجاب و القبول فالإجماع قائم على أن التعليق مثلا يفسده و الإجماع قائم أيضا أنه يكفي في صحة التصرف و جوازه في العقود

الجائزة العلم بالرضا من المالك فلو علق عقد القراض مثلا أو قارض بالدين فإن العقد يبطل لمكان الإجماع على اشتراط العين و عدم التعليق و تبطل متعلقات العقد ببطلانه من حصه و شرطه فى عقد لازم و كونه مندورا و نحو ذلك لا يمنع من الإذن فى التصرف لمكان العلم بالرضا لأنه يكفى ذلك إجماعا فى العقود الجائزة و لو كان حاصلها من الكتابة أو الإشارة و يكون ذلك أى جواز التصرف من معاطاة القراض لأنهما لو تركا الصيغه و قارضه بالدين معاطاة أو علق القراض على شرط من دون صيغه كذلك كان قراض معاطاة و ثبت له الحصه المسماة فحيث يقع ما عدا البيع من عقد لازم كالإجارة و المساقاة و المزارعة أو جائز كالوكالة و القراض و نحوهما بصيغه لفظية و يعرض له المبطل من تعليق و نحوه فإنه يبطل العقد و ما اشتمل عليه من أجره مسماة و حصه و شرط و نحو ذلك و لا- يبطل جميع ما يفهم منه حتى الرضا الضمنى الذى علمنا أن المدار فى هذه العقود عليه كما بينا ذلك فى باب الإجارة حيث قلنا إنها غير البيع و إن المدار فيها على تحصيل الأجره و لا كذلك البيع نعم لو علمنا منه أى البيع أن الغرض تحصيل الثمن أو القيمة و أن مدار هذين المتبايعين على ذلك و بطل هذا البيع بأحد المبطلات قلنا جاز لكل منهما التصرف فى الثمن و المثمن و كان من معاطاة البيع و قد أوضحنا ذلك و بيناه فى باب الوكالة مسبقا محررا بما لا مزيد عليه و قال المقدس الأردبيلي فى الفرق أن المدار على العلم بالإذن و أنا نفهم من هذه العقود إذا ضمنا و هو غير الإذن الذى كان العقد مقتضيا له و صريحا فيه و لهذا عبر عنه فى التذكرة و غيرها بالضمنى انتهى قلت كلام المبسوط صريح فى أنه الإذن الذى جاء مع العقد و كذا الوسيلة و لا منافاة و أما ثبوت الأجره للعامل فلأنه لم يتبرع و لم يقع فى مقابلة عوض معين و لأن الفساد يوجب رد كل من العوضين إلى صاحبه و العمل يتعذر رده لتلفه فتجب قيمته و هو أجره مثله (فإن قلت) قد وقعت الحصه فى مقابلة العمل على تقدير ظهور الربح ففى صورة عدم الربح يجب أن لا يستحق أجره مع الفساد (قلت) انحصار عوض العمل فى الربح إنما هو على تقدير صحة العقد أما على تقدير الفساد فتجب أجره المثل لأن كل عمل غير متبرع به تجب له أجره المثل فلا فرق فى ذلك بين أن يكون فى المال ربح أو لا و ربما قيل إنه ينبغى اشتراط عدم علمه بالفساد و عدم علمه بعدم الأجره و الحصه و إلا فلا أجره له لأنه حينئذ متبرع و يرشد إليه ما يأتى بعده لكن عباراتهم مطلقه فى استحقاق الأجره من دون تفصيل كما سمعت نعم قال فى جامع المقاصد فيما يأتى أنه موضع تأمل و كذا فى الإجارة الفاسده قال و لم أذكر الآن تصريحاً فى كلامهم بالنص على ذلك نفياً و لا إثباتاً (قلت) و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى باب الإجارة و يأتى فى أواخر الباب إعادة هذه المسأله

(قوله) (إلا إذا فسد بأن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٣٩

إلا إذا فسد بأن شرط جميع الربح للمالك ففى استحقاق الأجره إشكال ينشأ من رضاه بالسعى مجاناً (١)

[الثالث رأس المال و شروطه أربعة]

إشارة

(الثالث) رأس المال و شروطه أربعة

[الأول أن يكون نقداً]

(الأول) أن يكون نقداً (٢)

شرط جميع الربح للمالك ففى استحقاق الأجرة إشكال ينشأ من رضاه بالسعى مجاناً)

فلا يستحق أجرة على الأصح كما فى جامع المقاصد وكذا مجمع البرهان على تأمل وقواه فى المختلف ولا ترجيح فى التحرير و من إطلاقهم أنه إذا فسد القراض كان الربح للمالك وللعامل أجرة المثل وقد عبر عن هذا الإطلاق فى الإيضاح بعموم النص وهو صريح الكتاب فى الفصل الخامس فى التنازع والإيضاح وإيضاح النافع و ظاهر الخلاف والمبسوط والمهذب والوسيلة والتذكرة لمكان الإطلاق المذكور وأجاب فى جامع المقاصد بأن الإطلاق محمول على تقدير أن لا يدخل بشرط أن لا عوض لعمله فإذا دخل على ذلك كان متبرعا وذلك لأنه إذا دخل على أن العقد صحيح ولا حصه له فقد دخل على أن لا عوض لعمله انتهى (و الملازمة ممنوعة) و فى مجمع البرهان أن هذا موجه على تقدير علمه بالحكم بأنه لا حصه له ولا أجرة فيكون متبرعا بخلاف ما إذا اعتقد أنه له أجرة وإن لم يكن له حصه فيمكن الرجوع إلى قبول قوله فيما قال وقد تقدم الكلام فى مثل هذه الصورة فى الإجارة والمزارعة والمساقاة مسبقاً

(قوله) (الثالث رأس المال وشروطه أربعة الأول أن يكون نقداً)

أى دراهم أو دنانير كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا إشكال إلا من مولانا الأردبيلي كما ستسمع وقد يظهر ذلك من الكاشانى نعم خلت عنه المقنعة والمراسم والنهاية والكافي ولعلمهم ليسوا مخالفين كما خلى المقنع والإنتصار عن الباب بالكلية و فى (جامع المقاصد) أن ما عد الدراهم والدنانير المسكوكة لا تصح المضاربة عليه بإجماعنا و اتفاق أكثر العامة و فى (الروضة و المفاتيح) أنما تجوز المضاربة بالدراهم والدنانير إجماعاً مع زيادة وصفهما بالمسكوكين فى الأخير وهو ظاهر التذكرة حيث قال الشرط أن يكون من النقدين دراهم أو دنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا وقد فهم منها فى المسالك الإجماع و حكاها عنها أولاً و ثانياً و قال إنه العمدة ثم أخذ بعد ذلك يدعيه (و قال فى مجمع البرهان) بعد حكاية ما فى التذكرة إن كان هذا صحيحاً فلا إشكال فى النقرة و إلا فإشكال بل ينبغى عدم الإشكال فى الجواز لعموم أدلة القراض و مثل ذلك قال فى المضاربة بالفلوس و المغشوش (و نحن نقول) لا ريب فى صحة ما فى التذكرة لأنه محصل معلوم و لا يقدر فيه عدم ادعائه فى الخلاف و الغنية حيث قالاً فيهما إن المضاربة بالأثمان مجمع على جوازها و لم يدعيها على اشتراطه كما أنه لا ريب فى مخالفة المضاربة الأصل من وجوه فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه و ليس فى أخبار الباب على كثرتها لأن كادت تبلغ ثلاثين خبراً عموم يتناول ما نحن فيه و نحوه و إنما اشتملت على إطلاقات مسوقات لبيان أمور آخر لا لبيان جواز المضاربة على الإطلاق فكان شرط الاستدلال بالإطلاقات مفقوداً لأنه يشترط فيه عدم سوقها لأمر آخر غير محل الإطلاق كما تقدم غير مرة و أما عمومات الإيفاء بالعقود و الشروط فقد تقدم غير مرة أن المراد بها ما تداول منها فى عصره صلى الله عليه وآله و هو الذى ضبطه الفقهاء فى كتبهم فلو كانت شهرة هناك تخالف ذلك العموم قلنا إنها قرينة على عدم تداول ذلك فى عصره صلى الله عليه وآله فلا يتناوله العموم و يكون ذلك من العقود المخترعة فما ظنك بإطباق الأصحاب و أكثر العامة على اشتراط كون مال المضاربة من النقدين و قد أجاب عن ذلك فى الرياض بأنها من العقود الجائزة فلا يصح الاستدلال بهذه العمومات فيها و قد تقدم لنا بيان فساد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٠

فلا يصح القراض بالعروض (١) و لا بالنقرة (٢) و لا بالفلوس (٣) و لا بالدراهم المغشوشة (٤) و لو مات المالك و بالمال المتاع فأقره الوارث لم يصح (٥)

آنفا

(قوله) (فلا يصح القراض بالعروض)

هذا يعرف مما تقدم من الفتاوى و من الإجماعات خصوصا إجماع جامع المقاصد و مع ذلك قد نص على عدم جواز القراض بها في السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و غيرها و هو معنى ما في المبسوط و المهذب من أنه لا يصح بالثياب و الحيوان و هو قضية كل ما اشترط فيه كون رأس المال دراهم أو دنانير و في (مجمع البرهان) كان دليله الإجماع المفهوم من عبارة التذكرة (قلت) هو الأصل في ذلك و قد استدل عليه في التذكرة بأنها لو جعلت رأس مال لزم إما أخذ المالك جميع الربح أو أخذ العامل بعض رأس المال لأنه إما أن يشترط رد ثوب بتلك الصفات أو قيمته و فيه نظر ظاهر لأن للأوزاعي و ابن أبي ليلى أن يختارا الأول و يقولان إن ارتفعت قيمته فهو كالخسران في مال القراض و إن انخفضت فهو كزيادة قيمة فيها (قوله) (و لا بالنقرة)

كما نص عليه في المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير و هو قضية كلام الخلاف و فقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و غيرها مما عبر فيه بالدراهم و الدنانير بالاستقلال أو في تفسير الأثمان مضافا إلى الإجماعات المتقدمة و في (غاية المراد) نص الشيخ و أتباعه و المتأخرون من أصحابنا على عدم جواز القراض بالنقرة و تردد في الشرائع و استشكل في الإرشاد و هو ظاهر ولده في شرحه حيث لم يرجح و قد يظهر من مجمع البرهان الميل أو القول بالجواز و كذا الكاشاني و في (المسالك) لا نعلم قائلا بجوازها بها و إنما ذكرها المصنف مترددا في حكمها و لم ينقل غيره فيها خلافا (قلت) قد عرفت أن غيره متردد أيضا ثم إن الخلاف ظاهر كل من اشترط كون رأس المال من الأثمان و وصفها بكونها خالصة من الغش كجامع الشرائع أو اقتصر على الأثمان خاصة كالتبصرة لأن الأثمان تشمل المسكوكة و غيرها كما تقدم في باب الصرف ثم إنه لو استند في المسالك في رد تردد الشرائع إلى إجماع التذكرة الذى هو العمد عنده لكان فيه بلاغ لكنه لم ينقله على وجهه كما نقلناه على أن فيما نقله منه أيضا بلاغا (قوله) (و لا بالفلوس)

عند علمائنا كما في التذكرة و بعدم الصحة بها صرح في الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض و المسالك و غيرها مضافا إلى ما سبق لأنها عروض و المخالف محمد بن الحسن الشيباني حيث جوزها بها استحسانا لأنها يتعامل بها في بعض البلاد و إن كان القياس يقضى بالعدم (قوله) (و لا بالدراهم المغشوشة)

كما في الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الروض و المسالك و لا فرق بين كون الغش أقل أو أكثر كما صرح به في بعض هذه و هو قضية إطلاق الباقية و أطلق في فقه الراوندى و النافع و اللمعة و التبصرة و الروضة و الكفاية اشتراط كون رأس المال دراهم أو دنانير أو أثمانا من دون وصفها بكونها سالمة عن الغش و قضيته أنه يجوز بها و إن كانت مغشوشة مع تسميتها دراهم لكن في التذكرة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان أن عدم الصحة بالمغشوش إذا لم يكن متعاملا به فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة و صح جعله مالا للقراض (قلت) و لعله حينئذ لم يبق للممنوع موضوع فضلا عن عدم الجدوى و الفائدة فتأمل «١» و كلام القدماء خال عن هذا القيد (قوله) (و لو مات المالك و بالمال متاع فأقره الوارث لم يصح)

هذا قواه في المبسوط و جزم به في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و التذكرة

(١) إذ قد يسقط السلطان المعاملة الأولى (حاشية منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤١

و لو دفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد و عليه أجره الشبكة (١)

[الثاني أن يكون معينا]

(الثاني) أن يكون معينا فلا يصح «١» على دين في الذمة (٢)

و ظاهر الأخير الإجماع عليه و هو يستفاد من قولهم إنها تبطل بالموت و من قولهم إذا مات المالك انفسخ القراض كما في المبسوط و التحرير أيضا و خالف صاحب جامع الشرائع قال فإن طلب العامل إقراره على المضاربة جاز لأن رأس المال ثمن و حكمه باق و هو أحد الوجهين للشافعية و إحدى الروايتين عن أحمد و هو غلط لأن العقد الأول بطل بالموت حيث إنه من العقود الجائزة و المالك الآن غير العاقد فلا بد من عقد مستأنف و لا يصح تجديده لكون المال عروضاً نعم يصح إقراره و تجديده على سبيل المعاطاة و التقييد بكون المال متاعاً ليخرج ما إذا كان نقداً فإنه يصح تجديده قطعاً و كان ابتداء قراض إجماعاً حتى من العامة ذكره في التذكرة و هو مما يدفع به أحد الوجهين و إحدى الروايتين و قول يحيى بن سعيد و ما ذاك إلا لمكان البطلان بالموت و يرد عليهم أيضا اتفاقهم كما في المبسوط على أنه لو مات العامل و بالمال متاع لا يجوز تقرير الوارث على القراض لأنه لا يصح على العروض و الأول قد بطل إلا أن يفرقوا بأن ركن القراض من العامل العمل و قد فات بوفاته و الركن الآخر المال من المالك و هو باق بعينه بعد موته و إنما انتقل إلى الوارث و إن وارث العامل قد لا يقدر على بيع العروض لوجوه

(قوله) (و لو دفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد و عليه أجره الشبكة)

كما في المبسوط و المهذب و الجامع و الشرائع تبطلان المضاربة بمخالفة مقتضاها و ليس بإجارة قطعاً و لا بشركة لأنه مركب من شركة الأبدان و غيرها و في (جامع المقاصد) أن هذا مبني على أن التوكيل في تملك المباح لا يتصور أو أن العامل لم ينو بالتملك إلا لنفسه (قلت) هذا بعيد جداً قال فلو نوى بالحيازة الملك له و لصاحب الشبكة و قلنا بحصول الملك بذلك كان لكل منهما الحصة المنوية له و على كل منهما للآخر من أجره مثل الصائد و الشبكة بحسب ما أصابه من الملك و قد استوفينا الكلام في ذلك في آخر باب الشركة مسبقاً و الأصل في ذكر هذا الفرع ذكر المبسوط له في الباب

(قوله) (الثاني أن يكون معينا فلا يجوز على دين في الذمة)

كما في النهاية و المبسوط و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و الروضة و المختلف و ستسمع كلامه في ما بعدها و في (التذكرة و التنقيح) لا نعلم فيه خلافاً بل في الرياض نفى الخلاف فيه على البت و قال في موضع من مجمع البرهان دليله كأنه الإجماع و قد حكى في المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض عن التذكرة أنه حكى عليه الإجماع و قد سمعت ما فيها (و قال في الكفاية) قالوا و ظاهره التأمل فيه و الإجماع عليه كما تأمل فيه في مجمع البرهان و ترك التعرض له في المقنعة و المراسم و الكافي و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و اللمعة و المفاتيح و قد ورد به خبر رواه المشايخ الثلاثة رواه في الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني و في (التهذيب) عن أحمد بن محمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني و في (الفقيه) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه و لا يكون عنده ما يقضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصلح حتى يقضه منه فالخير موثق أو قوى معتبر و قد اعتضد و انجبر بما سمعت فلا ينبغي ترك التعرض لهذا الفرع من غير أبي الصلاح و ابن زهرة و ابن إدريس (و كيف كان) فلا فرق في ذلك بين كون الدين في ذمة العامل أو غيره و منه يعلم عدم الجواز بثمن المبيع بل هو أولى كما يأتي في

(١) يجوز خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٢

و لو قال له اعزل المال الذي لى عليك و قد قارضتك عليه ففعل و اشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له و كذا إن اشترى فى الذمة (١) و لو أقرضه ألفا شهرا ثم هو بعده مضاربة لم يصح (٢) و لو قال ضارب به شهرا ثم هو قرض صح (٣) و لو قال خذ المال الذى على فلان و اعمل به مضاربة لم يصح (٤) ما لم يجدد

كلام المصنف و غيره

(قوله) (و لو قال اعزل المال الذى لى عليك و قد قارضتك عليه ففعل و اشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له و كذا إن اشترى فى الذمة)

كما فى التذكرة و حاصله أن القراض باطل و هو معنى ما فى المبسوط و جامع الشرائع مع اختلاف فى التعبير الذى يختلف به الحكم فى موضوع آخر (قال فى المبسوط) لو قال له اقبض لى الدين من نفسك و أفرده من مالك فإذا فعلت فقد قارضتك عليه فإن قبض العامل من نفسه و غيره لم يصح القبض و لم يقع التمييز و تكون ذمته مشغولة كما كانت و الألف المفردة ملك لمن عليه الدين و مراده أن المال المميز باق على ملك المديون و صرح بعد ذلك أنه إن اشترى بالمال كان الشراء له و نحوه ما فى جامع الشرائع (و قال فى المختلف) بعد نقل كلام المبسوط الوجه عندى صحة التوكيل و صحة الإفراء و أما القراض فلا شك فى بطلانه و فى (التنقيح) أنما يبطل القراض إذا لم يكن و كيلا و أما إذا وكله فى عقد القراض مع نفسه و عين له المقدار صح قلت ليس فى كلام المبسوط ما يدل على التوكيل فيه كأوليين و قد صرح فى مثل ما فى الكتاب بالطلان فى الشرائع و التحرير و الإرشاد (و كيف كان) فالوجه فيما قالوه من بطلان القراض هو وقوعه على الدين قبل العزل و وجه كون الشراء له أنه إن اشترى للمضاربة بعين المال كان المال ملكه لأن العزل لا يعينه للمديون بدون قبض الغريم أو وكيله له و نية المضاربة لا أثر لها فى الشراء بملكه و إن اشترى فى الذمة للقراض و دفع المال وقع الشراء له لأن المأذون فيه هو الشراء للقراض لينقد فيه مال القراض و المفروض أن المال الذى فى يده له كذا قرره فى التذكرة (و اعترضه فى جامع المقاصد) بأنه لم لا يكون الشراء فضوليا يتوقف على الإجازة لأنه قد نواه و العقود بالقصود انتهى و هو فى محله

(قوله) (و لو أقرضه ألفا شهرا ثم هو بعده مضاربة لم تصح)

كما فى التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و فى الأخيرين أنه لا بد فى صحة القراض من تجديد عقد بعد الشهر و قبضه من يد المقترض لأن القراض على عوض هذا القرض وقت حصوله فلا يصح بهذه الصيغة إذ ليس بحق الآن و إنما هو آئل إلى الذى يصير حقا و دينا هذا حال القراض و أما القرض فالظاهر صحته و ضميمته المضاربة الفاسدة إليه لم تقع على وجه الشرط حتى تبطله و لم يتعرض المصنف فى كتبه الثلاثة لحكم القرض فى هذه و لا التى بعدها

(قوله) (و لو قال ضارب به شهرا ثم هو قرض صح)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و فى (التحرير) أن القراض يبطل إن قلنا بطلان القراض المؤجل قلت قد تقدم له الميل إلى صحة القراض المؤجل أو القول به و حينئذ فوجه صحة القراض أنه عقد جامع لجميع الشرائط و الظاهر صحة القرض فىكون كما لو أجره مدة غير متصله بالعقد و تردد فيه فى جامع المقاصد و ليس فى محله إذ هو حينئذ من المعاطاة فى القرض

(قوله) (و لو قال خذ المال الذى على فلان و اعمل به لم يصح)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٤٤٢

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلام النهاية لأنه لم يخرج بالإذن عن كونه ديناً فشرط الصحة عند العقد مفقود
(قوله) (ما لم يجدد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٤٤٣

العقد (١) و كذا لو قال بع هذه السلعة فإذا نض ثمنها فهو قراض (٢) و لو كان وديعة أو غصبا عند فلان صح (٣) و لو كان قد تلف لم يصح (٤) و كذا يصح لو كان فى يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به (٥) و الأقرب زوال الضمان بالعقد (٦)

(العقد)

أى بعد القبض لأنه يقع صحيحاً و إن كان قد رتب عليه عقداً فاسداً و قد صرح بصحة القراض حينئذ جماعةً و هو ظاهر
(قوله) (و كذلك إن قال بع هذه السلعة فإذا نض ثمنها فهو قراض)

يعنى يكون القراض فاسداً و لا- يصح كما فى المبسوط و المهذب و السرائر و الجامع و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض و المسالك و مجمع البرهان (و قال فى التذكرة) لا يصح عند علمائنا لأن ثمن الثوب غير مملوك عند العقد و مع ذلك هو مجهول ثم إن العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع و إن لم نجد الخلاف إلا من أبى حنيفه حيث قال يصح القراض و إن كان معلقاً كالإمارة و لعله أشار إلى ما روى أن النبى صلى الله عليه و آله قال الأمير زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة (و فيه) أن الإمارة ولاية كالوصاية تحمل التعليق و الجهالة و تكون شورى بين جماعةً و لا يجوز شىء من ذلك فى العقود جائزة كانت أو لازمة
(قوله) (و لو كان وديعة أو غصبا عند فلان صح)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و زاد فى التذكرة العارية و صرح فى مجمع البرهان بالغصب و معناه أنه لو كان المال الذى قارض عليه عند زيد مثلاً وديعة أو غصبا صح إذا كان المال نقداً لأن كونه فى يد الغير لا يمنع الصحة و ثبوت الضمان فى الغصب لا ينافى صحة القراض لأن الضمان قد يجمع القراض كما إذا تعدى العامل فى مال المضاربة و كونه فى الأصل أمانة لا يمنع ثبوت الضمان بسبب آخر و حكى فى جامع المقاصد عن بعض العامة الخلاف فى ذلك لكنه لم يحك فى التذكرة
(قوله) (و لو كان قد تلف لم يصح)

وجهه ظاهر إن كان وقت العقد تالفاً و إنما الكلام فيما إذا تلف بعد العقد و فيه احتمالان يأتیان عند قوله و لو تلف المال قبل دورانه فى التجارة و يأتى هناك تصويره و قضية إطلاق العبارات بقاء المضاربة فيأخذ البديل كما أن قضية الإطلاق المذكور صحة القراض و عدم الاحتياج إلى تجديد عقد فيما إذا كان المال المغصوب غير مقدور على تسليمه وقت العقد
(قوله) (و كذا يصح لو كان فى يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به)

كما فى المبسوط و جامع الشرائع و التحرير و كذا الإيضاح و جامع المقاصد و صرح به فى الغصب فى المهذب و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و شرحه لولده و الروض و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر التذكرة فى موضعين الإجماع عليه فى صورة الغصب و بالأولى أن يجوز فى صورة الوديعة
(قوله) (و الأقرب زوال الضمان بالعقد)

كما فى جامع الشرائع و التذكرة و كأنه مال إليه فى الإيضاح لزوال العدوان بالإذن فى إثبات اليد عليه و هو يقتضى زوال الضمان فالحكم المستصحب قد زال سببه و هو الغصب بالإذن و لا نسلم أن الأخذ ظلماً سبب للضمان دائماً و إن أذن له و رضى بكونه عنده و أيضاً عموم كل قراض لا ضمان فيه ما لم يتعد فيه و ارد على استصحاب الضمان و قاطع له فإن قلت بتحقيق القراض لزمكم القول

بعدم الضمان إذ تحقق الملزوم بدون لازمه غير معقول كما أن الشك في جريان العموم هنا غير مسموع لأن «١» كل استصحاب لا بد وأن يعارض عموماً فهذا العموم ونحوه لا يعارض الاستصحاب إلا أن تقول إن هذا ليس من ذاك كما هو ظاهر ولأن العامل وكيل عن المالك في التصرف فيده يده (و قد يجاب) عن الأول بأننا لا نسلم أن انتفاء علّة الحكم علّة لزوال الحكم لأن علل الشرع معارف (و فيه)

(١) في نسخة الأصل (إلا أن).

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٤

و يحتمل بقاؤه إلى الأداء ثمنا عما يشتره (١) و لو دفع إليه كيسين و قال قارضتك على أحدهما و الآخر وديعة و لم يعين أو قال قارضتك على أيهما شئت لم يصح (٢)

نظر لأنه يقضى بكون منصوص العلّة ليس بحجّة فتأمل (و عن الثالث) بأننا لا نسلم بأن العامل ليس وكيلاً وإنما فيه معنى الوكيل (و فيه) أنه مخالف لكلماتهم و قد قيل في ما إذا رهن المغصوب عند الغاصب بزوال الضمان عنه في رهن الكتاب و جامع الشرائع و مجمع البرهان و لا ترجيح هنا في الأخير (قوله) (و يحتمل بقاؤه إلى الأداء ثمنا عما يشتره)

كما في المبسوط و المهذب و الشرائع و الإرشاد و شرحه لولده و جامع المقاصد و الروض و المسالك فبعضهم صرح بذلك و بعضهم قال و يزول الضمان بتسليمه إلى البائع و هو يقضى بأنه لا يزول بالعقد للاستصحاب إلى أن يعلم الناقل و لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي فيستمر الضمان إلى أداء المال إلى البائع ثمنا لأنه إذا أداه له ثمنا زال بإجماع المسلمين كما في الإيضاح و بالإجماع كما في المسالك و بلا خلاف كما في جامع المقاصد و مما قيل فيه ببقاء الضمان فيما إذا رهن المغصوب عند الغاصب الخلاف و المبسوط و الشرائع و الإرشاد و الدروس و الحواشي 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 تردد في التحرير و لا ترجيح في الإيضاح و قد استندوا في بقائه في باب الرهن أيضاً إلى الاستصحاب و الخبر و قد عرفت الجواب عن الاستصحاب و أوجب عن الخبر بأنه ليس بنص على أنه عام اعتوره التخصيص فيخصص هنا بما إذا لم توجد الإذن و لم يحصل الرضا و قد استوفينا الكلام في ذلك في باب الرهن مسبقاً بما لم يوجد في كتاب و قلنا إن القول بزوال الضمان لا يخلو عن قوة كما هو الشأن فيما لو أودعه عند الغاصب لأنه كأنه ليس محل خلاف عندهم و الفرق بينهما بأن الائتمان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فيه أن لازم الذات كالمقصود بالذات و كذلك المال فيما إذا أجره له أو أعاره له و قد استشكل جماعة فيما إذا أبرأه من ضمانه أو وكله بالبيع أو الإعناق و قد تقدم تمام الكلام في ذلك كله في باب الرهن و قد ذكرنا هناك أقوالهم هنا

(قوله) (و لو دفع إليه كيسين فقال قارضتك على أحدهما و الآخر وديعة و لم يعين أو قال قارضتك على أيهما شئت لم يصح)

قد صرح بعدم الصحة في الأول في التحرير و جامع المقاصد و كذا التذكرة و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان و في الثاني في الأولين و المبسوط و المهذب و الشرائع و المسالك لعدم التعيين فكان كما لو قال بعتك أحد هذين العبدین و قال في موضع من مجمع البرهان كأن دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور إجماعاً و قال في موضع آخر منه أن كون عدم التعيين بالمعنى المذكور مضراً غير ظاهر (قلت) و قد ترك اشتراط ذلك في جميع ما عدا الكتب العشرة المذكورة و قالت الشافعية في أحد الوجهين إذا تساوى ما في الكيسين قدراً و جنساً صحت المضاربة و فيه قوة لأنها تحمل من الجهالة ما لا تحمله العقود اللازمة مضافاً إلى الأصل المستفاد من الإطلاقات و ترك الأكثر له يقضى بأنه لا إجماع على أنه لم يدعه في التذكرة و قد جوزوا الفراض بالمال المشاع لأنه

معين و يجوز بيعه و قد يقال إن ما نحن فيه قريب منه فتأمل و فى (التذكرة و جامع المقاصد) أنه يصح القراض على الغائب عنهما وقت العقد و قال فى الثانى و لو أفرط فى البعد و إن ظاهر إطلاقهم يقضى بعدم منافاة ذلك للصحة و قد سبق فى المضاربة على المغصوب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٥

[الثالث أن يكون معلوما]

(الثالث) أن يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره (١) و فى المشاهد إشكال (٢) فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه فى قدره (٣)

و يأتى فى اشتراط كونه معلوما ما له نفع هنا

(قوله) (الثالث أن يكون معلوما فلا تصح على المجهول قدره)

بلا-خلاف إلا- من المبسوط و جامع الشرائع و المختلف و اللمعة و كذا مجمع البرهان أما المبسوط فإنه صرح فيه فى آخر كلامه بصحة القراض بالمال المجهول و استجوده فى المختلف و صرح فى الجامع بجوازه بالجزاف (و قال فى اللمعة) ينبغى أن يكون رأس المال معلوما عند العقد و قد نفى عنه البعد فى موضع من مجمع البرهان و قد يظهر ذلك مما ترك فيه ذكر اشتراط ذلك كالمهذب و الغنية و السرائر و غيرها و قد صرح فى الخلاف بعدم الاكتفاء بالجزاف و اضطراب النقل عن المبسوط فحكى عنه فى المختلف و المهذب البارع و المقتصر ما حكيناه و حكى عنه فى الإيضاح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض أنه اكتفى بالمشاهدة و قضية حكايتهم عنه أنه لا- يجوز بالمجهول الغير المشاهد بل فى الرياض أن القول بالاكتفاء بالجزاف قول لغير الشيخ فى المبسوط و نحوه ما فى المسالك لكنه عبر بعبارة أحسن من عبارة الرياض كما يظهر ذلك لمن تأمل (و كيف كان) فقد قال فى موضع من مجمع البرهان كأنه لا-خلاف فى عدم صحة القراض بالجزاف و فى موضع آخر منه أنه لا إجماع فى ذلك لما حكى عن الشيخ و لما فى المختلف و ستسمع أدلة كل من القولين عند الكلام على الاكتفاء بالمشاهدة (قوله) (و فى المشاهدة إشكال)

و قد عرفت ما حكى فيه عن المبسوط الاكتفاء بالمشاهدة و فى (مجمع البرهان و الكفاية) أن المشهور أنه لا تكفى المشاهدة و فى (الرياض) أنه الأشهر و عليه عامة من تأخر و قد سمعت ما فى اللمعة و فى (كشف الرموز) عليه العمل و فى (التنقيح) أنه قول الشيخ و أتباعه و لعله أراد فى الخلاف و فى نسبه إلى الأتباع نظر لأن ظاهر القاضى موافقة المبسوط كما هو صريح الجامع نعم يظهر من الوسيلة موافقة الخلاف و هو أى عدم الاكتفاء بالمشاهدة خيرة الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و المفاتيح و كذا الكفاية و موضع من مجمع البرهان و هو ظاهر التبصرة و لا- ترجيح فى غاية المراد و فى (كشف الرموز) نقلا- عن المحقق فى الدروس أن الاكتفاء بالمشاهدة للسيد المرتضى و هو يدفع الوصمة عن الشرائع و النافع و غيرها مما حكى فيه هذا القول و لم يعين قائله لأن جعله قولاً للمبسوط كما صنعه جماعة كما عرفت يخالف الموجود فيه مع ما فيه من الاختلاف فى الحكم إلا أن يكونوا قد أرادوا أنه يلزمه القول بذلك (و كيف كان) فمنشأ الإشكال من الأصل المستفاد من العموم و زوال معظم الغرر و استدلال عليه فى المختلف بعموم المؤمنون عند شروطهم (و فيه) أن الكلام فى أصل العقد لا الشرط فيه فتأمل و ينحصر دليل المبسوط فى الأول و الثالث و من بقاء الجهالة و الاقتصار فيما خالف الأصل على محل الوفاق مضافاً إلى ما ستسمع

(قوله) (فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره)

هذا قاله الشيخ لأنه لما ذكر في حجة المانع أن رب المال يرجع حين المفاضلة إلى رأس المال و يكون الربح بينهما فإذا كان رأس المال مجهولاً تعذر إفراده لربه أشار إلى الجواب عنه بأنه يمكن إفراده بأن تقول إن القول قول العامل مع يمينه و قد وافقه على ذلك المصنف و الجماعة على تقدير الجواز لأنه يوافق الاعتبار و يحصل به معرفة المقدار فلا معنى لقوله في جامع المقاصد لا يخفى أن القول قول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٦

[الرابع أن يكون مسلماً]

(الرابع) أن يكون مسلماً في يد العامل (١) فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح (٢) أما لو شرط أن يكون مشاركا في اليد أو يراجعه في التصرف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز (٣)

العامل مع يمينه لو اختلف هو و رب المال في قدره لأنه منكر سواء قلنا بالجواز مع المشاهدة أم لا فقول المصنف فإن جوزناه إلى آخره لا يخلو من شيء انتهى

(قوله) (الرابع أن يكون مسلماً في يد العامل)

هذا شرطه المصنف في التحرير أيضاً و الشافعية و قد يلوح من الإيضاح اختياره و في (جامع المقاصد) أنه أولى و أبعد عن الريب و قرب في التذكرة عدم اشتراطه و قد خلت عنه كتب الأصحاب قاطبة من المقنع و المقنعة إلى الرياض بل ظاهر أكثرها عدمه حيث يذكرون سائر الشرائط و يتركونه و ما تضمنته عباراتهم و أكثر أخبار الباب من أن المالك يدفع المال إلى العامل فلم يكن مسوقاً لبيان ذلك و إنما جرى به على الغالب مع السؤال عن الواقع في الأخبار و إلا ففي الصحيح من اتجر مالا- و اشترط نصف الربح الحديث و في (الموثق) في تاجر اتجر بمال إلى غير ذلك كقول أمير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجر فهي بإطلاقها و عمومها تقضى بعدم هذا الشرط (و كيف كان) فحجة المصنف في الكتاب و الشافعية أن ذلك أي كونه في يد المالك خلاف وضع المضاربة و أن توثق الإنسان على ماله بحفظه في يده و إن كان أمراً مطلوباً و قد تدعو الضرورة إلى الاستعانة بالخائن لحذقه لكنه ربما لم يجده عند الحاجة أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الربح و القراض موضوع تمهيدا و توسيعاً لطريق التجارة و لهذا الغرض احتمل فيه ضروب من الجهالة فيصان عما يخل به (و أوجب عن الأول) بأنه إن أريد بوضع المضاربة مقتضى العقد فلا نسلم أن العقد يقتضى ذلك لأنه معاملته على المال بحصة من ربحه و هذا يتحقق مع كون المال في يد المالك و العامل يتردد في المال في الشراء و البيع و توابعهما و إن أريد بالوضع أن الغالب في العادات ذلك لم يقدر ذلك في جواز المخالفة (و قد يقال) إن المراد غير هذين و هو أنها إذا شرعت على هذا الوجه إذ لم يعهد لله لم ينقل أن المضاربة في عصره صلى الله عليه و آله و سلم أن يكون المال في يد المالك و إنما المعروف من لدن عصره صلى الله عليه و آله و سلم إلى اليوم أن المال يسلم إلى العامل و يرشد إليه معنى القراض في لغة أهل الحجاز مضافاً إلى ما قالوه في تعريف القراض و المضاربة (و عن الثاني) بأنه ينتقض بما إذا عين له المالك نوعاً من التصرف فإنه يجوز مع وجود المحذور

(قوله) (فلو شرط المالك بأن تكون يده عليه لم تصح)

كما هو قضية كلام التحرير خلافاً لما في التذكرة فإنه قال فيها فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده يوفى الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً جاز و هو أوفق بأصول المذهب لأنه شرط سائغ لا يخالف كتاباً و لا سنةً و أنه لو لم يشرع لزم تضرر صاحب المال إما

بترك التجارة أو تسليم ماله إلى الخائن و كلاهما ضرر و التحقيق أن يقال إن وضع المضاربة و مشروعيتها على أن يكون المال فى يد العامل كما أن وضع الشركة على أن الربح تابع لرأس المال و ليس ذلك شرطاً فيهما لكن إذا اشترط فى المضاربة أن يكون فى يد المالك جاز كما إذا اشترط التفاوت فى الشركة فإنه يجوز كما تقدم بيانه

(قوله) (أما لو شرط أن يكون مشاركا فى اليد أو يراجعه فى التصرف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز)

و هو الأصح كما فى الإيضاح (و قال فى التحرير) فى الفساد نظر و قضيته أنه لا تأمل له فى الصحة و قد تقدمت الإشارة إلى وجه احتمال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٧

و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز (١)

[الرابع العمل و هو عوض الربح]

(الرابع) العمل و هو عوض الربح و شرطه أن يكون تجارة فلا يصح على الطبخ و الخبز و الحرف (٢) أما النقل و الكيل و الوزن و لواحق التجارة فإنها تبع للتجارة و التجارة هى الاسترباح بالبيع و الشراء لا بالحرف و الصنائع (٣) و إذا أذن فى التصرف و أطلق اقتضى الإطلاق ما يتولاه المالك من عرض القماش و نشره

الفساد من أنه ربما لم يجده عند الحاجة أو لم يساعده على رأيه و هو ضعيف جدا

(قوله) (و لو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو خيرة أكثر الشافعية لأن العبد مال فإذا دفعه «١» إلى العامل فقد جعله معيناً و خادماً للعامل فيقع تصرفه له تبعاً لتصرفه كما إذا ضم إليه حماره أو بغله ليستعين به على نقل المتاع أو الركوب إذ المراد بالغلام المملوك و لأنه عقد على أصل يتشارك فى فائدته فجاز أن يشترط فيه على رب المال عمل غلامه كالمساقاة و القول الثانى لبعض الشافعية أنه لا يجوز كما إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه (و فيه) أن غلامه و عمله مال فصحه ضمه إليه كالبهيمة و لا كذلك ضم نفسه على أن قد نقول بصحته على تأمل و ظاهر المبسوط و التذكرة أنه لا يصح و لا فرق فى ذلك عندنا بين أن يقول بشرط أن لا تتصرف بالمال دونه أو يكون بعض المال فى يده أو لم يشترط ذلك كما لا فرق بين أن يشترط له حصة من الربح فيكون عاملاً أيضاً أم لا فيكون كما لو دفع إليه بغلاً أو حماراً و أما إذا شرط أن يعمل معه غلامه الحر فإنه يكون عاملاً

(قوله) (الرابع العمل و هو عوض الربح و شرطه أن يكون تجارة فلا يصح على الطبخ و الخبز و الحرف)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو صريح المبسوط فى الأخير و قضيه كلامه فى الأولين لأنه إنما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه و هو التجارة التى لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها و لا قدر العوض و الحاجة داعية إليها فسرعت للضرورة مع جهالة العوضين و الطبخ و الخبز و غيرهما من الصنائع أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها فلا ضرورة فيها إلى ارتكاب مخالفة الأصول و تجويز القراض فيها و معنى القراض على هذه الأشياء أن يقارضه على أن يشتري الحنطة و يطحنها و يخبزها و الطعام ليطبخه و الغزل لينسجه و الثوب ليصبغه أو يقصره و نحو ذلك من الحرف و الصنائع التى ليست تجارة و لا من توابعها نعم لو فعل هذه الأشياء من دون شرط صحح و لا يخرج الدقيق و لا الخبز و المطبوخ و الثوب المنسوج أو المصبوغ أو المقصور عن كونه رأس مال القراض و القراض بحاله كما لو سمن عبد القراض أو كبر أو تعلم صنعة كما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و هو أحد قولى الشافعية و القول الثانى للشافعية أن هذه الأعيان تخرج عن كونها مال قراض فلو لم يكن فى يده غيرها انفسخ القراض لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع و الشراء فقط بل على التغيير الحاصل فى مال القراض بفعله و غير التجارة لا يقابل

بالريح المجهول

(قوله) (أما النقل و الكيل و الوزن و لواحق التجارة فإنها تبع للتجارة و التجارة هي الاسترباح بالبيع و الشراء لا بالحرف و الصنائع) يريد أن هذه الأشياء و نحوها كالنقد و نشر القماش و طيه و غير ذلك ليست مقصودة بالذات في التجارة كالقراض على الطبخ و الخبز بل هي تابعة لاحقة للتجارة (قوله) (فإذا أذن في التصرف و أطلق اقتضى الإطلاق

(١) هذه العبارة أعني «لأن العبد مال فإذا دفعه» كانت ساقطة من النسخة و قد وجدناها في التذكرة فأثبتناها (مصححه) و في النسخة الأصلية «لأنه إذا دفعه».

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٨

و طيه و إحرازه و بيعه و قبض ثمنه و إيداعه الصندوق و استئجار ما يعتاد الاستئجار له كاللذال و الوزن و الحمال (١) و لو استأجر لما تجب عليه مباشرته فالأجرة عليه خاصة (٢) و لو عمل بنفسه ما يستأجر له عادة لم يستحق أجره (٣) و لو شرط عليه ما تنضيق

فعل ما يتولاه المالك من عرض القماش و نشره و طيه و إحرازه و بيعه و قبض ثمنه و إيداعه الصندوق و استئجار ما يعتاد الاستئجار له كاللذالة و الوزن و الحمال)

قد صرح بأن عليه فعل ما يتولاه المالك و أن له الاستئجار على ما يعتاد الاستئجار له في المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و الوجه فيهما أن المضاربة بمنزلة الوكالة المطلقة فيعمل بما يقضى به العرف و العادة و يكون إطلاق العقد منصرفاً إلى ذلك بل الوكالة هنا لما ذكرنا تخالف الوكالة في البيع لأن الوكيل فيه ليس وكيلاً في القبض من دون قرينه و لا كذلك هنا فإن العقد صريح في ذلك لأن المضاربة من دون قبض و تسليم غير ممكنة عادة كما هو ظاهر و ما في المبسوط و السرائر من تقييد ذلك بالحضر فليس خلافاً كما هو ظاهر لمن تدبر و قد رتب اقتضاء الإطلاق ذلك في العبارة و الشرائع و التذكرة و التحرير على الإذن في التصرف و من المعلوم أن العامل لا يفتقر بعد العقد في جواز التصرف إلى إذن آخر فالمراد بالإذن في الكتب الأربعة الإذن الذي تضمنه إطلاق عقد المضاربة و كان الأولى أن يقولوا فيها كما قيل في غيرها و لو أطلق العقد تولى العامل بالإطلاق ما يتولاه المالك و لا يخفى ما في قوله و استئجار ما يعتاد الاستئجار له من المسامحة الظاهرة و قد وقع مثل ذلك في الشرائع و التذكرة و التحرير و كان الأولى أن يقولوا - فيها و الاستئجار لما يعتاد الاستئجار له (و بقي هنا شيء) و هو أنه إذا قضى الإطلاق فعل ما يتولاه المالك من عرض القماش و نشره فلم لم يقتض الشراء في الذمة لأن المالك يتولاه كما هو الغالب في التجارة فيحكم به للمالك ظاهراً و باطناً مطلقاً و إن لم يأذن للعامل مع أنهم حكموا بوجود الشراء بالعين معللين بأنه من مقتضيات العقد فهم مطالبون بالفرق مع أنه مشارك للأول في قضاء العرف (إلا أن تقول) إن العرف في الشراء في الذمة مختلف فلا سبيل إلى جعله من مقتضيات العقد و قاعدة كلية و لعله لمكان عدم اطمئنان المالك بقضاء الدين عنه و لا كذلك عرض القماش و نشره فالمدار على العرف و يأتي تمام الكلام إن شاء الله تعالى و قد تقدم ما له نفع هنا (قوله) (و لو استأجر لما يجب عليه مباشرته فالأجرة عليه خاصة)

كما في جميع الكتب المتقدمة عدا الروضة و المفاتيح للأصل و العمل على المتعارف المعتاد لأنه قضى بأنه عليه فعليه تحصيله بأي وجه كان

(قوله) (و لو عمل بنفسه ما يستأجر له عادة لم يستحق أجره)

كما صرح بذلك أيضاً في جميع ما تقدم عدا الكتابين المذكورين لكن في جامع المقاصد و المسالك و الكفاية التأمل في ذلك

على إطلاقه (قال فى جامع المقاصد) و لو عمل على قصد الأجره ففى الاستحقاق نظر و ينبغى إن قلنا إن الوكيل فى البيع يجوز أن يبيع لنفسه و الوكيل فى الشراء أن يشتري لنفسه أن نقول بجواز استئجاره نفسه لذلك العمل هنا انتهى و نحوه ما فى المسالك و الكفاية و هو غير جيد لمكان إطلاقهم من غير توقف و الإطلاق حجة بل لم يحك عن العامة فى ذلك خلاف و لأنه خلاف العادة و العرف فهو المخصص المانع نعم لو أذن له المالك فى ذلك كان له ذلك و فى جامع المقاصد أنه لا بحث فيه (قوله) (و لو شرط عليه ما تنضيق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد الصلاة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٩

التجارة بسببه لزم فإن تعدى ضمن كما لو شرط أن لا يشتري إلا ثوبا معيناً أو ثمرة بستان معين أو لا يشتري إلا من زيد أو لا يبيع إلا عليه و سواء كان وجود ما عينه عاما أو نادرا (١) و لو شرط الأجل لم يلزم (٢) و لو قال إن مضت سنة فلا تشتري بعدها و بع صح و كذا العكس و لو قال على أنى لا أملك فيها منعك لم يصح (٣) و لو شرط أن يشتري أصلا و يشتري كان فى نمائه كالشجر أو الغنم فالأقرب الفساد لأن مقتضى القراض التصرف فى رأس المال (٤)

[الخامس الربح و شروطه أربعة]

إشارة

(الخامس) الربح و شروطه أربعة

[الأول أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين]

(الأول) أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين (٥)

التجارة بسببه لزم فإن تعدى ضمن كما لو شرط أن لا يشتري إلا ثوبا معيناً أو ثمرة بستان معين أو لا يشتري إلا من زيد أو لا يبيع إلا عليه و سواء كان وجود ما عينه عاما أو نادرا) قد تقدم الكلام فى ذلك عند قوله و هو عقد قابل للشروط الصحيحة و أنه مقتضى الأخبار الصحيحة و حكاية الفتاوى و الإجماعات عليه و أما أنه إن تعدى ضمن فقد تقدم حكاية الإجماع عليه عن الغنية و السرائر و قد قالوا إن الربح يكون بينهما على ما شرطاه و هو أيضا لا خلاف فيه لمكان الأخبار و يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى (قوله) (و لو شرط الأجل لم يلزم)

هذا قد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه مسبغا محررا و قد أعاده المصنف ليرتب عليه ما بعده لكننا نحن أسبغنا الكلام هناك فيما رتب عليه هنا

(قوله) و لو قال إن مضت سنة فلا تشتري بعدها و بع صح و كذا العكس و لو قال على أنى لا أملك فيها منعك لم يصح)

هذا ما رتب عليه و قد تقدم الكلام فيه مفصلا

(قوله) (و لو شرط أن يشتري أصلا يشتري كان فى نمائه كالشجر و النعم «١» فالأقرب الفساد لأن مقتضى القراض التصرف فى رأس المال)

كما هو خيرة المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك ولم ينقل فيه فى المبسوط والتذكرة عن العامة قول بالصحة ولا احتمال لما أشار إليه المصنف وغيره من أن مقتضى القراض التصرف فى رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة ولا كذلك هنا لأن فوائده تحصل من عين المال بغير تصرف ولأن المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء وبها يحصل للمالك ظهور الربح ومعاوضة البيع وبها يحصل الإنضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما معا مطابقة وعلى كل واحد بالتضمن (قلت) إطلاق الأخبار يأتى على ذلك كله ويدفعه فى (الصحيح والموثق) من اتجر مالا واشترط نصف الربح مضافا إلى إطلاقات آخر وإلى إطلاقات أكثر عبارات القدماء وبعض المتأخرين فالحظ وقد تردد فى الشرائع فى الفساد لأن النماء حصل بسعى العامل إذ لو لا شراؤه لم يحصل وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة وفى (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر لأن الحاصل بالتجارة هو زيادة قيمة العين لا نماؤها وعلى القول بالفساد يصح الشراء لمكان الإذن ويكون الحاصل بأجمعه للمالك لأنه نماء عينه وعليه أجره المثل للعامل ومحل البحث إنما هو إذا حصرا الربح فى النماء المذكور وإلا فلا مانع من كون النماء بينهما ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه كما إذا اشترى شيئا له غلة فظهرت غلته قبل أن يبيعه فعبارة الكتاب والشرائع والتحرير لعلها غير جيدة إلا أن تقول إن الشرط يفيد الحصر والأولى ما فى المبسوط من قوله ولو قارضه على أن يشتري أصلا له فائدة ليستبقى الأصل ويطلب فائدته ونحوه ما فى السرائر والجامع والتذكرة

(قوله) (الخامس الربح وشروطه أربعة الأول أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين)

هذا الشرط مستفاد من الأخبار وكلام الأصحاب وإن لم يذكر بعنوان الشرطية

(١) والغنم خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٠

فلو شرط جزءا منه لأجنبى فإن كان عاملا صح وإلا بطل (١) ولو شرط لغلامه حصه معها صح سواء عمل الغلام أم لا (٢)

إلا فى التذكرة والتحرير والكتاب

(قوله) (فلو شرط جزءا منه لأجنبى فإن كان عاملا صح وإلا بطل)

قولا واحدا فى الحكمين معا كما فى المبسوط وبهما صرح فى المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والمراد بالأجنبى من كان غير المتعاقدين وإنما لم يصح إذا لم يكن عاملا لأنه خلاف وضع القراض لأن وضعه على أن الربح للمالك بماله وللعامل بعمله وصفه بالأجنبى مع كونه عاملا لأن العامل هنا من يكون إليه التصرف فى جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط له ليس كذلك بل إنما شرط عليه عمل مخصوص كأن يحمل لهم المتاع إلى السوق مثلا أو يدلل عليه ونحو ذلك من الأعمال الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا فى جميع الأعمال لكان العامل الذى هو أحد أركان العقد متعددا وهو غير محل الفرض فلا فرق فيه عندنا بين كونه قريبا كالولد والوالد أو بعيدا فلا بد حينئذ من ضبط العمل الخاص الذى يشترط عليه وكونه من أعمال التجارة هذا هو المستفاد من كلام جامع المقاصد وبه صرح فى المسالك فى تفسير عبارة الشرائع وهى كعبارة الكتاب وهو خلاف ظاهر المبسوط والمهذب وكذا التذكرة والتحرير (قال فى المبسوط) بعد أن ذكر ما إذا شرط لغلامه هذا إذا شرط الربح لغلامه فإن شرط ثلث الربح لأجنبى مثل أن يقول ثلث لك وثلث لى وثلث لزوجتى أو أبى أو ولدى أو صديقى فإن لم يشترط على الأجنبى العمل بطل القراض وإن شرط أن يكون من الأجنبى العمل مع العامل صح ويكون كأنه قارض عاملين فخرج من هذه الجملة ونحوه ما فى المهذب والتذكرة والتحرير وظاهرها المراد بالأجنبى غير المملوك هذا وقد قال فى الشرائع وإن لم يكن عاملا فسد وفيه وجه آخر وفى (المسالك) وغيره أن الوجه الآخر أنه إذا شرط للأجنبى يصح

الشرط و إن لم يعمل بعمومات الإيفاء بالشروط و العقود و قيل إن المشروط يكون للمالك رجوعا إلى أصله لئلا يخالف مقتضى العقد و لقدوم العامل على أن له ما عين له خاصة و قال فى (المسالك) و هذا الوجه لم يذكره غيره و ليس بمعروف و لهذا اختلف فيه انتهى قلت قد قال فى فى التحرير و لو قال للعامل لك الثلثان على أن تعطى امرأتك نصفه ففى الزوم نظر (و قال فى التذكرة) لم يلزم الشرط فإن أوجه فالأقوى البطلان و حكى فيه عن بعض الشافعية ما حكى فقد ذكره غيره و كان معروفا (و قال فى التنقيح) و فيه وجه آخر بالصحة لا عمل عليه و قد احتمل هذين الاحتمالين فى مجمع البرهان

(قوله) (و لو شرط لغلामه حصه معها صح سواء عمل الغلام أم لا)

كما فى المبسوط و المهذب و التحرير و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و فى (المبسوط) الإجماع على الصحة فيما إذا لم يعمل الغلام و صريح الثلاثة الأول أن الغلام المشروط له مملوك للمالك و هو الذى فهمه مولانا الأردبيلي من عبارة الإرشاد و عبارة الكتاب و الشرائع و غيرها قابلة لكونه غلام المالك و غلام العامل و بهما صرح فى التحرير أيضا و جامع المقاصد و المسالك و لا فرق بينهما فى الحكم و الأصل فى ذلك الأصل المستفاد من عموم أدلة هذا العقد و غيرها مثل المؤمنون عند شروطهم مع عدم المانع إذ ليس هو إلا أخذ حصه من غير مال و لا عمل فى صورة عدمه و هو لا يصلح هنا للمانع لأنه يرجع بالأخرة إلى أن للمالك حصتين و الباقي للعامل و هو على المعروف بين الأصحاب من أنه لا يملك أصلا ظاهر و كذا على القول بأنه لا يملك إلا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥١

[الثانى أن يكون مشتركا]

(الثانى) أن يكون مشتركا (١) فلو قال خذ قراضا على أن الربح لك أو لى بطل (٢)

مع التمليك أو فاضل الضريبة و أما مع العمل فالأمر أظهر
(قوله) (الثانى أن يكون مشتركا)

كما فى النافع و التذكرة و التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و عبر عنه فى الشرائع بأنه لا بد من أن يكون الربح مشاعا و قد نبه عليه فى المبسوط و غيره بأن عقد المضاربة يقتضى كون الربح بينهما فإنه يقتضى الاشتراك فى الربح و استغنى عنه جماعة بقولهم فى تعريف القراض بحصه من ربحه و من صرح به بعد ذلك فقد أراد التنبيه على أن المراد بالحصه القدر المشاع و أنه لا يصح القدر المعين من الربح (و كيف كان) فالإجماع معلوم على اشتراط الاشتراك فى الربح و فى (مجمع البرهان) كأنه لا خلاف فى هذا الشرط و فى كونه داخلا فى مفهوم المضاربة (قلت) و النصوص مستفيضة بأن الربح بينهما و الوضعية على المال و فى (المسالك) و كذا الكفاية الإجماع على البطلان فيما إذا جعل لأحدهما شيئا معينا و الباقي للآخر

(قوله) (فلو قال خذ قراضا على أن الربح لك أو لى بطل)

كما صرح به فى الصورتين فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر التذكرة الإجماع على أنه قراض فاسد فى الصورة الأولى قال فسد القراض أيضا عندنا و لا تصغ إلى قوله فى المهذب البارع فيه قولان فإنه وهم جزما كما ستعرف و نص على البطلان فى الصورة الأخيرة فى السرائر و الخلاف على ما حكى عنه فى المختلف و التنقيح و لم أجده فيه و هو ظاهر المختلف بل صريحه كما ستعرف و فى (المسالك و الكفاية) أنه أى بطلان القراض فى الصورة الأخيرة المشهور و فيه أنا لم نجد خلافا و لا ناقلا له إلا قوله فى المهذب البارع فيه قولان و قوله فى الشرائع و يمكن أن يجعل بضاعة نظرا إلى المعنى و فيه تردد و كذا

التردد لو قال الريح لك انتهى فهو ليس بمخالف و إنما هو متردد فى جعله بضاعة و يأتى تحريره بل قد يلوح من التذكرة الإجماع عليه لمن لحظ كلامه فى الصورة الأولى و أما أبو العباس فقد بنى ما حكاه على ما فهمه من المختلف قال و قال العلامة بصحة العقد و لا- أجره للعامل و هو وهم فاسد لأنه فى المختلف حكى عن المبسوط و الخلاف بطلان القراض و لما كان قضية ذلك ثبوت الأجره للعامل بناء على القاعدة المشهورة قال بعد حكاية ذلك و الوجه عندى أنه لا أجره للعامل لأنه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل فلا أجره له حينئذ انتهى و لم يتكلم بشيء آخر قبله و لا بعده فهو موافق للشيخ بأنه قراض فاسد لكنه قال هذا القراض الفاسد لا أجره له لأنه دخل على ذلك و قد تقدم مثل ذلك فيما إذا بطلت الإجارة و المزارعة و المساقاة بل المضاربة بمثل ذلك و بذلك ظهر لك ما فى المسالك من احتمال حمل كلام المختلف على البضاعة و وجه تردد المحقق النظر إلى المعنى فإنه دال على البضاعة و إن كان بلفظ القراض لأنها لا تختص لفظا و ما ذكر دال عليها و لأنه لا يحكم بإلغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحيح (و فيه) أن قوله خذه قراضا يأتى على ذلك و يبطله و لذلك نص فى الخلاف إن تم ما حكى عنه و المبسوط و التحرير على أنه ليس بضاعة و إنما هو قول أبى حنيفة لا غير و أحد وجهى الشافعية لا الشافعية إذ محل الإشكال ما إذا لم يقصد القراض و لا البضاعة إما بأن لم يقصد شيئا و أطلق اللفظ أو لم يعلم ما قصد أما إذا قصد الأول فلا إشكال فى أنه قراض فاسد كما أنه لا إشكال فى أنه بضاعة إذا قصدها و لا بد من تنزيل كلامهم على ذلك و وجه تردده فى الصورة الأولى احتمال كونه قرضا لدلالته عليه معنى على نحو ما تقدم و محل التردد و الإشكال ما إذا لم يقصد القراض و لا القراض «١» فى السرائر لهذه

(١) كذا فى النسخة و فى العبارة سقط و لعل صوابها و تخصيصه فى السرائر أو و ذكره أو و تعرضه و نحو ذلك ثم راجعنا الأصل فرأيناها هكذا «القرض و لا القراض على نحو ما تقدم و إلا لكان قرضا فى الأول و قراضا فاسدا فى الثانى بلا خلاف و عدم التعرض مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٢

أما لو قال خذه فاتجر به على أن الريح لك كان قرضا و لو قال على أن الريح لى كان بضاعة (١)

[الثالث أن يكون معلوما]

(الثالث) أن يكون معلوما (٢) فلو قال على أن لك مثل ما شرطه فلان لعامله و لم يعلمه أحدهما بطل (٣)

الصورة و الخلاف إن صح ما حكى عنه ليس خلافا و لما لم يتتبع صاحب الرياض قال و لو اختص الريح بأحدهما كان بضاعة أو قرضا إذا لم يكن الدفع بصيغة المضاربة و إلا فيحتملها و عدمهما فجعل الاحتمالين على حد سواء (قوله) (أما لو قال خذه و اتجر به على أن الريح لك كان قرضا و لو قال على أن الريح لى كان بضاعة)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح لأن اللفظ فى هاتين لم يشتمل على ضميمه منافية للقرض و البضاعة و هى التصريح بالقراض كما فى الصورة الأولى و هذا إذا أطلق اللفظ و لم يقصد شيئا غير مقتضى اللفظ أو قصد القرض و البضاعة (و اعترض فى مجمع البرهان) على قولهم كان المال قرضا و دينا بأن القرض يحتاج إلى صيغة خاصة و له أحكام خاصة و الفرض عدم وجودها و قصدتها من المالك و العامل و لا يخرج المال عن ملكه بمجرد قوله اتجر و يكون الريح لك و لم يوجد غير ذلك و لم يعلم كون ذلك مملكا على أنه قد يكون العامل أو القابل جاهلا لا يعلم أنه لا يمكن كون المال باقيا على ملكه و كون الربح للعامل أو مقصوده إعطاء الربح للعامل بعد كونه له (و نحن نقول) قد تقدم أن إيجاب القرض لا ينحصر فى لفظ بل يكفى فيه كل لفظ دال عليه بل حكينا عن السلف الاكتفاء بمجرد

الطلب و القرينة و في أخبار الباب من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شىء فهي ظاهرة في أنه بمجرد تضمين المالك المضارب يصير قرضا و إن لم يتقدم عقد القرض و هو في معنى اشتراط الربح للعامل لأن كانا معا من لوازم القرض فتأمل ثم إنه إذا تصرف به يكون المال دينا في ذمته لكنه يبعد إرادة ذلك من قولهم قرضا و ربما يجاب بأن المراد أن اشتراط الربح للعامل خاصة إنما يكون في القرض و للمالك خاصة إنما يكون في البضاعة و هذا لا يدل على حصول القرض بمجرد هذا الاشتراط و قال في (الرياض) في البضاعة إن ظاهر التذكرة و المسالك و غيرهما عدم لزوم الأجرة فيها للعامل إلا أنه لا بد من تنزيل كلامهم على ما في التنقيح حيث قال فيها أى البضاعة فإن قال مع ذلك أى مع قوله و الربح لى و لا أجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجرة و إن قال لك أجرة كذا فإن كان عين عملا مضبوطا بالمدّة أو العمل فذاك إجاره و إن لم يعين فجعالة و إن سكت و كان ذلك الفعل له أجرة عرفا فله أجرة مثله (قلت) لعل غرضهم هنا تمييز الأقسام لا بيان ما يتعلق بها من الأحكام بل قد نقول إنهم يقولون إنه لا يلزمه للعامل شىء في البضاعة إن لم يكن هناك عرف أو عادة باللزوم لأن البضاعة عندهم لا أجرة لها كما فسرها بذلك في الكفاية و كما هو صريح كلامهم فيما إذا دفع إليه ألفا قراضا بالنصف و شرط أن يأخذ منه ألفا بضاعة (و قال في الوسيلة) حيث قسم المال المدفوع إلى الغير إلى الوديعة و القراض و القرض ما نصه و إن دفع إليه ليتجر به له من دون أجرة كان بضاعة و إن دفع إليه ليرد عليه مثله في بلد آخر فسفتجة

(قوله) (الثالث أن يكون معلوما)

قال في التذكرة لا خلاف في بطلان القراض مع الجهل بالربح و ستمتع كلامهم في ما رتبوا على ذلك

(قوله) (فلو قال على أن لك مثل ما شرطه فلان و لم يعلمه أحدهما بطل)

كما في المبسوط و المهذب و التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام غيرها لأن شرط فلان لا يوثق باستعلامه لإمكان تعذر الوصول إليه بموت أو غيبة أو نسيانها و به يفرق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٣

و لو قال إن الربح بيننا فهو تنصيف (١) و كذا خذه على النصف (٢) أو على أن لك النصف و إن سكت عن حصته (٣) أما لو قال على أن لى النصف و سكت عن حصّة العامل بطل على إشكال (٤) و لو قال على أن لك الثلث و لى النصف و سكت عن السدس صح و كان للمالك (٥) و لو قال خذه مضاربة على الربع أو الثلث صح و كان تقدير النصيب للعامل (٦) و لو قال لك ثلث الربح و ثلث ما بقى صح و كان له خمسة أتساع لأنه معناه (٧)

بينه و بين جهلهما بالحساب فيما يأتى للقطع فيه بإمكان الاستعلام

(قوله) (و لو قال على أن الربح بيننا فهو تنصيف)

كما في المبسوط و المهذب و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التنقيح و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و فى الأخير كأنه لا خلاف فيه لأن الظاهر أن معناه أن جميع ما ربح يكون بيننا فإذا كان كل جزء بينهما تلزم المناصفة كما قاله فيما إذا قال الموصى هذا لهما أو أقر بأن هذا المال بين هذين لأصل عدم التفاضل لاستواء نسبتتهما إلى السبب المقتضى للاستحقاق كما مر مثله مرارا و به يبطل احتمال البطلان كما هو أحد وجهى الشافية لأن البيئه تصدق مع التفاوت (قوله) (و كذا خذه على النصف)

كما فى الشرائع و التحرير و التنقيح و كذا المسالك لأن المتبادر من هذه الصيغة أن الربح بينهما نصفين كما مر مرارا لأن المراد أن النصف للعامل لأنه المحتاج إلى الاشتراط و فى (جامع المقاصد) أن الأصح البطلان لأن اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون النصف للمالك و الآخر لا يحتاج إلى ذكره لتبعيته للمال فيفسد و افتقار العقد إلى تعيين حصّة العامل لا يقتضى كون اللفظ

المشترك محمولا عليه قلت التبادر المذكور غير منكور فالأصح الصحة

(قوله) (أو على أن لك النصف وإن سكت عن حصته)

كما في المبسوط والشرائع والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وكذا التذكرة لأن الربح كله حق للمالك فإذا شرط بعضه للعامل بقي الباقي له بحكم الأصل فلا حاجة إلى تعيين حصته وإنما هو تأكيد ونحوه قوله جل شأنه وَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ

(قوله) (أما لو قال على أن لي النصف وسكت عن حصته العامل بطل على إشكال)

البطلان خيرة المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وهو لازم للإيضاح ولمن قال به في مثله في المساقاة ويحتمل الصحة وهو قوى جدا لأن المتبادر عرفا أن المسكوت عنه للعامل لمكان تخصيص استحقاقه النصف بالذكر ومفهوم اللقب هنا معتبر لأنه كالقيد لكننا لم نجد بها قائلا فليتأمل جيدا «١» ووجه العدم أن دلالة المفهوم ضعيفة وأن العرف غير مستقر

(قوله) (و لو قال على أن لك الثلث و لي النصف و سكت عن السدس صح و كان للمالك)

كما في المبسوط والتحرير وجامع الشرائع وجامع المقاصد لتعارض المفهومين فيبقى أصل الاستحقاق بغيره معارض

(قوله) (و لو قال خذه مضاربه على الربع أو الثلث صح و كان تقدير النصيب للعامل)

هذه هي معنى قوله خذه على النصف مع زيادة البيان بقوله و كان تقدير النصيب للعامل إذ معناه أن النصيب المقدر منزل على أنه للعامل لأنه المحتاج إلى تقدير نصيبه دون المالك لاستحقاقه بالأصل

(قوله) (و لو قال لك ثلث الربح و ثلث ما بقي صح و كان له خمسة أتساع لأنه معناه)

كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمبسوط لكنه مثل فيه بما إذا قال له لك ثلث الربح و ثلثا ما بقي و قال إنه يصح و يكون له سبعة أتساع ووجه قوله في الكتاب أنه بمعناه أنا نطلب أقل عدد له ثلث و لما يبقى منه بعد الثلث ثلث

(١) لعدم تحقق الإجماع و على تقديره و ما كان ليكون فلعله لا يضر الخلاف إلا على القول بوجود الظهور (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٤

و لو قال لك ثلث الربح و ربع ما بقي فله النصف (١) و لو قال لك الربع و ربع ما بقي فله ثلاثة أثمان و نصف ثمن (٢) سواء عرفا الحساب أو جهلاه لأنه أجزاء معلومة (٣)

الرابع أن يكون الربح مقدرا

(الرابع) أن يكون الربح

و ذلك تسعة مضروب ثلاثة في ثلاثة فثلاثة ثلاثة و ثلث الباقي اثنان و نسبة ذلك إلى المجموع خمسة أتساع (و قال في التذكرة) هذا إذا علما عند العقد أن المشروط كم هو فإن جهلاه أو أحدهما فللشافعية وجهان (أحدهما) الصحة و هو حسن لسهولة معرفة ما تضمنه و هو معنى ما في التحرير و ما يأتي في الكتاب من قوله سواء عرفا الحساب أو جهلاه لأنه أجزاء معلومة يعنى محققة الوجود و ليست مثل قوله مثل ما شرط فلان و قد اختلف كلامهم في باب البيع فتارة اكتفوا بالعلم بالقوة القريبة و إن كان مجهولا بالفعل حال العقد و أخرجوا بالقوة القريبة ما إذا كانا جاهلين بالحساب حال العقد أو أحدهما ثم ذهب فتعلماه فإن بعضهم قال لا يصح كما هو قضية الكتاب في البيع و ذكر في التذكرة و نهاية الأحكام أمثلة كثيرة صحح فيها البيع مع كون البيع مجهولا في الحال لأن كان معلوما بالقوة

القريبة و استشكل فيه جماعة للاشتراك فى الغرر و اكتفاء العلم و اختلاف الأغراض باختلاف حاصل الحساب و لأنه بمنزلة من لقن لغة لا يعلمها و قد سبق للمصنف فى الكتاب و التذكرة و نهاية الأحكام أنه لو قال بعتك بأربعة إلا ما يخص واحدا منها إذا وزع الباقي بعد الاستثناء بطل لثبوت الدور المفضى للجهالة و قال فى الكتاب فإن علماه بالجبر و المقابلة أو غيرهما صح فى أربعة أخماسها بجميع الثمن و قد أوضحنا ذلك و بيناه فى باب البيع فقد أبطله مع أن العلم به بالقوة القريبة محقق و عن الشهيد أنه استشكل فى صحة العقد فيما نحن فيه لما ذكرناه من الغرر بانتفاء العلم فى الحال لكنه صحح فى الدروس ما إذا قال إلا ما يخص واحدا فى المثال المذكور من غير فرق بين التوزيع بعد الاستثناء و قبله و يمكن أن يقال إن هذا العقد لكونه جائزا يحمل من الجهالة ما لا يحمله اللازم و يظهر من جامع المقاصد التأمل فى الصحة هنا (و قد يقال) إنهم جوزوا من غير إشكال أن يبيع مال شخصين صفقة و إن لم يعلم فى الحال حصة كل منهما من الثمن إلا بعد الرجوع إلى الحساب و استفراغ الوسع فيه من أولى الأبواب و أن يبيع من اثنين صفقة قطعة أرض على الاختلاف بأن ورث من أبيه حصة و من أمه حصة أقل أو أكثر و جعل لكل واحد أحد النصيبين و الآخر الباقي «١» فالغرر المجمع على نفيه هو ما بيناه فى باب البيع و حاصله ما كان على غير عهدة و لا ثقة من معرفته و قدرته على تسليمه و منه تلقين اللغة فتأمل

(قوله) (و لو قال لك ثلث الربح و ربع ما بقى فله النصف)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن أقل عدد له ثلث و لما يبقى منه ربع هو ستة فثلثها اثنان و ربع الباقي و هو أربعة واحد فإذا انضم إلى الاثنين صاروا ثلاثة و هى نصف الستة

(قوله) (و لو قال لك الربع و ربع ما بقى فله ثلاثة أثمان و نصف ثمن)

كما فى الكتب الثلاث لأننا نفرض الربح ثمانية فربعها اثنان و الباقي ستة و ربعها واحد و نصف فالمجموع ثلاثة أثمان و نصف ثمن و إن شئت قلت الربح أربعة و ربعها واحد و الباقي ثلاثة و لا ربع لها فتتكسر فى مخرج الربع و هو أربعة فنضربها فى أصل الفريضة و هى أربعة أيضا فالمرتفع ستة عشر ربعها أربعة و الباقي اثنا عشر و ربعها ثلاثة و هى مع الأربعة سبعة و السبعة فى الحقيقة ثلاثة أثمان و نصف ثمن لأن الاثنين عبارة عن ثمن و الواحد عبارة عن نصف ثمن

(قوله) (سواء عرفا الحساب أو جهلاه لأنه أجزاء معلومة)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (الرابع أن يكون مقدرًا بالجزئية لا

(١) الذى كان فى النسخة و جعل لكل واحد النصيبين و الآخر الباقي. فغيرناها إلى ما ترى (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٥

مقدرا بالجزئية لا بالتقدير كالنصف أو الثلث (١) فلو قال على أن لك من الربح مائة و الباقي لى أو بالعكس (٢) أو على أن لك ربح هذه الألف و لى ربح الأخرى (٣) أو لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو و عشرة (٤) أو على أن لى ربح أحد الثوبين أو إحدى السفرتين أو ربح تجارة شهر كذا بطل (٥) و كذا لو قال على أن لك مائة و الباقي بيننا (٦) و يصح لو قال على أن لك ربح نصفه أو نصف ربحه (٧)

بالتقدير كالنصف و الثلث)

كما صرح به جماعة و اقتضاه كلام آخرين كما ستسمع و المراد بالجزئية الجزئية المعلومة كالنصف لا المجهولة كالجزة و الحظ و النصيب و التقدير مثل لك من الربح مائة و نحو ذلك

(قوله) (فلو قال على أن لك من الربح مائة أو بالعكس)

أى بطل كما فى المبسوط والمهذب والتحرير وجامع المقاصد والمفاتيح فى صورة الأصل و هو قضية كلام الباقيين فيه و فى العكس لأنه خلاف وضع القراض لأنه ربما لا يربح إلا ذلك القدر فيختص به أحدهما و هو خلاف مقتضى العقد

(قوله) (أو على أن لك ربح هذه الألف و لى ربح الأخرى)

أى بطل كما فى المبسوط والمهذب والسرائر والتحرير والتنقيح والتذكرة لكنه فرض المسألة فى الأخير فى ما إذا قال على أن يكون لك ربح ألف و لى ربح الأخرى قال فإن كانا متميزين أو شرطا تمييزهما لم يصح القراض و إن كانا ممتزجين فالأقرب الصحة و فرضت فى المبسوط و ما ذكر بعده كما فى الكتاب بأداة الإشارة و قالوا و إذا خلط الألفين و قال لى ربح ألف و لك ربح ألف صح لأن الألف الذى شرط ربحها ليست متميزة و إنما كانت تبطل لو كانت متميزة و الظاهر أنه لا فرق بين الصورتين فى البطلان إذا كانتا متميزتين و الصحة إذا كانتا ممتزجتين و أن الحكمين واضحان لأنه عند الامتزاج يرتفع التشخيص كما سمعته فما (فيما خ ل) صوروه فلم يتجه عليهم ما قاله فى جامع المقاصد من أن هذا الحكم على ما فرضه المصنف واضح لا إشكال فيه لأنه خلاف وضع القراض لأن كلا منهما مال قراض و لا اشتراك فى ربحه و لأنه ربما اختص أحد الألفين بالربح فيختص أحدهما أما إذا قال لك ربح ألف و لى ربح ألف فإن كانا ممتزجين أو قصدا المزج فإنه يصح لأن معناه تنصيف الربح و إن اشترطا تمييزهما فالبطلان و كذا لو أراداه بعقد الشرط انتهى إذ الحكم على التقديرين واضح فتأمل و قد جزم فى الخلاف بالجواز فى فرض التذكرة و يمكن حمله على ما إذا كانتا ممتزجتين و لعلمهم لذلك أهملوا ذكر خلافه و فيما عندنا من نسخة سقط فى المسألة قطعا

(قوله) (أو لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو و عشرة)

كما صرح بالبطلان فى الأول فى التذكرة و التحرير و فيه و فى الثانى فى جامع المقاصد لعدم الوثوق بحصول ذلك القدر المعين سواء كان مستثنى أو مضمونا

(قوله) (أو على أن لى ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارة شهر كذا بطل)

كما صرح به فى التذكرة و بالأخيرين فى التحرير و الوجه فى الجميع عدم التعيين و عدم الوثوق فى حصول الربح فيما عين (قوله) (و كذا لو قال على أن لك مائة و الباقي بيننا)

أى يبطل كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لعدم الوثوق بحصول المعين

(قوله) (و يصح لو قال إن لك ربح نصفه أو نصف ربحه)

أما الصحة فى الصورة الثانية فلا خلاف فيها كما فى الخلاف و المبسوط و أما فى الأولى فهو المشهور كما فى المسالك و بها صرح فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٦

[الفصل الثانى فى الأحكام و مطالبه أربعة]

إشارة

(الفصل الثانى فى الأحكام) و مطالبه أربعة

[المطلب الأول العامل]

(الأول) العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطة (١) فليس له التصرف بالغبن و لا بالنسيئة بيعا و لا شراء إلا مع عموم الإذن كإفعل ما

شئت أو خصوصه (٢)

و التذكرة و التحرير و الحواشى و التنقيح و المسالك و كذا المختلف و جامع المقاصد و اختار فى الخلاف أولا عدم الصحة (ثم قال) و لو قلنا بقول أبى ثور كان قويا لأنه لا- فرق بين اللفظين انتهى فكان مترددا و البطلان خيرة الشافعى و أصحابه لإمكان أن لا يربح إلا نصف المال فيختص به العامل و ربما ربح أكثر من النصف فلا تكون الحصه معلومه و رده الشهيد فى حواشيه بأن الإشارة ليست إلى نصف معين بل إلى مبهم فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذى ربح هو المال و الذى لم يربح لا اعتداد به و فى (جامع المقاصد) أن هذا حق إن لم يرد بربح نصفه ربح مجموع النصف أى نصف كان أما إذا أريد هذا فحقه أن يبطل للمحذور السابق (قلت) إذا كان النصف الرابع المفروض أنه المال مشاعا و أن الذى لم يربح لا اعتداد به كان كل جزء منه له ربح نصفه فلا محذور فتأمل ثم إنه لا يجدى فيما إذا ربح أكثر من النصف لأننا إذا فرضنا رأس المال مائة دينار و ربح منه خمسة و عشرون عشرة و ربحت خمسة و عشرون خمسة و ربحت خمسة و عشرون عشرين و لم يربح الخمسة و العشرون الباقية فليلاحظ و ليتأمل فيه فإنه ربما دق و الحق أن المراد بهذه الكلمة خلاف ما قالاه لأنه من المعلوم أنه لو ربح عشر المال فضلا عن نصفه فإن الربح عرفا إنما ينسب إلى المال فيقال ربحت المائة إذا كانت رأس مال عشرة مثلا فيكون نصفها ربح خمسة و عشرها ربح واحدا و إن كان الربح إنما حصل منه فمعنى ربح نصفها نصف ربحها و لهذا استند الجماعة إلى أنه لا فرق بين اللفظين و هو واضح «١» لمن تأمل و فى (التنقيح) أنه إن لم يعين النصف فصحيحة و إن عينه فذاك المعين له ربحه و يكون قرضا و الآخر بضاعة (و فيه) أن المفروض أنه قال له قارضتك على هذه الألف على أن يكون لك ربح نصفها و قد تقدم عن الجماعة بطلان مثله و فى (إيضاح النافع) أنه إذا قال ضاربتك على أن لك نصف ربحها و عليك ضمانها كان عقدا فاسدا و لعله لا شرطه الضمان

(قوله) (الفصل الثانى فى الأحكام و مطالبه أربعة الأول العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطة)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و به أفصحت كلماتهم فى مطاوى عباراتهم لأن المضاربة فى الحقيقة نوع و كاله و لكنهما يفترقان فى أمور لأن تصرف العامل دائر مع الربح فله أن يشتري المعيب مع حصول الغرض به و ليس للوكيل ذلك إذ لعل مراد الموكل القنية و العيب لا يناسبها و له أن يبيع بالعرض كذلك و بغير نقد البلد مع الغبطة على الأصح و لا يسوغان للوكيل و للوكيل أن يشتري نسيئة و ليس للعامل ذلك كما يأتى بيان ذلك كله فليس المراد المساواة بينهما فى ذلك مطلقا

(قوله) (فليس له التصرف بالغبن و لا بالنسيئة بيعا و لا شراء إلا مع عموم الإذن كإفعل ما شئت أو مع خصوصه)

أما أنه ليس له التصرف بالغبن بيعا و لا- شراء فقد صرح به فى الوسيلة و التذكرة و اللمعة و التحرير و الكتاب فيما يأتى و جامع المقاصد و الروضة و غيرها و مما اقتصر فيه على البيع خاصة أو الشراء خاصة لعدم القول بالفصل مع اتحاد الطريق لأن كان المناط منقحا الخلاف فيما حكى عنه و المبسوط و الجامع و الشرائع و الإرشاد و التبصرة و المسالك و مجمع البرهان إذ قد قيل فى بعضها و لبيع نقدا بثمن المثل أو ليشتري كذلك إذ المراد بثمن المثل غير الغبن الذى لا يتغابن به الناس غالبا و لم يتعرض للغبن فى المقنعة و النهاية و المهذب و الغنية و السرائر

(١) الذى فى نسخة الأصل واقع أو نافع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٧

.....

و النافع بتصريح و لا ظهور و لا تلويح و ستسمع كلامهم فى الإطلاق و مما ذكر فيه أنه لا يجوز له التصرف بالنسيئة بتصريحا أو بما

يدل عليه بقوله فليبيع نقدا بنقد البلد أو ليشتتر كذلك المقنعة و المبسوط و الجامع و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان بل قد يظهر من التذكرة الإجماع على ذلك و لم يظهر من النهاية فى النسيئة شىء لأن مفاهيمها مختلفة (و ليعلم) أن جملة من كتب الأصحاب لم يتعرض فيها إلا للقليل جدا من أحكام المضاربة كالمراسم و الكافى و فقه القرآن و مما قيل فيه الإطلاق يقتضى البيع نقدا بثمان المثل المبسوط و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و الكتاب فيما يأتى و الإرشاد و التبصرة و الروض و المسالك و مجمع البرهان (و قال فى الكفاية) قالوا إن الإطلاق يقتضى الإذن فى البيع نقدا لا نسيئة بثمان المثل و بناؤه على الحمل على المتعارف و ظاهره أن القائل بذلك جميع الأصحاب مع أنه قال فى النافع إنه لو أطلق تصرف فى الاستنماء كيف شاء و قيده صاحب إيضاحه و الفاضل المقداد كالمختلف بمراعاة المصلحة (قال فى المختلف) يجوز بثمان المثل و بدونه بنقد البلد و بغيره حالا و مؤجلا نعم هو منوط بالمصلحة و كأنه قضية كلام المهذب حيث لم يشر إلى شىء من ذلك و فى (اللمعة) و لو أطلق تصرف بالاسترباح لكنه قال بعد ذلك و ليشتتر نقدا بنقد البلد بثمان المثل فما دون و لبيع كذلك بثمان المثل فما فوقه فيكون مراده بالإطلاق غير ما فى النافع و المختلف و هو أنه يتولى ما يتولاه المالك من عرض القماش و نحوه كما تقدم (و كيف كان) فقد استندوا فى عدم البيع بالنسيئة إلى التغير بمال المالك و فى عدم الشراء بها إلى احتمال الضرر بتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك و قد لا يقدر عليه أو لا يكون له غرض فى غير ما دفع و استندوا إلى المتعارف المعهود الذى فيه الغبطة للمالك و تحصيل الأرباح فى عدم البيع و الشراء بغير نقد البلد و فى عدم البيع بدون ثمن المثل فما فوقه و فى عدم الشراء إلا بثمان المثل فما دونه و قد تأمل جماعة من متأخري المتأخرين فى ذلك كله لأن المصلحة قد تقتضى غير ذلك فإن البيع بغير ثمن المثل أو الشراء كذلك قد يكون وسيلة إلى رغبة المشتري فى شراء ماله الباقى بزيادة كما يعتاده التجار فى بعض الأحيان (و فيه) أن هذا نادر فلا يتناوله الإطلاق و قالوا قد تكون المعاملة بالنسيئة شائعة حتى يكون النقد نادرا فالإطلاق يشمل بل لو لم تشع المعاملة بالنسيئة لكنه احتاط بأخذ رهن أو شراء شىء من مال المشتري بثمان لا ينقص عن ثمن المبيع مؤجل إلى أجله جاء احتمال الجواز فجوزت المضاربة أو ميل إلى جوازها مع الغبطة مطلقا «١» أو تردد فيه فى النافع و شرحه و المختلف كما سمعت و الكتاب فيما يأتى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و قد سمعت ما حكيناه عن المقنعة و النهاية و المهذب و الغنية و السرائر و قد جوز فى جامع المقاصد البيع بغير نقد البلد و إليه مال فى التذكرة و جوز فيها و فى الكتاب فيما يأتى و الإيضاح و جامع المقاصد و غيرها البيع بالعروض و قد نص على ذلك فى التذكرة فى ثلاثة مواضع فى ورقة واحدة و قال فى تلك الورقة إذا أطلق اقتضى أن يبيعه بنقد البلد بثمان المثل فإن خالف ضمن و قال أيضا لو باع بغير نقد البلد مع الإطلاق لم يصح و لعل هذين الموضعين ينافيان المواضع الثلاثة و قد تقدم لنا الفرق بين الشراء نسيئة و بين تولى ما يتولاه المالك حيث جعلوا الثانى من مقتضيات العقد دون الأول بأن الشراء نسيئة و البيع به ليس من مقتضيات إطلاق العقد بمجرد دون تولى ما يتولاه المالك لعدم الاطمئنان بقضائه فى الأول أعنى الشراء و للتغريب فى الثانى أعنى البيع كما تقدم آنفا أو أن ذلك لاختلاف العرف و عدم استقراره فلو

(١) أى بالعين و بالنسيئة و بغير نقد البلد و بالعروض (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٨

فإن فعل لا معه وقف على الإجازة (١) و الأقرب أنه يضمن القيمة لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها و لا ينحفظ بتركة سواها و زيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها (٢)

استقر العرف و استمرت العادة على ذلك فلا كلام فى ذلك و هو أمر آخر فليلحظ و ليتدبر (و بقى هنا شىء آخر) و هو أنه كيف

كان الشراء نسيئته في الوكيل غبطة دون العامل (و جوابه) أن تسليم المال ليس من لوازم الوكالة في الشراء وهذا كله إنما هو مع إطلاق الإذن الذي تضمنه عقد القراض أما لو عمم له الإذن كما لو قال اعمل كيف شئت أو برأيك فإن له أن يعمل ذلك و كل ما تناوله العموم عند المصنف في ظاهر الكتاب و التذكرة و التحرير و المختلف و قد سمعت كلامه فيه و المقداد في التنقيح و القطيفي في إيضاح النافع و المحقق الثاني في جامع المقاصد (و قال في المبسوط و الخلاف) على ما حكى عنه أنه لو قال رب المال تصرف كيف شئت لم يكن له أن يشتري إلا بنقد البلد بثمان المثل و هو قول الشافعي و قال في (المسالك و الروضة) إنه يجوز له التصرف بالعرض قطعاً أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح به عادة انتهى و قد يظهر ذلك من الكتاب فيما يأتي و يأتي لجامع المقاصد أنه لا يكاد أن يكون بين البيع بالعرض و بغير نقد البلد فرق و هو كذلك و أما إذا خص الإذن بشيء من ذلك جاز قولاً واحداً كما في الكفاية قلت إلا أن يكون منافياً للاسترباح كما في التنقيح أو يكون سفهاً (قوله) (فإن فعل لا معه وقف على الإجازة)

أى إن فعل العامل شيئاً مما ذكر من التصرف بالغبن أو بالنسيئة لا مع الإذن وقف على الإجازة و لا يقع باطلاً عند القائلين بجواز عقد الفضولي فإن أجازته المالك نفذ و إلا بطل و حكى في التذكرة عن بعض علمائنا و عن أحمد في أحد الروايتين أن البيع صحيح فيما إذا باع بدون ثمن المثل و إن لم يجزه المالك و أن العامل يضمن النقص و أن ضرر المالك يتجبر بضمان النقص و قال فيها إنه إذا أطلق ليس له أن يبيع نسيئته و إنه إن خالف ضمن و حكاها عن مالك و ابن أبي ليلى و الشافعي و أحمد في إحدى الروايتين و حكى عنه في الرواية الأخرى و عن أبي حنيفة أنه يجوز له البيع نسيئته فليحفظ هذا فإنه ينفع في دفع ما توهمه ولده و المحقق الثاني من كلامه في التذكرة فيما يأتي لكن هذا البعض من علمائنا لم نجد و الشيخ في المبسوط صرح فيما نحن فيه بالبطلان و لم يقل إنه يقف على الإجازة كما هو المعلوم من مذهبه في بيع الفضولي

(قوله) (و الأقرب أنه يضمن القيمة لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها و لا ينحفظ بتركة سواها و زيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها) قال في جامع المقاصد هذه المسألة لم يذكر المصنف موضوعها هل هو تلف العين أو تلف الثمن بعد الإجازة أو قبلها و لا يخفى أنه بعد التأمل الصادق لا- يستقيم ما ذكره على كل واحد من التقديرات أما إذا قدرنا تلف العين فلأن التلف إما أن يكون قبل قبض المشتري أو بعده و الأول غير مراد لأنه لا ضمان فيه مع عدم التفريط لأن مجرد العقد الفضولي لا يقتضى الضمان و الثاني إما أن يكون التلف مع الإجازة أو بدونها فمع الإجازة يصح البيع و يدخل الثمن في ملك المالك و تخرج العين عن ملكه فيكون تلفها من المشتري فكيف يضمن العامل قيمتها و لا حق للمالك فيها و لا فرق بين وقوع الإجازة قبل التلف أو بعده إن قلنا إن الإجازة كاشفة بخلاف ما إذا قلنا إنها جزء سبب فإن البيع يبطل حينئذ فيكون الحكم كما في عدم الإجازة و لا مع الإجازة يبطل البيع و ينحصر حق المالك في العين فكيف يجيء احتمال ضمان الزيادة التي اشتمل عليها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٥٩

.....

لثمن و إن قدرنا تلف الثمن مع الإجازة فلا بحث في أنه غير مضمون و بدونها لا يحسب في ضمان قيمة العين فلا يتجه ما ذكره في حال و المقدمات التي ذكرها في استدلاله مدخولة أما قوله لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها فلا ملازمة بينه و بين المدعى لأن المطلوب ضمانه هو ما حصل بالبيع الصحيح على تقدير الإجازة فإنه قد صار حقاً و ملكاً للمالك فلا يضمن سواه و قريب منه قوله و لا ينحفظ بتركة سواها فإنه لا أثر لفرض ترك البيع بعد صدوره و الحكم بصحته و قوله و زيادة الثمن حصلت بتفريطه أبعد من الجميع فإنه بعد دخولها في الملك لا التفت إلى السبب الذي اقتضى تملكها من تفريطه و غيره و قد سبق في الغصب ما يوافق ذلك و التحقيق ما ذكرنا ثم إنه قال و الذي ذكره المصنف في التذكرة و أرشد إليه تعليقه أن موضوع المسألة ما إذا تلفت العين أو تعذر ردها و تعذر

حصول الثمن و أجاز المالك البيع بناء على عدم بطلانه و اختار أنه يضمن الثمن معللا بأنه ثبت بالبيع الصحيح و ملكه صاحب السلعة و قد تلف بتفريط البائع قال و هذه القيود التي ذكرناها و إن لم يصرح بجمعها في كلامه إلا أن تعليقه دال عليها لأن قوله و ملكه صاحب السلعة يدل على الإجازة لامتناع حصول الملك مع عدمها و قوله و قد فات بتفريطه يدل على تعذر حصوله و أما تلف العين أو تعذر حصولها فذكره في أول كلامه و قال و قال في التذكرة أيضا و لو نقص الثمن عن القيمة لم يلزمه أكثر منه لأن الوجوب انتقل إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا قال و هو صحيح و شاهد على ما ذكرناه أيضا ثم قال و ما أفتى به في التذكرة و إن كان صحيحا إلا أن مقابل الأقرب في كلامه غير محتمل أصلا انتهى كلامه في المسألة برمته و قد توهم وهما شديدا فيما حققه و حرره و فيما فهمه من عبارة التذكرة و قد سبقه إلى الوهم الثاني فخر الإسلام في الإيضاح و ذلك لأن موضوع المسألة في الكتاب كما أشار إليه في التذكرة و التحرير هو ما إذا لم يجز المالك و قد تلفت العين بعد قبض المشتري لها و لما كان قد توهم أو يقال إنه لما باعها نسيئة بثمن أزيد من قيمتها و قد تلفت بعد قبضها أنه يحتمل أنه يضمن زيادة الثمن المؤجل حالا لوقوع البيع به مضافا إلى أنه قد ذهب جماعة من العامة إلى أنه يجوز له البيع نسيئة أجاز بأن هذه الزيادة غير مستحقة لأنها حصلت بتفريطه بالبيع الفاسد فلا تكون مضمونة لأن هذا (فهذا خ ل) البيع وجوده و عدمه على السواء لمكان فساده فلم يفت بوجوده أكثر من القيمة لأنه لا مقتضى لاستحقاق الزيادة و لم ينحفظ بعدمه سواها و بضمان القيمة في ذلك صرح في المسالك و الكفاية قالا في صورة النسيئة إن لم يجز المالك وجب الاسترداد مع إمكانه و لو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد و لا التفاوت في صورة النقيصة انتهى و هو معنى ما في التذكرة و التحرير فقد علم الموضوع و استقام الكلام و كانت الأدلة مقبولة غير مدخولة و قد اختار في الإيضاح خيرة الكتاب لكنه لم يتضح منه موضوع المسألة لمكان ما توهمه على التذكرة و استوضح ذلك فيما إذا باع العامل و مات المالك قبل أن يبطل البيع أو يجيزه فإنه قد يقوى احتمال غير الأقرب و أوضح منه ما إذا بلغه الخبر و وقع منه أحد الأمرين ثم اشتبه الحال و مات فإن الأقرب في الصور الثلاث أنه يضمن القيمة لما ذكروا علم أنه قال في التذكرة قبل ما حكاه عنها صاحب جامع المقاصد إنه لو خالف و لم يجز المالك بطل البيع و ضمن و حكاه عن الشافعي و مالك و ابن أبي ليلى و عن أحمد في إحدى الروايتين و حكى عن أبي حنيفة و أحمد في رواية أخرى أن البيع صحيح لأنه لا يجوز له البيع نسيئة و إن أطلق كما تقدم ذكر ذلك ثم قال كل موضع قلنا يلزم العامل الضمان إما لمخالفة في البيع بالنسيئة من غير إذن أو بالتفريط بأن يبيع على غير الموثوق به أو على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٠

و ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل و لا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس به (١) فإن خالف احتمل بطلان البيع و ضمان النقص (٢) و على البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص و لو أمكن الرد وجب

من لا يعرفه فإن الضمان عليه فإن قلنا بفساد البيع وجب عليه قيمته إن لم يكن مثليا أو كان و تعذر إذا لم يتمكن من استرجاعه إما لتلف المبيع أو لامتناع المشتري من رده إليه و إن قلنا بصحة البيع يحتمل أن يضمنه بقيمته أيضا لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها و لا ينحفظ بتركه سواها و زيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها و الأقرب أنه يضمن الثمن لأنه تلف بالبيع الصحيح و ملكه صاحب السلعة و قد فات بتفريط البائع و لو نقص الثمن عن القيمة إلى آخر ما تقدم هذا كلامه بتمامه فقلنا بفساد البيع تفريع على ما تقدم له من نقل القولين فكأنه قال فإن قلنا بفساد البيع كما هو قول الشافعي و مالك و ابن أبي ليلى و أحمد في إحدى الروايتين وجب عليه قيمته إلى آخره و كذا قوله و إن قلنا بصحة البيع معناه و إن قلنا بصحة البيع و إن لم يجز المالك كما يقوله أبو حنيفة و أحمد في الرواية الأخرى يحتمل أن يضمنه و الأقرب على هذا القول أنه يضمن الثمن لأنه تلف بالبيع الصحيح عند القائلين بهذا القول كما هو ظاهر واضح فلا ريب أن ما فهمه من التذكرة في الإيضاح و جامع المقاصد وهم فاسد و يرد على التذكرة أن احتمال ضمانه بقيمته على تقدير صحة البيع بعيد جدا و يرد عليه ما أورده في جامع المقاصد على عبارة الكتاب و هو الذي حمل على حمل عبارة

الكتاب على ما عرفت و أورد عليها ما سمعت إلا- أن تقول إن البيع و إن كان صحيحا لكنه لما لم يرض به المالك لم يكن له إلا القيمة لما ذكر فتأمل و تدبر

(قوله) (و ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل و لا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس به)
لأنه تصرف غير مأذون فيه مع إطلاق الإذن كما قد تقدم الكلام فيه و لعله إعادة ليرتب عليه ما بعده
(قوله) (فإن خالف احتمل بطلان البيع و ضمان النقص)

قد ذكر هذان الاحتمالان في التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و اختير فيها كلها و التحرير الأول إن لم يجز المالك و كذا المبسوط و هو قضية كلام الشرائع و غيرها قال في (التذكرة) فلو اشترى بأكثر من ثمن المثل أو باع بدونه بطل إن لم يجز المالك و به قال الشافعي و أحمد في إحدى الروايتين و عن أحمد رواية أخرى أن البيع صحيح و يضمن العامل النقص و هو قول بعض علمائنا و المعتمد الأول انتهى فالمراد بضمان النقص عدم بطلان البيع لأن العامل مأذون في التصرف مطلقا لأن المفروض أنه أطلق له الإذن و المنع إنما كان لضرر النقص و هو يندفع بضمان النقص فيصح العقد بالإذن السابق و يكون إيقاعه التزاما للنقص و هو ضعيف جدا كما في جامع المقاصد قال و لضعفه حمل السيد عميد الدين العبارة على أن البطلان و ضمان النقص حكمان لشيئين و ليسا احتمالين لشيء فالبطلان مع عدم الإجازة يجب معه استرداد العين و ضمان النقص على تقدير التعذر و ليس بشيء لأن ضمان النقص وقع مقابلا للبطلان في العبارة فوجب أن ينتفى البطلان معه و أيضا فإن استرداد السلعة لم يجر له ذكر في العبارة و مع ذلك فيكون قوله بعد و على البطلان لو تعذر الرد مستدركا (و كيف كان) فوجه البطلان إن لم يجز المالك ظاهر و يجب تقييد العبارة به لأنه حينئذ تصرف لم يؤذن فيه من قبل و لا- من بعد فيقع باطلا- و لا كذلك إذا أجاز لأنه لا ينقص حينئذ عن تصرف الأجنبي و يأتي الكلام فيما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل

(قوله) (و على البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص و لو أمكن الرد و جب رده إن كان باقيا و رد قيمته إن كان تالفا)

حاصل الحكم في المسألة على القول بالبطلان أنه يجب الرد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦١

رده إن كان باقيا و رد قيمته إن كان تالفا (١) و للمالك إلزام من شاء (٢) فإن رجع على المشتري بالقيمة رجع المشتري على العامل بالثمن (٣) و إن رجع على العامل بالقيمة رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري (٤) و لو ظهر ربح للمالك المطالبة بحصته دون العامل (٥) و لو اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع (٦)

(رده إن كان باقيا و رد قيمته إن كان تالفا)

حاصل الحكم في المسألة على القول بالبطلان أنه يجب الرد فإن تلفت العين أو تعذر ردها و جب المثل إن كانت مثلية و إن لم تكن مثلية أو كانت و لكن تعذر المثل و جبت القيمة كما أفصحت بذلك كله عبارة التذكرة و جامع المقاصد و الوجه في ذلك كله ظاهر واضح فإن كان الثمن من جنس القيمة ضمن معه النقص في صورتين لأن كان محصلا للقيمة فضمن النقص مع الثمن لا يختص بصورة تعذر الرد كما توهمه العبارة بل لا فرق بين التلف و تعذر الرد في ضمان النقص مع الثمن إن كان محصلا للقيمة فيهما و إلا تعين ضمان القيمة فيهما و في (الإيضاح) أنه يضمن النقص و للمالك مطالبته به أو بقيمته و كيف كان فالعبارة خالية عن ذكر المثلي غير خالية عن الإيهام مع طول خال عن الفائدة

(قوله) (و للمالك إلزام من شاء)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و غيرها لأن كلا منهما عاد غاصب ضامن للقيمة كما هو واضح و قضية إطلاقهم أنه لا فرق في المشتري بين كونه عالما أو جاهلا و أن لا فرق في العين بين أن تكون تالفة فيلزمه بالقيمة أو باقية فيلزمه بردها

(قوله) (فإن رجح على المشتري بالقيمة رجح المشتري على العامل بالثمن)

كما في التذكرة و جامع المقاصد وهذا لا يخالف ما في المبسوط و التحرير من أنه إن رجح على المشتري رجح بالقيمة و لا يرجع على العامل لأن حكم المسألة أنه إن رجح على المشتري فإنما يرجع عليه بالقيمة فالمشتري فإما أن يكون قد دفع الثمن إلى العامل أو لا- و الثمن إما أن يوافق القيمة أو يزيد عليها أو ينقص عنها فإن لم يكن دفع الثمن و كان مساويا للقيمة فلا رجوع للمشتري على العامل بشيء أصلا و هو معنى ما في المبسوط و التحرير و إن كان قد دفع الثمن رجح به مطلقا إذا كان جاهلا كما هو ظاهر و هو معنى ما في الكتاب و ما وافقه و أما إذا كان عالما و قد أتلفه فلا رجوع له به و كذا إذا كان باقيا على الأصح كما تقدم بيانه في باب البيع و لم يتعرضوا هنا لما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن و حكمها أنه يرجع بالزيادة مع جهله على الأصح كما سبق في باب الغصب و البيع أيضا بل قد يظهر من الكتاب هنا و ما وافقه أنه لا يرجع بها

(قوله) (و إن رجح على العامل بالقيمة رجح العامل بالزائد من قيمته على المشتري)

هذا إذا كان المشتري عالما بالحال لاستقرار التلف في يده و أما إذا كان جاهلا فإنه لا يلزمه إلا ما بذله ثمنا في مقابلة العين فلم يتلف عليه سواه لأنه مغرور لم يدخل إلا على ذلك و قد استشكل المصنف في رجوع المشتري الجاهل على الغاصب بالزيادة لو اغترمها و منه يعلم حال ما في المبسوط و التذكرة من أنه إذا رجح على العامل رجح العامل على المشتري و زاد في التذكرة بالقيمة و قال إنه يرد ما أخذه ثمنا (و قال في التحرير) إنه إن رجح على العامل فالوجه رجوعه بجميع القيمة لا بالتفاوت بين ثمن المثل محذوفا عند ما يتغابن الناس به و بين المسمى و هو تنبيه حسن و لم يذكر بما ذا يرجع على المشتري العالم و الجاهل

(قوله) (و لو ظهر ربح فللمالك المطالبة بحصته دون العامل)

أى لو ظهر ربح في العين التي باعها بدون ثمن المثل و لم يجز المالك فإنه يستحق المطالبة بالثمن و بحصته من الربح الزائد على أصل الثمن دون العامل لأنه بذل حقه مجانا و قد يقال إنه إذا كان المفروض تلف العين دخل الربح في القيمة فليتأمل

(قوله) (فإن اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين مال المالك فهو كالبيع)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و معنى العبارة كما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٢

و إن اشترى في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء و لم يجز المالك (١) و إن ذكر المالك بطل مع عدم الإجازة (٢) و ليس له أن يبيع إلا نقدا بنقد البلد (بثمن المثل خ) و الأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطة (٣) و ليس له المزارعة (٤)

هو صريح الكتب الثلاثة أنه يقف على الإجازة فإن لم يجز بطل و يحتمل الصحة و ضمان التفاوت كما دل عليه كلام الكتاب السابق و اقتضته عبارة التذكرة لأن قوله في الكتاب فإن خالف يشمل البيع و الشراء و قوله احتمل بطلان البيع شامل للمطلوب لأن بطلان البيع يقتضى بطلان الشراء لأن البيع و الشراء يتضمنا عقدا واحدا فليتأمل جيدا لأنه يمنع من إرادة ذلك لفظ النقص و التفريع و غير ذلك و لم يتعرض لذلك في غير ما ذكر و إنما تعرض في المبسوط و غيره لما إذا اشترى في الذمة كما ستسمع

(قوله) (و إن اشترى في الذمة لزم العامل أن أطلق الشراء و لم يجز المالك)

قد تقدم لنا الكلام في هذا و ما بعده و المراد بإطلاق الشراء عدم ذكر المالك لأن البيع ظاهرا يقع له و به صرح الشيخ و جماعته كما ستسمع و يفهم من قوله و لم يجز المالك أنه لو أجاز المالك صح «١» و هو كذلك لأن العقود بالقصود و به صرح في جامع المقاصد و كذا المسالك و مجمع البرهان و هو خلاف ما يفهم من الشرائع و التحرير قال في الأخير و إن كان في الذمة وقع الشراء له إن لم يسم المالك و إلا وقف على الإجازة انتهى فتأمل و أبلغ من ذلك في المخالفة لما هنا قوله فيما يأتي في الكتاب فإن اشترى في الذمة من دون إذن وقع له إن لم يذكر المالك و إلا بطل إذ مفهوم كلامه أولا أن الشراء له و إن نوى المالك إذا لم يذكره و قضيه

قوله و إلا بطل أنه يبطل إن ذكر المالك في الشراء و إن أجاز إلا أن تقول إن مراده إذا لم يجوز و إنما تركه لوضوحه و سبق ذكره هنا و قال فيما يأتي أيضا و إن اشترى في ذمته صح إن لم يذكر المالك و إلا-وقف على الإجازة و ينبغي بناء على ما هنا أنه إذا نوى المالك و لم يذكره و أجاز أنه يصح فيقوم حينئذ احتمال كون الربح للمالك إذا كان قد نقد مال القراض ثمنا لأنه حينئذ كالغاصب و اقتصر في المبسوط لما لم يقل فيه بصحة الفضولي على أنه إن لم يذكر العامل تعلق العقد به و كان المبيع له و تعلق الثمن بذمته و إن ذكره ففيه وجهان الصحة و البطلان ثم قال و الثاني أولى

(قوله) (و إن ذكر المالك بطل مع عدم الإجازة)

لأنه عقد فضولي يبطل مع عدم الإجازة كما هو ظاهر و به صرح جماعة لكنه قال في الشرائع و لو اشترى في الذمة لم يصح إلا مع إذن المالك و ظاهره بقرينة ما بعده أنه سمي المالك فإن أراد بإذن المالك إجازته كان مما نحن فيه و كان قوله لا يصح على حقيقته و إن أراد بالإذن معناه الحقيقي كان المراد بقوله لا يصح أنه لا يلزم و ينبغي تنزيل كلام المصنف في هاتين المسألتين على ما إذا كان شراؤه في الذمة بأزيد من ثمن المثل ليفرق بينه و بين ما سيأتي كما سمعته آنفا مع موافقة السياق بحمله على بيان حكم الشراء في الذمة مطلقا لكننا سقنا هنا كلام من حكينا عنه من الأصحاب على إطلاقه لعدم الفرق أصلا قطعاً

(قوله) (و ليس له أن يبيع إلا نقدا بنقد البلد بثمن المثل و الأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطة)

قد تقدم الكلام في ذلك كله في أول الفصل مسبقا مشبعا و قد سكت المصنف عن البيع بغير نقد البلد كما تعرض للعرض و لا يكاد يكون بينهما فرق كما في جامع المقاصد

(قوله) (و ليس له المزارعة)

كما في التذكرة و جامع المقاصد لأن وضع المضاربة على الاسترباح بالتجارة و ليس من المزارعة و لم يحك الخلاف

(١) لأن قضية المضاربة الشراء للمالك (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٣

و لا يشتري إلا بعين المال فإن اشترى في الذمة من دون إذن وقع له إن لم يذكر المالك و إلا بطل (١) و ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال (٢) فلو اشترى عبدا بألف هي رأس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل الثاني و إن اشترى في ذمته صح له إذا لم يذكر المالك و إلا وقف على الإجازة (٣) و له أن يشتري المعيب و يرد بالعيب و يأخذ الأرض كل ذلك مع الغبطة (٤)

إلا- عن أحمد في إحدى الروايتين فإن زارع المالك و كان البذر منه أى المالك من مال القراض أو غيره و العمل و العوامل من العامل لكنها من مال القراض فلا أجره للعامل و يضمن المال و لا أجره للعامل أيضا إن كانت له و البذر من مال القراض و إن كان البذر من مال العامل و العوامل من مال القراض و لم يجوز المالك فعليه أجره الأرض و العوامل و إصلاحها و أرش النقص و النماء له و إن زارع غيره و كان البذر و العوامل من مال القراض فالتناء للمالك و لا أجره للعامل و عليه أجره الأرض و ضمان ما يتلف من مال القراض هذا إذا لم يجوز المزارعة صاحب مال القراض و إن أجاز صحت المزارعة و كان النماء بينه و بين مالك الأرض و لا شيء للعامل لأنه كالغاصب هذا على ما تقتضيه قواعد البابين

(قوله) (و ليس له أن يشتري إلا بعين المال فإن اشترى في الذمة من دون إذن وقع له إن لم يذكر المالك و إلا بطل)

قد تقدم الكلام في ذلك كله من جهة منطوقه و مفهومه و إعادته

(قوله) (و ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال)

لأن الشراء إنما هو بالعين فقط لا في الذمة و لأن العقد إنما تضمن الشراء برأس المال فلا يتسلط على الشراء بما زاد و لأن المالك

إنما رضى من العامل أن يشغل ذمته بما دفع إليه لا بغيره و بذلك صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و فى (المقنعة و النهاية و السرائر) ما يدل على ذلك و هو قضية كلام الباين فى عدة مواضع حيث يقولون فى التعريف أن يدفع مالا لغيره ليعمل فيه و حيث يشترطون فى مال القراض أن يكون عينا و أن يكون معيناً و أن يكون معلوماً و قد شرط جماعة أن يكون مسلماً فى يد العامل إلى غير ذلك و قضية إطلاق الكتب الثلاثة أنه لا فرق فى ذلك بين أن يأذن له فى ذلك أو لا و لا بين أن يجيز أو لا و قد يقال إنه يفهم من كلماتهم أنه يجوز ذلك حيث يقولون و لو اشترى فى الذمة لم يصح إلا مع إذن المالك فليتأمل جيدا

(قوله) (فلو اشترى عبدا بألف هى رأس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل فإن اشترى فى ذمته صح له إذا لم يذكر المالك و إلا وقف على الإجازة)

قد تقدم الكلام فى كلامه الأخير و أما كلامه الأول فظاهر قوله هى رأس المال و قوله و إن اشترى فى ذمته إن شراء الأول كان بعين الألف أيضا كما فرضه فى التذكرة و قال إنه يبطل الثانى لأنه اشترى بعين مال غيره لغيره و كذا إن اشترى الأول فى الذمة و الثانى بعين المال لأنه قد اشترى الثانى بعد أن صارت الألف مستحقة للدفع إلى البائع الأول و إن اشترى الأول بالعين و الثانى فى الذمة لم يبطل الثانى لكن ينصرف الشراء إلى العامل إن لم يسم المالك فى العقد أو لم ينوه فأما إن سماه أو نواه فإنه يقف على الإجازة لكنه إن دفع الألف فى ثمنه و أتلّفها الثانى بطل العقد الأول لأنه قد تلف الثمن المعين قبل القبض و كذا إذا تعذر ردها لأنه كالتلف على الظاهر

(قوله) (و له أن يشتري المعيب و يرده بالعيب و يأخذ الأرش كل ذلك مع الغبطة)

كما فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و كذا المفاتيح لأن الغرض الذاتى هو الاسترباح و هو يحصل بالصحيح و المعيب و لا يتقيد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٤

و لو اختلفا فى الرد و الأرش قدم جانب الغبطة (١) فإن انتفت قدم المالك (٢) و ليس له أن يشتري من ينعق على المالك إلا بإذنه (٣) فإن فعل صح و عتق (٤) و بطلت المضاربة فى ثمنه فإن كان كل المال بطلت المضاربة (٥)

بالصحيح و على تقدير شرائه جاهلا يأخذ بما فيه الغبطة من الرد أو الإمساك بالأرش إذ قد يكون أحدهما أغبط بالنسبة إلى التجارة و لا كذلك الوكيل فإن الإطلاق فيه يحمل على الصحيح لأن شراءه ربما كان للقينة و العيب لا يناسبها غالبا

(قوله) و لو اختلفا فى الرد و الأرش قدم جانب الغبطة)

سواء كانت فى جانب العامل أم المالك لأن للعامل حقا باعتبار أن له حطا من الربح فليس للمالك إبطال حقه من الغبطة و لا كذلك الوكيل و بذلك صرح فى المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد

(قوله) (فإن انتفت قدم المالك)

كما فى جامع المقاصد لأنه إذا انتفت الغبطة فى كل من الجانبين بالكلية فلا حق للعامل و المالك مسلط على ماله و يتصور صحة البيع حينئذ بأن تكون الغبطة عند الشراء ثم تزول و يتصور جواز الرد حينئذ فيما إذا لم يكن عالما بالعيب ثم تجدد علمه كما هو المفروض و فى بعض النسخ فإن اتفقت و معناه أنه إذا اتفقت الغبطة من الجانبين قدم قول المالك و هو صحيح إذ ليس حينئذ للعامل حق يفوت

(قوله) (و ليس له أن يشتري من ينعق على المالك إلا بإذنه)

كما هو صريح التذكرة و للمعة و جامع المقاصد و الروضة لأنه تصرف منهى عنه لأنه غير داخل تحت الإذن لأنه تخسير صرف إن وقع صحيحا فيكون العقد باطلا إن كان الشراء بعين المال كما هو صريح كلام المبسوط و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و

الإرشاد والروض وكذا المختلف وفي (التحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضه) أنه يكون موقوفاً على الإجازة واحتمل في شرح الإرشاد والتنقيح ومجمع البرهان البطلان والتوقف على الإجازة كما يأتي بيان ذلك كله وقضية كلام المبسوط وما ذكر بعده أنه ليس له ذلك وأنه فعل حراماً كالكتاب وما ذكر معه (قوله) (فإن فعل صح وعتق)

أي فإن أذن المالك فاشترى صح الشراء وعتق على المالك كما صرح بذلك في المبسوط وما ذكر بعده في المسألة المتقدمة مع زيادة التذكرة لأن الحال فيه كالحال فيما إذا باشر العتق بنفسه أو وكل فيه وهذا إذا لم يكن في العبد ربح وأما إذا كان فيه ربح فقد قال في جامع الشرائع أنه قد قيل إنه لا يعتق قدر نصيب العامل ولم نجد هذا القائل منا ولا من العامة ولا حكى هذا القول أحد غيره (قوله) (و بطلت المضاربة في ثمنه فإن كان كل المال بطلت المضاربة)

و إن كان بعضه انفسخ من القراض بقدر قيمة العبد كما صرح بذلك كله في المبسوط والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام الشرائع وغيرها لأن ثمنه بمنزلة التالف فلو كان ثمنه جميع المال كان كما لو تلف جميع مال المضاربة ولو كان بعض المال كان كتلف بعضه وتستمر المضاربة في الباقي وهذا إذا لم يكن في العبد ربح كما عرفت آنفاً وهل للعامل حينئذ أجره أم لا قولان خيرة المبسوط الثاني وقد مال إليه المحقق الثاني وقد يظهر من المولى الأردبيلي ولا ترجيح في التحرير واختير الأول في الإرشاد والمختلف واللمعة والتنقيح والروض والمسالك والروضه وشرح الإرشاد لفخر الإسلام وفي الأخير الإجماع عليه لأنه قد انفسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه (قال في شرح الإرشاد) وكلما أبطل المالك المضاربة لزمه أجره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٥

و لو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الأجره (١)

العامل إجماعاً فيلزم المالك أجره العامل إجماعاً ويؤيده أن استحقاق الأجره ليس مقصوراً على هذا العمل وحده بل عليه وعلى ما تقدمه من الحركات من حين العقد إلى حين هذا الشراء فالشأن فيه كالشأن فيما إذا فسح بعد أن سعى العامل و باشر المقدمات و سافر لكنه لم يشترى وعلى تقدير انحصار العمل في هذا الشراء فلأنه عمل مأمور به وله أجره صدر من فاعل معد نفسه للعمل بال عوض و به يفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل لأن الأجره ليست من مقتضيات عمله لأن الأصل فيه التبرع و مبنى القراض على العوض من حصه أو أجره و مما ذكر يعلم الوجه في القول الأول لأنه بإقدامه على شراء هذا العبد الذي ينعق على المالك بعد الشراء بلا فاصله صار كأنه متبرع بالوكيل الذي لم يشترط أجره فتأمل و من الغريب أن مولانا المقدس الأردبيلي لم يتنبه لفهم ذلك من كلام الإرشاد

(قوله) (و لو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الأجره)

القول الأول خيرة المبسوط وجامع الشرائع ولا ثالث لهما فيما أجد والثاني خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والمختلف والإيضاح وشرح الإرشاد لولده واللمعة والتنقيح والروض والمسالك والروضه ولا- ترجيح في مجمع البرهان وفي (جامع المقاصد) أن الذي ينساق إليه النظر عدم استحقاق العامل شيئاً إن لم يكن إحداثاً لقول ثالث (قلت) الظاهر اتفاق الخاصة والعامة على عدم الثالث وقد سمعت إجماع فخر الإسلام والقولان مبنيان على المشهور من أن العامل يملك الحصه بالظهور وإلا فالكلمة متفقة على أن له الأجره كما في جامع المقاصد على القول بأنه إنما يملك بالإنضاض والقسمه لانتفائهما حينئذ لكن هذا الإجماع في محل الشك عند المصنف في التذكرة لأنه لم يجزم بالأجره لأنه أول ما أفتى بالحصه ثم قوى ثبوت الأجره فليلاحظ وعلى الأول فوجه كلام الشيخ أن العامل ملك حصته من الربح بالظهور وأن المالك بإذنه في الشراء الموجب للعتق كان كأنه استرد طائفه من المال بعد

ظهور الربح و أتلغها و أن العامل شريك فيسرى العتق فى نصيبه فيضمن المالك النصيب مع يساره و إلا استسعى العبد فيه و قد روى محمد بن قيس فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع لرجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم قال يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق و استسعى فى مال الرجل و هى داللة على صحة البيع و نفوذ العتق فتدل على صحة البيع فيما نحن فيه و أن ذلك غير مناف لمقصود القراض و يكون اشتراط الإذن لما يلزم من الضرر فتثبت الحصه كما قاله الشيخ لا الأجره و حجه المحقق أن المضاربة بطلت بهذا الشراء لعدم كونه من متعلق الإذن فإن شراء المضاربة ما اقتضى التقلب و البيع و طلب الربح مرة بعد أخرى و هو منفي هنا لكونه مستعقبا للعتق إذا صرف الثمن فيه بطلت و ضمن المالك للعامل أجره المثل كما لو فسخ المالك بنفسه لأن العامل قد عمل ما حصل للمالك به نفع مطلوب له و قد اعترض فى جامع المقاصد على الأمور الثلاثة (أما الأول) أعنى استحقاؤه الأجره قولاً واحداً على القول بأنه إنما يملك بالقسمه فبأن استحقاق العامل الأجره إنما هو فى العمل المحسوب للمضاربة إذا فاتت الحصه و قد تقرر أن هذا ليس من أعمال المضاربة بل هو خلاف مقتضاها و ليس من مقتضيات التوكيل ثبوت الأجره للتوكيل على عمل مقتضى الوكالة انتهى و بذلك أورد على الثالث (و فيه) أنه لا وجه لذلك فى الأول بعد قوله إنه يستحق الأجره قولاً واحداً مضافاً إلى إجماع فخر الإسلام و قد سمعت معقده و قد عرفت الفرق بينه و بين التوكيل على تقدير انحصار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٦

و إن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو فى الذمه و ذكر المالك (١)

العمل فى هذا الشراء و عدمه و بالفرق و إجماع الفخر يندفع الإيراد عن الثالث أيضاً (و أما الثانى) أعنى خيره الشيخ فبأنه إنما يتم إن قلنا إن السرايه تتحقق بالعتق القهرى أو باختيار سبب العتق بناء على أن اختيار السبب اختيار للمسبب (قلت) هذا منه بناء على مختار الخلاف و على ما يلزمه فى أحد قوليه فى المبسوط فإن بين كلاميه فيه منافاه فى مثل ذلك على ما حكاه عنه فى المختلف (قوله) (و إن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو فى الذمه و ذكر المالك)

قد تقدم نقل الأقوال فى ذلك و تفصيل الحال أن يقال إذا وقع الشراء المذكور فإما أن يكون الشراء بعين المال أو فى الذمه و على التقديرين فإما أن يكون عالماً بالنسب و حكم الشراء المذكور أو جاهلاً بهما أو بأحدهما خاصة و على تقدير الشراء فى الذمه إما أن يذكر المالك للبائع لفظاً أو ينوى الشراء له خاصة مع علم المالك بالنيه و عدمه أو يطلق و نيه نفسه خارجة عن المقام و قد أطلق فى المبسوط و الغنيه و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و الإرشاد و شرحه لولده و التنقيح و الروض و غيرها أن الشراء يقع باطلاً- إن كان بالعين من غير فرق بين العالم بالنسب و الحكم و الجاهل كما أطلق فى التحرير و غيره أنه يقف على الإجازة كما تقدم ذلك كله و لعل مراد المبسوط و ما وافقه من التصريح بالبطلان أنه يقف على الإجازة و هو الذى فهمه فى جامع المقاصد من عبارة الكتاب و يحتمل أن يريدوا بالبطلان حقيقته لأنه فى المبسوط لا يقول بصحة الفضولى و بعض من وافقه يقول بصحته فتعبيره بالبطلان دون التوقف على الإجازة يقضى بإرادة الحقيقه و هو الذى فهمه منهم المصنف فى التحرير و ولده فى الإيضاح و شرح الإرشاد و المقداد فى التنقيح و وجهه كما تقدم أنه منهى عن الشراء المذكور لأنه تخسير محض مناف لفرض القراض (و فيه) أنه لا يزيد عن الغاصب (سلمنا) لكن غايته التصرف من دون إذن و هو الفضولى بعينه و النهى فيه لا يبلغ به الفساد و بالبطلان فيما ذكر أعنى ما إذا كان العامل جاهلاً بالنسب و الحكم فيما إذا اشترى بالعين أو فى الذمه و ذكر المسالك صرح فى الإيضاح و جامع المقاصد لأن الإذن فى القراض إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه و تقلبه فى التجارة للاسترباح و لا يتناول غير ذلك فلا يكون ما سوى ذلك مأذوناً فيه و التباس الأمر ظاهراً لا يقتضى الإذن غاية ما فى الباب أنه غير آثم فى تصرفه أما كونه هو التصرف المأذون فيه فلا و تكليف ما لا يطاق و توجيهه إلى الغافل إنما يلزم على تقدير ثبوت الإثم لا على تقدير عدم الإذن فى ذلك التصرف إذ لا امتناع فى أن يظن المكلف لإمارة ما ليس مأذوناً فيه أنه مأذون فيه نعم لا يكون مؤاخذاً به فإذا انكشف الحال تبين عدم نفوذ التصرف لوقوعه فى غير محل الإذن

فيضمن فيما نحن فيه بتفريطه بترك الاستقصاء في السؤال فإن العلم مقدور لنا كما تحقق في علم الكلام و البطلان في جاهل الحكم أقوى لأنه غير معذور و جاهل النسب و إن كان معذورا لكن حكمه البطلان أيضا لما عرفت و فرق بينه و بين الوكيل إذا عزل و لم يعلم في نفاذ تصرفه و فسح الجاعل و لم يعلم المجعول له أن التصرف المأتمى به في الوكالة و الجعالة قد ثبت بأصل العقد فيستصحب بخلاف ما هنا فإن التصرف الواقع غير مأذون فيه قطعا و إنما ظن العامل شمول الإذن له نظرا إلى ظاهر الحال فإذا انكشف الأمر تبين عدم الشمول و الفرق واضح بينه و بين شراء المعيب إذا تلف بالعيب لأن شراء المعيب صحيح نافذ لأنه يجوز شراءه مع العلم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٧

و إلا وقع للعامل (١)

بالعيب و إنما يدق الفرق فيما إذا اشترى المعيب غير عالم بالعيب و كان مع العيب خاليا عن الغبطة و إنما ظنها العامل بظن السلامة و كذا كل موضع ظن الغبطة فظهر خلافها فقد قال في جامع المقاصد لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك و المتجه عدم صحة المبيع هذا كله مضافاً إلى إطلاق الأكثر كما عرفت و لم يعرف التأمل إلا من الكتاب و المسالك و الروضة و كأنه مال إلى الصحة في آخر كلامه في التذكرة أو قال بها كما ستسمع و وجه عدم البطلان و الحكم بصحة البيع و العتق على المالك و أن لا ضمان على العامل أن العقد المذكور إنما يقتضى شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الأمر لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق (و حاصله) أنه أذن في القراض و هو من أفراده يزعمه و التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به (قولك) أن تكليف ما لا يطاق و توجيهه إلى الغافل إنما يقتضيان عدم الإثم لا صحة العقد (يدفعه) حكمهم بصحة العقود التي يظن فيها الربح و إن ظهرت على خلاف ذلك بل على ضده كذا قال في المسالك و ياليتها دلنا على موضع من ذلك و لعله أشار إلى ما لو اشترى من نذر المالك عتقه فإنه يصح الشراء إن لم يعلم العامل بالنذر و عتق على المالك و لا ضمان على العامل مع جهله كما نص عليه في تذييب ذكره في التذكرة و الكتاب فيما يأتي و قد حكى في الإيضاح عن لفظ المصنف أنه قال انعتق على المالك و تبطل المضاربة و يضمن العامل لأنه سبب الإلتاف و هو خلاف ما في الكتابين (و كيف كان) فلعله ليس مما لا يعلمه المحقق الثاني و رد في المسالك أيضا فرقه في جامع المقاصد بين المعيب و ما نحن فيه بجواز شراء المعيب اختياراً بأنه لم يصادف محله لأن كلامنا في حالة لا ربح فيها كالعيب المفروض الذي يأتي على النفس و الحال أنه جاهل به و افتراقه عنه في حالة أخرى لا دخل له في المطلوب (قلت) قد عرفت أنه في جامع المقاصد كالتأمل في ذلك حيث قال لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك هذا و إن نوى المالك خاصة وقع للعامل ظاهراً و بطل باطنا فلا- يعتق و يجب عليه التخلص منه على وجه شرعي لأنه ليس ملكاً له في نفس الأمر للنية الصارفة عنه و طريق التخلص بأن يعتمد التقاص فيبيع العبد و يستوفى ماله لبقائه على ملك البائع و كذلك الحال في المالك إذا علم أن الشراء للقراض بالنية أو إقرار البائع فإنه يبطل البيع و يرد كل مال إلى مالكة فإن لم يمكن فإنه يبيع العبد و يستوفى ماله و ليس له تغريم العامل لأن غايته أن المال تلف لكنه بغير تقصير و لا تفريط فليتأمل جيداً هذا و لم يتعرض في المبسوط و الغنية و السرائر لما إذا ذكر العامل المالك للبائع لفظاً و لا- لما إذا ذكره نيةً و إنما ذكر فيها أنه إن اشترى بغير إذنه بالعين بطل و إن اشترى في الذمة وقع للعامل و قد تعرض لذكر المالك في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك ثم عد إلى العبارة فعد ولد المصنف أن مراده فيها بغير الأقرب أنه يقف على الإجازة كما صرح به في شرح قوله و في جاهل النسب أو الحكم إشكال و عند المحقق الثاني أن مراده به الصحة لأنه مال متقوم قابل للعقود في نفسه فصح شراؤه كما لو اشترى بإذن رب المال و به صرح في الإيضاح في شرح قوله الأقرب و الجمع ممكن و الأولي تحرير معنى البطلان هل هو البطلان الحقيقي أو توقفه على الإجازة فعلى الأول يحتمل الأمرين و على الثاني يحتمل الصحة بمعنى اللزوم و البطلان من رأس إلا أن احتمال الصحة بمعنى اللزوم مع علمه بالنسب و الحكم بعيد جداً

(قوله) (وإلا وقع للعامل)

أى و إن لم يكن الشراء بالعين و لا ذكر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٨

مع علمه (١) و فى جاهل النسب أو الحكم إشكال (٢) و لو اشترى من نذر المالك عتقه صح الشراء و عتق على المالك إن لم يعلم العامل بالنذر و لا ضمان (٣) و لو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة و البطلان (٤)

المالك لفظا و لا نواه بحيث يعلم به البائع وقع الشراء للعامل و ألزم به ظاهرا
(قوله) (مع علمه)

أى بالنسب و الحكم و هو قيد فى كل من البطلان على تقدير الشراء بالعين أو فى الذمة مع ذكر المالك و وقوعه للعامل على تقدير عدمهما

(قوله) (و فى جاهل النسب و الحكم إشكال)

قد علم منشأ وجهى الإشكال مما تقدم

(قوله) (و لو اشترى من نذر المالك عتقه صح الشراء و عتق على المالك إن لم يعلم العامل بالنذر و لا ضمان)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة كما سمعت و سمعت ما حكاه فى الإيضاح عن لفظ المصنف (و قال فى جامع المقاصد) إن الفرق بينه و بين من ينعق على المالك غير واضح فإن كلا منهما لم يتناول الإذن الواقع فى عقد القراض غاية ما فى الباب أن المنذور عتقه إنما يعلم من قبل المالك و ربما لم يعلم به أحد سواه بخلاف من ينعق عليه بالأبوة و نحوها لكن لا أثر لهذا الفرق قلت لعل الفرق بينهما أن المنذور عتقه لا ينعق بمجرد دخوله فى ملكه كأبيه مثلا بل هو متوقف على صيغة العتق و موسع عليه فى إيقاعه فللعامل أن يلتمسه أن يؤخر عتقه حتى يبيعه من زيد مثلا و يريح فيه و يشترط على زيد أن يعتقه إن كان الغرض تحصيل عتقه و إن كان الغرض مباشرة عتقه باعه من زيد و شرط عليه أن يهبه لعمره الذى هو أبو المالك أو ابنه مثلا أو يبيعه منه لتمكن المالك حينئذ من تملكه و عتقه و على هذا لا يدخل تحت الدور و الخبر المانع من اشتراط بيعه على البائع فتدبر و يفرق بينهما بأن العامل ينكر عليه النذر و أقصاه أن يقبل قوله لأنه له فسخ القراض لكن ذلك إذا كان بعد ظهور الربح استحق العامل حصته من الربح فكان الإذن الواقع فى عقد القراض متناولا - له و لم يكن منهيا عنه إذ لا - تخيير فيه بل هو مال صالح للاكتساب قد يظهر فيه الربح بمجرد شرائه كما هو المفروض فلا مانع إلا مجرد نذر عتقه و هو غير مخل فوجب أن يكون العقد صحيحا (إلا أن تقول) إن هذا إنما يتم إذا كان قد قال لله على إن ملكته أن أعتقه و الظاهر أن المراد بقريته قوله عتق على المالك أنه قال لله على إن ملكته أن يكون حرا (و فيه) أنه يشترط فى صيغة العتق عدم التعليق على الشرط و الصفة على أن هذا و نحوه ليس من صيغ العتق فى شىء و مثله قوله لله على إن ملكت سالما فهو حر لمكان التعليق إن سلمنا صحة النذر بهذه الصيغة أو أنها حينئذ صيغة عتق فليلاحظ ذلك

(قوله) (و لو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة و البطلان)

كما احتملها كذلك من دون ترجيح فى التحرير و البطلان خيرة التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد لاشتماله على ضرر المالك بانفساخ عقد عقده باختياره و لزوم نصف الصداق لو كان قبل الدخول و جميعه بعده و به قال الشافعى و هو كما ترى على أنه لا يلزم ذلك فيما إذا كان قد اشتراها بمائته درهم و هى تساوى ألفا هذا على تقدير الشراء بالعين أو إضافة الشراء إلى المالك فى نفس العقد أو فى نيته و وجه الصحة أنه مال صالح للاكتساب به و قد اشترى بثمان المثل أو دون مع ظن المصلحة أو العلم بها لمكان زيادة الربح جدا فوجب أن يقع صحيحا إذ لا - مانع إلا انفساخ النكاح و هو غير مخل بمقصوده لأن حصول المطلوب الآن أكد و تمكين الزوج أكثر و به قال بعض الحنابلة و على الصحة فقد قال فى التحرير لو كان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٦٩

و لو اشترى زوج المالكه بإذنها بطل النكاح (١) و بدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به و قيل يصح موقوفا و لا يضمن العامل ما يفوت من المهر و يسقط من النفقة و قيل مطلقا فيضمن المهر مع العلم (٢)

الشراء بعد الدخول استحق المولى المهر و إن كان قبله فإشكال (و قال في التذكرة) فيما إذا كان قبل الدخول في لزوم نصف المهر للزوج وجهان فإن قلنا بالزوم رجع به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فيرجع به عليه كما لو أفسدت امرأة النكاح بالرضاع و لم يذكر حكم ما بعد الدخول و كأنه يرى عدم الرجوع به لأنه قد تقرر بالدخول أو يرى الرجوع به كما ذكرناه في بيان الضرر (و قال في الإيضاح) قال المصنف و على الصحة يحتمل أن يقال ليس له بيعها إلا بإذنه لما فيه من إبطال استباحة المالك الوطء و قد اختار المالك حصوله و يحتمل جواز البيع لأنه لما صح البيع بطل النكاح و بقي حكمها كسائر المملوكات و لعله سمع ذلك منه شفاها إذ لم نجده فيما حضر من كتبه و الحال في المراد بالبطان على نحو ما تقدم من احتمال إرادته حقيقته أو كونه موقوفا على الإجازة (قوله) (و لو اشترى زوج المالك بإذنها بطل النكاح)

و صح الشراء قطعا كما في التذكرة لامتناع اجتماع الملك و النكاح إجماعا كما في شرح الإرشاد للفخر و قطعا كما في جامع المقاصد و لا شبهة في صحة الشراء كما في المسالك و بهما أى صحة الشراء و بطان النكاح صرح في المبسوط و غيره كما ستعرف لعموم الأدلة مع عدم المانع لأن لها أن تشتريه بنفسها و وكيلها فالضرر جاء من قبلها (قوله) (و بدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به و قيل يصح موقوفا و لا يضمن العامل ما يفوت من المهر و يسقط من النفقة و قيل يصح مطلقا فيضمن المهر مع العلم)

قد حكيت الأقوال الثلاثة في الإيضاح و جامع المقاصد و كذا المسالك و مجمع البرهان و اقتصر ولده في شرح الإرشاد على حكاية الأولين و ترك الثالث و اقتصر في التذكرة على الحكم بالثاني قال فسد الشراء بمعنى أنه يكون موقوفا و اقتصر في التحرير و الإرشاد على الحكم بالأول لكن قيده في التحرير بما إذا كان الشراء بالعين قال و إن كان في الذمة و ذكر المالك بطل مع عدم الإجازة و يحتمل على بعد لمكان المقابلة أن يكون مراده بالبطان فيهما ما ذكره في التذكرة و في عبارة الإرشاد بطل البيع فلا تغفل و اقتصر في المبسوط و الشرائع على نقل القول بالصحة و القول بالبطان لكنه في المبسوط أراد بالبطان معناه الحقيقي و أراد بالصحة معناها الحقيقي لا التوقف على الإجازة و إلى ذلك أشار المصنف بقوله مطلقا حيث قال و قيل تصح مطلقا و قد حكى في جامع المقاصد عن السيد العميد أنه قال إن هذا القول لم نقف عليه في كتب أصحابنا و إنما نقله المصنف و ابن سعيد ساكتا عليه و نحو ذلك ما في المسالك و مع أنه قد حكاه الشيخ في المبسوط إلا أن تقول إنه يحكى في أقوال العامة و هو قول أبي حنيفة و أحد قولي الشافعي و هو بعيد جدا لأن الشراء لها فلا بد من رضاها قبل أو بعد و لعل من قال بالصحة إن كان منا أراد مع الإجازة لا مطلقا (و كيف كان) فالقول بالبطان من دون تقييد خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض لتضررها بفسخ نكاحها و سقوط نفقتها و ذلك دليل عدم رضاها و تقييد لما أطلقته من الإذن بدليل عقلي فيقع العقد باطلا لما ذكرناه من القرينة المقيدة له و القول بكونه موقوفا خيرة التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و كذا مجمع البرهان لأنه شراء غير مأذون فيه فيكون موقوفا (قال في الإيضاح) و هو قول كل من قال بصحة عقد الفضولي و وقوفه على إجازة المالك (و فيه) أن المحقق و والده يقولان في الشرائع و التحرير و الإرشاد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٠

و كذا لو اشترى من له عليه مال (١) و الوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمال الصحة و عدمها (٢) و المأذون له في شراء عبد كالوكيل و في التجارة كالعامل (٣)

بصحته عقد الفضولى موقوفا وقد صرحا فيها بالبطلان كما سمعت لما ذكرناه فى دليله من الدليل العقلى و إن كان ضعيفا فعلى القول بالبطلان و على وقوفه إن لم تجز الحكم ظاهر و إن أجازت بطل النكاح و لم يضمن لها مهرا و لا نفقة و على القول بالصحة يضمن المهر مع علمه و به صرح المصنف و غيره و لم يتعرضوا لضمانه النفقة و لعله لأنها غير مقدرة بالنسبة إلى الزمان و لا وثوق باجتماع شرائطها بل لا تمكين منها فى الزمان المستقبلى لأنه غير واقع منها الآن و من البعيد احتمال ضمانه لها على التدريج (قوله) (و كذا لو اشترى من له عليه مال)

أى يحتمل بطلان الشراء من رأس و يحتمل وقوعه موقوفا و يحتمل صحته و نفوذه و اقتصر فى التذكرة على احتمال الصحة و البطلان و وجه البطلان أن المالك يتضرر بدخوله فى ملكه لا امتناع أن يثبت له على ماله مال و لا فرق فى المال بين أن يكون مستحقا فى الحال كدية الجنائية خطأ أو فى ذمته يتبع به بعد العتق و وجه الوقوف على الإجازة أنه لا يقصر عن الفضولى و هو الأوفق بالضوابط و وجه الصحة أن العقد متناول له لأنه مال صالح للاسترباح ففى تضمين العامل حينئذ إشكال ينشأ من أن سقوط دين المالك بسبب فعله فكان ضامنا لأنه سبب الإلتلاف كذا قال فى التذكرة و ما سبق للمصنف فى المسألة السابقة ينبغى الجزم بالضمان (قوله) (و الوكيل فى شراء عبد مطلق لو اشترى أبا الموكل احتمل الصحة و عدمها)

قال فى التحرير الأقرب أنه يقف على الإجازة و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أنه الأصح و وجه الصحة من دون توقف عموم الإذن من احتمال إرادة الثواب لأن شراء الأب أنفع فى الآخرة و هو مقصود للعقلاء بخلاف القراض فإن الغرض منه الاسترباح فلا يكون مأذونا فى نحو شراء أبيه و وجه البطلان من رأس أن المتبادر أن الغرض من شراء الوكيل شراء عبد قنية أو عبد تجارة لا من يعتق عليه مع ما فيه من الضرر بتلف الثمن (و فيه) أنه يكون حينئذ فضوليا فيقف على الإجازة و يأتى للمصنف و غيره فى باب الوكالة أنه لو وكله فى شراء عبد مطلق إن الأقرب الجواز و الشيخ فى المبسوط منع منه لأن فيه غررا و قد أخذوه هنا مسلما (قوله) (و المأذون له فى شراء عبد كالوكيل و فى التجارة كالعامل)

قال فى التذكرة إذا دفع السيد إلى عبده المأذون له فى التجارة مالا و قال له اشتر به عبدا فهو كالوكيل و إن قال اتجر به فهو كالعامل و نحوه ما فى جامع المقاصد و معناه أنه كالوكيل فى احتمال الصحة و عدمها و كالعامل فى التفصيل السابق و جزم فى التحرير بأنه إن اشترى بغير إذنه بطل سواء شراه بالعين أو فى الذمة و هو قضية إطلاق جامع الشرائع و صريح المبسوط و التذكرة بعد تحرير و تفصيل و كلام فيهما طويل و حاصله أنه إما أن يكون اشترى أبا سيده بإذنه أو بدونه فإن كان الأول و لم يكن على أبيه دين عتق عليه و إلا فقولان عند العامة كما إذا أعتق الراهن العبد المرهون و عندنا أنه يعتق أيضا كما فى التذكرة و لعله يقول إن الديون تكون فى ذمة ولده أو يتبع هو بها سواء كانت مستحقة فى الحال كدية الخطأ أو يتبع بها فليتأمل فيه و إن كان بدون إذنه فإن لم يكن عليه دين فقولان للعامة و إن كان عليه دين فقولان لهم أيضا و على القول بالصحة فيهما فهل يعتق على ولده قولان أيضا لهم و قد عرفت أن الأصح فى هذا و نحوه أن يقع موقوفا و قد يقال على العبارة فى إطلاق التشبيه إن العبد إذا اشترى للتجارة فى الذمة يقع للمالك و إن لم يذكره لفظا و لا نية لأن الشراء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧١

و لو اشترى العامل من يعتق عليه و لا ربح فى المال صح (١) فإن ارتفع السوق فظهر ربح و قلنا يملك به عتق حصته (٢) و لم يسر على إشكال إذ لا اختيار فى ارتفاع السوق و اختياره السبب (٣) و إن كان فيه ربح و قلنا لا يملك العامل بالظهور صح و لا عتق (٤)

فى الذمة لا ينصرف إليه بحال و لا كذلك العامل فإنه حر يصح أن يشتري لنفسه فى الذمة و لعله لا يرد عليه لوضوح أن المراد غير ذلك

(قوله) (و لو اشترى العامل من ينعق عليه و لا ربح فى المال صح)

أى الشراء للقراض قطعاً كما فى جامع المقاصد لأنه لا ضرر فيه على أحد و لا عتق و بقى على الرقية كما فى النهاية و الغنية و السرائر و غيرها و فى الأ-خيرين الإجماع عليه كما ستسمع و جاز يبيعه كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك فإن بيع قبل ظهور الربح فلا كلام كما فى المبسوط و لا بحث كما فى التحرير و جامع المقاصد (قوله) (فإن ارتفع السوق و ظهر ربح و قلنا يملك عتق حصته)

أى فإن بقى فى يده و ارتفع و ظهر ربح و قلنا يملك بالظهور لا بالقسمه عتقت حصته منه قطعاً كما فى المسالك و به صرح فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و وجهه واضح لمكان حصول المقتضى و ادعى كاشف الرموز الإجماع على ذلك فيما يأتى من أن العامل يستحق الربح لا الأجرة و ادعى فى السرائر تواتر الأخبار بذلك فى المسألة المذكورة و ستسمع مما فى الرواية و النهاية و الغنية و السرائر و غيرها من الإطلاقات و الإجماعات (قوله) (و لم يسر على إشكال إذ لا اختيار فى ارتفاع السوق و اختياره السبب)

يريد أنه إذا بقى فى يده حتى ظهر الربح و قلنا يملكه به و عتقت عليه حصته هل يسرى العتق إلى الباقي إشكال ينشأ من أن حصول المال له لم يكن باختياره لأنه إنما حصل بارتفاع السوق و لا دخل لاختياره فيه كالإرث فكان قهرياً فلا يسرى و هو الذى قربه فى التحرير و قال إنه يستسعى فى الباقي و هو قضية إطلاق الصحيحة على ما فهمه الشيخ و جماعة منها و الإجماعات و أكثر العبارات كما ستسمع و من أنه اختار السبب و هو الشراء إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق و اختيار السبب اختيار للمسبب و هو الظاهر من إطلاق الصحيحة عند إمعان النظر كما فهمه منها جماعة فقوله إذ لا اختيار فى ارتفاع السوق إشارة إلى وجه عدم السراية و قوله و اختيار السبب إشارة إلى الوجه الثانى و هو مبتدأ خبره محذوف تقديره ثابت أو نحوه و اعترضه فى (جامع المقاصد و المسالك) بعين ما وجه به فى الإيضاح وجه عدم السراية من أن الشراء ليس هو مجموع السبب و إنما هو سبب بعيد و السبب القريب إنما هو ارتفاع السوق الذى لا دخل للاختيار فيه فلا يكون الملك بالاختيار لأن جزء سببه غير مقدور (و فيه) أنه قد يقال إن السبب اختياره الشراء و اختياره إمساكه حتى ارتفع السوق كما نبه عليه فى الإيضاح نصاً مضافاً إلى إطلاق الصحيحة كما ستسمع و لا تغفل عن أن الرواية واردة فى الجاهل و السراية فى هذا التفصيل إذا كان مؤسراً خيراً المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و الإيضاح و فى (المسالك) أنه أقوى لو لا- معارضة إطلاق النص و قد عرفت الحال فيه و ستسمعه و صرح بالتوقف فى جامع المقاصد و فى (المبسوط و جامع الشرائع) أنه إن كان معسراً عتق نصيبه و استقر الرق فى نصيب رب المال

(قوله) (و إن كان فيه ربح و قلنا لا يملك بالظهور صح و لا عتق)

يريد أنه إن كان فيه ربح وقت الشراء و قبل الشراء بأن اشتراه بمائة و هو يساوى مائتين و قلنا إنه لا يملك بالظهور صح الشراء من غير إشكال إذ لا مانع منه إذ لا عتق كما هو ظاهر و به صرح فى التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٢

و إن قلنا يملك فالأقرب الصحة (١) فيعتق نصيبه و يسرى إلى نصيب المالك و يغرّم له حصته لاختياره الشراء (٢) و يحتمل الاستسعاء فى باقى القيمة للعتق و إن كان العامل مؤسراً (٣)

و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و عليه نبه فى المبسوط و هذا قسيم قوله و لا ربح فى المال

(قوله) (و إن قلنا يملك فالأقرب الصحة)

أى صحة البيع و ظاهر التذكرة أنه إجماعى و هو كذلك على الظاهر لما ستسمعه من العبارات و حكاية الإجماعات و ورود الخبر الصحيح لأن كان مورده صورة الجهل و عدم إذن المالك و هو يدل على الصحة فى صورة العلم و الإذن بالأولوية كما ستسمعه مع

وجود المقتضى وارتفاع المانع إذ ليس هو إلا حصول الضرر على المالك و هو منتف هنا لأن العتق على العامل دون المالك و أول من احتمال البطلان منا المصنف فى الكتاب كما ستسمع و وجهه أنه يلزم منه تعريض مال المالك للتلف بموته و تعطيله زمنا طويلا بغير انتفاع لأمر موهوم إذ قد يعجز عن السعى و على تقدير قدرته عليه قد لا يحصل شيئا و على تقدير تحصيله تمام قيمته أو بعضها قد لا يصل إليه و ذلك خلاف مقتضى القراض و خلاف رضا المالك مع ما فى ذلك من تنجيز حق العامل و ذلك يضر برب المالك إلا أن تقول إنا نقول بصحة البيع و لا نحكم بعقده و فيه إعراض عن القواعد القطعية و هو أن كل من ملك أباه عتق عليه فلا بد من تقييد صحة البيع بما إذا أذن له المالك و علم العامل بالنسب و الحكم بالبطلان فيما عدا ذلك لكن فيه إعراضا عن الصحيحة و عن إطلاقات الفتاوى و الإجماعات الآتية لكن الأمر فى الأخير سهل إذ جعل هذا الإطلاق مخصصا للعموم المقطوع به الدال على الصحة و هو أنه لا يجوز التصرف فى مال الغير بغير رضا منه مع أنه يشترط فى المخصص أن يكون صريحا أو كالصريح مما لا ينبغى و بالجملة إن كان هنا إجماع كما هو الظاهر إذ لم نجد مخالفا و إلا فالأمر مشكل

(قوله) (و يسرى إلى نصيب المالك و يعزم له حصته لاختياره الشراء)

أى الذى هو السبب و اختيار السبب اختيار للمسبب و قد عرفت المصرح بالسراية فيما إذا لم يكن فيه ربح وقت الشراء لكنه حصل بارتفاع السوق و من صريحه التوقف و من ظاهره ذلك و من قرب عدمها و قد صرح بالسراية هنا إذا كان مؤسرا فى المبسوط و التذكرة و الإيضاح و هو قضية جامع الشرائع بل التحرير و إن قرب عدمها هناك على تأمل لنا فى ذلك بل قد يدعى ظهور العدم منه فليحفظ و قد صرح بالتوقف هنا أيضا فى جامع المقاصد و قد يلوح ذلك من الروضة و المسالك و قد عرفت أن الصحيحة عند صدق التأمل تدل على السراية و من لحظ الرياض عرف أنه لم يلحظ المبسوط و جامع الشرائع و القواعد و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد

(قوله) (و يحتمل الاستسعاء فى باقى القيمة للمعتق و إن كان العامل مؤسرا)

هذا خيرة النهاية و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة و اللمة و التنقيح و إيضاح النافع و كذا مجمع البرهان بل و كذا المسالك و الروضة و حكاة فى الإيضاح عن أبى الصلاح و لم نجده فى الكافى و فى (الغنية و السرائر) الإجماع عليه و نسبه فى مجمع البرهان إلى فتوى العلماء تارة و نفى عنه الخلاف أخرى و العبارة التى حكيت عليها الإجماعات و وافقتها عبارات هذه الكتب المذكورة عبارة النهاية و هى هذه و متى اشترى المضارب مملوكا و كان أباه أو ولده فإنه يقوم هو عليه فإن زاد ثمنه على ما اشتراه انعتق منه بحساب ما يصيبه من الربح و يستسعى فيما يبقى من المال لصاحب المال و إن نقص عنه أو كان على رأس المال بقى رقا كما كان انتهى نعم قد خلت عبارة الشرائع و ما تأخر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٣

.....

عنها عن قوله و إن نقص إلى آخره و زيد فيها و فى بعض ما تأخر عنها أنه لا فرق فى العامل بين أن يكون مؤسرا و معسرا و هو المحكى عن التقي و قضية إطلاق الباقيين كما أن قضية إطلاق الجميع أنه لا فرق بين أن يكون ظهور الربح قبل الشراء أو عنده أو بعده و أنت خبير بأن القول هنا بعدم السراية على العامل و إن كان مؤسرا مناف لما يأتى إن شاء الله تعالى فى بابه إلا أن يقولوا إنه غير مختار فى العتق لكن كلامهم عام و مطلق بحيث يتناول العالم المختار و الجاهل أو يقولوا إن الشراء مع العلم بالنسب و ظهور الربح وقت الشراء ليس مجموع السبب و هو فى هذا القسم بعيد جدا و الأصل فى ذلك ما رواه الشيخ عن محمد بن قيس فى الصحيح و الصدوق عن محمد بن قيس قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام و الكلىنى فى الحسن عن محمد بن ميسر قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم قال يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق و استسعى

في مال الرجل و كأنهم فهموا منها أنه ينعق نصيب العامل و يستسعى العبد في باقى قيمته فالضمير في انعتق يعود إلى ما زاد و الظاهر أنه كضمير يقوم و ضمير زاد عائد إلى الأب لأن هذه الضمائر على نسق واحد فتكون دالة على انعتاق جميعه و أن المستسعى هو العامل بمعنى أنه يسرى عليه فيجب عليه بذلك السعى في تحصيل مال صاحب المال فيكون المراد بالاستسعاء المعنى العرفى بين الناس و هو السعى و الطلب أو يحمل على إعسار العامل فإنه لا خلاف و لا بحث في الاستسعاء إن كان معسرا أو على تجدد الربح بعد الشراء فإنها صالحة للتنزيل على ذلك و على ما فهم الشيخ و المعظم من الرواية تكون دالة بإطلاقها على الاستسعاء مؤسرا كان أو معسرا لمكان ترك الاستفصال و لأن التقويم عليه على خلاف الأصل و على عدم الفرق في ظهور الربح بين كونه قبل الشراء و عنده و بعده و أما صحة البيع فوجود المقتضى و عدم المانع إذ لا ضرر على المالك إذ العتق إنما هو على العامل و قد عرفت ما فيه مع الجهل بالنسب و عدم الإذن و للقاعدة القطعية و أما حمله على إعسار العامل و إلا لوجبت السراية و أما عتق نصيب العامل فلاختياره الشراء المفضى إليه (و فيه) أن مورد الخبر أنه لا يعلم أنه أبوه فكيف يتم اختياره السبب إلا أن تقول إن مورده أنه غير عالم بأنه ينعق عليه و الأول بعيد من حيث الفرض و الثانى من حيث اللفظ لأن المتبادر من الخبر هو أنه لا يعلم أنه أبوه و هو الذى فهموه و مما ذكر يظهر حال قوله في جامع المقاصد فإن قام دليل على أن العتق بالشراء موجب للسراية نزلت الرواية على إعسار العامل و إليه أشير فى المسالك و الروضة و الرياض بقولهما و حملت الرواية على إعسار العامل جمعا بين الأدلة إذ فيه أن دليل السراية هو أنه اختار السبب و هو يقضى بأنه عالم و الرواية واردة فى صورة الجهل فالمورد مختلف فلا حاجة إلى الجمع و أغرب منه ما فى الرياض فإنه قال حملت الرواية على إعسار العامل جمعا بين الأدلة و قال إن الحكم بالاستسعاء مع الإعسار و بالسراية مع اليسار و الفرق بين ظهور الربح و تجدد مبنيان على القول بالسراية فى العتق القهرى و الأشهر خلافه انتهى و أغرب منه ما فى الروضة حيث رواها عن محمد بن عمير ثم إن كلام الشيخ و من وافقه عدا صاحب إيضاح النافع غير مورد الرواية فإن كلام النهاية و غيرها عام أو مطلق شامل لصورة العلم و الجهل بالنسب و العتق كما عرفت و لا كذلك مورد الرواية نعم إيضاح النافع قيد عبارة النافع بما إذا اشتراه غير عالم أنه أبوه و قد قدمنا أن هذه الصحيحة تدل على صحة الشراء فيما إذا كان العبد يعتق على المالك و أذن فى شرائه فتثبت الحصه كما هو خيرة الشيخ هناك لا الأجرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٤

و البطلان لأنه مخالف للتجارة (١)

[المطلب الثانى ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك]

(المطلب الثانى) ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك (٢) فإن فعل بدون إذن ضمن و تنفذ تصرفاته و يستحق الربح (٣) و لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها أو بابتياح شىء معين فابتاع غيره ضمن و لو ربح حينئذ فالربح على الشرط (٤)

(قوله) (و البطلان لأنه مخالف للتجارة)

قد تقدم الكلام فيه آنفا و أنت إذا لحظت ما حررناه فى الباب عرفت ما فى كلامهم رضوان الله عليهم من القصور و الاضطراب

(قوله) (المطلب الثانى ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك)

إجماعا كما فى الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهر التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح مؤيدا بالأصل و ما يفهم من أخبار الباب و قوله صلى الله عليه و آله المسافر و ماله لعلى فلت إلا ما وقى الله أى هلاك و لا فرق بين أن يكون الطريق آمنا أو مخوفا و إنه لا يتبادر من إطلاق العقد و لا يفهم منه الشمول له و قد استدل عليه فى جامع المقاصد بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام و صحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما مع أن الأولى واردة فيما إذا أمره بإتيان أرض و نهاء عن مجاوزتها و الثانية واردة فيما إذا نهاء

عن الخروج كما ستسمعهما وفيها نوع دلالة و تركه في كلام أكثر الأصحاب لمكان ظهوره مع أنه يستفاد من حكمهم بالضمان قولاً واحداً ولم يخالف في ذلك أحد من علماء الإسلام إلا أبو حنيفة و مالك قياساً على الوديعه و الحكم في المقيس عليه ممنوع أيضاً عندنا كما في الخلاف و قد تقدم بيانه في بابه

(قوله) (فإن فعل بدون إذنه ضمن و تنفذ تصرفاته و يستحق الربح)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و كذا الغنية و السرائر و في الأخيرين الإجماع على الضمان و هو كالظاهر مع ما بعده في تناوله استحقاقه الربح لأنهما قالاً بعد حكايتهما الإجماع على ذلك بعبارة واحدة و يحتج على المخالف في صحة هذا القراض بهذه الشروط بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم و قد ترك الباقون هذا الفرع فلعلهم اكتفوا عنه بتعرضهم لحكم ما إذا أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها لمكان اتحاد الطريق و تنقيح المناط على أنك عرفت أن الأكثر لم يتعرضوا لبيان أنه لا يجوز له السفر فلم يتعرض لفرعه و من الغريب أن من تعرض لذلك كالشيخين في المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف لم يتعرضوا لهذا الفرع و كيف كان فالأولى عدم إغفاله لأنه يمكن استفادته من الأخبار بل خبر محمد عن أحدهما عليهما السلام كالظاهر فيه قال سألته عن رجل يعطى رجلاً المال مضاربة و ينهى أن يخرج قال يضمن المال و الربح بينهما و من نهاء المالك عن السفر فسافر يصدق عليه أنه سافر بغير إذنه فكان هذا العنوان بأحد شقيه مشمولاً لمورد الصحيح

(قوله) (و لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها أو بابتياح شيء معين فابتاع غيره ضمن و لو ربح فالربح على الشرط)

كما صرح بذلك كله في النهاية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و هو قضية إطلاق الوسيلة و التحرير أيضاً و الإرشاد و اللمعة و الروض و كذا مجمع البرهان بل هو قضية كلام الغنية و السرائر حيث قالوا و يحتج إلى آخر ما تقدم و قد صرح بذلك كله في المقنع في خصوص مخالفة أمره في جهة السفر و قد حكى الإجماع في الغنية و السرائر على أنه يضمن فيما إذا خالف في الأمرين أعنى السفر و ابتياح المعين و في (جامع المقاصد) نسبتته إلى الأصحاب و فيه أيضاً أنه لا بحث فيه و في (الرياض) أنه لا خلاف فيه و هو أى الضمان قضية كلام المقنعة و النهاية و في ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك الإجماع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٥

.....

على أن الربح على الشرط فيما إذا خالف في هذين الأمرين و في (إيضاح النافع) أن عليه الفتوى و في موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و في آخر أن الخلاف فيه غير معلوم و الأصل في ذلك أخبار الباب و هي على أنحاء (فمنها) ما دل على حكم المخالفة في السفر كالصحيحين اللذين في أحدهما عن الرجل يعطى المال المضاربة و ينهى أن يخرج به فخرج قال يضمن المال و الربح بينهما و من البعيد جداً أن يراد منها و من غيرها أن الربح الذي بينهما إنما هو ربح غير المنهى عنه بل لا يكاد يتصور في غيرها كما ستسمع و مثله الصحيح الآخر للحلبى و حسنة الكنانى و خبر أبى بصير و خبر الشحام (و منها) ما دل على أنه إذا أمره بابتياح شيء معين فخالفه فابتاع غيره ضمن و أن الربح بينهما كموثق جميل أو صحيحته عن أبى عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط و في (مجمع البرهان) أنها أصح الروايات التى فى الباب مع أن فى طريقها معاوية بن حكيم و هو و إن قال النجاشى إنه ثقة جليل إلا أن الكشى قال إنه فطحى و لعل لفظ أصح فى كلامه تصحيف أوضح لأنها لا تحتمل أن الربح الذى بينهما ربح المأمور به لا المنهى عليه و مثله صحيحه الحلبي فى الرجل يعطى المال مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال هو ضامن و الربح بينهما (و منها) ما دل على أن الربح له و ليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف عن شيء مما أمر صاحب المال ففى حسنة الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يعمل بالمال

مضاربة قال له الربح و ليس عليه من الوضعية شىء إلا- أن يخالف عن شىء مما أمره صاحب المال و فى صحیحة الحلبي إلا أن يخالف أمر صاحب المال و إذا جرينا فى هذه الأخبار الأخيرة على الراجح فى القاعدة الأصولية من رجوع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة خاصة كان مفادها أن الربح على الشرط و هل يتعدى لو تجاوز بالعين و المثل و للنقد و غيرها من وجوه التصرف حيث يتعين قولان إذ قد صرح فى الوسيلة بالتعدى فى المثل و النقد و ظاهر التحرير و الإرشاد و اللمعة التعدى فى الجميع و صريح الروضة و مجمع البرهان و عدمه (و نحن نقول) هذه الأخبار تدل على التعدى إما صريحا أو بالأولوية و ذلك لأن هذه الأمثلة الثلاثة إن صرح باشتراطها فى ضمن العقد كانت داخله تحت عموم قول الحلبي فيخالف ما شرط و قد قال الصادق عليه السلام فى جوابه على عمومه من دون استتصال هو ضامن و الربح بينهما و نحوه غيره و إن لم يصرح باشتراطها قلنا الحكم بصحة المضاربة مع المخالفة لما شرط عليه صريحا يستلزم الحكم بصحتها مع المخالفة لما دل عليه عقد المضاربة التزاما كالأمثلة المذكورة بطريق أولى و ليس مقتضى العقد عدمها حتى لو أنى بها كان قد خالف مقتضى العقد لأنه لو صرح بخلافها كان العقد صحيحا قطعا و ندره المصلحة فيما إذا باع بدون ثمن المثل لا تضر أصلا و ليس للمانع إلا أن يدعى أخصية المورد و هى ممنوعة فى الجميع (و بقى شىء) و هو أنه كيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذونا فيه و لم يعامل عليه و يكون آثما فيه ظالما ضامنا و قد قالوا إن المضارب بمنزلة الوكيل و قالوا إن الوكيل لا يصح له ذلك لكن الأخبار كما عرفت قد تكثرت و تضافت مع اشتغالها على الصحيح المستفيض و تعاضدت و اعتضدت بالفتاوى و الإجماعات و أن فى بعض ذلك لبلاغا فى جواز الخروج عن تلك القاعدة فلا- حاجة إلى ما تكلفه مولانا المقدس الأردبيلي فى تأويلها من أن المراد أن ذلك إذا رضى المالك أو ما إذا علم أن ما شرطه عليه أولى فى نظره فكأنه قال له هذا أولى فى نظري فإن خالفت فأنت ضامن و القراض على حاله كما إذا استأجره لحج الأفراد باعتقاده أنه أفضل فإنه يجوز له العدول إلى التمتع و ربما أولت بأن المقصود أولا و بالذات إنما هو الربح و أن تلك التخصيصات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٦

و لو سوغ له السفر لم يكن له سلوكك طريق مخوف فإن فعل ضمن (١) و لو أذن فى السفر فأجره النقل على مال القراض (٢) و نفقته فى الحضر على نفسه (٣) و فى السفر من أصل (مال خ ل) القراض كمال النفقة على رأى (٤)

عرضية لا تؤثر فى فساد المعاملة

(قوله) (و لو سوغ له السفر لم يكن له سلوكك طريق مخوف فإن فعل ضمن)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لما فيه من التغرير بل لو سوغ له سلوكك المخوف فعدم الجواز بحاله للتغرير بنفسه و لا ضمان عليه

(قوله) (و إذا أذن له فى السفر فأجره النقل على مال القراض)

إذا جرت العادة بالاستئجار على نقله كما فى جامع المقاصد و لو جرت العادة بحمله فلا يبعد عدم جواز الاستئجار

(قوله) (و نفقته فى الحضر على نفسه)

إجماعا كما فى جامع المقاصد و المسالك و عند علمائنا كما فى التذكرة و به صرح فى المبسوط و المهذب و الوسيلة و الغنية و

السرائر و جامع الشرائع و التحرير و التذكرة لأن الأصل حفظ مال الغير و عدم وجوب الإنفاق سنه و يدل عليه صحيح على بن جعفر و

غيره كما يأتى و قال مالك له أن ينفق منه على العادة كالغداء و كسرة السقاء

(قوله) (و فى السفر من أصل القراض كمال النفقة على رأى)

هو أحد الأقوال الثلاثة فى المسألة و هو خيرة النهاية و الخلاف و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و

النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و اللمعة و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و

المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و قد حكاه المصنف عن والده و أبى على و هو المشهور كما فى التذكرة و إيضاح

النافع و جامع المقاصد و مجمع البرهان و فى (المسالك و الكفاية و المفاتيح) أنه الأشهر و لا يعجبني ذلك لندرة المخالف جدا و فى (السرائر) أنه الأظهر الصحيح بين أصحابنا المحصلين و فى (إيضاح النافع) أيضا أنه الأظهر بين فقهاءنا و فى (جامع المقاصد) أيضا أنه مذهب أكثر أصحابنا و فى (الخلافة) أن عليه إجماع الفرق و أخبارهم و فى (السرائر) أيضا أن الشيخ رجع فى النهاية و الخلاف إلى أهل نحلته و إجماع عصابته عن أحد أقوال الشافعى (و فيه) أن النهاية و الخلاف متقدمان على المبسوط و فى (التذكرة) أيضا نسبة إلى علمائنا لأنه عمل للمالك و قد انقطع بسفره إلى عمله فكان كالأجير له و قد قال أبو الحسن موسى عليه السلام فى صحيح أخيه فى المضارب ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه و قد رواه فى الكافى فى القوى عن السكونى و رواه فى الفقيه مرسلا عن أمير المؤمنين عليه السلام و ما للعموم و ذلك إذا أطلقا عقد القراض كما هو قضية إطلاق الفتاوى و عموم النصوص بل يتناولان ما إذا اشترطا خرج ما إذا اشترط كونها على العامل و بقى ما إذا أطلقا أو اشترط كونها على المالك بل الثانى تأكيد كما نص عليه جماعة قلت و لا يجب حينئذ تعيينها كما توهمه فى الروضة لثبوتها بدون الشرط و فيه فائدة أخرى و هى الخروج عن الخلاف لكن فى إيضاح النافع أن النفقة تلزمه من دون إشكال إذا كانا قد علما أن ذلك حكم الشارع و إلا ففى لزومها نظر لعدم التراضى عليها إلا أن يقال إن مثلها مستثنى لعدم الخسران على العامل و فيه تأمل انتهى فتأمل فيه و مقتضى إطلاق النص و الفتوى أنه ينفق من أصل المال و لو مع حصول الربح و فى (المهذب) أنه ينفق من أصل المال و إن لم يبيع و فى (المسالك و الروضة و مجمع البرهان) و إن لم يربح و فى الأولين أنه إن ربح كانت من الربح و معناه أنه تقدم على حق العامل و فى (إيضاح النافع) أن النفقة تجبر من الربح و هو قضية كلام بعض الباقيين و المراد بالنفقة و كمال النفقة النفقة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٧

فلو كان معه غيره قسط (١) و يحتمل مساواة الحضر و احتساب الزائد على القراض (٢)

الكاملة من باب إضافة الصفة إلى الموصوف و هو جميع ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مشروب كما فى الغنية و التحرير و مركوب كما فى المبسوط و التنقيح و آلات ذلك كالقربة و نحوها و أجرة المسكن مقتصدا كما فى المسالك و الروضة و الكفاية و الاقتصاد هو المراد من الإنفاق بالمعروف فى عبارة المهذب و الوسيلة و التذكرة و جامع المقاصد و يجب رد الأعيان الباقية إلى القراض و من الغريب احتمالها فى التنقيح من عبارة النافع و هى كعبارة الكتاب أن المراد أنه ينفق الزائد عن نفقة الحضر و الباقي يكون من ماله و المراد بالسفر العرفى لا الشرعى كما فى التنقيح و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها فينفق و إن كان قصيرا أو أتم الصلاة إلا أن يخرج عن اسم المسافر (قوله) (فلو كان معه غيره قسط)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التنقيح و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح غير أنه قال فى الشرائع و لو كان لنفسه مال غير مال القراض و وجه التقسيط ظاهر لأن السفر لأجلهما فالنفقة عليهما من دون فرق بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق مع جهل كل واحد منهما بالآخر أما لو علم صاحب القراض الأول بالثانى و شرط على ماله كمال النفقة جاز و اختصت به و لا شىء على الثانى و لو شرط المالك على العامل أن لا نفقة عليه و أن النفقة على العامل أو على المضارب الآخر صح الشرط و لا كذلك لو شرطها العامل على أحد المضاربين ثم عين له التقسيط و هل التقسيط على نسبة المالىين أو نسبة العملين و جهان و قد جزم فى المبسوط بالأول و هو الظاهر من مجمع البرهان و فى (جامع المقاصد) أنه أوجه و فى (المسالك) أنه أجود لأن الاستحقاق منوط بالمال لأنه الباعث على السفر و لا نظر إلى العمل إلا أنه يرد عليه أنه لو أخذ مضاربة فى حال السفر فإنه يقتضى أن لا يستحق نفقة أصلا فتأمل و الأولى أن يكون النظر إلى ظاهر الخبر «١» و لا ترجيح فى الكفاية و فصل فى التذكرة فجعل التقسيط على نسبة المالىين إذا كان معه مال لنفسه و قرب تقسيطها على نسبة العملين إذا كان المال لغيره و لم يتضح

لنا وجهه (و من المعلوم) أن التقسيط إنما هو إذا كان ذلك المال مما يقصد له السفر فتدبر و هذا كله على القول بوجود كمال النفقة على مال القرض و أما على القول بأن الواجب هو النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصة عليهما و الباقي على ماله (و قال فى الإيضاح) ما حاصله أن التقسيط إنما يتفرع على القول بوجود كمال النفقة قال و أما على القول بأنه إنما يستحق الزيادة خاصة فإن نفقته على نفسه و هو ضعيف جدا لوجود المقتضى فى الموضوعين بل الظاهر أنه سهو أوقعه فيه إيقاع المصنف له بعد القول الأول و لا دلالة فى ذلك على ذلك و كلامه فى التذكرة و التحرير مطلق يجرى على القولين (قوله) (و يحتمل مساواة الحضر و احتساب الزائد على القراض)

الظاهر أنه أراد بالاحتمال التنبيه على قولى الشيخ فى المبسوط حيث قال إن الأقوى أنه ليس له أن ينفق من مال القراض حضرا و لا سفرا ثم قال من قال ينفق ففى قدرها وجهان أحدهما ينفق كمال النفقة و الثانى و هو الأصح أنه ينفق القدر الذى يزيد على نفقه الحضر لأجل السفر فقد جعل هذا القول مبنيا على القول بالإنفاق الذى لا يقول به و كل من قال منا بالإنفاق قال بأنه ينفق كمال النفقة و ما قال أحد منا بأنه ينفق و أنه إنما ينفق الزائد سوى كاشف الرموز و لم يقل به أحد قبله و لا بعده و إنما هى ثلاثة أقوال للشافعى فما فى إيضاح النافع و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض من أن فى المسألة

(١) كذا وجد و لعل صوابه الخبر أو الخبرين فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٨

و لو انتزع المالك منه المال فى السفر فنفقة العود على خاص العامل (١) و لو مات لم يجب تكفينه (٢)

[المطلب الثالث ليس للعامل وطء أمة القراض]

(المطلب الثالث) ليس للعامل وطء أمة القراض و إن ظهر الربح (٣)

ثلاثة أقوال ليس فى محله إذ الظاهر أن ليس نظرهم إلى كشف الرموز كما لحظناه نحن بل شيخنا صاحب الرياض ما رآه و أغرب من ذلك ما فى الروضة حيث اقتصر على حكايته و لم يحك خلاف المبسوط و يشهد على ذلك أنه فى المختلف ما حكاه و لا أشار إليه و نعم ما صنع فى التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد حيث حكى فيه كلام المبسوط بالمعنى (و من الغريب) ما عن كثر الفوائد حيث جعل قوله و يحتمل احتمالين من تنمة أحكام ما إذا كان معه مال آخر فى مقابل التقسيط (أحدهما) كون النفقة كلها فى مال العامل كالحضر لأنه إنما سافر فى تجارته و أراد أن يزداد فى الربح فأخذ مال القراض مستصحبا له (و الثانى) استحقاق الزائد على نفقة الحضر من مال القراض فى القراض المذكور لأنه مشغول بمصلحته كما كان حضرا و إنما لزم بسبب السفر القدر الزائد على نفقة الحضر و من البعيد جدا ما احتمله فى جامع المقاصد من العبارة و قدمه فقال يمكن أن يكون قوله و يحتمل مساواة الحضر إلى آخره إشارة إلى القول الذى اختاره فى المبسوط تفريعا على القول باستحقاق النفقة فيكون معناه استواء السفر و الحضر فى أن مقدار نفقة الحضر من ماله و الزائد محسوب من القراض و يكون أحد المساوين و وجه المساواة محذوفين فى العبارة تقديره و يحتمل مساواة الحضر السفر فى كون مقدار نفقة الحضر من العامل و الزائد من القراض

(قوله) (و لو انتزع المالك منه المال فى السفر فنفقة العود على خاص العامل)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأنها إنما استحققت سفرا للمضاربة و قد ارتفعت بالفسخ و لا غرر لعلمه بجواز فسخ العقد و خالف فى ذلك الشافعى فى أحد الوجهين (قوله) (و لو مات لم يجب تكفينه)

من مال القراض كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه استحق النفقة في حال الحياة و كذا لو مرض فاحتاج إلى دواء و نحوه فإنه من ماله

(قوله) (المطلب الثالث ليس للعامل وطء أمة القراض و إن ظهر ربح)

الأصل في المسألة ما قاله الشيخ في النهاية قال و لا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطؤها إلا أن يأذن له صاحب المال في ذلك و مثله على احتمال قوله في التبصرة لا يطأ جارية القراض من دون إذن المالك و قضية إطلاق الكتابين أنه لو أذن له المالك قبل الشراء أو بعده جاز له و طؤها بمجرد الإذن سواء ظهر فيها ربح أم لا و قد وافقهما في الشق الثاني الإرشاد قال لو اشترى جارية جاز له و طؤها مع إذن المالك بعده لا- قبله على رأى إذ ظاهره كما هو ظاهر الكتاب و الإيضاح فيما بعد و غاية المراد و الروض لمن أجاد التأمل فيها أنه يجوز له و طؤها بمجرد الإذن بعد الشراء سواء كان بلفظ التحليل و بدونه ظهر ربح أم لا و هو المستفاد من كلام التنقيح على طوله و المقتصر و إيضاح النافع و قد اشترطوا في الثلاثة أن لا يكون قد ظهر فيها ربح فقد وافقوهم في بعض ما ذكروا بل قد يلوح من المقتصر نسبة ذلك إلى الأكثر لمن أمعن النظر فيه و تدبر و هو في محله إن كان الإذن بلفظ التحليل و قد يفرق بين عبارة التبصرة و عبارة النهاية و يمكن أن يكون المراد من عبارة النهاية أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري للقراض جارية يطؤها إلا أن يأذن له المالك في وطئها بعد الشراء و هو قريب ظاهر تشهد به عبارة النافع فلا يكون مخالفاً لتلك المخالفة لكن المحقق و المصنف هنا و غيرهما فهموا منه أن المراد إلا أن يأذن له المالك في شرائها و وجه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٧٩

.....

شهادة عبارة النافع أنه قال و لا يطأ المضارب جارية القراض و لو كان المالك أذن له و فيه رواية بالجواز متروكة انتهى إذ ظاهرها أنه بعد شرائها للقراض لا يجوز و طؤها و إن أذن له المالك و أن الرواية واردة في جواز ذلك لكنها حينئذ متناقضة إذ الرواية ليست واردة في ذلك (إلا- أن تقول) لفظ كان يدفع ذلك فتوافق عبارة الشرائع قال و لا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطؤها و قيل يجوز مع الإذن و قد نسب في غاية المراد و الروض ما في الإرشاد إلى نجم الدين و قد سمعت العبارات الثلاث (إلا أن تقول) لعله أشار إلى قوله في الشرائع بعد ذلك و لو أحلها بعد شرائها صح (و فيه) أنه غير ما في الإرشاد و لكن يمكن الجمع مع تكلف و قضية ما في الشرائع و النافع أخذاً بالظاهر أنه ليس له و طؤها مع إذن المالك له من قبل أو من بعد ظهور ربح أم لا و أنه لو أحلها له بعد الشراء بلفظ التحليل جاز ظهر ربح أم لا و هو حاصل كلام التحرير بعد تحريره و ضم بعضه إلى بعض و ما هو قضية كلام الشرائع من أنه ليس له و طؤها مع الإذن سابقاً و لا- حقاً ظهر ربح أم لا هو قضية كلام المبسوط و المهذب و كشف الرموز و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و في (مجمع البرهان) أن المسألة من المشكلات و يأتي للمصنف أنه لو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل جاز و الأقرب المنع و قد قيل في الإيضاح و جامع المقاصد أنه أشار بالقييل إلى قول الشيخ في النهاية فيكون قول المصنف هنا ليس للعامل إلى آخره مسوقاً لغير ما إذا أذن المالك له في شراء أمة يطؤها كأن يكون قد اشتراها للقراض من أول الأمر فيكون معناه بقريته قوله من دون إذن أنه إذا كان اشتراها للقراض يجوز له و طؤها إذا أذن له المالك فيه و لم يبين حال ما إذا أذن له قبل الشراء فنبه عليه بالعبارة الثانية (و كيف كان) فقد احتجوا للشيخ بما رواه هو في التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعه عن محمد بن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي الحسن عليه السلام قال قلت له رجل سألتني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربه يشتري له ما يرى من شيء فقال اشتر جارية تكون معك و الجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها و ضيعة فعلية و إن كان فيها ربح فله للمضارب أن يطأها قال نعم و الحسن ثقة فقيه و محمد هو ابن عمير و عن صاحب البلغة أنه قال ظفرت بما يقرب من مائة موضع قد عد فيه حديث الكاهلي صحيحاً و قد رماها جماعة بالضعف و أغرب منه ما في كشف الرموز و غاية المراد و المهذب البارع و المقتصر و

التنقيح و الروض في بيان الضعف أن في طريقها سماعه و هو واقفي إذ فيه غلط من ثلاثة وجوه (أحدها) أنه من أصحاب الصادق و الكاظم عليهما السلام بل قيل إنه مات في عصر الصادق عليه السلام فكيف يروى عنه حميد بن زياد (و ثانيها) أن الموجود في الأصول الحسن بن محمد بن سماعه (و ثالثها) أن سماعه إما ثقة أو موثق و وجه دلالتها أن قوله تكون معك إذن له في وطئها و تحليل كما فهمه المضارب و السائل على الظاهر مع تقرير المعصوم عليه السلام فتكون دلت على أن الإذن قبل الشراء كاف في جواز الوطء سواء كان الشراء لخصوص المالك أو للقراض فتكون دليلاً للنهاية على ما فهموه منها فما ذكر في التنقيح و الرياض في رد دلالتها من أنها ليست مال مضاربه غير منقح و لا صحيح لأن كونها ليست مال مضاربه لا تعلق له في ذلك فليفهم فإنه ربما دق و كذا قولهما إنها تضمنت جواز الوطء بمجرد إذن المالك في شرائها و كونها معه و هو أعم من تحليله الوطء و لا دلالة للعام على الخاص إذ فيه أن أحداً قبل المقداد لم يتأمل في دلالتها مضافاً إلى ما عرفته من فهم المضارب و السائل و التقرير نعم يرد عليه أن الآذن إنما يأذن في وقت يكون له ذلك و الإذن قبل البيع و الشراء إذن في المعدوم (و فيه) أنهم قد جوزوا أن يأذن له في شراء عبد و عتقه و شراء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٠

فإن فعل من غير إذن حد و عليه المهر و ولده رقيق إن لم يظهر ربح و لا تصير أم ولد (١) و لو ظهر ربح انعقد حراً و هي أم ولد و عليه قيمتها (٢)

□

طعام و نحوه و أكله و هبته و بيعه و التصديق به كما يأتي في الوكالة إن شاء الله تعالى (إلا أن تقول) إن حل الفرج منحصر في العقد و الملك و الإذن المتقدم لم يصادف أحدهما و لا عامل بالرواية غير الشيخ في النهاية إن كان عاملاً بها فلا تنهض على تخصيص القاعدة إلا أن تقول إن الإذن كناية عن التحليل و التوكيل فيه هذا ما يتعلق بالرواية و كلام النهاية و أما وجه عدم جواز وطئها إذا كان اشتراها للقراض إن لم يأذن له فلأنها ملك لرب المال إن لم يظهر ربح و إن ظهر فهي مشتركة على أصح القولين و ليس لأحد الشريكين و طء الأمة المشتركة و وجه عدم جوازه بالإذن بعد الشراء إن لم يظهر ربح أن سبب الحل منحصر في العقد و الملك و قد أرجعوا التحليل إلى أحدهما و لا بد للتحليل من إيجاب بلفظه و قبول و المفروض أن لا شيء من ذلك كله إلا أن يحمل كلام من أجاز على وقوع ذلك فيكون مرادهم بقولهم إذا أذن المالك أنه أوقع ذلك فليلاحظ فإنه قريب جداً و أما إذا ظهر ربح فوجهه أن الجواز حينئذ بالتحليل يستلزم التبعض و هو غير جائز

(قوله) (فإن فعل من غير إذن حد و عليه المهر و ولده رقيق إن لم يظهر ربح و لا تصير أم ولد)

قد تقدم في باب الغضب أن الواطئ إذا وطأ جارية الغير من دون إذن مالكتها إن المعروف الذي عليه المعظم و به أفصحت الأخبار أنه يلزمه عشر قيمتها إن كانت بكرًا و نصفه إن كانت ثيبًا و أن القول بأن عليه مهر أمثالها خلاف التحقيق نعم هو متجه فيما إذا كان وطأها بعقد معتقداً كل منهما صحة النكاح لأنه قد دخل على لزوم المسمى بالوطء و قد فات بفساد العقد فيجب مهر المثل و تقدم أن أرش الجنائية بإزالة البكارة يدخل في مهر المثل على القول به و في العشر على القول به و أن القول بعدم دخوله و أنه يجب لإزالتها شيء زائد هو إما العشر فيجتمع عليه عشرا أو الأرش أو أكثر الأمرين من الأرش و العشر ضعيف و هذا كله إذا كانا جاهلين بالتحريم و أما إذا كانا عالمين و أكرهها فعليه العشر أو نصفه و الحد و الولد رقيق للمالك و له أرش النقص و الأجره و لو طأعته حدا و في عوض الوطء إشكال أصح أنه لا عوض له لأنها بغى أما لو كانت بكرًا فعليه أرش البكارة و على هذه التقادير لا تصير أم ولد قطعاً

(قوله) (و لو ظهر ربح انعقد حراً و هي أم ولد و عليه قيمتها)

لأنه إذا ظهر ربح صار شريكاً فإن كان يعتقد حل الوطء لكل منهما لمكان ملكه بعضها منها فلا حد عليه إجماعاً و أخباراً لمكان الشبهة و إلا حد و لكن يسقط عنه بقدر نصيبه إلا أن يكون المالك ابنه فإنه لا يحد أصلاً و المراد بالحد هنا الجلد لأن الرجم لا يقبل

التبعيض و أن الرجم إنما هو فى الزنا المحض و لذلك يلحق به الولد و إن كان عالما بالتحريم و الزانى العالم لا يلحق به الولد و الوجه فى ذلك أن الشبهة فى إلحاق النسب أحد أمرين الشبهة المسقطه للحد و الثانية مسيس الملك لأن مسيس الملك يثبت لحق الولد و يجعلها أم ولد كما صرحوا به فى عدة مواضع منها ما يأتى للمصنف قريبا فيما إذا وطأها المالك و بذلك يندفع عنه إشكال جامع المقاصد كما ستسمع و أما أن الولد ينعقد حرا فلمكان مسيس الملك و لا يشترط فيه جهالته بالتحريم بل لو علم بالتحريم حينئذ لحق به الولد لأن اعتبار الملك يخرج عن كونه زانيا كما عرفت و النسب و حرية الولد لا يتبعضان و أما أن عليه قيمتها فلأنها صارت أم ولد و معناه أنه تقوم عليه حصه الشريك حين الحمل لا بنفس الوطء و المعتبر قيمتها عند

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨١

و ليس للمالك وطء الأمة أيضا (١) فإن فعل فهى أم ولد إن علق و لا حد (٢) و تحتسب قيمتها و تضاف إليها بقية المال و إن كان فيه ربح فللعامل حصته (٣) و لو أذن له المالك فى شراء أمة يطؤها قيل جاز و الأقرب المنع نعم لو أحله بعد الشراء صح (٤) و ليس لأحدهما تزويج الأمة و لا مكاتبه العبد (٥)

الوطء أو يوم التقويم أو الأ-كثر أقوال أقواها الأول و التقويم و البيع قهريان و عليه قيمة الولد يوم سقط حيا على تقدير كونه عبدا و يسقط من قيمته ما قابل نصيبه كما بينا ذلك كله فى باب البيع و الغصب مسغا (قوله) (و ليس للمالك وطء الأمة أيضا)

كما فى المبسوط و المذهب و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و فى الأول كما هو قضيه إطلاق الأخيرين أنه لا يفرق بين أن يكون هناك ربح أم لا لأن حق العامل قد تعلق بها و الوطء ينقصها إن كانت بكرا و يعرضها للخروج عن المضاربة و للتلف و لأنه ربما يؤدى إلى إحبالها بل قال فى التذكرة إن انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم و إنما يتيقن الحال بتنضيض المال و أما لو يتيقن عدم الربح فالأقرب أنه يجوز له الوطء و قال إذا قلنا بالتحريم و وطئ فالأقرب أنه لا يكون فسحا (و فيه) أنه ينبغى حينئذ أن لا يجوز له الوطء حتى يفسخ و إن لم يكن ربح لثبوت علاقة العامل بها ثم إنهم قد عدوا الوطء من البائع ذى الخيار فسحا فينبغى أن يكون هنا كذلك ثم إن قوله أما لو يتيقن إلى آخره ينافى إطلاق قوله ليس له أن يكاتب عبد القراض إلا برضا العامل (قوله) (فإن فعل فهى أم ولد و لا حد)

كما فى التذكرة و فى (جامع المقاصد) أما صيرورتها أم ولد فلا بحث فيه و أما أنه لا حد فلأنها إذا لم يظهر ربح ملك له خاصة و أما مع الظهور فقد قال فى التذكرة فلأن الشبهة حاصله إذ جماعة يقولون بأنه ليس للعامل فيها شيء إلا بعد البيع و ظهور الربح و القسمة و قد عرفت آنفا أن من الشبهة مسيس الملك و حصوله و لو بجزء فيها كما صرحوا به فى باب البيع و لا حاجة إلى تحصيلها من وقوع الخلاف مع أنه يلزم أن كل ما وقع فيه الخلاف يعد شبهة ثم إن المالك قد يكون مجتهدا قائلا باستحقاق العامل الربح بظهوره فكيف يعد ذلك شبهة بالنسبة إليه ثم إننا لم نجد القائل منا بأنه ليس للعامل فيها شيء مالا بعد البيع و ظهور الربح و القسمة كما ستسمع و قد أشكل الأمر فى ذلك على المحقق الثانى لما رأى عدم صحة تعليل التذكرة و لم يكن عنده غيره مع أنه جزم بما قلناه فى باب البيع فيما إذا وطأ أحد الشريكين حيث قال لأن له فيها حقا فاعتباره يخرج عن كونه زانيا

(قوله) (و تحتسب قيمتها و يضاف إليها بقية المال و إن كان فيه ربح فللعامل حصته)

قال فى التذكرة إنها تصير أم ولد و تخرج من المضاربة و لا تحسب قيمتها و يضاف إليها بقية المال فإن كان ربح فللعامل أخذ نصيبه منه و هو الصحيح و لم يتضح لنا وجه ما فى الكتاب إذ معناه أنها تحتسب قيمتها و تدفع إلى العامل و يضاف إليها بقية المال ليكون الجميع رأس مال القراض لأن العقد لا يبطل بذلك و أنه إذا كان فى المأخوذ قيمة ربح فللعامل أخذ حصته منه لأنه قد نص (و فيه) ما قاله فى جامع المقاصد من أنه إن كان ذلك فسحا للقراض لم يكن لإضافة بقية المال إليها معنى بل لا بد من عقد جديد و إن لم

يكن فسحا فملك العامل لا يستقر على الحصه من الربح بذلك

(قوله) (و لو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل جاز و الأقرب المنع نعم لو أحله بعد الشراء صح)

قد تقدم الكلام فيه آنفا مسبقا

(قوله) (و ليس لأحدهما تزويج الأمة و لا مكاتبه العبد)

كما في المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و وجهه في العامل فيهما ظاهر و أما في المسالك في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٢

فإن اتفقا عليهما جاز (١) و ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله إلا مع إذنه فيضمن بدونه (٢) و لو قال اعمل برأيك فالأقرب الجواز

(٣) و ليس له أن يشتري خمرا و لا خنزيرا إذا كان أحدهما مسلما (٤) و ليس له أن يأخذ من آخر مضاربة إن تضرر الأول إلا بإذنه

(٥)

التزويج فلأن القراض لا يرتفع بالتزويج و هو ينقص قيمتها فيتضرران به و أما في الكتابة فلأن وضع القراض على الاكتساب بالبيع و

الشراء و ما في معناهما و الكتابة اكتساب آخر

(قوله) (فإن اتفقا عليهما جاز)

كما في الكتب الخمسة المتقدمة لأن الحق لهما لا يعدوهما و في (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه

(قوله) (و ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله إلا مع إذنه فيضمن بدونه)

كما في المبسوط و المهذب و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و كذا الإيضاح لأن الشركة عيب لم يأذن له فيه و لأنه

صيره كالتالف لأنه لا يقدر على رد المال بعينه فكان كالمودع و الوكيل فإذا فعل كذلك فقد تعدى فيضمن و يآثم و يكون الربح

على ما شرطاه كما في التحرير كما تقدم مثله

(قوله) (و لو قال اعمل برأيك فالأقرب الجواز)

كما هو خيرة التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و به قال أكثر العامة لأنه قد جعل النظر في المصلحة و فعلها موكولا إليه و ربما

رأى الحظ للمضاربة في المزج لأنه أصلح فيدخل تحت عموم اعمل برأيك لأنه مصدر مضاف إلى معرفة فكأنه قال له اعمل بكل ما

تراه في كل موضع على أن أهل العرف لا يفهمون منه العمل برأيه وقتا ما فلا يلتفت إلى ما قيل إن الرأي مصدر لا عموم فيه و قال

الشافعي ليس له ذلك لأن ذلك ليس من التجارة (و فيه) أنه إذا كان فيه غبطة كان من توابعها و قد حكى الشارحان ذلك قولاً و

ظاهرهما أنه لنا و لم نجده إلا للشافعي

(قوله) (و ليس له أن يشتري خمرا و لا خنزيرا إذا كان أحدهما مسلما)

كما في الخلاف و المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بل قد نص على عدم الجواز إذا كان العامل ذميا فيما ذكر

لمكان قول أبي حنيفة أنه إذا كان العامل ذميا جاز له بيعهما و شراهما و قول أبي يوسف أنه يصح منه الشراء و لا يصح منه البيع لأنه

وكيل و الوكيل يدخل ما يشتريه أولا في ملكه و لو كانا ذميين جاز كما في التذكرة و جامع المقاصد و هو قضية البقية و مثلهما أم

الولد و كل ما لا يجوز للمسلم شراؤه فإن فعل ضمن كما في المبسوط عالما كان أو جاهلا كما في التذكرة و الوجه في الجميع

واضح حتى ضمانه مع الجهل

(قوله) (و ليس له أن يأخذ من آخر مضاربة إن تضرر الأول إلا بإذنه)

كما هو خيرة جامع المقاصد و الحنابلة و أطلق في التحرير قال يجوز للعامل أن يعامل آخر و يسعى بالمالين و ظاهر التذكرة التوقف

حيث حكى القولين عن العامة من دون ترجيح لأحدهما حكى الجواز عن أكثر الفقهاء و المنع عن الحنابلة و حكى في حجة

المجوزين أنه عقد لا يملك به منافعه بأسرها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر و كالأجير المشترك و في حجة المانعين بأن المضاربة مبنية على الحظ و النماء فإذا فعل ما يمنعه لم يكن كماله لو أراد التصرف في العين و زاد في جامع المقاصد في رد حجة المجوزين أنه و إن لم يكن ملك منافعه بأسرها لكنه تعين عليه صرفها في العمل للقراض الأول بمقتضى العقد و لهذا لا يجوز له ترك المال بغير عمل و لا-التقصير عن العمل التي جرت به العادة انتهى (و فيه) أنه إذا كان العقد جائزا لم يكن يقتضى العقد وجوب صرفها في ذلك كما هو ظاهر على أن وجوب صرفها في ذلك هو معنى ملكه لمنافعه بأسرها و ما استند إليه في محل المنع و لعله لذلك أطلق في التحرير و أطبق العامة عدا الحنابلة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٣

فإن فعل و ربح في الثانية لم يشاركه الأول (١) و لو دفع إليه قرضا و شرط أن يأخذ له بضاعة فالأقوى صحتهما (٢) و لو قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف و تفاضلا في الباقي مع تساوى المالين أو بالعكس فالأقوى الصحة (٣)

الظاهرة على الجواز و قد مثلوا التضرر بأن يكون المال الثاني كثيرا يشغله عن السعى في الأول أو يكون المال الأول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته فيه و فات بعض مصالحه (و قال في التذكرة) إذا لم يتضرر الأول بمعاملة الثاني جاز له الأول أم لم يأذن قولا واحدا

(قوله) (فإن فعل و ربح في الثانية لم يشاركه الأول)

أى فإن أخذ مضاربة بدون إذن الأول مع تضرره و عمل فيها و ربح كان للعامل حصته من الربح و لم يشاركه فيه الأول و هو خيرة التذكرة على تقدير القول بالمنع و جامع المقاصد و التحرير و قالت الحنابلة بأن يشاركه الأول فيأخذ العامل نصيبه من ربح الثانية و يضمه إلى ربح المضاربة الأولى و يقاسمه رب الأولى و هو ليس من مواضع أنظار العلماء لأن الربح إنما يستحق بمال أو عمل و ليس لرب الأولى في الثانية عمل و لا-مال و تعدى المضارب بترك العمل لا يوجب عوضا كما لو ترك التجارة و اشتغل بالعلم أو غير ذلك و لو أوجب عوضا لم ينحصر بقدر ربحه في الثانية بل كان شيئا مقدرا لا يختلف

(قوله) (و لو دفع إليه قرضا و شرط أن يأخذ له بضاعة فالأقوى صحتهما)

أى القراض و الشرط و قد أسبغنا فيه الكلام في الباب و ذكرنا خلاف المبسوط و المهذب

(قوله) (لو قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف و تفاضلا في الباقي مع تساوى المالين أو بالعكس فالأقوى الصحة)

كما هو خيرة التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و قيد في الأخيرين بما إذا أطلقا شرط النصف له من غير تعيين لما يستحق على كل واحد قلت هو المفروض في مثالهم و كلامهم و قد جزم في المبسوط و المهذب بفساد هذه الصورة و تردد في ذلك في الشرائع بعد أن جزم أولا بالفساد و التوقف ظاهر الإيضاح و جزم في الخلاف و التذكرة بالصحة فيما إذا قال لك النصف من الربح ثلثه من مال هذا و ثلثاه من مال الآخر و النصف الآخر بينهما نصفين و اختير في المبسوط و جامع الشرائع خلاف ما في الخلاف و لا ترجيح في ذلك في التحرير (و تنقيح البحث) في المسألة أن يقال إنه إذا تساوى المالان ففيه ست مسائل يجب بيانها و منها يعرف ما عداها (الأولى) أن يدفع إليه ألفا مثلا بأن يكون له النصف متساويا بمعنى أنه يأخذ من أحدهما نصفه و من الآخر نصفه و النصف الباقي يقسم بينهما أيضا (و الثانية) أن يكون له النصف متفاوتا و النصف الباقي يقسم بينهما متفاوتا و معنى أخذ العامل نصفه متفاوتا و أن النصف الآخر يقسم بينهما متفاوتا أن العامل يأخذ من ربح أحدهما ثلثه مثلا و من الآخر ثلثيه كأن يكون الربح ثمانية عشر فيأخذ العامل نصفه و هو التسعة من زيد ثلثه لأنه شرط له الثلث و من عمرو ستة لأنه شرط له الثلثين و يقسمان النصف الباقي بالتفاوت فيأخذ الثلثين من شرط له الثلث و الثلث من شرط له الثلثين (الثالثة) أن يقول لك النصف متفاوتا ثلثه من مال شريكى و ثلثاه من مالى و نقسم النصف الباقي بيننا نصفين (الرابعة) أن يقول إن لك النصف متساويا منى نصفه و من شريكى نصفه و النصف

الآخر نقسمه بيننا أثلاثا (الخامسة) أن يقولوا لك النصف و يسكتا بأن لم بينا أنه على التساوى أو على التفاوت و يقولوا إن النصف الآخر نقسمه أثلاثا (السادسة) عكسها و هى أن يقولوا لك النصف متفاوتا و النصف الآخر بيننا و لم بينا أنهما يقسمانه على مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٤
و لو كان العامل اثنين و ساواهما فى الربح صح (١)

التفاوت أو على السوية إذا عرفت هذا فالصحة فى المسألتين الأوليين مما لا نزاع و لا خلاف فيها (و أما الثالثة) فالصحة فيها خيرة الخلاف و التذكرة بل فى الأول أنه الذى يقتضيه مذهبنا و الفساد خيرة المبسوط و جامع الشرائع و لا ترجيح فى التحرير فمستند الصحة العمل بالشرط و عمومات الإيفاء بالعقود و أن القراض كما فى المختلف عقد مستقل بنفسه و قد ثبت على شرط صحيح و لا يضره وجوب تساوى الشريكين فى الربح عند تساوى المالىين على أن عدم الوجوب مذهب جماعة و هو الذى قضت به الأدلة و قد جوز جماعة كثيرون فى باب الشركة اشتراط التفاوت فى الربح مع تساوى المالىين و إن لم يكن هناك عمل لهما و لا لأحدهما فليلحظ و وجه البطلان الربح تابع للمال فإذا شرط له النصف متفاوتا كان النصف الآخر بينهما متفاوتا لا متساويا فإن من شرط له ثلثي ربحه يجب أن يأخذ من الباقي ثلثه لا- نصفه (و أما الرابعة) فقضية كلام المبسوط و المهذب الجزم فيها بالفساد لأنهما جزما به فى الخامسة فيلزمهما ذلك فى هذه بالأولى و لا يلزم القائلين بالصحة فى الخامسة القول بها فى الرابعة نعم يلزم من القول بالصحة فى الثالثة القول بها هنا (و أما الخامسة) فهى المفروضة فى عبارة الكتاب و قد عرفت القائلين فيها بالصحة و القائلين بالفساد و من تردد أو ظاهره ذلك و يلزم القائل بالصحة فى الثالثة القول بها هنا و مستند الصحة هنا هو عين ما تقدم فى الثالثة مع زيادة أن مرجع ذلك إلى أن أخذ الفضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لأن الأصل لما اقتضى التساوى فى الربح مع التساوى فى المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا إلى حصة العامل بمعنى أن مشروط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعله له أخذ النقيصة و هو جائز فينزل إطلاق العقد على هذا الفرد تغليا لجانب الصحة و عملا بالعمومات فيكون نصف الشريك متفاوتا كنصف المالكين فترجع إلى المسألة الثانية التى هى محل وفاق قولك إن إطلاق النصف يتبادر منه كونه أخذ من كل نصفه لا أنه أخذ من أحدهما ثلثه و من الآخر ثلثيه فحمله على الثانى دون الأول ترجيح بلا مرجح أو عدول عن الراجح و إليه نظر المبسوط و ما وافقه و فيه أن المرجح ما قد عرفت من التغليب و العموم و الإنصاف أنه لا يفهم و لا يتبادر من شرط النصف له و لو ذكر معه ما بعده إلا أنه يأخذه من كل منهما متساويا (و أما السادسة) فالحال فيها كالحال فى الخامسة لأنها عكسها بل قد ندعى أن الصحة فيها أظهر ثم عد إلى العبارة إذ مقتضى إطلاقها أنه لا فرق بين كون المالىين ممتزجين و عدمه و أنه لا فرق بين كون حصة العامل مشروطة من مجموع ربح المالىين أو من ربح كل منهما وحده و محل النزاع الأول و أما إذا شرطت حصة العامل من نصيب كل منهما بخصوصه فإن صحة العقد و الشرط تبني على ما سبق فى الشركة إذا كان المالىان ممتزجين و قد سبق للمصنف أن الصحة مشروطة بما إذا عملا أو أحدهما و ذلك لا يجرى هنا لأن العامل غيرهما و على ما اخترناه من صحة اشتراط التفاوت مع التساوى و بالعكس كانت المسائل الست صحيحة عندنا و أما صورة العكس فى العبارة فتعرف مما سلف (و قال فى جامع المقاصد) إذا عرفت ما قرناه و لحظت كلام الشارح الفاضل عرفت أنه غير واف بحل العبارة و نحن نقول إذا عرفت ما قرناه و لحظت كلامه و كلام غيره عرفت أنه غير واف فى تحرير المسألة و استيفاء أطرافها و نقل خلافها و من الغريب أنه و صاحب المسالك لم ينقلا فى المسألة خلافا من أحد فلا أقل من ملاحظة المختلف إن لم يتيسر لهما ملاحظة الخلاف و المبسوط و المهذب و جامع الشرائع بل كأن المحقق الثانى لم يراجع الشرائع

(قوله) (و لو كان العامل اثنين فساواهما فى الربح صح)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٥

و إن اختلفا فى العمل (١) و لو أخذ من واحد مالا كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك (٢) و لو أخذ مائة من رجل و

مثلها من آخر و اشترى بكل مائة عبدا فاختلطا اصطلاحا أو أقرع (٣)

كما إذا قال لكما نصف الربح فإنه يصح و يكونان فيه سواء كما في المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروض و مجمع البرهان أما الصحة مع التعدد فلا شك فيها كتساويهما مع التصريح به كما هو ظاهر العبارة و أما التساوى مع الإطلاق كما هو المفروض في المبسوط و المهذب و الشرائع فلأن الأصل عدم التفضيل كما هو الشأن في غيره من الوصايا و الوقوف و النذور و الهبات و غيرها
(قوله) (و إن اختلفا في العمل)

كما في التحرير و هو قضية إطلاق الباقي لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين و يصح في العقدين أن يجعل لكل واحد منهما نصف الربح و إن اختلفا عملا على أن مالكا لم يخالف في ذلك و إنما منع من المفاتنة بين العاملين إذا رضهما في عقد واحد قياسا على شركة الأبدان كما حكاها عنه جماعة و حكى عنه في المسالك على الظاهر أنه اشترط مع ذلك التساوى في العمل و قد نص في الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك على أنه يصح تفضيل أحدهما و إن تساويا في العمل لأن أمر الحصه على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها و لأن العقد مع اثنين بمنزلة عقدين

(قوله) (و لو أخذ من واحد مالا كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك)

كما في المبسوط و المهذب و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض و المسالك و مجمع البرهان غير أنه لا تقييد في الثلاثة الأول يجهل المالك بل أطلق فيها الضمان لكنه مراد جزما لأنه مع عجزه يكون واضعا يده عليه على غير الوجه المأذون فيه لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامنا و هذا مع جهله و أما مع علمه فلا ضمان إما لقدمه على التفويت أو لأنه يكون كالإذن له في التوكيل و المراد بالعجز العجز عن التصرف في المال و تقليبه في التجارة و هذا يحصل حال العقد فمن ثم فرقوا بين علمه و جهله و ظاهر عباراتهم أنه يضمن الجميع لأن وضع يده عليه غير مشروع و قد يمنع عدم مشروعية وضع اليد على الجميع للأصل و أن عدم القدرة إنما هو على تلك الزيادة فلا يتعدى المنع إلى غيرها فلا- يضمن إلا- الزائد الذي لا يقدر على التصرف فيه و حفظه (و قال في المسالك) و هل يكون ضامنا للجميع أو للقدر الزائد على مقدوره قولان ثم قوى ضمان الجميع لعدم التمييز و النهى عن أخذه على هذا الوجه ثم قال و ربما قيل إنه إن أخذ الجميع دفعه ضمن الجميع و إن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد و لم يمزجه ضمن الزائد خاصة ثم قال و يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه إذ لو ترك الأول و أخذ الزيادة لم يعجز انتهى (و فيه أولا) أنا لم نجد هذين القولين و لا القول بالتفصيل للخاصة و لا العامة و لا حكاها غيره (و ثانيا) أنه إن كان أخذ الجميع بعقد واحد فلا فرق بين الأخذ بالتدريج و عدمه لأن وضع اليد على الكل ممنوع فيكون ضامنا للجميع و عليه ينزل إطلاق العبارات و إن كان قد أخذه بعقدين فصاعدا بطل العقد المشتمل على الزيادة و مجرد وضع اليد على الكل مع تعدد العقد لا يوجب ضمان الكل فلم ينتج القول و لا الإشكال و مثل العجز عن المال لكثرة العجز عنه لضعفه مع قلته كما في المبسوط و المهذب و التحرير و لو تجدد وجب عليه رد الزائد عن مقدوره

(قوله) (و لو أخذ مائة من رجل و مثلها من آخر و اشترى بكل مائة عبدا و اختلفا اصطلاحا أو أقرع)

أما إذا اصطلاحا و تراضيا فلا بحث كما في جامع المقاصد و إن تشاحا أقرع لأن كل أمر مشكل فيه القرعة و قال في مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٦

[المطلب الرابع العامل يملك الحصه من الربح بالشرط]

(المطلب الرابع) العامل يملك الحصه من الربح بالشرط (١)

(التذكرة) للشافعية قول غريب أن العبدین یبقیان علی الإشکال إلی أن یصطلحا انتهى فتأمل و فی (المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير) أنهما یباعان و یدفع إلی کل واحد منهما نصف الثمن فإن كان هناك فضل أخذ کل منهما رأس ماله و اقتسما الربح علی الشرط (و قال فی المبسوط) إنه المنصوص لأصحابنا و قال فإن كان فيه خسران فالضمان علی العامل لأنه فرط فی الخلط و معناه كما هو صریح التذكرة و التحرير أنه لو كان الخسران لانخفاض السوق لم یضمن لأنه یزید علی الغاصب ثم إنه قوی فی المبسوط القرعة و رده فی المهذب بأنه منصوص فلا- وجه للقرعة و لعلهما أشارا إلی خبر إسحاق بن عمار كما ستسمعه و فی (المختلف) أن كلا القولین جائز لأن النص ورد فی الثوبین و لم یذكر فی المضاربة بل الإبضاع و فی طریق الروایة قول و القول بالقرعة لیس بعیدا من الصواب انتهى و قد تقدم لنا فی باب الصلح أنه یمكن عند الروایة من الحسان و من الصحاح و ظاهر كلام الكتب المذكورة عدا المهذب و التذكرة أنهما مخیران بین بیعهما منفردین أو مجتمعین إن أمکن کل منهما و أن الربح یقسم علیهما و إن بیعا منفردین و كان الربح فی أحدهما و أن ذلك علی سبیل القهر إن تعاسر (إلا أن تقول) إن مرادهم فی الكتب الأربعة أنهما یباعان معا قهرا كما فی كل مال ممتزج غیر متمیز كما نبه علیه فی المهذب و التذكرة حیث استدلا علی ذلك فیهما بالخبر الآتی لأنه قد تقدم فی باب الصلح للمصنف أنه لو اشترى لرجلین ثوبین و اشتبها أنهما یباعان معا «١» منفردین فإن تساویا فی الثمن فلكل مثل صاحبه و إن تفاوتتا فالأقل لصاحبه و معناه أنهما یباعان مجتمعین حیث لا یمكن الانفراد لعدم الراغب و الحال أنهما تعاسرا أى لم یخبر أحدهما صاحبه صارا كالمال المشترك شركة إجباریه كما لو امتزج الطعامان فیقسم الثمن علی رأس المال و علیه تنزل الروایة كما ستسمعها و إن أمکن بیعهما منفردین و جب فإن تساویا فلكل واحد ثمن ثوب و إن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر و الأقل لصاحب الأقل بناء علی الغالب من عدم الغبن و إن أمکن خلافه إلا أنه نادر لا أثر له شرعا و قد روى إسحاق بن عمار عن الصادق علیه السلام أنه قال فی الرجل یبضعه الرجل ثلاثین درهما فی ثوب و آخر عشرين فی ثوب فبعث الثوبین فلم یعرف هذا ثوبه و هذا ثوبه قال یباع الثوبان و یعطى صاحب الثلاثین ثلاثة أخماس الثمن و الآخر خمسی الثمن قال قلت فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثین اختر أيهما شئت قال قد أنصفه و قد عمل بها الأصحاب فی باب الصلح علی أن ذلك قهري و قد قال جماعة أنه لا یتعدى بها إلی غیر موردها من الثياب المتعددة و الأثمان و الأمتعة و احتمل آخرون التعدیه لاتحاد الطریق و تمام الكلام فی باب الصلح و مما یشبه مسألة الثوبین ما لو أودعه رجل درهمین و آخر درهما و امتزجا لا بتفريط و تلف أحدهما «٢»

(قوله) (المطلب الرابع العامل یملك الحصه من الربح بالشرط)

كما صرح به فی الإستبصار لأنه جعله عنوان الباب و النهاية فیما إذا اشترى العامل أباه أو ولده و فیما إذا ضارب بمال الیتیم و فیما إذا خالف أمر المالك و غیر ذلك من كلامه فیها و به طفحت عبارة الخلاف و المبسوط فی الباب و باب الزكاة و المهذب فیما یقرب من عشرين موضعا منه و فقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و التبصرة و المختلف و الإيضاح و اللعة و غاية المراد و المهذب البارع و المقتصر و التنقیح و جامع المقاصد و الروض

(١) إن لم یمكن الانفراد و یقسط الثمن علی القیمتین مع التعاسر فإن بیعا

(٢) قالوا یختص ذو الدرهمین بواحد و یقسم الآخر بینهما (حاشیه منه)

مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٧

دون الأجرة علی الأصح (١) و یملك بالظهور لا بالإبضاع علی رأى (٢)

و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و هو المحكى عن أبى على و هو قول جميع المسلمين كما فى الروضة و قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلا من أصحابنا كما فى المسالك و الكفاية و إلا شواذا من أصحابنا كما فى المفاتيح و عليه الإجماع كما فى السرائر و هو المشهور كما فى المهذب البار و المقتصر و المشهور المفتى به كما فى التنقيح و عليه الأكثر كما فى جامع المقاصد و عامة من تأخر كما فى الرياض و القول بالخلاف نادر كما فى الروضة بل فيها أن إجماع المسلمين يدفعه و المخالف المفيد فى المقنعة قال و للمضارب أجر مثله و الربح كله لصاحب المال و قال أيضا إنه إن شاء أعطاه ما شرطه له فى الربح و إن شاء منعه و كان عليه أجره مثله و قال فى موضع من النهاية للمضارب أجره المثل و الربح لصاحب المال و قد روى أنه يكون للمضارب من الربح بقدر ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع (و قال فى المراسم) المضاربة أن يسافر رجل بمال رجل فله أجره المثل و لا ضمان عليه (و قال فى الكافى) إذا دفع المرء لغيره مالا ليتجر به أو متاعا لبيعه و جعل له قسطا من الربح لم ينعقد بينهما شركة و إنما له فى الحكم أجره مثله دون ما شرطه و الأولى الوفاء به و هذا صريح فى الخلاف و قد حكاه فى المختلف عن ظاهره و قد حكاه عن القاضى و لم نجد له أثرا فى المهذب بل سمعت ما وجدناه و قد حكى الجماعة كلام المختلف حرفا فحرفا مستريحين إليه كما أنه فى السرائر لم يحك الخلاف إلا عن النهاية مع أنه موافق فيها للأصحاب فى عدة مواضع و قد رد فى السرائر كلام النهاية بإجماعنا و تواتر أخبارنا فى أن المضارب إذا اشترى أباه أو ولده و كان فيه ربح انعتق عليه و هو دليل متين لكن ليس فى ذلك فى الجوامع العظام إلا خبران لكن الأخبار الدالة على ذلك غير هذين الخبرين كثيرة مصرحة فى الربح بالشركة و أن الربح بينهما على حسب ما شرط و لو كان مستحقا للأجرة لكان ذلك على المالك لا على الربح و قد استدل المصنف و ولده و الكركى على المشهور بعمومات الإيفاء بالعقود و الشروط (و فيه) أنها تفيد الوجوب من حين إيقاعهما و هو كما ترى (إلا أن تقول) إنها تفيد من حين ظهور الربح فيتم الاستدلال و قد انتهض الجماعة لتأويل كلام المخالفين (قال فى كشف الرموز) قال صاحب الواسطة يحمل قول المفيد على الوجوب و قول المعظم على الاستحباب قال و حمل بعض الأصحاب كلام المفيد على ما إذا كانت فاسدة قلت كلام أبى الصلاح صالح للأمرين لأنه جعل دفع المال للمضاربة و دفع المتاع لبيعه سواء و قال الأولى الوفاء به و قد احتج المصنف و ولده لهم بأن المضاربة معاملة فاسدة و النماء تابع للأصل و حكى فى إيضاح النافع عن المحقق أنه قال لا أعرف لهم مستندا يصح الاعتماد عليه فإن تمسكوا بأن الحصنة مجهولة فليس بشيء لأنه اجتهاد فى مقابلة النص و الشهرة و يرد مثله فى المزارعة و فى كلام النهاية حيث لم يجوز المضاربة بالدين ما يدل على أن هناك مضاربتين صحيحة و فاسدة فكلامها شديد الاضطراب غير ملتئم الأطراف و كلام المراسم فيه اختصار مخل جدا و كلام الكافى فى الباب غير كاف و نحوه كلام المقنعة

(قوله) (دون الأجرة على الأصح)

لعل الأصح عدم التعبير بالأصح و إن عبر به فى الشرائع أيضا لأن الحكم من القطعيات التى لا يحوم حولها الشك

(قوله) (و يملك بالظهور لا بالإنضاض على رأى)

هو الأظهر فى روايات أصحابنا كما فى المبسوط و به صرح فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الإيضاح و إيضاح النافع و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٨

.....

و الروض و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و كذا اللمعة و الروضة و فى (مجمع البرهان و الكفاية) أنه المشهور و فى (المسالك) أنه المشهور بل لا يكاد يتحقق مخالف منا و لا نقل فى كتب الخلاف أحد من أصحابنا ما يخالفه و نحوه ما فى المفاتيح و هو غريب منهما إذ قد قال فى المسالك بعد ذلك و نقل الإمام فخر الدين عن والده فى هذه المسألة أربعة أقوال فتأمل جيدا و قد

قال في جامع المقاصد اختلفت الفقهاء في وقت ملكه إياه على أقوال أصحها أنه يملكه حين الظهور إلى آخره وفي (التذكرة و جامع المقاصد) في ما إذا وطأ المالك أمه القراض أن جماعة يقولون إنه ليس للعامل فيها شيء إلا بعد البيع و ظهور الربح و القسمة (و قال في التذكرة) فيما إذا وطأ العامل و إن كان ربح فهي مشتركة على أحد القولين (و قال في التنقيح) و قيل يملك بالإنضاض و مثله إيضاح النافع بل ظاهر التنقيح التوقف في المسألة و مسألة ما إذا اشترى من ينعق عليه و في عدة مواضع من التحرير إن قلنا إنه يملك بالظهور و إن قلنا إنه لا- يملك به إلى غير ذلك فالخلاف محكى في كتب أصحابنا و أنهم على قولين و لم يحك في المبسوط و التذكرة إلا قولان لكن اختلفت الحكاية في القولين فبعض أنه المشهور و أنه يملك بالإنضاض و آخرون أنه المشهور و أنه يملك بالقسمة نعم طفت عباراتهم و أفصحت إجماعاتهم بأن العامل إذا اشترى من ينعق عليه و ظهر ربح إنه ينعق عليه كما تقدم بيانه آنفاً و به نطق صحيح محمد بن قيس (قال) قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم قال يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق و استسعى في مال الرجل و قد تقدم الكلام فيه و أنه دليل واضح بل قد ادعى في السرائر تواتر الأخبار في ذلك كما عرفت مضافاً إلى إطلاق الأخبار بكون الربح بين المالك و العامل و هي كما تناول ما بعد القسمة كذلك تناول حال الظهور و أن سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد و أن الظاهر أن له مالكا و ليس غير العامل لأن رب المال لا يملكه اتفاقاً كما في المسالك و لا مالك غيرهما اتفاقاً (و قال في الإيضاح) الذي سمعناه من والدي المصنف أن في هذه المسألة ثلاثة أقوال (الأول) أنه يملك بمجرد الظهور (الثاني) أنه يملك بالإنضاض لأنه قبله غير موجود خارجاً بل مقدر موهوم نعم يثبت له بالظهور حق مؤكد فيورث عنه و يضمنه المتلف له لأن الإلتلاف كالقسمة (الثالث) أنه يملك بالقسمة لأنه لو ملك قبلها لكان شريكاً في المال فيكون النقصان الحادث شائعاً في المال فلما انحصر في الربح دل على عدم الملك و لأنه لو ملكه لاختص بربحه (الرابع) أن القسمة كاشفة عن ملك العامل لأنها ليست بعمل حتى يملك بها انتهى ما أردنا نقله من كلامه و قد جعل الأقوال ثلاثة و ذكر أربعة (و كيف كان) فهي اجتهادات في مقابلة النصوص المعتمدة بل في الإيضاح أنها متواترة و تمنع عدم وجود الربح قبل الإنضاض لعدم انحصار المال في النقد فإذا ارتفعت قيمة العروض فرأس المال منه ما قابل رأس المال و الزائد ربح و هو محقق الوجود ثم إن الدين مملوك و هو غير موجود في الخارج و تمنع الملازمة بين الملك و ضمان الحادث على الشيعاء لأن استقراره مشروط بالسلامة فلا منافاة حينئذ بين ملك الحصه و عدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك و لو اختص بملك نصيبه لاستحق أكثر مما شرط له و لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه كذا قالوا و الأجود أن يقال إنه شريك في المال بقدر حصته و بالجملة شريك في الربح فالنقصان الحادث شائع في المال بقدر حصته و انحصاره في الربح دليل على ذلك و منع الملازمة ممنوع كما أنا نمنع المنافاة فإن نماء المبيع في زمن الخيار للمشتري قالوا و بعض هذه و إن كان لا يخلو عن نظر لكن الأمر سهل إذ المدار في المسألة على الأخبار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٨٩

ملكا غير مستقر و إنما يستقر، بالقسمة (١) أو بالإنضاض و الفسخ قبل القسمة (٢) و لو أتلّف المالك أو الأجنبي ضمن له حصته (٣) و يورث عنه (٤)

و الإجماعات في مسألة ما إذا اشترى أباه

(قوله) (ملكا غير مستقر و إنما يستقر بالقسمة)

كما في التحرير و قضية مقابلة القسمة في الكتابين بالإنضاض كما يأتي أنه يستقر بها و إن كان بعض المال أو كله عروضاً و المراد قسمة الربح إذ ليس له في رأس المال شركة (و فيه) أن قسمة الربح وحدها لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض و لا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال كما يأتي للمصنف التصريح بذلك في الكتاب فالمدار على الفسخ (قال في الإيضاح) يستقر بارتفاع العقد و

إنضاض المال و القسمة عند الكل و في (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه و ستسمع ما في المسالك

(قوله) (أو الإنضاض و الفسخ قبل القسمة)

هذا هو الأقرب كما في التذكرة و في (المسالك) أنه قوى و به جزم في جامع المقاصد و استشكل فيه في التحرير من جهة أن العقد قد ارتفع و المال قد نض غاية الأمر أنه لم يقسم الربح فيخرج بالإنضاض و الفسخ عن كونه وقاية و من أن القسمة من تنمة عمل العامل و في (التذكرة) أنه ليس شيئاً قلت لخروجه عن كونه مال قراض بتميز رأس المال و ارتفاع العقد و منه يعلم أنه لا- يصح التمسك باستصحاب أنه كان بحيث لو تلف جبر بالربح و إلا لورد مثله فيما إذا قسم و لم يقبض لكنه لا يخرج عن ضمانه حتى يؤديه و في (جامع المقاصد) أنه لا ريب في ضعف التردد و ظاهر عبارة الكتاب و التذكرة و التحرير يقتضى اعتبار إنضاض جميع المال و ظاهر الإيضاح أنه يكفى إنضاض قدر رأس المال و به صرح في جامع المقاصد و كذا المسالك و الكفاية و أما إذا قسم حينئذ فظاهر الأول أنه يستقر عند الكل و صرح في الثاني بأنه لا بحث فيه و هو كذلك لأنه نهاية الحال و ظاهر العبارات الثلاث أن إنضاض قدر الربح لا أثر له و أنه لا يستقر إذا حصل الفسخ و المال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال على القول بوجوب الإنضاض على العامل نعم إن حصلت قسمة مع ذلك حصل الاستقرار لانقطاع حكم القراض هذا و في (المسالك) أنه على تقدير الملك بالظهور فلا بد لاستقراره من أمر آخر و هو إما إنضاض جميع المال أو إنضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أو لا معها على قول قوى و بدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران و هو محل وفاق انتهى و قد تبعه على ذلك صاحب الكفاية و صاحب الرياض و كأنهم جميعاً لم يلحظوا الكتاب و التحرير فإن فيهما كما عرفت أنه يستقر بالقسمة مع أنه يقدح في دعوى الإجماع عندهما التردد و الاستشكال

(قوله) (و لو أتلف المالك أو الأجنبي ضمن له حصته)

كما في التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و هذا و الإرث عنه غير مختص بأن العامل يملك الحصه بالظهور بل لو قلنا إنه إنما يملك بالإنضاض أو القسمة فالحكم كذلك لأن له حقا مؤكدا إذ قد ملك أن يملك فيطالب المتلف سواء كان هو المالك أو غيره لأن الإلتلاف يجرى مجرى استرداد المالك جميع المال فيغرم حصه العامل و حيث يتلفه الأجنبي يبقى القراض في بدله كما كان

(قوله) (و يورث عنه)

باتفاق أهل القولين كما في التنقيح و قد عرفت آنفاً أن الحكم غير مخصوص بأن العامل يملك بالظهور و به أى الحكم المذكور صرح في الكتب الخمسة المتقدمة آنفاً فيقدم على الغرماء لتعلق حقه بالعين و له أن يتمتع عن العمل بعد ظهور الربح و يسعى في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٠

و الربح وقاية لرأس المال فإن خسر و ربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح و الخسران في مرة واحدة أو مرتين و في صفة واحدة أو اثنتين (١) فلو دفع ألفين فاشترى بإحداهما سلعة و بالأخرى مثلها فخسرت الأولى و ربحت الثانية جبر الخسران من الربح و لا شيء للعامل إلا بعد كمال الألفين (٢) و لو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح (٣)

إنضاض المال ليأخذ حقه منه

(قوله) (و الربح وقاية لرأس المال فإن خسر و ربح جبرت الوضعية بالربح سواء كان الربح و الخسران في مرة واحدة أو مرتين أو في صفقة أو اثنتين)

أو الربح في سفره و الخسران في أخرى لا نعلم في هذا خلافاً كما في التذكرة و إجماعاً كما في المسالك و قد أجمع أهل الإسلام على أنه إن ربح و خسر جبرت الوضعية بالربح كما في جامع المقاصد لأن الربح هو الفاضل عن رأس المال و قد روى إسحاق بن

عمار عن الكاظم عليه السلام أنه سأله عن مال المضاربة فقال الربح بينهما والوضيعة على المال والمال يتناول الأصل والربح و يقتضى ثبوت هذا الحكم ما دام مال المضاربة فيستمر ما دامت المعاملة باقية (قوله) (فلو دفع ألفين فاشترى بإحدهما سلعةً و بالأخرى مثلها فخسرت الأولى و ربحت الثانية جبر الخسران من الربح و لا شيء للعامل إلا بعد كمال الألفين)

هذا مثال لما إذا حصل الربح والخسران في صفتين في مرة واحدة

(قوله) (و لو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح)

تلف بعض المال بعد الدوران في التجارة واضح و أما تلف جميعه كذلك فيكون بأن يشتري برأس المال متاعاً تزيد قيمته على أصل المال بأن يكون فيه الربح فتلف منه مقدار رأس المال و المراد بالدوران التصرف فيه بالبيع و الشراء كما في جامع المقاصد و المسالك و عليه نبه في التذكرة و ليس المراد به مجرد السفر بقصد و التلف في البعض بعض أفراد نقص مال التجارة لأنه يكون بانخفاض السوق و بالمرض الحادث و العيب المتجدد و لا تأمل لأحد في أن النقص الحاصل بانخفاض السوق يجب جبره و أما الحاصل بالعيب و المرض فلم ينقل في التذكرة فيه عن أحد تأملاً و لا خلافاً في أنه كذلك و أما النقص بالتلف بالآفة السماوية كالاحتراق و نحوه مما لا ضمان فيه على أحد و بالغصب و السرقة و نحوه مما يكون الضمان فيه على المتلف فقد قال بعض الشافعية في أحد الوجهين إن ما كان الضمان فيه على المتلف لا حاجة إلى جبره بمال القراض لأن الضمان فيه على الغاصب و السارق مثلاً و هو يجبر النقص فأطلق المصنف التلف بحيث يتناول الأمرين معاً كما في الشرائع تنبيهاً على عدم الفرق في وجوب الجبر كما سيصرح به هنا و هو صريح التحرير و عن السيد العميد دعوى الإجماع على جبر التأليف من الربح بعد دورانه في التجارة و لم يستجوده في جامع المقاصد لمكان قوله في التلف في التذكرة الأقرب أنه يجبر و ليس في محله و إنما هو لمكان أحد وجهي بعض الشافعية في الغصب و السرقة كما عرفت وجهه و ستسمع ضعفه و ضعف الوجه و الاحتمال في غيرهما فدعوى الإجماع في محلها (و كيف كان) فمما صرح فيه بأن تلف مال القراض بعد دورانه في التجارة يحتسب من الربح المبسوط و الشرائع و الإرشاد و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و في (التذكرة) أنه أقرب و في (مجمع البرهان) تارة الظاهر أنه لا خلاف في أن التالف مأخوذ من الربح بعد دوران رأس المال في التجارة و أخرى أنه إجماع و هو يوافق ما حكى عن كثر الفوائد و مما صرح فيه بأن تلف بعضه كذلك المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩١

و كذا لو كان قبل دورانه على إشكال (١)

و الكتاب فيما يأتي و الإيضاح و كأنهم يستندون في الصورتين إلى أن الغرض من القراض هو استعمال المال و سلامته و بقاؤه و الانتفاع بربحه مشتركاً بينه و بين العامل فما دام رأس المال غير موجود بتمامه على وجه يأخذه المالك فلا ربح فلا بد من إبقاء أصل المال و قسمة الربح بعد إخراج رأس المال فيلزم كون التالف من الربح على أنه قد يستفاد من الروايات الدالة على كون الربح بينهما كقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم عن الرجل يعطى المال مضاربةً و ينهى عن أن يخرج به فيخرج يضمن المال و الربح بينهما إذ لا ريب أن المتبادر من الربح هنا هو ما زاد على أصل مال التجارة فلا بد من إخراج رأس المال كله لأنه لا يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصاً و أما وجه العدم ففي الغصب و السرقة قد تقدم و في غيرهما فلأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل و تجارته و لا عبرة بمجرد الشراء فإنه تهيئة محل التصرف و الركن الأعظم في التجارة البيع لأنه به يحصل الربح فكان العبد التالف فيما إذا اشترى عبيدين بألفين و مات أحد العبيدين بمنزله تلف الألف فكأنها تلفت بنفسها و ليس بناش من نفس المال الذي اشتراه بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق و المرض و العيب فلا يجب على العامل جبره و فيه بعد ما عرفت أن ما دل

على أن الربح وقاية لرأس المال من خسر و إجماع لا دلالة فيه على اشتراط ذلك بكون النقص بسبب السوق أو من نفس المال على أن هذه احتمالات و وجوه لبعض الشافعية و الأصح عندهم كما في التذكرة أنه مجبور بالربح و منه يعلم صحة دعوى إجماع السيد العميد و وهن ما في جامع المقاصد و المسالك حيث أثبت فيهما وجود الخلاف و أوهن من ذلك قوله في الأخير إن الاحتساب هو المشهور

(قوله) (و كذا لو كان قبل دورانه على إشكال)

و نحوه ما في الشرائع و مجمع البرهان من التردد و التأمل و في التحرير أن في الاحتساب نظرا ضعيفا و ستمتع ما في الإيضاح و مجمع البرهان و معناه أنه كذلك يحتسب التالف من الربح سواء كان التالف الجميع أو البعض فهنا صورتان أيضا على إشكال في الاحتساب ينشأ من أن وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال فلا يستحقه العامل إلا بعد أن يبقى رأس المال بكامله لدخوله على ذلك و لا دخل لعدم دورانه في الحكم بخلافه لأن المقتضى لكونه مال قراض هو العقد لا الدوران و من أن التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض و الأول خيرة المبسوط و المهذب و السرائر في موضع آخر و التذكرة و الإرشاد و شرحه لولده و المختلف و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الكفاية و المفاتيح و تصوير تلف جميع المال قبل دورانه في التجارة يكون فيما إذا أذن المالك للعامل في القراض بأن يشتري في الذمة فاشترى متاعا للقراض في الذمة بقدر مال القراض و تلف المال بغير تفريط قبل الدفع فإن البيع لا يفسخ بذلك و لا يقع الشراء للعامل و يجب أن ينزل كلام المبسوط و ما وافقه على أنه إذن له في الشراء في الذمة و أن الشراء كان قبل تلف مال القراض أما لو كان بعده فإن المضاربة تبطل و يفسخ عقدها و قد حكى في المختلف و غيره الخلاف في المسألة و المثال عن الخلاف و هو كذلك فإنه قال في المثال البيع للعامل و الثمن عليه و لا شيء على رب المال و هو صريح المقتنعة و جامع الشرائع و إن حملنا كلام هؤلاء على أنه لم يأذن له في الشراء في الذمة ارتفع الخلاف و نعم ما قال في المختلف إن كان أذن له في الشراء في الذمة فالقول ما قاله في المبسوط و إن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٢

سواء كان التلف للمال أو للعوض باحترق أو سرقة أو نهب أو فوات عين أو انخفاض سوق أو طريان عيب (١) و الزيادات العينية كالثمره و النتاج محسوبة من الربح و كذا بدل منافع الدواب

لم يكن أذن له فالقول ما قاله في الخلاف و نحوه ما في التذكرة و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان لكن يرد عليهم أن العقود تابعة للقصد فإذا كان قد سمي ذلك للقراض و نواه كيف يقع للعامل إلا أن تقول إنه لم يذكر أنه للقراض لفظا و إنما نواه نية (و فيه) أن هذا لا يدفع الإيراد في نفس الأمر و إن كان يلزم به في ظاهر الشرع و قد بينا ذلك في باب الوكالة (و يعلم) أن في المهذب و السرائر و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شروحه أنه إن اشترى في الذمة بالإذن ألزم صاحب المال العوض و هكذا و يكون الجميع رأس المال (و يعلم) أن المصنف سيذكر هذه المسألة في التنازع و ستعرض لما وقع هناك في الشرائع و السرائر و المختلف و المسالك من الاضطراب و الخلل و ما وقع في المبسوط من الإطناب الموهوم خلاف المراد و هذا كله فيما إذا تلف جميع المال قبل الدوران و منه يعلم حال ما إذا تلف بعضه كذلك و لم يفرق بينهما في الحكم في المبسوط و لا ترجيح في الصورتين في الإيضاح لاختلافهم في تفسير الخسران الذي جعلوا الربح له وقاية هل هو كل نقص حصل في مال القراض بيد العامل لا من فعله و لا تفريطه أو بقيد بعد تصرف العامل بالتجارة أو له تعلق بتصرف العامل بتجارته أو نشأ من نفس المال الذي اشتراه العامل كالعيب قال و قد ذهب إلى كل تفسير من هذه الثلاثة قوم و قد عد شقي الثاني تفسيرا واحدا قال فعلى التفسير الأول يجبر من الربح و على الأخيرين لا يجبر قال و لأن العقد لم يتأكد بالعمل فليس مال قراض بالفعل حقيقة انتهى و كأنه تأمل أيضا في مجمع البرهان في احتساب ذلك من الربح أولا ثم مال بل قال بعدم الاحتساب للأصل و عدم الدليل و لأن الربح هو ما حصل من المال الذي عمل فيه فرأس المال حقيقة هو المال

المستعمل فى التجارة الدائر فيها و ليس قبل الدوران برأس مال مع عموم الأخبار لأنه لو كان مطلق التالف داخلا فى رأس المال و مأخوذا من الربح لكان ينبغى أن يقول عليه السلام فى صحيحه محمد و غيرها و الربح بينهما بعد أن يخرج ما تلف قبل المعاملة لأن الربح صادق على جميع ما زاد على رأس مال المعاملة التى استعملت بالفعل بل على الزائد فى كل معاملة معاملة و لو لا انعقاد الإجماع على جعل المجموع معاملة واحدة و نسبة الربح إلى المجموع لأمكن إخراج رأس مال كل معاملة معاملة و قسمه ربحها فلا شك حينئذ أن الربح يصدق على الزائد على ما قبضه على أنه رأس مال و إن تلف أضعافه قبل استعماله و دورانه فلو كان مطلق التالف داخلا لوجب بيانه فى الروايات فالظاهر أن جميع الروايات دليل على عدم احتسابه من الربح و أن التالف حينئذ مثل التالف فى بيته قبل ذلك ثم إن العامل ملك الربح بالظهور و الأصل براءة ذمته و عدم خروج ماله عن ملكه انتهى ملخصا فليلاحظ و ليتأمل فيه فإن الظاهر أن المراد بالمال ما وقع عليه العقد فلا دليل فى الروايات على عدم الاحتساب و سيتعرض المصنف للمسألة فى موضعين أحدهما فى فصل التفاسخ و الآخر يأتى قريبا

(قوله) (سواء كان التالف للمال أو العوض «١» باحترق أو نهب أو فوات عين أو بانخفاض سوق أو طريان عيب)

المراد بتلف المال تلف عين مال القراض قبل دورانه فى التجارة و بالعوض تلف الحاصل بالتجارة و هو تعميم للتلف بحيث يستوفى جميع أفرادها فى هذا الحكم كما عرفت آنفا

(قوله) (و الزيادات العينية كالثمره و النتاج محسوبة من الربح و كذا بدل منافع الدواب و مهر و طء الجوارى حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار

(١) الغرض خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٣

و مهر و طء الجوارى حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار العقر (١) و لو كان رأس المال مائة فخر عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم عمل الساعى فربح رأس المال ثمانية و ثمانون و ثمانية أتسع لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال فى تقدير تسعين فإذا بسط الخسران و هو عشرة على تسعين أصاب العشرة المأخوذة دينار و تسع فيوضع ذلك من رأس المال (٢)

(العقر)

قد جعل فى التحرير السمن مثل الثمره و فرق بينهما فى التذكرة كما ستسمع و من النتاج ولد الأمة و مثل منافع الدواب منافع الأرض و كسب العبد و لا فرق فى هذه المنافع بين أن تجب بتعدى المتعدى باستعمالها أو تجب بإجارة صدرت من العامل فإن للعامل إجارتها إذا قضت بها المصلحة و قد عد فى التذكرة من ذلك مهر الجارية إذا وطئت بشبهه فقيده بالشبهه لأنه قد تقدم أنه لا يجوز لأحد منهما وطؤها و قد خلى عنه التحرير كالكتاب و قد حسب هذه كلها فى التحرير من الربح حتى و طء العامل و استشكل فى و طء المالك و قال فى (التذكرة) إن الزيادة المتصلة كالسمن تعد من مال القراض قطعا و أما المنفصلة كالثمره و النتاج فإنها من مال القراض و قال إنه المشهور عن الشافعية لأنها من فوائده و حكى عن بعضهم أنه قال إن كان ظهر ربح كانت من مال القراض كالسمن و إلا فهى للمالك خاصة لأنها ليست من فوائده التجارة و قال إنه مذهب أكثر هذا البعض و نفى عنه البأس و هو خيره جامع المقاصد و قال إنه الذى يقتضيه النظر و قد حكى فيه عن التذكرة أنه حكاه عن أكثر الشافعية و ليس كذلك كما عرفت و حكى عن القائلين بأنها للمالك أنهم اختلفوا فبعض على أنها محسوبة من الربح و آخرون على أنها لا تعد من الربح خاصة و لا من رأس المال بل هى شائع و معنى قوله فى التذكرة إنها من مال القراض أنها تعد من الربح و وجه كونها للمالك أن المشروط فى عقد القراض أنما هو الحاصل بالاسترباح بالبيع و الشراء و هذه الزيادات نماء ملك المالك فانتقالها يتوقف على سبب مملك نعم لو كانت بعد ظهور الربح

اتجه ذلك (و فيه) أنها إذا حصلت ظهر بها الربح و استوضح ذلك في السمن فإن ظاهر التذكرة أن عده من الربح محل وفاق من الخاصة و العامة حيث قال قطعاً و لا نجد في خصوص هذا الباب فرقا بينه و بين الثمرة إذ بهما ظهر الربح و حصل للعامل الملك و لهذا أفتى به المصنف في كتبه الثلاثة إلا أنه أخيراً نفى البأس عن القول الآخر في التذكرة كما عرفت و قال إنه المشهور بين الشافعية و لم يحك عن أحد أنه قال إنه من رأس المال خاصة كما عرفت و لقد أطال في جامع المقاصد في غير ما طائل و قول المصنف حتى لو وطأ السيد كان مسترداً مقدار العقر معناه أنه مسترد مقداره من المال فيستقر نصيب العامل كما صرح به في التذكرة فيكون العقر محسوباً من الربح و رأس المال (و اعترضه في جامع المقاصد) بأن رأس المال غير شائع في هذا ليكون محسوباً منهما انتهى فتأمل فيه و كأن العبارة غير نقيه و قد عرفت أن جماعة يقولون إن العقر و نحوه شائع في الربح و رأس المال فتأمل و لا تغفل (قوله) (و لو كان رأس المال مائة فخرس عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم عمل الساعي فربح رأس المال ثمانية و ثمانون و ثمانية أتساع لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال في تقدير تسعين فإذا بسط الخسران و هو عشرة على تسعين أصاب العشرة المأخوذة دينار و تسع فيوضع ذلك من رأس المال)

قد صرح بذلك كله في خصوص المثال في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و نحوه ما في جامع الشرائع و غرضهم بيان أنه لا يجبر من الربح في الفرض المذكور مجموع الخسران و هو العشرة التالفة و إنما يجبر منها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٤

و إن أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه قد أخذ نصف المال فيسقط نصف الخسران (١) و إن أخذ خمسين بقي أربعة و أربعون و أربعة أتساع (٢) و كذا في طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال و الربح فلو كان المال مائة فربح عشرين فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة و ثمانين و ثلثاً لأن المأخوذ سدس المال فينقص سدس رأس المال و هو ستة عشر و ثلثان و حظها من الربح ثلاثة و ثلث فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح

ثمانية و ثمانية أتساع لأن العشرة المأخوذة محسوبة من رأس المال فهي كالموجود في أن لها حظاً من الخسران لأن الخسران من المجموع فالمال الموجود في تقدير تسعين باعتبار العشرة المأخوذة فإذا بسط الخسران عليها و هو عشرة على تسعين أصاب كل عشرة دينار و تسع فيصيب العشرة المأخوذة دينار و تسع فيوضع ذلك أعنى الدينار و تسع الذي أصاب العشرة من الخسران مما بقي من رأس المال بعد العشرة و هو تسعون لأنه لما استرد العشرة فكأنه استرد نصيبها من الخسران لخروجها بالاسترداد عن استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل القراض فيها و الضابط أن ينسب المأخوذ إلى الباقي و يؤخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة ففي المثال نسبة العشرة المأخوذة إلى التسعين تسع فيصيبها من الخسران تسع الخسران و هو دينار و تسع دينار و قد أراد المصنف في هذه المسألة و ما بعدها من المسائل أن يبين ما يترتب على الاسترداد في صورتى الخسران و الربح من الأحكام فبدأ أولاً بما يترتب عليه في طرف الخسران لأنه لما ذكر أن المالك إذا وطأ كان مسترداً من المال قدر العقر أراد أن يبين ذلك و أكثر الكتب المتقدمة قد اقتصر فيها على المسألة المذكورة خاصة مفرغة من دون تقدم استرداد و عقر و لا غيره و تحرير المقام أن يقال إذا استرد المالك بعض المال من العامل بعد دورانه في التجارة فإن لم يكن هناك ربح و لا خسران رجع المال إلى القدر الباقي و ارتفع القراض في المقدار الذي أخذه المالك و إن كان بعد ظهور الخسران كان الخسران موزعاً على المسترد و على الباقي و لا يلزم جبر حصّة المسترد من الخسران كما عرفت و إن كان الاسترداد بعد ظهور الربح فالمسترد تابع ربحاً و خسراناً على النسبة الحاصلة من جملة الربح و رأس المال و يستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه فلا يسقط بالنقصان الحادث بعده كما سيتضح لديك ذلك في عنوان المثال فيما يأتي

(قوله) (وإن أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف التسعين فسقط نصف الخسران) وجهه واضح وقد ذكره أيضا في التذكرة ومعناه أنه إن أخذ المالك في الصورة المذكورة نصف التسعين الباقية بعد خسران العشرة بقي المال خمسين منها خمسة وأربعون موجودة ويتبعها نصف الخسران وهو خمسة فيصير المجموع خمسين فتجبر هذه الخمسة من الربح ويتبع النصف المأخوذ نصف الخسران أيضا فيسقط جبره (قوله) (وإن أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع)

كما هو واضح أيضا وقد ذكر أيضا في التذكرة لأن أربعين منها موجودة ويتبع كل عشرة منها من الخسران دينار و تسع دینار و مجموع ذلك أربعة وأربعة أتساع فتجبر هذه من الربح ويقسط جبران خمسة وخمسة أتساع لأنها تبعت الخمسين المأخوذة (قوله) (و كذا في طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال والربح فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لأن المأخوذ سدس المال فينقص سدس رأس المال وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث فيستقر ملك (٣)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٥

وهو درهم وثلثان (١) فلو انخفضت السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه ليم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان (٢) ولو كان قد أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه قد أخذ نصف المال فبقي نصفه (٣) وإن أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثا لأنه أخذ ربع المال و سدسه فبقي ثلثه و ربه (٤) فإن أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردها كان له على المالك خمسة لأن الذي أخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربه خسران الباقي لمفارقتة إياه وقد أخذ من الربح عشرة لأن سدس ما

العامل على نصف المأخوذ وهو درهم وثلثان

كما صرح بذلك كله في التذكرة وهو بيان لحكم ما يترتب على الاسترداد في طرف الربح وضابطه أن تنسب المأخوذ إلى المجموع وتأخذ بتلك النسبة من رأس المال ومن الربح ففي المثال إذا نسبنا العشرين المأخوذة إلى المائة والعشرين التي هي مجموع الربح ومن رأس المال كانت سدسها وهي محسوبة من المجموع لمكان الشيوع فأخذ من العشرين رأس المال ومن الربح بتلك النسبة فسدس رأس المال حينئذ من العشرين ستة عشر وثلثان وسدس الربح منها ثلاثة وثلث فيبقى رأس المال بعد إخراج الستة عشر والثلاثين ثلاثة وثمانين وثلثا ويبطل العقد في العشرين المأخوذة من رأس المال فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ وهو درهم وثلثا درهم لخروجه عن كونه وقاية ببطالان القراض فيه إذا كان شرط الربح على النصف فله على كل حال درهم وثلثان ولا يسقط ذلك بالنقصان الحادث بعده من تلف أو انخفاض سوق كما سينبه عليه المصنف

(قوله) (ولو انخفض السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه فيتم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان)

هذا ما أشرنا إليه آنفا أنه لو انخفض بعد أخذ المالك العشرين وصار جميع ما في يد العامل إلى ثمانين لم يكن للمالك أخذ الباقي وهو الثمانون ويقول كان رأس مالي مائة وقد أخذت عشرين فأضم إليها هذه الثمانين لتتم لي المائة بل يأخذ العامل من الثمانين درهما وثلثي درهم ويرد عليه ثمانية وسبعين وثلث درهم لأن نصيب العامل من سدس الربح المأخوذ قد استقر ملكه عليه وقد أخذه المالك فيأخذ بدله

(قوله) (ولو كان قد أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه)

كما ذكر ذلك أيضا في التذكرة وبيانه أنه إذا أخذ من مجموع مائة وعشرين ستين فقد أخذ نصف المال ونصف الربح فيستقر

ملك العامل على نصف ربح المأخوذ و هو خمسة و الباقي نصف رأس المال و هو خمسون يتعلق بخسرانه الجبران من الربح

(قوله) (و إن أخذ خمسين بقى رأس المال ثمانية و خمسين و ثلثا لأنه أخذ ربع المال و سدسه فبقى ثلثه و ربعه)

قد ذكر ذلك أيضا في التذكرة و المراد أنه إذا كان قد أخذ خمسين من المائة و العشرين فهي ربع المجموع و سدسه فإن ربعه ثلاثون و سدسه عشرون فيكون قد أخذ من كل من رأس المال و الربح ربعه و سدسه فربع رأس المال خمسة و عشرون و سدسه ستة عشر و ثلثان و المجموع أحد و أربعون و ثلثان و ربع الربح خمسة و سدسه ثلاثة و ثلث فالمجموع خمسون و يبقى من أصل المال ثمانية و خمسون و ثلث هي ثلث أصل المال و ربعه لأن ثلثه ثلاثة و ثلاثون و ثلث و ربعه خمسة و عشرون فهي رأس المال بعد أخذ الخمسين

(قوله) (فإن أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردها كان له على المالك خمسة لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٦

أخذه ربح (١) و لو رد منها عشرين بقى رأس المال خمسة و عشرين (٢) و لو دفع ألفا مضاربة فاشتري متاعا يساوي ألفين فباعه بهما ثم اشترى به جاريه و ضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف و خمسمائة و دفع من ماله خمسمائة على إشكال (٣)

الذي أخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته إياه و قد أخذ من الربح عشرة لأن سدس ما أخذه (ربح)

قد ذكره أيضا في التذكرة و معناه أنه إذا أخذ المالك ستين ثم خسر عشرين فصار الباقي أربعين فرد العامل الأربعين إلى المالك انفسخ القراض فليس للمالك أن يأخذ الأربعين و يضم إليها الستين لئتم له رأس ماله الذي هو المائة بل يأخذ العامل من الأربعين خمسة هي نصف ربح العشرة المأخوذة لاستقرار ملك العامل على الخمسين باسترداد نصف المال و انفساخ العقد فيه فإذا خسر النصف الآخر لم يجبر من ربح المأخوذ

(قوله) (و لو رد منها عشرين بقى رأس المال خمسة و عشرين)

كما ذكر ذلك أيضا في التذكرة و المراد أنه لو رد العامل من الأربعين الباقية بعد الخسران عشرين سقط نصف الخسران و هو خمسة لأن خسران الخمسين عشرة فيبقى رأس المال خمسة و عشرين باعتبار الخمسة التي يجب جبرانها من الربح و إيضاحه أن رأس المال كان خمسين فلما خسر و رجع إلى أربعين كان خسرانه عشرة فلما أخذ المالك عشرين تبعه من الخسران خمسة فبقى عشرون و قد لحقها من الخسران خمسة فإذا ربح جبرها بخمسة و الباقي ربح

(قوله) (و لو دفع إليه ألفا مضاربة فاشتري متاعا يساوي ألفين فباعه بهما ثم اشترى به جاريه و ضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف و خمسمائة على إشكال)

كما في التذكرة و كذا لا ترجيح في الإيضاح و قد جزم بالرجوع بذلك في المهذب من دون تردد و لا إشكال و هو خيرة جامع المقاصد مع تضعيف الإشكال و قضية كلامهم أن المالك قد أذن له بأن يشتري لتلك المضاربة بقدر مالها في الذمة إذ بدون ذلك لا يتم لهم ذلك فحينئذ لو ضاع مال المضاربة الذي يريد دفعه ثمنا و الذي كان من قصده ذلك به حين الشراء كان الشراء صحيحا و وقع للمالك و العامل معا أما الصحة فلأنه عقد صدر من أهله في محله و لا يبطل بذلك لأنه لم يقع البيع على عينه و إنما قصده قصدا و أما وقوعه للمالك فلأنه أذن له في ذلك و ليس الثمن زائدا على قدر مال المضاربة فوجب أن يقع للمالك بقدر ما تناوله إذنه لامتناع اعتبار إذنه في مال غيره فإذا تلف و جب عليه بدله و هو ألف و خمسمائة و أما وقوعه للعامل فلأنه قد ملك نصف الربح و هو خمسمائة من الألفين اللذين هما ثمن المتاع و قد قصد أن يؤدي عند الشراء ثمن الجارية من هذا المال الذي هو الألفان فيكون الشراء لمالك هذا المال و قد ملك ربعه فيكون ربع المبيع له فيجب عليه ربع الثمن و لم يقصد العامل شراء جميع الجارية لنفسه في ذمته و

لا الشراء لنفسه بالثلاثة الأرباع الآخر كما أن هذا الربع الزائد لم يأذن المالك فى الشراء به لنفسه بل قد تقدم أن الشيخ فى الخلاف يذهب إلى أن الجارية جميعها تكون للعامل كما تقدم بيانه فى مثله و وجه كون جميع الثمن من المالك أنه لا يستقر ملك العامل إلا بعدم الخسران و لا يتحقق ذلك إلا بالفسخ أو القسمة و لا يتحقق بمجرد الإنضاض كما هو المفروض و قد اشترى للمضاربة فيكون جميع الثمن لازما للمالك لأن الشراء وقع بإذنه (و فيه) أن عدم الاستقرار لا ينافى أصل الملك بالظهور على المختار فضلا عن الإنضاض كما هو المفروض و لا يرتفع بتلف الملك من أصله و إنما يقع الشراء للمالك بما يملك و إذنه لا يؤثر فى ملك مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٧

فإذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربعها و أخذ المالك من الباقي رأس ماله ألفين و خمسمائة و كان الباقي ربحا بينهما على ما شرطاه (١) و لو دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا أخرى مضاربة و أذن فى ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف فى الأول جاز و صار مضاربة واحدة فإن (و إن خ ل) كان بعد التصرف فى الأول فى شراء المتاع لم يجز لاستقرار حكم الأول فربحه و خسارانه مختص به (٢) فإن نض الأول جاز ضم الثانى إليه (٣)

غيره و بعد ذلك كله فالمسألة لا تخلو من شائبة إشكال

(قوله) (فإذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربعها و أخذ المالك من الباقي رأس المال ألفين و خمسمائة و كان الباقي بينهما على ما شرطاه)

كما تبين وجهه مما تقدم و به صرح فى المذهب و التذكرة و جامع المقاصد بناء على وجوب دفع الخمسمائة من مال العامل فيستحق ربع الربح حينئذ و هو سبعمائة و خمسون خارجا عن المضاربة لأنه دفع ثمنه من خاصة ماله و الثلاثة الأرباع الباقية هى التى يجبر فيها التالف لأنها محل المضاربة و من المعلوم أنه قد تلف منه ألف بعد دورانه فى التجارة و قد دفع فى قيمة الجارية ألفا و خمسمائة فيكون رأس المال ألفين و خمسمائة و الفاضل بعد ذلك كله ربح و هو ألف و مائتان و خمسون يقسم بينهما على الشرط (قوله) (و لو دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا أخرى مضاربة و أذن فى ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف جاز و صار مضاربة واحدة و إن كان بعد التصرف فى الأولى لم يجز لاستقرار حكم الأول فربحه و خسارانه مختص به)

قد صرح بجواز الضم مع الإذن و صحته قبل التصرف و عدم جواز الضم و عدم صحة القراض الثانى بعد التصرف فى التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و ظاهر التحرير التوقف فى الحكم الثانى حيث قال فيه قال الشيخ يبطل القراض الثانى و الأصل فى ذلك قوله فى المبسوط فإن كان القراض الثانى قبل أن يدور الأول فى التجارة صح و كانا معا قراضا بالنصف و إن بعد الدوران لم يصح الثانى و لم يقيد الصحة قبل الدوران بالإذن بالضم و قضيته أنه يجوز الضم و إن لم يأذن لكنه حكاه عنه فى التحرير فيما إذا أذن له فى الضم (و كيف كان) فوجه الأول أعنى جواز الضم مع الإذن قبل التصرف أن القراض عقد جائز يجوز له رفعه من أصله فبالأولى أن يجوز له رفع بعض الخصوصيات أعنى اقتضاء كل من العقدين أن يكون ربحه و خسارانه و ضمانه مختصا به إذا تراضيا على ذلك و وجه الثانى أنه إذا كان عروضيا كان المانع من صحة الضم موجودا و من ثم لو نض و أذن جاز كما يأتى و قد علله الشيخ فى المبسوط و المصنف هنا و فى التذكرة باستقرار حكم الأول و ثبوته فربحه و خسارانه مختص به (و اعترضه فى جامع المقاصد) بأنه منقوض بما إذا نض و أذن و ضم فإن مقتضى التعليل أنه لا يجوز (و فيه) أن المراد ما لم ينض و إلا فإذا نض و أخذ العامل ربحه عاد كما كان و صار كأنه لم يتصرف فيه كما ستسمع و قضيه قوله إن ربحه و خسارانه مختص به أن المقصود من الضم اشتراكهما فى الحكم بحيث يجبر ربح أحدهما خسران الآخر و به صرح فى المبسوط و التذكرة و قد يقال إنه لو ضارب بهما معا مع الخلط أو بدونه فربح أحدهما و خسر الآخر و فسخ المالك فى ذى الربح فإنه لا فائدة للعامل فى جبران خسران الآخر بربحه ليستحق الحصه من الربح المتجدد خصوصا مع اختلاف الحصه فيهما لأن فى ذلك حرمان العامل من هذا الربح فليس المقصود من جواز الضم و عدمه إلا

الضمان و عدمه خاصة فلي تأمل

(قوله) (فإن نض الأول جاز ضم الثاني إليه)

كما في التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٨

و إن لم يأذن في الضم فالأقرب أنه ليس له ضمه (١) و لو خسر العامل فدفعت الباقي ناضاً ثم أعاده المالك إليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول لاختلاف العقدين (٢) و هل يقوم الحساب مقام القبض الأقرب أنه ليس كذلك (٣)

و المختلف و جامع المقاصد و كذا الإيضاح لكن قد يلوح من عبارة الكتاب أنه يعتد بالإذن و العقد الصادر قبل النض في تصيير العقدين عقداً واحداً و لا يخلو عن تأمل و لا تلويح و لا إشارة إلى ذلك في كلام التذكرة و المختلف (قال في التذكرة) و لو كان المال قد نض و قال له المالك ضم الثانية إليه جاز و كان قراضاً واحداً و وجهه حيث يكون قد أذن له في الضم عند النض أنه قد صار كأنه لم يتصرف فيه و أنه قد روى محمد بن عذافر عن أبيه قال أعطى الصادق عليه السلام أبي ألفاً و تسعمائة دينار فقال له اتجر بها ثم قال أما أنه ليس بي رغبة في ربحها و إن كان الربح مرغوباً و لكن أحببت أن يراني الله متعرضاً لفوائده قال فربحت فيها مائة دينار ثم لقيته فقلت قد ربحت لك فيها مائة دينار قال ففرح الصادق عليه السلام بذلك فرحاً شديداً ثم قال أثبتتها لي في رأس مالي فهذا ضم بعد النض فلي تأمل جيداً

(قوله) (و إن لم يأذن في الضم فالأقرب أنه ليس له ضمه)

كما في الإيضاح و به جزم في التذكرة و في (جامع المقاصد) أنه الأصح لأنه تصرف غير مأذون فيه و ربما تعلق غرض المالك بعدم الخلط فيضمن به و قد سمعت آنفاً قضية كلام المبسوط و وجه الجواز اتحاد المالك و أنه يجوز ملزوم الخلط إذ يجوز شراء نصف سلعة مشاعاً بأحدهما و الآخر بالآخر و هو يستلزم الضم (و فيه) أنه ينتقض بمضاربه الغير فإنه يجوز أن يشتري نصف سلعة بمال أحدهما و الآخر بالآخر

(قوله) (و لو خسر العامل فدفعت الباقي ناضاً ثم أعاده المالك إليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول لاختلاف العقدين) لأن المفروض أنه دفع له الباقي ناضاً بنية فسخ القراض فيفسخ به إذ هذا القدر كاف في الفسخ كما صرح بكفاية هذا القدر «١» في التذكرة فإذا أعاده فلا بد من العقد ثانياً فهذا عقد آخر له حكم آخر فلا يجبر بربحه خسران الأول و به صرح في التحرير و جامع المقاصد و هو واضح و لعله لذلك تركه الأكثر

(قوله) (و هل يقوم الحساب مقام القبض الأقرب أنه ليس كذلك)

هذا هو الصحيح كما في الإيضاح و لا يحتمل سواه إن لم يكن معه قرينة كما في جامع المقاصد و لعله إليه أشار في التحرير بقوله بعد ما حكيناه عنه آنفاً أما لو لم يقبضه بل أذن له في العمل بعد إنضاضه فالأقرب أنه ليس بعقد ثانياً بل يجبر من الربح الثاني ما خسره أولاً- و وجه القرب انتفاء حقيقة القبض و استصحاب حكم العقد و لا دلالة للحساب على رفعه بشيء من الدلالات و وجه الاحتمال الآخر أن فائدة الحساب تمييز حق العامل من حق المالك و قد وقع على قصد الفسخ فيفيده فكان مساوياً للقبض كذلك في ذلك (و قال في جامع المقاصد) أن التحقيق أن الحساب بمجردة لا يفيد الفسخ ما لم ينضم إليه ما يقتضيه إلا أن هذا لا يكاد يفرق بينه و بين غيره فإن القسمة لا تقتضى الفسخ بمجردها من دون إرادة ذلك كما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى أن قسمة الربح لا تخرجه عن كونه وقايةً و لا يعقل من القسمة هنا إلا تمييز الربح عن رأس المال و كذا استرجاع المال أي لا يقتضى الفسخ بمجردة و هو صريح التذكرة و من المعلوم أن العامل لو جعل المال في يد المالك لم يقتض الفسخ

(١) كذا في النسخة و الظاهر أن قوله بكفاية هذا القدر حاشية أو نسخة بدل من قوله به فليراجع (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٩٩

و ليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك (١) فإن نض قدر الربح واقتسماه وبقى رأس المال فخسر رد العامل أقل الأمرين و احتسب المالك (٢)

لإمكان كونه لغرض الحفظ إلى أن يقضى غرضاً ونحوه فحينئذ لا- محصل لقول المصنف الأقرب إلى آخره لأنه إن أراد به مع الضميمة فهو باطل أو بدونها فلا يتطرق إليه الاحتمال لأن الاسترجاع و القسمة إذا لم يقتضيا الفسخ بمجردهما فالحساب أولى انتهى قلت غرض المصنف أن الحساب على قصد الفسخ وإرادته هل يقوم في الفسخ مقام الدفع و القبض و الاسترجاع على قصد الفسخ فيفيد الفسخ كما أفاده القبض على ذلك القصد كما عرفته فيما قبله و به صرح في التذكرة قال يرتفع القراض بقول المالك فسخت القراض و رفعته و ما أدى هذا المعنى إلى أن قال و باسترجاع المال من العامل بقصد رفع القراض فكان حاصل كلام المصنف أن الحساب بمجرد لا بقصد الفسخ لا يحتمل إفادته الفسخ و بقصده من دون ضميمة أخرى فيه احتمالان أقربهما أنه لا يفيد فلم يتجه عليه الإيراد أصلاً

(قوله) (و ليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك)

أى ما دامت المعاملة باقية كما هو قضية الأصول و القواعد و به صرح في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن فيه حقا للمالك و ربما حدث الخسران فاحتيج إلى الجبران بل الأمر أوضح من أن يحتاج إلى البيان بل ينبغي أن يكون الحكم في المالك كذلك لأن للعامل حقا في الربح و لا يتميز إلا بالقسمة بل له تعلق برأس المال مع دوام المعاملة و قد تقدم في الاستدلال على أنه ليس له وطء أمه القراض ما له نفع في المقام

(قوله) (فإن نض قدر الربح واقتسماه وبقى رأس المال فخسر رد العامل أقل الأمرين و احتسب المالك)

كما في المبسوط و الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و قد صرح بجميع ذلك عدا احتساب المالك في جامع الشرائع و التذكرة و التحرير لأنه لا عبرة بهذه القسمة لأنه لا يستقر ملك أحدهما على الربح ما دامت المعاملة باقية فلو خسر رأس المال جبر خسارته من الربح المأخوذ فيرد العامل أقل الأمرين مما أخذه و نصف الخسارة كما في المبسوط (و قال في التحرير) أقل الأمرين من نصف الخسارة و جميع ما أخذه و مثله ما في جامع المقاصد و المسالك و في (جامع الشرائع) من حصته في الخسارة و مما أخذه و نحوه ما في الروض و مجمع البرهان و في (التذكرة) جبر بما أخذه فكلامهم ما بين صريح و ظاهر في أنه يجبره بجميع ما أخذه من ربح و رأس مال قال في (المبسوط) فإن كان المقسوم مائتين نظرت في الخسران فإن كان مائة فعلى العامل نصف الخسران لأنه أقل مما قبضه و إن كان الخسران مائتين رد العامل كل ما قبضه لأنه وفق نصف الخسران و إن كان الخسران ثلاثمائة رد العامل ما أخذه و ليس عليه أكثر من ذلك و قال إن رب المال لا حاجة به إلى رد شيء بل العامل يرد و رب المال يحتسب ما يلزمه من ذلك من جهته انتهى فيكون معنى احتسب المالك في عبارة الكتاب و الشرائع ما ذكره في المبسوط من أنه لا حاجة به إلى إخراج ما أخذه و رده و وضعه فوق رأس المال بل يكفيه أن يحتسبه أو يحسب عليه أنه من رأس المال سواء أراد بقاء المعاملة أم لا أما الثاني فظاهر و أما الأول فلأنه قد يريد الاقتصار على ما بقى في يد العامل فلا يجب عليه رد أصلاً و قد فسر عبارة الكتاب في جامع المقاصد بما نصه و احتسب المالك بأقل الأمرين بمعنى أنه يحتسب رجوع ذلك الأقل إليه من رأس المال فيكون رأس المال ما أخذه العامل و ما بقى انتهى و لعله أراد ما في المبسوط مع ما تراه في العبارة و مثله كلام المسالك و كأنه أقرب من ذلك إلى ما في المبسوط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٠

و إن امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر عليها (١) و لا- يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض و لا أن يأخذ منه

بالشفعة ولا من عبده القن ويجوز من المكاتب (٢)

(و كيف كان) فتوجيه الشهيد للعبارة فيما حكى غير سديد مخالف لما سمعته عن الجميع قال ما حاصله المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل و من رأس المال لا من الربح فلو كان رأس المال مائة و الربح عشرين فاقسما العشرين فالعشرون التي هي ربح مشاعه هي سدس الجميع فخمسة أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح و هو درهم و ثلثان و يبقى معه من رأس المال ثمانية و ثلث فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسر و من ثمانية و ثلث قال و لا يجوز أن يجعل المردود من العامل على تقدير خسران عشرين عشرة كما يفهمه كثير لأنه يناقض ما سلف و هذا تفصيل ما أراد و الحامل له على هذا ما تقدم من أن المالك إذا أخذ شيئاً و قد ظهر ربح حسب ما أخذه من الربح و رأس المال على تلك النسبة و هذا التوجيه فاسد من وجوه (الأول) أنهما إذا اتفقا على أن المأخوذ محسوب من الربح كان كذلك لأن التمييز إليهما و المال منحصر فيهما و الإذن إذا وقع على تقدير تمييز منوط بتراضيهما لم يكن لعدم تأثيره وجه (الثاني) أنه لو كان يدخل في ذلك شيء من رأس المال ما جاز للعامل التصرف فيه لأن المالك لم يأذن إلا في التصرف في الربح و لم يقع التراضي و الاتفاق إلا عليه (الثالث) كيف يستقر ملك العامل على ما في يده من الربح مع اتفاقهما على كونه وقايه و على بقاء المعاملة (الرابع) أن العامل لا يملك شيئاً من رأس المال فكيف يتوقف رده على ظهور الخسران (الخامس) أنه مخالف لما سمعته عن جميع من تعرض لهذا الفرع و أما حملة و قياسه على أخذ المالك فلم يصادف محله لأن المالك لم يأخذ ذلك على وجه القسمة و إنما أخذ ما يعده ملكاً له لكن لما كان فيه ربح و كان شائعاً دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ كما تقدم بيانه و لا كذلك العامل فإنه لا يأخذ إلا من الربح و لا يقاسم إلا عليه فلا يناقض ما سلف

(قوله) (و لو امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر عليها)

كما في المبسوط و جامع الشرائع و في (الشرائع و المسالك و الكفاية) أنه إن امتنع المالك لم يجبر عليها و في (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) أنه إذا أراد أحدهما قسمة الربح مع بقاء المضاربة فامتنع الآخر لم يجبر عليها و القيد ببقاء المضاربة مراد للمبسوط و ما ذكر بعده جزماً بل كلام المبسوط صريح في ذلك عند بيان الوجه في عدم إجبار أحدهما قال لأنه إن كان المطالب هو العامل لم يجبر المالك لأنه يقول الربح وقايه لرأس المال فلا تأخذ شيئاً من الربح قبل أن أخذ رأس مالي و إن كان رب المال لم يجبر العامل لأنه يقول متى قبضت شيئاً من الربح لم يستقر مالي لأن المال قد يخسر فيلزمي رد ما أخذت قلت و لعله أخرج و صرف ما وصل إليه فيحتاج إلى غرم ما حصل له بالقسمة و ذلك ضرر بل توجه المطالبة ضرر هذا و إذا اتفقا على فسخ المضاربة و طالب أحدهما بالقسمة و امتنع الآخر جاءت أحكام القسمة

(قوله) (و لا- يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض و لا- أن يأخذ منه بالشفعة و لا من عبده القن و يصح من المكاتب)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و ذكر العبد و المكاتب استطراداً لكن لما ذكرهما في المبسوط ذكرهما الجماعة و الوجه في أنه لا يشتري منه من مال القراض واضح لأنه لا يصح أن يشتري الإنسان ماله و مثله القول في الأخذ بالشفعة (و قد يقال) إنه إذا ظهر الربح يجوز شراؤه منه حقه فلو ظهرت الحاجة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠١

و الشريك فيصح في نصيب شريكه (١) و للعامل أن يشتري من مال المضاربة و إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه (٢)

(الفصل الثالث في التفاسخ و التنازع) القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال أو كان به عروض (٣)

إلى الجبر به احتملت الصحة و يحتمل العدم لأن الملك غير تام مراعى بعدم الحاجة إلى الجبر به و على الجواز و الصحة لو ظهرت الحاجة إلى الجبر به يلزم العامل رد قيمة ما أخذ كما لو كان باعها لغير المالك أو أتلّفها و يجيء مثل ذلك في الأخذ بالشفعة إذا ظهر الربح و أما عدم صحة شرائه من عبده القن فلأن ما بيده مال سيده و حكى في المبسوط قولاً هو لبعض الشافعية أن المأذون إذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه لأنه لا حق للسيد فيه و إنما هو حق الغرماء و فساد ظاهر إذ ذلك لا يخرج عن ملك السيد كتعلق حق الغرماء بمال المفلس نعم للسيد أخذ ذلك بقيمته لأنه أحق بماله مع بذل العوض إلا أن ذلك لا يعد بيعاً كما يأخذ العبد الجاني و يبذل قيمته و أما أنه له أن يشتري من المكاتب فلأن سلطانه قد انقطع عنه فما بيده ملك له و لذلك لو انعتق لم يكن للمولى مما في يده و لا فرق في ذلك بين المطلق و المشروط و إن كان الحكم في المشروط أضعف لأنه قد يرد في الرق و يجوز أن يأخذ منه بالشفعة كما صرح به في المبسوط و جامع المقاصد (قوله) (و الشريك فيصح في نصيب شريكه)

كما في جامع المقاصد و معناه أنه يجوز الشراء من العامل الشريك لكن يصح في نصيب شريكه لا في نصيب المالك و كذا يأخذ من العامل بالشفعة لو اشترى لنفسه شقصاً بشركة المالك و لو كان الذي للمالك من مال القراض (قوله) (و للعامل أن يشتري لنفسه من مال المضاربة و إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه)

معناه أنه يجوز للعامل أن يشتري لنفسه من مال المضاربة حيث لا ربح كما قرره في التحرير و في (جامع المقاصد) أما لو لم يكن ثم ربح فإن المال لغيره و يجوز شراؤه قطعاً و ما يتجدد من الربح فهو له انتهى و لقد اختلفا في الحكم اختلافاً شديداً و لعل عدم الجزم في التحرير لأن شراء العامل من دون إذن المالك كشراء الوكيل كما يأتي أو لأن له تعلقاً به أو لأنه لا يقطع بعدم الربح في القيميات و لا يخفى أن شراءه من المالك أو من نفسه ياذنه مع القطع بعدم الربح مما لا ريب فيه و أما إذا كان الربح ظاهراً في وقت الشراء بناء على أنه يملك بالظهور فالبطالان في نصيبه في غاية الظهور لأنه لا يعقل شراء ملك نفسه و إن كان متزلزلاً

بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين

(قوله) (الفصل الثالث في التفاسخ و التنازع القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال أو كان به عروض)

إجماعاً كما في مجمع البرهان و بلا خلاف كما فيه أيضاً و في الكفاية و الرياض و في (الغنية) الإجماع على جوازه و أن لكل منهما فسخه متى شاء و بذلك صرح في السرائر و التذكرة مراراً و بجميع ما في الكتاب صرح في المبسوط و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و شروحه و الروضة و صرح بأنها جائزة من الطرفين في الوسيلة و غيرها و هو المستفاد من مطاوى كلمات كتب القدماء و به أفصح عباراتهم عند قولهم لا يلزم اشتراط الأجل و هو قضية كلام كل من قال إنها تبطل بالموت و مع ذلك قال في جامع الشرائع إنها عقد لازم من الطرفين و لم يحضرني نسخة أخرى إذ لعله غلط من قلم الناسخ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٢

و يفسخ بموت أحدهما (١) و جنونه (٢) و إذا فسخ القراض و المال ناض لا ربح فيه أخذه المالك (٣) و لا شيء للعامل (٤) و إن كان فيه ربح قسم على الشرط (٥) و إن انفسخ و بالمال عروض فإن ظهر فيه ربح و طلب العامل بيعه (٦)

لأنه قد صرح بأنها تنفسخ بالموت (إلا أن تقول) إنه يقول إنها كالإجارة عند جماعة كثيرين (قوله) (و يفسخ بموت أحدهما)

كما في المبسوط و الجامع و الشرائع و النافع و شروحه و الإرشاد و شروحه و التبصرة و غيرها معللين بأنها وكالة في المعنى و لعل من

تركه اكتفى عنه بقوله إنها جائزة من الطرفين و حيث يموت المالك و الوارث عالم بأن المال عند العامل كان كالوديعة لا يجب ردها و إلا كان أمانة شرعية يجب ردها فوراً أو إعلام الوارث بها كما تقدم بيانه مسبقاً في باب الوديعة و ظاهر كلامهم على ما قيل عدم جواز الدفع إلى الوارث مع عدم العلم بالانحصار و لا- يبعد جواز دفعه للوارث المعلوم و إن لم يعلم الانحصار فيه لأن الأصل عدم الوارث الآخر مع العلم باستحقاق الموجود و لا يعارضه أصل عدم استحقاق هذا لكل المال لأن الاستحقاق حاصل و وجود مانع آخر غير ظاهر و هذا نافع جدا في تقسيم تركه الميت على الديان المعلومين مع عدم العلم بانحصار الغرماء فيهم نعم لا يجوز مع الشك في وجود وارث أو غريم آخر و تمام الكلام في محله و يأتي بقیة أحكام المال عند تعرض المصنف لها (قوله) (أو جنونه)

كما في الإرشاد و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و زيد في الأربعة الأخيرة الإغماء و الحجر عليه لسفه و زيد في التذكرة و جامع المقاصد الحجر على المالك للفلس لأن الحجر على العامل للفلس لا يخرج عن أهلية التصرف في مال غيره بالنيابة لأن المالك يخرج بعروض هذه له عن أهلية الاستنابة و العامل عن أهلية النيابة لأنها وكالة في المعنى (و قال في التذكرة) يعتبر في العامل و المالك ما يعتبر في الوكيل و الموكل لا نعلم فيه خلافاً (قوله) (و إذا فسخ القراض و المال ناض لا ربح فيه أخذه المالك)

كما هو واضح و به صرح في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و فسخ القراض قد يكون بفسخهما أو بفسخ أحدهما أو بعروض فاسخ من موت و نحوه و يجب تقييد العبارة بما إذا لم يكن الفاسخ المالك حتى يستقيم له الجزم بأن لا شيء للعامل لأنه سيأتي له أنه لو كان هو الفاسخ النظر في استحقاق العامل الأجرة (قوله) (و لا شيء للعامل)

قد عرفت الحال فيه و يأتي تمامه و قد يكون المراد أن لا شيء له مما ضرب له (قوله) (و إن كان ربح قسم أيضاً على الشرط)

هذا أيضاً ظاهر إذا حصل الفسخ و نض المال و به صرح في الكتب الأربعة و المسالك و فيه الإجماع عليه (قوله) (و إن انفسخ و بالمال عروض فإن ظهر فيه ربح و طلب العامل بيعه)

أى ففى إجبار المالك على بيعه إشكال كما ستسمع قد جزم في المبسوط بأنه إذا فسخ المالك أو العامل و المال كله أو بعضه عروض كان للعامل بيعه سواء لاح فيه ربح أم لا و نحوه ما في جامع الشرائع و موضع آخر من المبسوط و قالوا إلا أن يأخذه رب المال بقيمته و قضيه كلامهما أن المالك يجبر على إجابته (و قال في التذكرة) أن للعامل الامتناع و عدم قبول قول المالك إذا قال له أنا أخذه بقيمته أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضاً فإنه قد يجد من يشتريه بأكثر من قيمته و هو قضيه إطلاق قوله في الإيضاح الأصح إجبار المسالك على إجابته و قد جعل في جامع المقاصد و جوب تمكينه من البيع مقتضى النظر إذا توقف حصول الفائدة للعامل عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٣

أو وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على إجابته على إشكال (١) و إن لم يظهر ربح و لا زبون لم يجبر المالك (٢)

و إليه مال في المسالك و في (الروضة) إن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم يدفع المالك إليه حقه و إلا لم يجز إلا بإذن المالك و إن ربح الربح حيث لا يكون بالفعل «١» (قلت) و هو قوى جدا و هو قضيه كلام المبسوط و غيره فيما إذا مات المالك كما يأتي لأن الموت من جملة أسباب الفسخ فالمسألان من واد واحد و الوجه في ذلك أن وصول العامل إلى حقه حاصل بالقسمة فلا- يجبر المالك على بيع ماله و لا يزيد حاله على حال الشريك فإنه لا يكلف البيع لأجل شريكه و وجه الإجبار أنه يجب تمكينه من الوصول

إلى حقه و عوض عمله و ربما لا يوجد راغب في شراء البعض و لا سيما إذا كان العروض سلفا أو لا يباع إلا بنقصان و للعامل مزية على الشريك لأنه يستحق التمكين من الوصول إلى عوض عمله و شيء من ذلك لا يقضى بوجوب مخالفة القاعدة القطعية و هو أنه لا- يجبر الإنسان على بيع ماله لتوقف حصول فائدة للغير عليه على أن الخصم يدعى إمكان وصول حقه إليه بالقسمة هذا على القول بأنه يملك بالظهور و أما على القول بأنه إنما يملك بالإنضاض أو القسمة فمنشأ الإشكال من أنه لا حق له الآن فلا يستحق التسلط على بيعها و إنما له الأجرة و من أنه ملك أن يملك بظهور الربح فله المطالبة بما يتوقف عليه حق الملك كذا قال في جامع المقاصد في توجيه هذا الشق و هو كما ترى و وجهه في الإيضاح بأنه لا يكون أقل من الجعالة و قد تم العمل بظهور الربح و فسخ المالك فاستحق الجعل و هو جزء من الربح و إنما يتم بالبيع و هو أيضا كما ترى على أنك قد عرفت أنه لا قائل به منا فلا معنى للتعرض له و التفرغ عليه و تجشم هذه التكاليف (و قال في جامع المقاصد) إن موضع الإشكال ما إذا طلب العامل البيع في الحال أما إذا طلب تأخيرها إلى موسم رواج المتاع فليس له ذلك قطعاً انتهى و هو كما ترى

(قوله) (أو وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على إجابته على إشكال)

قال في الإيضاح الأصح أنه يجبر و في (جامع المقاصد) أنه الذي ينساق إليه النظر كما مر و قد سمعت ما في الروضة و منشأ الإشكال من أنه يمكن حصول عوض عمله إليه بالبيع فيجب تمكينه منه و لأن ذلك يعد ربحاً لأن الربح هو الزيادة و قد يكون حصولها بسبب خصوص العين لوجود راغب فيها بالفعل بزيادة عن قيمتها فيجب أن يستحق فيه الحصة لوجودها بالقوة القريبة و أن يمكن من البيع الذي يتوقف حصولها بالفعل عليه و من أن هذه الزيادة لا تعد ربحاً و إنما هو رزق يساق إلى مالك العروض لأن حصول الربح إما بزيادة القيمة السوقية أو بحصول الشراء بذلك أما نفس البذل فلا و لو وعد ربحاً لم يستحقه لأنه إنما يستحق الربح إلى حين الفسخ لا ما يتجدد بعده إلا أن تقول أن هذه الزيادة التي هي الربح موجودة بالقوة القريبة فلا تكون غيرها فليتأمل و في (جامع المقاصد) أن الزبون بفتح أوله هو الراغب في الشراء كأنه مولد و ليس من كلام العرب و هو كذلك لأننا لم نجد في تكملة الصغاني

(قوله) (و إن لم يظهر ربح و لا زبون لم يجبر المالك)

كما هو خيرة الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و كذا المسالك و قد سمعت ما في المبسوط و جامع الشرائع و اضطراب كلام التذكرة فقال في موضع منها فإن لم يكن ربح فعلى العامل بيعه إذا طلبه المالك و للعامل أيضا بيعه و إن كره المالك و قال بعد ذلك و لو لم يكن في المال ربح و رضى المالك بمسالك المتاع فهل للعامل البيع إشكال ينشأ من أنه قد يجد زبونا يشتريه بزيادة فيحصل له ربح و من أن المالك قد كفاه مؤنث البيع و هو

(١) و قال في التحرير الوجه أنه ليس للعامل بيعه مع فسخ المالك بل يقتسمان إن كان فيه ربح و هو خيرة الشرائع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٤

و لو طلب المالك بيعه فإن لم يكن ربح أو كان و أسقط العامل حقه منه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه (١)

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 ٧، ص: ٥٠٤

شغل لا فائدة فيه و هو الأقوى لأن المضارب إنما يستحق الربح إلى حين الفسخ و حصول راغب يزيد إنما حصل بعد فسخ العقد فلا

يستحقها العامل انتهى و لا تغفل عن توجيه الشق الثاني

(قوله) (و لو طلب المالك بيعه فإن لم يكن ربح أو كان و أسقط العامل حقه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه) إذا طلب المالك بيعه من العامل ففي (جامع الشرائع) أن له جبره على بيعه ليأخذ ماله ناضا فقد جزم بأنه يجبر غير فارق بين ظهور الربح و عدمه و لا بين إسقاط حقه و عدمه و نحوه ما في موضع من المبسوط و قد جزم في الشرائع بأنه لا يجب عليه البيع غير فارق أيضا بين ظهور الربح و عدمه و إسقاط حقه و عدمه و استجوده في الروضة (و قال في المسالك) لعله أقوى في صورة عدم الربح و جزم في موضع من التذكرة بوجوب بيعه عليه حيث لا ربح كما سمعته آنفا و استشكل في موضع آخر في ذلك حيث لا ربح و نظر في التحرير في وجوبه عليه غير فارق بين ظهور الربح و عدمه فهو متوقف على التقديرين كما هو أي التوقف ظاهر الإيضاح و جامع المقاصد في صورة عدم الربح و الأظهر أنه كما في مجمع البرهان أنه لا يجبر لأصالة براءة ذمته من وجوب عمل عليه لا عوض عليه بعد الفسخ و أما قوله صلى الله عليه و آله على اليد ما أخذت حتى تؤدي ففي الاستدلال به نظر إذ الأداء يحصل بالمثل و العوض مع قيام احتمالات في تقدير المحذوف أو الضمان أو الحفظ أو الأداء إلى غير ذلك كالأستدلال بأن التغيير قد حصل بفعله فيجب رده إلى مثله لأنه «١» إنما صدر بإذنه فلا يستعقب مشقة و لا ضررا على العامل و القول بأن الإذن إنما وقع في التصرف فيه بالبيع و الشراء و أنه إذا اشترى كان عليه أن يبيع أول ممنوع و إلا- لوجب عليه إنضاض ما زاد على رأس المال إذا كان رأس المال ناضا و لا قائل به سلمنا لكن ذلك مع البقاء على العقد لا مع الفسخ فتأمل لكن سيأتى فيما إذا كان المال ديناً أنه يجبر على جبايته من غير خلاف و هو يقضى بقوة إجباره على بيعه إلا أن يدعى وضوح الفرق و أما أنه تجبر على البيع إذا أسقط العامل حقه منه فقد جزم به في موضعين من المبسوط و في (التذكرة و الإيضاح) أنه أقرب و قد سمعت ما في جامع الشرائع و لا ترجيح في جامع المقاصد و قد سمعت ما في الشرائع و التحرير و وجه القرب يستفاد مما سبق و يرد عليه مثل ما سبق هذا و مقتضى قوله هنا و أسقط العامل حقه و قوله في التذكرة و قوله في المبسوط تركت حتى لك أنه يسقط حق العامل من الربح بالإسقاط و الترك مع أن الملك الحقيقي لا يزول بالإعراض إلا في مثل الشيء اليسير كاللحم أو التالف كمتاع البحر و الحيوان المتروك من جهد و كلال و الذي يملك بغاية لو حصلت مثل حطب المسافر و لا يسقط غير ذلك بالإسقاط عند جماعة و لا فرق في الملك بين أن يكون مستقرا أو متزلزلا و يمكن حمل هذه العبارات على إرادة المسقط الشرعى من بيع أو هبة أو صلح فلا تنافى بينها و بين القاعدة لكنه قال في المبسوط فيما إذا قال خذه عرضا فقد تركت حتى لك إن فيه وجهين مبنيين على القولين في ملك العامل حصته فمن قال يملكها «٢» بالقسمة قال كان عليه القبول و قد حكى ذلك كله في التذكرة أيضا عن بعض الشافعية و قضيه ذلك أنه لا يسقط ربح العامل بالإعراض و احتمال في الإيضاح سقوطه به و في (جامع المقاصد) أن هذا الاحتمال ليس بشيء قلت قد بينا في باب

(١) هذا توجيه عدم صحة الاستدلال (منه قدس سره)

(٢) بالظهور قال لم يجب على رب المال القبول و من قال يملكها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٥

و كذا يجبر مع الربح (١) و لو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على إنضاض الباقي و كان مشتركا (٢) بينهما و لو رده ذهابا و رأس المال فضة و جب الرد إلى الجنس (٣) و إذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجره المثل إلى ذلك الوقت نظر (٤)

القضاء أن جماعة يقولون بأن الإعراض يفيد إباحة التصرف و آخرين أنه يفيد الملك إذا نواه و يدعون استمرار الطريقة على ذلك في الحيوانات الكالة و ما يخرجها الغائص من البحر من السفينة المنكسرة و الدرر و الأحجار القديمة و إلا لوجب الفحص في الأخير عن الوارث أو التصديق به فورا ثم إن عندهم في ذلك خبر الشغيري «١»

(قوله) (و كذا يجبر مع الربح)

كما في التذكرة و الإيضاح و المسالك و قد سمعت ما في المبسوط و الوسيلة و جامع الشرائع كما سمعت ما في الشرائع و التحرير و استظهر في مجمع البرهان أنه لا يجبر و في (جامع المقاصد) أن المسألة موضع تأمل و أن في الفرق بينه و بين عدم الربح صعوبة و يمكن أن يفرق بأنه إنما استحق الربح في مقابل العمل المأذون فيه و هو الشراء و البيع فيجب عليه القيام به و لأن الإنضاض مشقة و مؤنة فلا يناسب أخذ العامل الحصة و جعل تلك المشقة على المالك و قد يقال على الأول إنه إنما يتم قبل الفسخ و أما إذا صار أجنيا فلا فتأمل نعم إن طلب هو الربح فلا بد له من الجباية

(قوله) (و لو نض قدر رأس فرده العامل لم يجبر على إنضاض الباقي و كان مشتركا)

قد صرح بعدم إجباره حينئذ على إنضاض الباقي في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأن المأخوذ هو رأس المال و هو الذي يجب رده كما أخذه دون الباقي فيقسمانه عروضاً و أولى منه لو كان أزيد و لو كان أقل توجه جواز اقتصره على إنضاض قدره لو قلنا بإجباره على الإنضاض و لو كان الفسخ في جميع هذه الصور من العامل فالحكم كذلك و به صرح في المبسوط و التحرير و المسالك و هو قضية كلام الباقيين إلا في الأجرة كما يأتي إن شاء الله تعالى نعم قد يستبعد كثيراً و جواب إجابة المالك له إلى بيعه مع أن الفسخ منه (و قال في الكفاية) إذا انفسخ عقد القراض فلا يخلو إما أن يكون فسخه من المالك أو من العامل أو منهما أو من غير جهتهما كالموت أو الجنون و نحوهما و على كل تقدير إما أن يكون المال كله ناضاً أو قدر رأس المال أو بجميعة عروض أو بعضه بحيث لا يكون الناض قدر رأس المال و على التقادير المذكورة إما أن يكون قد ظهر ربح بالفعل أو بالقوة فهذه صور المسألة و النصوص خالية عن أحكامها و قد ذكر فيها أشياء لا أعرف عليها دليلاً صالحاً على التعويل انتهى و هي عين عبارة المسالك و قد رقاها فيه إلى اثنين و ثلاثين و قد تركا ما إذا كان المال ديناً أو بعضه و قد عرفت أدلة الصور المذكورة في الكتاب من الأصول و القواعد المستفادة من الأخبار و لم يكن عندنا فيها إشكال يوجب التوقف بحيث لا يكون أحد طرفيه أقوى أو أقرب أو أظهر أو أشبه (قوله) (و لو رده ذهباً و رأس المال فضةً و جب الرد إلى الجنس)

كما في المبسوط و التذكرة إذا طلب المالك ذلك و هو مبنى على وجوب البيع على العامل إذا طلبه المالك فكل من قال بالوجوب هناك يلزمه القول به هنا و هكذا من منع أو توقف و لهذا مال إلى العدم أو قال به في مجمع البرهان و مثله ما لو كان الحاصل دراهم و رأس المال صحاحاً أو كان نقداً مخالفاً لنقد رأس المال

(قوله) (و إذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجرة المثل نظر)

كما في التحرير و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و محل النظر و الإشكال في الكتب الستة ما إذا

(١) واقفى اسمه أمية بن عمر (بخطه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٦

و إذا انفسخ و المال دين و جب على العامل تقاضيه و إن لم يظهر ربح (١)

فسخ المالك بعد الشروع في العمل قبل الشراء أو بعده و قبل ظهور الربح كما هو صريح بعضها و ينبغي أن يكون ذلك محل النزاع و إلا- فلو اشترى و باع المال و لم يربح شيئاً فالظاهر أنه لا يجب له شيء إذ لم يفوت المالك عليه حينئذ شيئاً أصلاً و لا يجب على المالك إبقاء ماله دائماً في يده حتى يربح إذ قد لا يربح و قد يتلف و فيه من الضرر ما لا يخفى و جزم بالاستحقاق في عنوان العبارة في الشرائع و النافع و الإرشاد و اللعة و الروض و في (الإيضاح) أنه الأصح و أطلق في التذكرة الحكم باستحقاق الأجرة بحيث يتناول ما إذا كان الفاسخ العامل أيضاً قال فإن فسخ العقد أو أحدهما فإن كان قد عمل فإن كان المال ناضاً و لا ربح فيه كان للعامل أجرة

عمله إلى ذلك الوقت و كأنه قال بالاستحقاق فى جامع المقاصد فيما جعلناه محل النظر و النزاع أعنى ما إذا كان الفسخ من المالك بعد الشروع فى العمل قبل الشراء أو بعده قبل ظهور الريح و قد قال فى الرياض بأن استحقاقه الأجره فى هذا الفرض لا خلاف فيه إلا من الشهيد الثانى و تبعه المحقق الأردبيلى و غيره فاستشكل فى الحكم بالأجره على تقدير عدم الريح انتهى ثم إنه يظهر منه بعد ذلك انعقاد الإجماع على ذلك بل هو صريحه أو كاد يكون صريحه (و فيه) أنك قد عرفت قلّه المصرح بالاستحقاق مع أن ظاهر الباقيين العدم حيث يذكرون أقسام الفسوخ على كثرتها و أحكامها و لم يتعرضوا لذكر الأجره بالكلية مضافا إلى ما فى الكتاب و ما سمعته عن التحرير و جامع المقاصد ممن تقدم على الشهيد الثانى و قد وجهوا الاستحقاق بأنه عمل محترم فى مقابلة الحصه على تقدير استمراره إلى أن تحصل و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها فإذا خالف فقد فوتها عليه فيجب عليه أجرته كما إذا فسح الجاعل بعد الشروع فى العمل هذا حاصل ما فى جامع المقاصد و المسالك على طوله (و فيه) أن مقتضى العقد استحقاق الحصه خاصة إن حصلت لا غيرها كما هو ظاهر و تسلط المالك على الفسخ من مقتضياته أيضا فالعامل عالم قادم على ذلك فلا شىء له و إلا لنافى كون المضاربه جائزه لأن معنى الجواز كما تقدم فى الجعالة أن له إبطال العقد من أصله و رفع حكمه و إثبات الأجره و اقتضاؤه عدم عزله قبل حصول الحصه يقتضى بكونه لازما و لما كانت الجعالة بعد التلبس بالعمل جائزه بالنسبه إلى ما بقى لازمه بالنسبه إلى ما مضى بمعنى أنه يلزمه أجره ما مضى مع الفسخ بالنسبه إلى المجموع من العوض المبدول لا أجره المثل عند جماعة فهى عندهم بالنسبه إلى ما مضى لازمه لزوما حقيقيا كان عليه أجره المجمعول له و إلا لزم أن لا يقدر أحد على إتمام عمل شىء يجعل أصلا و لزم أن يكمل الإنسان أكثر عمله بغير عوض و لم يثبت مثل ذلك فى المضاربه نعم قد يتصور أن له الأجره إذا كان العقد مؤجلا بأجل و فسح المالك قبله و كان مما يتوقع فيه الربح فى آخر تلك المده و مما ذكر يعلم حال إطلاق كلام التذكرة و أن المسأله فى كلامهم غير محرره فليلحظ

(قوله) (و إذا انفسخ و المال دين و جب على العامل تقاضيه و إن لم يظهر ربح)

كما هو صريح المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و كذا جامع المقاصد و هو قضيه إطلاق الوسيله بالنسبه إلى عدم الربح و كذا المسالك و فى (الشرائع و الإرشاد و الروض) أن عليه جبايه السلف و حاصل كلام الجميع أنه إذا أذن له فى البيع نسيئه أو فى الإسلاف و جب عليه جبايته و ظاهرهم أنه لا مجال هنا لاحتمال العدم لكن قد حكى عن حواشى الشهيد احتماله و قد قال المولى الأردبيلى إنه الظاهر وجه الوجوب أن مقتضى المضاربه رد رأس المال على صفته و الديون لا تجرى مجرى المال و أن الدين ملك مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٧

و لو مات المالك فلورثته مطالبه العامل بالتنضيض (١) و تجديد عقد القراض إن كان المال ناضا و إلا فلا (٢)

ناقص و الذى أخذه كان ملكا تاما فليؤد كما أخذ لظاهر الخبر و وجه العدم منع كون مقتضى المضاربه كما ذكر و الحال أن الإدانة بإذن المالك مع الأصل براءة الذمه من وجوبه عليه و ضعف بأن إذن المالك فيه إنما كانت على طريق الاستيفاء بدلالة القرائن و لاقتضاء الخبر ذلك انتهى فتدبر فى اقتضاء الخبر و مما ذكر يظهر قوة القول بإجباره على بيع العروض و من قال به ثمه فبالأولى أن يقول به هنا و إذا ادعى العامل بعد الفسخ أن فيه ربحا أو قطعنا بوجوده فهل له أن يجبر المالك على تسليطه على جبايته احتمالا و الجواز غير بعيد بل قد يقال إنه يتعين عليه إجابهته فى الفرض الثانى لأن الربح المشترك يجوز قبضه بدون إذنه إلا أن للمالك أن يعين معه ناظرا أو مشرفا

(قوله) (و لو مات المالك فلورثته مطالبه العامل بالتنضيض)

قضيه كلامه أنه تجب عليه إجابهتهم و به صرح فى جامع الشرائع قال للوارث إزامه بالبيع و فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة) كان للعامل يبعه لكن قال فى الشرائع إلا- أن يمنعه الوارث و هذا الاستثناء ظاهر المبسوط أو صريحه و قضيه كلامهم أنه لا يجب على

الوارث إجابته و قد فهم صاحب جامع المقاصد من عبارة التذكرة هذه حيث ترك فيها الاستثناء أنه تجب على الوارث إجابته و فى (التحرير) هل للعامل إجباره على البيع فيه ما تقدم و من الغرائب أن نسخة المبسوط فى المسألة غير نقيه عن السقط كما أن بقيه ما عندنا من نسخ التحرير قد سقط ذلك منها (و قال فى الشرائع) بعد قوله كان للعامل بيعه إلا أن يمنعه الوارث و فيه قول و هذا القول و هو أن ليس للعامل بيعه و إن لم يمنعه الوارث لأنه حق الغير لم نجده لأحد منا و إنما حكاه فى التذكرة وجهها للشافعية و نفى عنه البأس فى التذكرة و فى (المسالك) أنه متوجه و هذا من التذكرة يقضى بالتردد فى وجوب إجابة الوارث العامل إلى البيع لا كما فهمه آنفا منه فى جامع المقاصد و قد سمعت كلامهم فيما إذا انفسخ العقد و المال عروض و قد ظهر ربح و طلب العامل بيعه فإن فى المبسوط و الجامع و الإيضاح و كذا التذكرة إنه يجبر المالك على إجابته و فى (الشرائع و التحرير) أنه لا يجبر و هذه من سنخ تلك لأن الموت من جملة أسباب الفسخ كما نبهنا عليه هناك و كلام المبسوط هناك يخالف ما يفهم منه هنا و قد سمعت كلامهم فيما إذا طلب المالك بيعه و لا- ربح حيث اختلفوا فى أن له إجبار العامل على بيعه حينئذ أشد اختلاف كما عرفت أن الأكثر على أنه له ذلك إذا كان فيه ربح و المسألتان من سنخ واحد و لهذا قيل فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك أن الحكم هنا كالحكم فيما إذا حصل الفسخ فى حال الحياة (قلت) و الدليل الدليل و التفصيل التفصيل و لعله لذلك لم يتعرض الأكثر لذلك و لم يتعرض المصنف للتفصيل

(قوله) (و تجديد عقد القراض إن كان المال ناضا و إلا فلا)

كما صرح بالحكمين فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد (أما الأول) فظاهر (و أما الثانى) فلأن إنشاء عقد القراض إنما يصح إذا كان المال دراهم أو دنانير (و قال فى التذكرة) إذا أراد الوارث و العامل الاستمرار على العقد لم يكن لهما ذلك نقدا كان المال حين موت المالك أو عروضاً و ظاهره أنه لا خلاف فى الأول منا و لا من العامة و ظاهره فى الثانى الإجماع منا حيث قال عندنا و قال إنه أظهر وجهى الشافعية و إحدى الروايتين عن أحمد و فى الوجه الآخر و الرواية الأخرى أنه يجوز تقرير الوارث عليه لأنه استصحاب قراض قد ظهر فيه جنس المال و قدره فيجريان على موجه و صريح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٨

و لو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان المال نقداً (١) و إلا فلا (٢) و هل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير إشكال (٣) و إذا مات المالك قدمت حصه العامل على غرمائه (٤) و لو مات العامل و لم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً فى ذمته و صار صاحبه أسوأ الغرماء على

صاحب جامع الشرائع جواز الاستمرار إذا كان عروضاً قال و إن طلب العامل إقراره على المضاربة جاز لأن رأس المال ثمن و حكمه باق لأن للعامل بيع السلع لإيفاء رأس المال و معناه أن المنع فى العروض إنما كان لأنه يحتاج عند انقضاء القراض إلى رد مثلها أو قيمتها و ذلك يختلف باختلاف الأوقات و هذا المانع غير موجود هنا لأن رأس المال غير عروض و حكمه باق فإن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال و هو جيد لو لا مخالفته الإجماع و لا يضره ما إذا كان فى العروض ربح أو خسران (و عساك تقول) لا إجماع و إلا لما قال فى المبسوط القول بعدم جواز الاستمرار أقوى إذ لو كان هناك إجماع لجزم به (لأننا نقول) إن الإجماع معلوم لأن الانفساخ بالموت إجماعى فلا بد من تجديد عقد و عدم جوازه على العروض إجماعى فلا معنى لقوله فى المبسوط إنه الأقوى فتأمل هذا و تجديد العقد عليه إذا كان ناضا لا- يفرق فيه بين كونه بعد القسمة أو قبلها و الحال أن هناك ربح لأنه يجوز القراض على المشاع فيكون رأس المال و حصته من الربح رأس المال

(قوله) (و لو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان المال نقداً)

المراد من تقريره إنشاؤه و تجديده لأنه من المعلوم بطلانه بموت أحدهما كما أنه من المعلوم أنه إذا كان المال نقداً تجوز مقارضة

الوارث وغيره

(قوله) (و إلا فلا)

أى و إن كان عروضاً لا يجوز إنشاء العقد و تجديده مع وارثه و فى (المبسوط) أنه لا يجوز قولاً واحداً (قلت) و قد عرفت فى فرض موت المالك أنه يجوز للوارث تقرير العامل فى أحد الوجهين و إحدى الرويتين و لعل الفرق أن الركن فى القراض من جانب العامل العمل و هو يفوت بموته و من جانب المالك المال و هو باق بعينه غير أنه انتقل إلى الوارث و أن العامل ما اشترى إلا ما يسهل عليه بيعه و لا كذلك وارثه

(قوله) (و هل ينقذ القراض هنا بلفظ التقرير إشكال)

أصح أنه لا ينقذ و به جزم فى التذكرة لأن العقد الأول قد ارتفع فلا بد من لفظ صالح للابتداء و التقرير بقوله منشأ تركتك أو أقررتك على ما كنت عليه يشعر بالاستدامة فتكون هذه كنيات و مجازات و العقود لا- تنقذ بها و وجه الانعقاد أن القراض من العقود الجائزة ينقذ بكل لفظ يدل على المراد و هو الاستنابة فى التصرف على النحو المعروف و فى (جامع المقاصد) أن فيه قوة و يشهد له أن الوكالة تنقذ بكل لفظ مع أنها تنجر إلى لزوم التصرف كبيع الوكيل و نحوه فلا يبعد بناء استحقاق الحصه هنا و لزومها على الانعقاد بكل لفظ ثم إنه ممن يذهب إلى أن المجازات القريبه تنقذ بها العقود اللازمة و قد تقدم لنا فى باب الوديعه ما يظهر منه الحال فى المقام

(قوله) (و إذا مات المالك قدمت حصه العامل على غرمائه)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و فى الأخير أن الظاهر أنه لا- خلاف فيه (قلت) و إن قل المصرح به أننا إن قلنا إنه إنما يملك بالقسمه فلأنه حق يتعلق بعين المال لا بالذمه لأنه ملك أن يملك فتعلق حقه بالعين فكان مقدماً كحق الجنايه و لأنه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق المرتهن و إن قلنا أنه يملك بالظهور فالوجه فى غاية الظهور لأنه شريك ليس للمالك من نصيبه شىء

(قوله) (و لو مات العامل و لم يعرف بقاء مال المضاربه بعينه صار ثابتاً فى ذمته و صار صاحبه أسوء الغرماء على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٠٩

إشكال (١)

إشكال

قد فهم ولده و ابن أخته إن الإشكال فى أصل الضمان و ثبوته فى ذمته و يشهد له قوله فى التحرير ففى أخذه من التركة إشكال و فى (جامع المقاصد) أن المتبادر من العبارة أن الإشكال فى كون صاحبه أسوء الغرماء أو يقدم بقدر المال (وفيه) أنه بعد قوله صار ثابتاً فى ذمته لا يتبادر منه ما ذكره هذا هو الذى دعا الفاضلين إلى جعل الإشكال فى أصل الضمان نعم لو قال صار ثابتاً فى الجملة اتجه ما قال و لو وجهوا الإشكال إليها كان أولى فليتأمل و قد بينوا منشأه على الأول بأنه ينشأ من أصالة بقاء المال إلى أن يعلم تلفه من غير تفريط و الغرض أنه لم يعلم و لعموم على اليد ما أخذت و من أنه أمانه و الأصل عدم التفريط فلا يكون مضموناً و الأصل براءة الذمه أيضاً و لم يوجد بعينه و لم يعلم كونه فى التركة و الأصل عدمه و أصالة بقاءه لا تقتضى كونه من جملتها فلا يستحق صاحبه شيئاً منها (و أنت خبير) بأن الوجه الأول إن تم قضى بتقديم صاحب مال المضاربه على الغرماء لأنه ليس بدين حتى يكون محله الذمه بل هو فى جملة ماله لكنه لم يعلم عينه فيكون مالكة كالشريك إلا أن تقول إن الضمان و جعله أسوء الغرماء لتقصيره بعدم الإيصاء به و عدم البيان فصار حكمه حكم التالف كما ستعرف و بين فى جامع المقاصد منشأه على الوجه الثانى بأنه ينشأ من أصالة بقاءه فإذا لم يعلم عينه كان صاحبه كالشريك و من أن العامل يصير ضامناً بترك الوصيه فإذا لم توجد العين كان ذلك بمنزلة التالف إذ لا أقل من أن يكون الضمان للحيلولة فيصير صاحبه من جملة الغرماء (و كيف كان) فالضمان هنا و صيرورة مال المضاربه ثابتاً فى ذمته و صيرورة

صاحبه أسوة الغرماء ظاهر النافع و التذكرة و كذا جامع الشرائع حيث قال فيه و كان عليه السلام يقول من مات و عنده مال مضاربة إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له و إن لم يذكره فهو أسوة الغرماء و هو متن خبر السكونى المروى فى التهذيب و الفقيه و قد روى بهذا المتن عنهما فى الوافى و الوسائل و قد ذكر فى الأولين معنى الخبر من دون زيادة و لا نقصان و عدم الضمان ظاهر الشرائع و قد قواه فى المسالك و إليه مال أو قال به فى الكفاية (و قال فى النهاية) و من كان عنده أموال للناس مضاربة فمات فإن عين ما عنده أنه لبعضهم كان على ما عين فى وصيته و إن لم يعين كان بينهم بالسوية على ما تقتضيه رءوس أموالهم (و قال فى السرائر) و قد روى أن من عنده أموال الناس و ساق كلام النهاية حرفا فحرفا و قال أورد ذلك شيخنا أبو جعفر فى نهايته و هذا إذا حقق و قامت البينة برءوس الأموال أو تصادق أصحاب الأموال و الورثة و كان فى المال ربح و كانت الأموال مختلطة غير متميز مال كل واحد من غيره فإن كان خسران و كان الخلط بغير إذن أرباب الأموال فإن الخسران على الخلط لها لأنه فرط فى الخلط هذا تحرير الرواية انتهى و هو كما ترى و قد دقق النظر فتدبر و أورد فى الشرائع معنى الرواية على ما فى النهاية مع مخالفة من جهة أخرى قال إذا مات و فى يده أموال مضاربة فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به و إن جهل كانوا فيه سواء و إن جهل كونه مضاربة قضى به ميراثا (و قال فى المسالك) فى بيانها أن معنى استوائهم فى ذلك المال أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم لا أن يقسم بالسوية هذا إذا كانت أموالهم مجتمععة فى يده على حدة و أما إذا كان المال ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك إن وسعت التركة أموالهم أخذوها و إن قصرت تحاصوا انتهى و بذلك فسرى فى الرياض عبارة النافع و هو غريب و الأظهر أن كلام النهاية و ما وافقها غير المتبادر من الخبر مع ما فى آخر كلام المسالك من النظر إذ حرمان الورثة مع قصور التركة عن أموالهم أو مساواتها لها مع فرض وجود مال للمورث موقوف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٠

و إن عرف قدم و إن جهلت عينه (١) و إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة (٢) فإن اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه و هو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله (٣)

على أنه تعدى أو فرط لأنه أمين لا يضمن التالف إلا مع التعدى أو التفريط و قد تقدم فى باب الوديعه أنه لو قال عندى ثوب و مات و لم يوجد فى التركة ثوب إنه يضمن الثوب فى تركته كما هو صريح المبسوط و قد حكى فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد عن أكثر علمائنا و نسبه فخر الإسلام إلى نص الأصحاب و فى (المسالك و الكفاية) أنه المشهور و قد استدلل لهم بالخبر المذكور أو احتمل أنه دليلهم إذ لا فرق بين الوديعه و المضاربة فى ذلك و الشهرة المحكية هناك تجبر سنده و قد استشكلوا فى الضمان فيما إذا كانت عنده وديعه فى حياته و لم توجد بعينها و لم يعلم بقاؤها و هى من سنخ مسألتنا و قال فى (الشرائع) إذا اعترف بالوديعه ثم مات و جهلت عينها قيل تخرج من أصل تركته و لو كان له غرماء و ضاقت التركة عليهم حاصهم المستودع و فيه تردد و تردده يحتمل أن يكون فى أصل الضمان و أن يكون فى كفيته بمعنى هل يضرب مع الغرماء أو يقدم عليهم كما تقدم بيان ذلك مسبقا فى باب الوديعه و قد نقلنا هناك بعض كلماتهم هنا (و قال فى جامع المقاصد) أنه إن علم بقاء المال فى جملة التركة و لم تعلم عينه بخصوصها فصاحبه كالشريك و إن علم تلفه بتفريطه أو نقله إلى مكان آخر بغير إذن المالك حيث يتوقف على الإذن أو علم بقاؤه إلى زمان الموت و لم يعلم الحال بعد ذلك و قصر العامل بترك الوصية فصاحبه أسوة الغرماء لثبوت العوض حينئذ فى ذمته و عليه تنزل الرواية و إن لم يعلم كون المال فى جملة التركة و لا وجد سبب يقتضى الضمان فلا شىء للمالك و قد جعل ذلك فى باب الوديعه مقتضى النظر و جعله هنا تحقيقا و هو جيد موافق للضوابط لو لا الخبر المنجبر سندا و دلالة بالشهرة هناك فتدبر فلنك أن تقول إن الخبر دلنا على أن سبب الضمان إخلاله بالواجب و هو ترك التعيين و الإيصاء به إلا أن تقول إن الأصل فى فعل المسلم و الظاهر من حاله أن لا يخل بواجب و لذلك ترددوا أو استشكلوا هناك و قال فى (التذكرة) هناك إن الذى يقتضيه النظر عدم

الضمان و الذى عليه فتوى أكثر العلماء منا و من الشافعية الضمان انتهى

(قوله) (و إن عرف قدم و إن جهلت عينه)

أى و إن عرف بقاء مال المضاربة قدم صاحبه على الغرماء و صار كالشريك و إن جهلت عين المال بخصوصها و الوجه فى الجميع واضح

(قوله) (و إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة)

كما فى الخلاف و المبسوط فى أثناء كلام له فيهما و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأنه إذا تلف المال قبل الشراء لم يبق للمضاربة موضوع و لا متعلق و التقييد بقبل الشراء لا بد منه لأن تلفه إذا كان بعده و كان قد أذن له فى الشراء لها فى الذمة لم تنفسخ به و وجب على المالك الثمن كما مر و يأتى

(قوله) (فإن اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه و هو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و كذا الخلاف و المبسوط و التذكرة و قد احتمل ذلك فى التحرير احتمالاً قال احتمل القول بوقوع الشراء للعامل و وجوب الثمن عليه لانفساخ القراض و لعله أشار بالاحتمال إلى احتمال البطلان إذا لم يجرى رب المال لأن الظاهر أنه اشترى للمضاربة خصوصاً إذا جهل التلف فيكون كما إذا صرح فى العقد بأن الشراء للمضاربة فإنه يجب أن يكون باطلاً إذا لم يجزه المالك و ينبغى تقييد العبارة كما فى الإرشاد بما إذا لم يصرح بذلك فى العقد و الوجه فى ذلك حينئذ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١١

و لو أجاز رب المال احتمال صيرورة الثمن عليه و بقاء المضاربة (١) فإن اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة و عقدها باق و على المالك الثمن (٢)

أن انفساخ عقد المضاربة يمنع وقوع البيع لها و الجهل بالحال لا يقدح فى المنع

(قوله) (و لو أجاز رب المال احتمال صيرورة الثمن عليه و بقاء المضاربة)

و نحوه ما فى التذكرة قال و لو أجاز احتمال أن يكون قراضاً كما لو لم يتلف المال و عدمه كما لو لم يأخذ شيئاً من المال (و قال فى الإيضاح) فى توجيه صيرورة الثمن على رب المال إنه اشترى للمضاربة و الشراء للمضاربة هو الشراء للمالك لأنها وكالة فى الابتداء ثم تصير وكالة و شركة فى الأثناء و شركة فى الانتهاء و قد أجاز المالك لكن لا تكون مضاربة و قال فى توجيه عدم صيرورته عليه إن المال ثبت ابتداء على العامل و المثمن له فلا ينتقل إلا بعقد مستأنف و أن المضاربة انفسخت بالتلف فصار كما لو اشترى قبل قبض شىء للمضاربة و أجاز المالك و نحوه ما عن كنز الفوائد و فى (جامع المقاصد) أن فيه نظراً لأنه لو تم لوجب أن يبطل الشراء أصلاً و رأساً لأنه إنما وقع للمضاربة إذ هو المفروض فإن لم يصح لها لم يصح أصلاً غاية ما فى الباب أنه إذا لم يصرح فى العقد بالشراء للمضاربة لم يقبل قوله على البائع و لا ريب أن الحكم بلزوم الثمن له مناف لبطلان البيع و قد جزم به المصنف فينبغى البطلان و يلزم حينئذ صيرورة الثمن على المالك بالإجازة لأن الشراء إنما وقع له لامتناع وقوع الشراء للمضاربة من دون كونه للمالك و امتناع المضاربة لا يقدح فى صحة الشراء و إلا لم يقع للعامل مع عدم إجازة المالك قلت فيكون التوقف و الاحتمال فى بقاء المضاربة و لا شك فى ضعفه لأن ذلك لا يعد استثناء عقد و لا تتحقق المضاربة بدون العقد

(قوله) (فإن اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة و عقدها باق و على المالك الثمن)

هذا هو الأقوى كما فى المبسوط و التحرير و المسالك و به جزم فى المهذب و السرائر و التذكرة و الإرشاد) و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و كذا الإيضاح و فى (المبسوط و المهذب و السرائر و التحرير و الإرشاد) أنه يلزم صاحب المال عرض التالف دائماً و هو قضية كلام الباقيين و فى (التذكرة و التحرير) و الكتاب و الإرشاد و ما تأخر عنها تقييد ذلك بما إذا كان أذن له فى

الشراء فى الذمة و عليه ينزل كلام المبسوط و ما تأخر عنه (و قال فى الشرائع) قيل يلزم صاحب المال ثمنه دائما و يكون الجميع رأس ماله و قيل إن كان أذن له فى الشراء فى الذمة فكذلك و إلا كان باطلا و لا يلزم الثمن أحدهما و لم يرجح و قوى فى الخلاف أن المبيع للعامل و الثمن عليه و لا شىء على رب المال و به جزم فى المقنعة و جامع الشرائع و هو أحد الأقوال للشافعية و مثلوه بما إذا قصد الحج عن غيره فإنه يصح الإحرام عنه فإذا أفسده الأجير صار عنه و قال فى المختلف إن كان أذن له فى الشراء فى الذمة فالقول ما قاله فى المبسوط و إن لم يكن أذن فالقول ما قاله فى (الخلاف) كما تقدم فيما سلف و قال مالك إن المالك يتخير بين أن يدفع ألفا أخرى و تكون رأس المال دون الأولى و بين أن لا يدفع و يكون الشراء للعامل و هذه الأقوال الثلاثة للامة و قد رتب خلافهم فى ذلك فى التذكرة على ما إذا كان قد أذن له فى الشراء فى الذمة و ملاحظة كلامهم تقضى بذلك فالتفصيل الذى فى الشرائع ليس لأحد منا و لا من العامة لأن أقوال المسألة إما منزلة على أنه إذن له فى الشراء فى الذمة أو لا فجعل الشراء فى الذمة فى مقابلة القول بأنه يلزم صاحب المال الثمن دائما من متفرقاته (و قال فى المسالك) إن القول الثانى الذى حكاه فى الشرائع لابن إدريس و كأنه عول على ما ستسمعه عن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٢

و هل يحسب التالف من رأس المال نظر (١) هذا إن كان المالك أذن فى الشراء فى الذمة و إلا كان الثمن لازما للعامل و الشراء له إن لم يذكر المالك و إلا بطل البيع و لا يلزم الثمن أحدهما (٢)

المختلف و إلا فقد سمعت ما حكيناه عن السرائر قال لا فصل بين أن يهلك المال قبل التصرف أو بعده و قبل الربح فالكل هالك من مال رب المال فوجب أن يكون الهالك أبدا من الربح لا من رأس المال انتهى و كلامه هذا لم يظفر به فى المختلف و إلا لنقله و الذى نقله من كلامه فى مقابلة كلام الشيخ و غيره لا يدل على مذهب له فى المسألة و إنما دل على أنه لم يرتض كلام الشيخ فى الخلاف (قال فى السرائر) بعد أن حكى كلام الخلاف لا يخلو إما أن يكون المضارب اشترى العبد بثلث فى الذمة لا معنا أو بثلث معين فإن كان الأول فالعبد للمضارب دون مال المضاربة و يجب على العامل أن يدفع ثمن العبد من ماله و البيع لا يفسخ و إن كان الثانى فإن البيع يفسخ و يكون العبد ملكا لبائعه على ما كان دون العامل و دون رب المال فهذا تحرير المسألة و ما ذكره شيخنا اختيار أبى العباس بن شريح انتهى لكنه ينبغي أن تقول إنه يلزمه أنه إن كان أذن له فى الشراء فى الذمة أن الثمن يلزم رب المال و على كل حال فلا يعجبني رده على الشيخ بذلك بل الواجب أن يفصل بين ما إذا كان أذن له فى الشراء فى الذمة و عدمه كما تقدم نقله عن المختلف و غيره و لو اعتذر عن المحقق بأن القولين بالنسبة إلى كون المجموع رأس المال فمع وضوح فساده لا- يتم لصاحب المسالك أيضا لأن ابن إدريس ممن يجزم بأن الجميع من رأس المال ثم اعلم أن كلام المبسوط لا يخلو عن تشويش و زيادة إيضاح مع إطناب لأنه ذكر المسألة مرتين من دون فاصلة فلا يتوهم أن هناك مسألتين و أن الموضوع مختلف قال إذا دفع إليه ألفا قراضا فاشترى به عبدا للقراض فهلك الألف قبل أن يدفعه بثلثه قال قوم إن المبيع للعامل إلى أن قال و قال قوم المبيع لرب المال على رب المال و هما معا رأس المال و هو الأقوى و قال قوم رب المال بالخيار إلى أن قال إذا سرق المال قبل أن يدفعه فى ثمن المبيع قال قوم يكون المبيع للعامل و الثمن عليه و فى الناس من قال إذا تلف المال فلا يخلو من أحد أمرين إما أن يتلف قبل الشراء أو بعده فإن تلف قبل الشراء مثل إن اشترى السلعة و الثمن فى بيته فسرق قبل الشراء فالمبيع للمشتري و إن كان التلف بعد الشراء كان الشراء للقراض و وقع الملك لرب المال و أطال فى بيانه إلى أن قال و قال قوم إن المبيع للعامل و أطال فى بيانه (و كيف كان) فالوجه فيما فى الكتاب و ما وافقه أن هذا الشراء حين صدوره كان للمضاربة و كانت متحققه فلا يبطل عقدها بتلف المال من بعد و قد تعلق بالمبيع و انتقل إلى المالك فوجب عليه ثمنه و قد تقدم الكلام فى ذلك مسبقا فى المطلب الرابع فى موضعين منه

(قوله) (و هل يحسب من رأس المال نظر)

قد تقدم له في المطلب الرابع أن فيه إشكالا كما تقدم لولده في الإيضاح عدم الترجيح أيضا وقد حكيما احتسابه من رأس المال هناك عن اثني عشر كتابا أولها المبسوط و آخرها المفاتيح و حكيما عن المقدس الأردبيلي القول بعدم الاحتساب أو الميل إليه و ذكرنا الأدلة للطرفين و أسبغنا الكلام في المسألة و أطرافها
(قوله) (هذا إذا كان المالك أذن في الشراء في الذمة و إلا كان الثمن لازما للعامل و الشراء له إن لم يذكر المالك و إلا بطل و لا يلزم الثمن أحدهما)

و نحوه ما في التذكرة و الإرشاد و شرحه و لعل البطلان مبني على القول ببطلان الفضولي أو يراد به عدم ترتب أثره عليه في الحال بل يقع موقوفا على الإجازة قال فخر الإسلام الفقهاء يستعملون لفظ البطلان تارة في رفع اللزوم و كيف كان فإن ذكر المالك لفظا في العقد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٣

و لو اشترى بالثمن عشرين فمات أحدهما كان تلفه من الربح (١) و لو ماتا معا انفسخت المضاربة لزوال مالها أجمع فإن دفع إليه المالك شيئا آخر كان الثاني رأس المال و لم يضم إلى المضاربة الأولى (٢) و ينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الإذن كالوكيل و الربح بأجمعه للمالك و عليه أجره المثل للعامل سواء ظهر ربح أو لا إلا أن يرضى العامل بالسعي (بالبيع خ ل) مجانا كأن يقول قارضتك و الربح كله لي فلا أجره له حينئذ (٣) و العامل أمين (٤) لا يضمن ما يتلف إلا بتعد أو تفريط سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا (٥) و القول قوله مع اليمين في قدر رأس المال (٦)

و لم يجز بطل البيع و لم يلزم الثمن أحدهما و كذا لو نواه من دون لفظ و صدقه البائع و لم يجز المالك و إن كذبه وقع للعامل ظاهرا و ينبغي أن يفعل ما يخلصه عند الله تعالى و إن نوى المضاربة و كانت الإجازة قبل تلف المال وقع للمضاربة و إلا فلا فتأمل و قد تقدم الكلام في ذلك مرارا و أشرنا هناك إلى ما هنا

(قوله) (و لو اشترى بالثمن عشرين فمات أحدهما كان تلفه من الربح)

كما تقدم حكاية ذلك عن المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و قد بينا وجهه بل ادعينا أنه يستفاد من الأخبار و بينا وجه العدم و هو أن العبد التالف بدل الألف فكأنها قد تلفت بنفسها إلى آخر ما تقدم عند قوله و لو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة

(قوله) (و لو ماتا معا انفسخت المضاربة فإن دفع إليه المالك شيئا آخر كان الثاني رأس المال و لم يضم إلى المضاربة الأولى)

أما الأول فظاهر و أما الثاني فلأنه قراض مستأنف بعد انفساخ الأول فلا يضم إليه

(قوله) (و ينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الإذن كالوكيل و الربح بأجمعه للمالك و عليه أجره المثل للعامل سواء ظهر ربح أو لا إلا أن يرضى العامل بالسعي مجانا كأن يقول له قارضتك و الربح كله لي فلا أجره له حينئذ)

قد تقدم الكلام في ذلك كله و قد استشكل هناك في استحقاق الأجره إذا رضى بالسعي مجانا و جزم هنا بالعدم

(قوله) (و العامل أمين)

إجماعا كما في الغنية و بلا خلاف كما يظهر من قوة كلامهم كما في جامع المقاصد و به صرح في المبسوط و الجامع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شروحه و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و في بعض الأخبار دلالة عليه كما ستسمع
(قوله) (لا يضمن ما يتلف إلا بتعد أو تفريط سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا)

أما أنه لا يضمن إلا بتعد أو تفريط فهو قضية قولهم إنه أمين و في (الغنية) الإجماع عليه و به صرح في أكثر ما تقدم و قد أفصحت به ثلاثة أخبار حسنة محمد بن قيس بن إبراهيم و موثقة و خبر إسحاق بن عمار ففي الأول من اتجر مالا و اشترط نصف الربح فليس

عليه ضمان و فى الثانى ليس على المضاربة ضمان و فى الثالث الوضعية على المال و فى خبرين أحدهما صحيح فيمن استبضع ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً فلا تغفل و أما أنه لا فرق بين كون العقد صحيحاً أو فاسداً للقاعدة المقررة التى تقدم بيانها غير مرة من أن كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و ذلك لمكان الاستئمان (قوله) (و القول قوله مع اليمين فى قدر رأس المال)

كما فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و التحرير و اللعنة و إيضاح النافع و الروضة و الكفاية و غيرهما و فى (الرياض) أنه لا خلاف فيه و كأنه لم يظفر بما فى الإيضاح حيث قال الأصح أن القول قول المالك إلا أن يكون هناك مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٤

.....

تفريط و تلف فالقول قول العامل بل قد يظهر الخلاف من السرائر حيث قال و متى اختلف الشريكان أو المضارب و العامل فى شىء من الأشياء كانت البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه مثل دعاوى فى سائر الأحكام و ستسمع ما نحكيه عن المصنف و فى التذكرة عن ابن المنذر أنه إجماع كل من يحفظ عنه العلم (و قال فى التذكرة) لا فرق عندنا بين أن يختلفا و هناك ربح أو لم يكن و هو أصح وجهى الشافعية و ظاهره الإجماع على ذلك لكن سيأتى له فى الكتاب قريباً أنهما لو اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقاً على إشكال و هو ينافى ما هنا إلا أن يريد أنه يقدم هنا فيما عدا صورة الإشكال و هى ما إذا كان هناك ربح و لذلك اختير فى جامع المقاصد و المسالك تقييد ذلك بصورة عدم ظهور الربح و أن القول حينئذ قول المالك لأنه يكون الاختلاف حينئذ فى قوة الاختلاف فى مقدار حصة العامل أو يشبهه و القول فيه قول المالك كما ستعرف لتبعية النماء للملك فجميعه له إلا ما أقر به للعامل انتهى و هذا له صورتان لا غير (الأولى) أن يختلفا فى رأس المال و فى الحصة (و الثانية) أن يختلفا فى رأس المال و يتفقا فى الحصة فإن أرادا الأولى كان قولهما بكون الاختلاف حينئذ فى قوة الاختلاف فى مقدار حصة العامل معناه أن الاختلاف فيهما فى قوة الاختلاف فى أحدهما خاصة و هو الاختلاف فى الحصة و إن أرادا الثانية كان معنى قولهما المشار إليه أنه إذا كان ربح كان الاختلاف فى رأس المال فى قوة الاختلاف فى الحصة و إن اتفقا فيها لأن الاختلاف فى الربح لازم لا ينفك عن الاختلاف فى رأس المال فيكونان كأنهما اختلفا فى الحصة لأنه لا تلازم بين الاختلاف فى رأس المال و الاختلاف فى الحصة و إنما التلازم ظاهراً بين الاختلاف فى رأس المال و الربح و لعلهما أرادا الصورتين كما هو ظاهر الإطلاق (و قال فى الرياض) بعد أن نقل كلامهما هو حسن إلا أن فى إطلاقهما الحكم بذلك مع ظهور الربح نظراً لعدم التلازم بين الاختلافين إذ قد يختلفان فى قدر رأس المال و يتفقا مع ذلك على كون الحصة من الربح مقداراً معيناً و لعلهما أرادا ما إذا اختلفا فى مجموع ما فى يد العامل فادعى المالك أن ثلثيه رأس المال و الباقى ربح و العامل أن نصفه رأس المال و الباقى ربح فإنه يتجه ما ذكره و أنت قد عرفت أنه لا-ربح فى التلازم بين الاختلاف فى رأس المال و الربح كما أنه لا-ربح فى عدمه بين الاختلاف فى رأس المال و الحصة و هما لم يدعيا التلازم بين الأخيرين كما ادعاه عليهما فى آخر كلامه بل فرض المسألة فى المبسوط فى ذلك أعنى الاختلاف فى رأس المال و الاتفاق فى الحصة قال فإن دفع إليه مالا قراضاً فنض ثلاثة آلاف فاتفقا على نصيب العامل و أنه النصف من الربح و اختلفا فى رأس المال فقال العامل رأس المال ألف و الربح ألفان و قال رب المال رأس المال ألفان و الربح ألف كان القول قول العامل لأن الخلاف وقع فى الحقيقة فى قدر ما قبض العامل من رب المال فكان القول قول العامل لأن الأصل أن لا قبض انتهى فهو صريح فى أن الاختلاف فى رأس المال مع الاتفاق على مقدار حصة العامل و الأصل فى المسألة كلام المبسوط و الظاهر أن المحقق الثانى و الشهيد الثانى يذهبان فى صورة المبسوط إلى أن القول قول المالك لمكان التلازم بين الاختلاف فى رأس المال و الربح و إن اتفقا فى الحصة فهما يخالفان فى الصورتين و إن كانت عبارتهما غير منقحة ثم إن إشكال المصنف الآتى ليس فى محله كما أن كلام الإيضاح و جامع

المقاصد و المسالك غير محرر أما إشكال المصنف فإنما هو فى صورة ما إذا كان هناك ربح مدعيا أن قدر الربح يتفاوت به فأشبهه الاختلاف فى القدر المشروط من الربح (و فيه) أنك قد عرفت الحال فى الصورتين ثم إنه لا وجه له بعد ظهور دعواه الإجماع فى التذكرة على عدم الفرق مع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٥
و تلفه (١) و عدم التفريط (٢) و حصول الخسران (٣)

شهادة التبع لها و قضاء القواعد بذلك مع ظهور الفرق بين الاختلافين فإن الاختلاف فى القدر المشروط اختلاف فى كيفية العقد و الاختلاف هنا اختلاف فى القبض فيقدم فيه قول نافية كما لو اختلف المتبائع فى القبض فالقول قول البائع و هذا معنى قضاء القواعد على أن ما كان فى قوة الشيء أو مشابها له لا يعطى حكمه إلا بالدليل و منه يعلم حاله قوله فى الإيضاح من تقديم قول المالك إلا مع التلف بتفريط فالقول قول العامل مضافا إلى أنه لا وجه لتقديم قول المالك أصلا مع عدم الربح و أما جامع المقاصد فإنه قال فى رفع التنافى بين كلامى المصنف إن كلامه هنا فيما عدا صورة الإشكال و هى ما إذا كان ربح و قال عند الكلام على الإشكال إنه إذا كان هناك ربح لا إشكال فى أن القول قول المالك لأنه ينكر الزائد سواء كان المال باقيا بعينه أو تلفا بتفريط و قال أما مع عدم الربح إذا كان المال باقيا أو تلف بتفريط ففى تقديم قول أيهما إشكال فجعل الإشكال فى صورة عدم الربح و جعل منشأه من أن العامل منكر للزيادة و من أن إنكاره لزيادة رأس المال يقتضى توفير الزيادة على الربح فتزيد حصته فيكون ذلك فى قوة الاختلاف فى قدر حصة العامل و هذا يقتضى بأن هناك ربحا إلا أن يحمل على الربح المترقب لكنه لا يتم عند إرادة التفاسخ ثم قال و الذى يقتضيه النظر تقديم قول المالك مع الربح مع بقاء العين و مع تلفها و إن كان حينئذ غارما لأن المالك استحق الجميع قبل التلف إلا ما أقر للعامل به و الضمان تابع للاستحقاق فقد جعل ذلك مقتضى النظر و التدبر و قد نفى عنه أولا الإشكال و جعله واضحا و أما المسالك فإنه و إن جعل محل الإشكال ما إذا كان هناك ربح لكنه خلط بين أدلة جامع المقاصد لأنه فى جامع المقاصد جعل الوجه فى تقديم قول المالك كذا و فى تقديم قوله مع بقاء العين كذا و مع تلفها كذا و قد سمعت بعض ذلك و قد جعل فى المسالك الجميع فى توجيه تقديم قول المالك و الأمر فى ذلك سهل لكنه يوهم خلاف المراد مع عدم انتظام الأدلة هذا و لا يخفى عليك الوجه فى فرضه المسألة فى المبسوط فيما إذا نض المال لأنه إذا كان عروضا و لم ينض و لا ربح لا يتصور فى المسألة نزاع (و كيف كان) فالوجه فيما ذكره المعظم أن المالك يدعى عليه قبضا بمعنى أنه أقبضه الزائد و هو ينكره و الأصل عدمه و الأصل براءة ذمته منه و أن المال فى يد العامل و القول قول صاحب اليد

(قوله) (و تلفه)

كما فى المبسوط و المهذب و الجامع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و التبصرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و فى (الرياض) أنه لا خلاف فيه و لا فرق فى ذلك بين دعواه تلفه بأمر خفى أو ظاهر و لا بين إمكان إقامة البينة عليه و عدمه عندنا كما فى المسالك و الوجه فى ذلك أنه أمين كما تقدم مثله غير مرة بل قد تقدم أنه يقبل من الغاصب

(قوله) (و عدم التفريط)

كما فى التحرير و الإرشاد و شرحيه و التبصرة و جامع المقاصد و الكفاية و هو قضية قواعد الباقيين لأنه منكر و لهذا قال فى الرياض أنه لا خلاف فيه

(قوله) (و حصول الخسران)

كما فى المهذب و الشرائع و التذكرة و التبصرة و التحرير و الإرشاد و شرحيه أى الروض و مجمع البرهان و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو فى الحقيقة فى معنى التلف فيكون مضمولا لكلام المبسوط و ما ذكر بعده آنفا و فى (التذكرة) أن هذا إذا

كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بأن عرض في الأسواق الكساد و لو لم يحتمل لم يقبل و قد استحسنه في جامع المقاصد و اعتمده في المسالك (قلت) هو حق إذا تحقق عدم احتمال الخسران
 مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٦
 و إيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربة (١) و قدر الربح (٢) و عدم النهي عن شراء العبد مثلاً لو ادعاه المالك (٣) و الأقرب تقديم قول المالك في الرد (٤)

بالكلية و لو احتمل و لو بعيداً جداً فالقول قوله لأنه حينئذ كدعوى التلف بالأمر الخفي فتأمل
 (قوله) (و إيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربة)

كما في المبسوط و المذهب و السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الاختلاف في نيته و هو أبصر بها و لا يعلم إلا من قبله و يتصور ذلك فيما إذا ظهر ربح أو خسران فيدعى في الأول الشراء لنفسه و في الثاني للمضاربة و المالك ينكر و لا تغفل في هذا و ما قبله و ما بعده عما حكيناه عن السرائر
 (قوله) (و قدر الربح)

كما في التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و في (الرياض) أنه لا خلاف فيه و كأنه لم يظفر بقوله في الجامع فإن اختلفا في الربح قدم صاحب البيئنة و إلا تحالفا و لا بما سمعته عن السرائر و الاختلاف في الربح يكون في أصله و حصوله كأن يقول ما ربحت شيئاً و سينص عليه المصنف فيما يأتي و يكون في قدره (مقداره خ ل) و به عبر الجماعة عدا التذكرة كأن يقول المالك إنه ربح ألفاً و العامل مائة (و قال في التذكرة) لو اختلفا في الربح فيشمل الأمرين و ذلك لأنه أمين و ينكر الزيادة و لو قال ربحت ثم خسرت أو ذهب الربح فإنه يرجع إلى دعوى التلف و قد قدم قوله في أصل المال فيقدم في ربحه و لو قال ربحت ألفاً ثم قال غلظت و إنما ربحت مائة أو تبينت أنه لا ربح هنا أو قال كذبت في الإخبار خوفاً من انتزاع المال لم يقبل رجوعه لأنه أقر بحق عليه ثم رجع فلم يقبل كسائر الأقارير كما يأتي بيانه
 (قوله) (و عدم النهي عن شراء العبد مثلاً لو ادعاه المالك)

كما في المبسوط و جامع الشرائع و التحرير و جامع المقاصد لأنه أمين و منكر و الضمير في قوله لو ادعاه يعود إلى النهي
 (قوله) (و الأقرب تقديم قول المالك في الرد)

كما هو خيرة التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الإيضاح و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و لا يقبل قول العامل كما في المذهب و الشرائع و النافع و كشف الرموز و المختلف و التنقيح و المذهب البارع و إيضاح النافع و المسالك و مجمع البرهان و الرياض و نفى عنه البعد في الكفاية و قال إنه الأشهر و في (الرياض) أن عليه عامة من تأخر (و قال في المبسوط) إن الصحيح قبول قول العامل ثم إنه قسم الأمانة إلى ثلاثة أقسام قابض لمنفعة نفسه و قابض لمنفعة مالكة و قابض ليشتركا في النفع و قال إن الأول لا يقبل قوله قولاً واحداً و الثاني يقبل قوله كذلك و الثالث على وجهين فهو في آخر كلامه متوقف و لا ترجيح في التحرير في موضع منه و قد سمعت ما في السرائر (حجة المعظم) أن الأصل العدم و أن المالك منكر و العامل مدع و ما حكوه عن الشيخ من أنه استدل بأنه كالمستودع و أن في عدم تقديم قوله ضرراً عليه فلا أثر له في كلام الشيخ و هو أجل من أن يستدل بهذين إذ الأول قياس و الثاني جار في عدم تقديم قول المالك نعم هو عنده ذو وجهين ففي أول كلامه لحظ قوة أمانة العامل ثم توقف كما في التحرير و في (جامع المقاصد و المسالك) أنه إذا لم يقبل قول العامل في الرد يلزم تخليده الحبس لأنه إن كان صادقاً امتنع أخذ المال منه لأنه ليس عنده و إن كان كاذباً فظاهر حاله أنه لا يظهر تكذيب نفسه فيلزم تخليده حبسه في كثير من الصور إلا- أن يحمل كلامهم على أن الواجب حبسه إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين ثم يؤخذ منه البدل و قال إنه ليس في كلامهم تنقيح ذلك انتهى (قلت) ما كانوا

لينقحوا الفاسد الذى لا وجه له

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٧

و فى عدم إذن النسيئة (١) و عدم الإذن فى الشراء بعشرة (٢) و فى قدر نصيب العامل من الربح (٣) و لو قال العامل ما ربحت شيئا (٤) أو ربحت ألفا ثم خسرت أو تلف الربح قبل بخلاف ما لو قال غلظت (٥)

أصلا إذ المفروض أنه ادعى رد مثل العين الذى أخذها من المالك و لا كذلك الحال فى العين التى يدعى الغاصب تلفها فإنه إن كان صادقا تعذر ردها و أما هنا فلا يتعذر رد مثل أحد النقدين سلمنا تصوير ذلك فيما إذا كان عرضا و ادعى رده ففيه على ما فيه أنا بعد كثرة التبع لم نجد لأحد من الناس خاصة و عامة كلاما فى أنه يحبس حتى نحمل كلامه على حصول اليأس فهذا الحبس الذى ذكره لا وجه له أصلا لا من جهة الضوابط و لا من جهة الأخبار أما من جهة القواعد فإن ما نحن فيه من أفراد مسألة المدعى و المنكر عندهم و احتمال الصدق جار فى كل دعوى و أما من جهة الأخبار فقد تقدم فى باب الدين أخبار تواردت على معنى واحد و هو أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله كما فى خبر عمار و بمعناه الأخبار الأخر نعم فى صحيح زرارة كان على عليه السلام لا- يحبس فى السجن إلا- ثلاثة الغاصب و من أكل مال اليتيم ظلما و من ائتمن على أمانته فذهب بها لكنه غير معمول به على ظاهره و قد حملة الشيخ على الحبس على سبيل العقوبة أو الحبس الطويل ثم إنهما لم ينسبا ذلك إلى الأخبار و إنما نسباه إلى كلام الأصحاب الذى لم نجده

(قوله) (و فى عدم إذن النسيئة)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لأن العامل مدع و المالك منكر

(قوله) (و عدم الإذن فى الشراء بعشرة)

كما فى الكتابين المتقدمين لما ذكر و كذا لو ادعى عموم الإذن و المالك تخصيصه أو ادعى الإذن فى شراء شىء معين و أنكر المالك

(قوله) (و فى قدر نصيب العامل من الربح)

عند علمائنا كما فى التذكرة و هو المشهور كما فى الكفاية و فى (الرياض) أنه الأشهر و ليس فى محله إذ لا خلاف فيما نجد و قد صرح به فى المبسوط فى آخر كلامه و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الروض و مجمع البرهان لأن المالك منكر للزائد و لأن الاختلاف فى فعله و هو أبصر به و لأن الأصل تبعية الربح للمال و فى (الكفاية) أن فى الكل نظرا و ليس فى محله و فى (جامع المقاصد) هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح لأن المالك متمكن من منع الربح بفسخ العقد أما بعد حصوله فإن كلا منهما مدع و مدعى عليه فإن المالك يدعى استحقاق العمل بالحصصة الدنيا و العامل ينكر ذلك فيجىء القول بالتحالف إن كانت أجره المثل أزيد مما يدعيه المالك و لا أعلم الآن لأصحابنا قولاً بالتحالف و إنما هو للشافعى مع الاختلاف فى الربح مطلقا انتهى (قلت) إعراض أصحابنا عنه لظهور ضعفه لأن النزاع إنما هو فى المال الذى أصله للمالك فتحكم فيه الأصول المتقدمة و أما العمل بعد انقضائه فلا معنى لدعوى المالك استحقاقه و كذا قبله لأن العقد الجائر لا يستحق به العمل و قد حكى عنه فى المسالك القول بالتحالف مطلقا و قد عرفت أنه قيده بما إذا كانت أجره المثل أزيد مما يدعيه المالك لأنها إن كانت أنقص أو مساوية فلا فائدة فى حلف العامل فتأمل و لا تغفل عما فى السرائر

(قوله) (و لو قال العامل ما ربحت شيئا)

قد تقدم أن قول العامل مقدم

(قوله) (أو قال ربحت ألفا ثم خسرت أو تلف الربح قبل بخلاف ما لو قال غلظت)

قد صرح بقبول قوله فى دعواه الخسران أو التلف بعد إقراره بالريح و بعدم قبول قوله فى دعوى الغلط بعد ذلك فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٨

أو نسيت (١) و لو اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على إشكال (٢) فلو ادعى المالك أن رأس المال ثلثا الحاصل فصدقه أحد العاملين بالنصف و ادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه فىأخذ خمس مائة من ثلاثة آلاف و يأخذ المالك ألفين رأس ماله بتصديق الآخر و للآخر ثلث المختلف و هو خمسمائة و للمالك ثلثا لأن نصيب المالك النصف و نصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة و ما أخذه الحالف زائدا على قدر نصيبه كالتالف منهما و التالف من المضاربة يحسب من الربح (٣) و لو ادعى المالك القراض و العامل القرض فالقول قول المالك

و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و قد صرح فى المهذب بعدم قبوله فى دعوى الغلط أما قبول قوله فى الأوليين فلأنه أمين كما تقدم و قد تقدم أن ذلك إذا كانت دعوى الخسران فى موضع يحتمل ككساد السوق و لو لم يحتمل لم يقبل و أما الثالث فلأن إنكاره مكذب لإقراره كما تقدم بيانه أيضا و ظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين أن يظهر لدعواه أولا و جها كما لو قال كذبت لترك المال فى يدى و به صرح جماعة منهم القاضى فى المهذب و هو فى مثل ذلك مسلم و أما لو أخبر ظانا بأنه يباع بأزيد مما اشتراه لقول الناس العارفين أو كان الواقع كذلك ثم تغير السوق فإن سماع قوله ليس بذلك البعيد (قوله) (أو نسيت)

كما فى التحرير و جامع المقاصد

(قوله) (و لو اختلفا فى رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على إشكال)

قد تقدم الكلام فيه مستوفى

(قوله) (و لو ادعى المالك أن رأس المال ثلثا الحاصل فصدقه أحد العاملين بالنصف و ادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه فىأخذ خمسمائة من ثلاثة آلاف و يأخذ المالك ألفين رأس ماله بتصديق الآخر و للآخر ثلث المختلف و هو خمسمائة و للمالك ثلثا لأن نصيب المالك النصف و نصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة و ما أخذه الحالف زائدا على قدر نصيبه كالتالف منهما و التالف من المضاربة يحسب من الربح)

كما ذكر ذلك كله فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (و قال فى المبسوط) إن هذه تبتنى على أصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا اختلف العامل و رب المال فى قدر رأس المال فالقول قول العامل (الثانى) أنه لا يستحق العامل حصه من الربح حتى يسلم لرب المال رأس ماله (الثالث) أن العاملين كالعامل الواحد و وجه الثالث بقوله لثلا يقول الذى صدق المالك غضب من حقه دون حقى (قلت) الأصل الأول لا يعمل به إذا كان المصدق ثقة فإنه شاهد و لا مانع من قبول شهادته فيقوى جانب المالك فيحلف معه و تصوير الغرض أن المالك ضارب اثنين و شرط لهما نصف الربح بينهما بالسوية و النصف له فتصرفا و اتجرا فنض المال ثلاثة آلاف ثم اختلفوا فقال رب المال أن رأس المال ألفان فصدقه أحد العاملين و كذبه الآخر و قال العامل بل دفعت إلينا ألفا واحدة لزم المقر ما أقر به ثم يحلف المنكر لما بينا من تقديم قول العامل فى قدر رأس المال و يقضى للمنكر بموجب قوله و الربح بزعم المنكر ألفان و قد استحق يمينه منهما خمسمائة فتسلم إليه و يأخذ المالك من الباقي ألفين عن رأس المال لاتفاق المالك و المقر عليه يبقى خمسمائة تقسم بين المالك و المصدق أثلاثا لأن ما أخذه المنكر كالتالف منهما فىأخذ المالك ثلثى خمسمائة و المصدق ثلثها لأن نصيب رب المال من الربح نصفه و نصيب المصدق الربع فيقسم بينهما على ثلاثة أسهم و ما أخذه الحالف كالتالف و التالف من المضاربة يحسب من الربح

(قوله) (و لو ادعى المالك القراض و العامل القرض فالقول قول المالك فيثبت له

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥١٩

فيثبت له مع اليمين ما ادعاه من الحصه (١) و يحتمل التحالف (٢) فللعامل أكثر الأمرين من الأجره و المشترط (٣) و لو أقام بينه فعلى الأول تقدم بينه العامل (٤)

مع اليمين مدعاه من الحصه)

كما هو خيره التذكرة لأن المال ملكه و الأصل تبعية الربح له فمدعى خلافه يحتاج إلى بينه و قد تقدم فى باب العارية أن الأصل عدم خروج مال المالك عنه إلا- بقوله و أن الأصل قبول قوله و أن النص الصحيح الوارد فيمن استودع رجلا- ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعه و قال الآخر كانت عليك قرضا قال المال لازم إلا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه دال عليه فليتأمل و يجب أن تفرض المسألة فيما إذا عمل العامل فى المال و حصل ربح إذ لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك بيمينه قطعاً لأن الأصل بقاء الملك له و لا معارض هنا كذا قال فى جامع المقاصد و لعل القطع ليس فى محله إذا كان قد تصرف فى المال لأن كلا منهما يدعى على الآخر عقداً و يقول إن هذه الأعراض مالى فليتأمل

(قوله) (و يحتمل التحالف)

جعله فى التحرير أقرب و فى الإيضاح أصح (و قال فى جامع المقاصد) لا ريب أنه أصح لأن كل واحد منهما مدع و منكر فإن العامل يدعى خروج المال عن ملك المالك بالقرض و المالك ينكره و المالك يدعى استحقاق عمل العامل فى مقابلة الحصه بالقراض و العامل ينكره فإذا حلف كل منهما لنفى ما يدعيه الآخر و جب أكثر الأمرين من أجره المثل و الحصه التى يدعيها (و فيه) أنه قد تقدم أن العمل لا يستحق لا بعد انقضائه كما هو واضح و لا قبله لأن العقد الجائر لا يستحق به العمل فتأمل و لعل الأوضح ما فى الإيضاح من أن كلا منهما يدعى عقداً ينكره الآخر و الأصل عدمه

(قوله) (فللعامل أكثر الأمرين من الأجره و المشترط)

كما هو خيره التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد مع التقييد فى الأول بما إذا لم تزد الأجره عما يدعيه العامل و قد وجهه المصنف فى التذكرة و ولده فى الإيضاح بأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به و هو يدعى كله و إن كانت أجره مثله أكثر فالقول قوله بيمينه فى عمله كما أن القول قول رب المال فى ماله فإذا حلف ثبت أنه ما عمل بهذا الشرط و لما لم يكن عمله مجاناً باتفاقهما استحق أجره المثل لانتفاء العوض فى مقابلته و فى (جامع المقاصد) إذا كانت الحصه بقدر أجره المثل أو أدون فلا فائدة ليمين العامل أصلاً لاستحقاقه ذلك بدونها لأن أقصى غاية اليمين أن يقر أو ينكل و لا يجب معهما سوى ذلك انتهى (و حاصله) أنه يجب تقييد الحصه بما إذا كانت أزيد من أجره المثل (قلت) لا فائدة للمالك فى يمين العامل إذا كانت الحصه بقدر أجره المثل أو أزيد و أما إذا كانت أنقص فالفائدة ظاهرة إذ لعله يقر فلا يأخذ إلا الحصه و يجب تقييد الأجره أيضاً بما إذا لم تزد عما يدعيه العامل كما فى التحرير كما عرفت و ليلحظ فربما دق

(قوله) (و لو أقام بينه فعلى الأول تقدم بينه العامل)

هذا هو الأقوى كما فى التذكرة (قلت) لأن القول قول المالك بيمينه فتكون البينه بينه العامل لأنه المدعى فينبغى الجزم به على هذا القول و أما على الثانى فإنهما متعارضان فيقسم الربح بينهما نصفين حكاة فى التذكرة عن أحمد و فى التحرير عن بعض الجمهور و لعله أراد و حكى فى جامع المقاصد عن الفاضل الشارح أنهما يتساقتان و يتحالفان و يكون الحكم كما ذكره المصنف و قال فى رده أن المعروف فى التعارض بين البيتين هو ما سياتى فى بابه و هو الترجيح للأعدل ثم للأكثر عدداً ثم يقرع و يقضى للخارج بيمينه (قلت) هذا فيما إذا كان المتنازع فيه فى يد ثالث و أما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٠

و لو ادعى العامل القراض و المالك الإبضاع قدم قول العامل لأن عمله له فيكون قوله مقدا فيه (١) و يحتمل التحالف فللعامل أقل الأمرين من الأجرة و المدعى (٢) و لو ادعى العامل القرض و المالك الإبضاع تحالفا و للعامل الأجرة (٣) و لو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض و العامل القراض أو الإبضاع قدم قول المالك مع اليمين (٤)

إذا كان فى يد أحدهما كما فى ما نحن فيه فإنه فى يد العامل فإنه يقضى للخارج و جماعه على أنه يقضى لأكثرهما بينه مع يمينه للصحيح و مع التساوى للخارج لتقدم بينته فكلامهما معا غير منقح ثم إنا لم نجد ذلك فيما عندنا من نسخ الإيضاح و يأتى الكلام فيما إذا انعكس الأمر فادعى المالك القرض و العامل القراض كما إذا خسر المال أو تلف (قوله) (و لو ادعى العامل القراض و المالك الإبضاع قدم قول العامل لأن عمله له فيكون قوله مقدا فيه)

هذا جعله فى التذكرة احتمالا و قرب التحالف كما يأتى و لا ترجيح فى التحرير و لا ريب أن ذلك إنما يتم إذا كان بعد الشروع فى العمل فلو كان قبله كفى الإنكار فى اندفاع كل من الدعويين و هل يتم فيما إذا كان بعد الشروع فى العمل و قبل ظهور الربح أم لا بد من فرض ذلك بعد ظهوره ظاهر الكتب الثلاثة الإطلاق حكما و توقفا (و نحن نقول) لعله لا يتم فى بعض الصور و ذلك لأنه إذا حلف العامل و رضى المالك ببقاء القراض فذاك و إن فسخ فإن قلنا إن المالك إذا فسخ المضاربة قبل ظهور الربح يجب عليه أجرة المثل للعامل و جبت له و تم فرض النزاع و هذا أيضا يقضى بتقديم قوله بيمينه لأن المالك يدعى كون عمله فى ماله مجانا و الأصل عدمه و إن قلنا بالعدم فلا شىء له أصلا و لا معنى لنزاع العامل حينئذ لأن للمالك أن يقول له هب أنه قراض لكنى فسخت و لا شىء لك و لا تغفل عن الأصل و النص الصحيح اللذين تقدا آنفا

(قوله) (و يحتمل التحالف و للعامل أقل الأمرين من الأجرة و المشترط)

هو الأقرب كما فى التذكرة و الأصح كما فى الإيضاح و الوجه فى ما عدا ما إذا كانت الأجرة بقدر الحصه أو أزيد كما فى جامع المقاصد لأنه فى هاتين لو أقر «١» أورد اليمين على العامل فحلف لم يجب شىء زائد على الأجرة و وجهه أن كلا- من العامل و المالك مدع و مدعى عليه لأن المالك يدعى كون عمل العامل له مجانا و العامل يدعى استحقاق الحصه من الربح و الأصل أنهما للمالك فيتحالفاً و يثبت للعامل أقل الأمرين من أجرة المثل و ما يدعيه لأنه إن كان ما يدعيه أقل فواضح عدم استحقاق الزائد و إن كانت الأجرة أقل فلأن الزائد على الأجرة قد اندفع بيمين المالك

(قوله) (و لو ادعى العامل القرض و المالك الإبضاع تحالفا و الأجرة للعامل)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و فى (التحرير) أمكن الإحلاف ما لم تزد الأجرة و لم يجزم به (و فيه) أنه لا يتصور هنا غيره لأنه لا يمكن الاكتفاء بيمين أحدهما لأن المالك يدعى على العامل أن عمله الذى صدر منه بلا عوض فلا بد من يمينه له و العامل يدعى على المالك استحقاق جميع الربح فلا بد من يمين المالك له (إلا أن تقول) إنه فى التحرير يستند إلى الأصل الذى دل عليه الخبر و يعضده بأصول آخر

(قوله) (و لو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض و العامل القراض أو الإبضاع قدم قول المالك مع اليمين)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الأصل فى وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه لعموم قوله صلى الله عليه و آله على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لأن العامل يدعى على المالك كون ماله فى يده على وجه لو تلف لم يجب بدله و المالك ينكره و قد سمعت فيما مرّ الأصل الذى دلّ عليه الخبر و ليس لك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢١

و لو شرط العامل النفقة أو أوجبتها و ادعى أنه أنفق من ماله و أراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده أو رده إلى المالك (١) و لو شرطاً لأحدهما جزءاً معلوماً و اختلفا لمن هو فهو للعامل (٢) و لو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله (٣)

أن تقول إن المالك أيضاً يدعى على العامل شغل ذمته بماله و الأصل عدمه لأن هذا الأصل قد زال بتحقيق إثبات يده على مال المالك المقتضى لكونه في العهدة و الأمر الزائد المقتضى لانتفاء العهدة و هو القراض و الإيضاح لم يتحقق و الأصل عدمه فيحلف المالك لنفى دعواه و يطالبه بالعوض (قوله) و لو شرط العامل النفقة له أو أوجبتها و ادعى أنه أنفق من ماله و أراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده أو رده إلى المالك

كما في جامع المقاصد لأن المقتضى للاستحقاق في صورتين معلوم و لم يعلم الاستيفاء فيستصحب و المسقط غير معلوم و فصل في التحرير فقال إذا أوجبت النفقة في السفر لو أنفق من غير المال أما من ماله أو قرضاً ليرجع به ففي الرجوع إشكال و لو شرط النفقة ثم ادعى الإنفاق من مال نفسه و طلب الرجوع كان القول قوله مع اليمين سواء كان المال في يده أو رده إلى المالك انتهى و لعله نظر في الأول إلى أنها كنفقة الأقارب لمكان الإعانة و سد الخلة فلا تستقر في الذمة (و فيه) أنها في مقابلة سفره إذ العمل في مقابلة المال و النفقة في مقابلة السفر و لعل الاعتبار يقضى بأن يتأمل في صورة الشرط كأن يقال إنه لما ترك الأخذ فقد أعرض عن الشرط فكان متبرعاً بالإنفاق على نفسه لمكان تعارض الأصل و الظاهر فليتأمل جيداً (قوله) و لو شرطاً لأحدهما جزءاً معلوماً و اختلفا لمن هو فهو للعامل

قال في جامع المقاصد كذا ذكره في التذكرة و علله بأن الشرط إذا أطلق انصرف إلى نصيب العامل لأن رب المال يستحق الربح بالمال و لا يحتاج في شركة العنان إلى شرط الربح فإذا شرطاً كان الظاهر أنه شرط ذلك للعامل قال و فيه نظر لأنه مع كونه مستحقاً بالمال فاشترطه بالعقد أكثرى الوقوع و لو لم يكن كذلك فالمذكور من غير تعيين يحتمل صرفه إلى كل منهما و توقف صحة العقد على الاشتراط للعامل لا- يكفي في صرف الإطلاق إليه و دعوى الظهور الذي ذكره إن أراد كون الغالب في العادات الاقتصار على ذكر النصيب للعامل فليس بمعلوم و إن أراد أن توقف صحة العقد عليه تقتضى كون الظاهر إرادته من الإطلاق فهو محل تأمل أيضاً و قد سبق أن التنازع في شيء من أركان العقد لا يقدم فيه قول مدعى الصحة و إن كان هذا القدر من الظهور المدعى حاصلًا معه و قد سبقت هذه المسألة في القراض و المساقاة و للتوقف مجال انتهى (و نحن نقول) قد تقدم له في مواضع أن الظاهر من حال المتعاقدين إرادة العقد الصحيح و إن الأصل في العقود الصحة و الأصل في فعل المسلم الصحة منها باب الضمان و تقدم له في باب البيع و باب الرهن و باب الإجارة التأمل في تقديم قول مدعى الصحة و لم نذكر أنه تقدم له مثل ذلك في المساقاة و لم يتعرض لذلك في القراض و قد استوفينا الكلام في ذلك في باب الإجارة و بينا الحال و أزلنا عنه الإشكال (قوله) و لو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله

كما في التحرير و كذا التذكرة و جامع المقاصد و في (الشرائع و الإرشاد و الروض و المسالك و مجمع البرهان) ضمن و قضى عليه بالضمان و قال في (الكفاية) قالوا و ساق كلام الشرائع و قد قيل إنه أجود ما في الكتاب و غيره من أنه لا يقبل قوله لاستلزام عدم القبول حبسه و تخليده فيه إلى أن يدفع العين و قد تكون تالفه فيقبل منه البدل و فيه رجوع إلى قوله إلا أن يراد حبسه مدة يظهر فيها مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٢

و كذا الوديعة و شبهها (١) أما لو كان الجواب لا تستحق عندى شيئاً و شبهه لم يضمن (٢)

إشارة

(المقصد السادس) فى الوكالة و فصوله ثلاثة

[الفصل الأول فى أركانها و هى أربعة]

إشارة

(الأول) فى أركانها و هى أربعة

[الأول العقد]

(الأول) العقد و هو ما يدل على استنابه فى التصرف (٣)

اليأس من وجود العين (و حاصله) أنه يحبس طويلا- لرجاء أن يقر إذا كانت العين باقية و هذا مجموع ما فى جامع المقاصد و المسالك و فيه نظر ظاهر إذ مراد الجميع أنه يضمن و لا- يقبل قوله فى أنه تلف بلا تعد و لا تفريط ليدفع عنه الضمان لأنه بإنكاره أصل القراض متعد فى المال مكذب لدعواه التلف لتضمن إنكاره الاعتراف بكونه كذبا و لا حاجة هنا إلى الحبس لأن القراض غير الوديعه و ليعلم أن المفروض أنه أنكر فأقام المالك البيئه أو أنه أقر ثم ادعى التلف (قوله) (و كذا الوديعه و شبهها)

يريد أنه لا فرق فى هذا الحكم بين الوديعه و غيرها من الأمانات لوجود المقتضى فى الجميع و قد قال فى وديعه الكتاب أنه إذا أنكر الوديعه لم يقبل قوله بغير بيئه و لا معها على الأقوى ثم إنه بعد ذلك استشكل مع قيام البيئه و قد حكيناها هناك عن جماعة و حكينا عن الشهيدين أنه إن أظهر لإنكاره تأويلا قبل و حكى فى المبسوط عن قوم تفصيلا بقيام بيئه بأنها تلفت بعد إنكاره فلا تسمع و قبله فتسمع و قال إنه قريب و حكينا عن التذكرة اختياره و قلنا إن فيه نظرا واضحا و قد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء و نقلنا كلامهم فى المقام

(قوله) (أما لو كان الجواب أنه لا يستحق عندى شيئا و شبهه لم يضمن)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك (و قال فى الكفاية) قالوا و قد تقدم الكلام فيه أيضا فى باب الوديعه و قد وجهوه فى البابين بأنه ليس فى ذلك تكذيب للبيئه و لا للدعوى الثانية و الحمد لله كما هو أهله و الصلاة و السلام على خير خلقه محمد و آله الطيبين الطاهرين المعصومين و رضى الله عن علمائنا أجمعين و قد وقع الفراغ من هذا المجلد فى شهر ربيع الثانى سنه ألف و مائتين و خمس و عشرين على يد مصنفه العبد الأقل الأذل محمد الجواد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله سبحانه بلطفه و رحمته و إحسانه و تعطفه فى الدنيا و الآخرة بمحمد و آله صلى الله عليه و آله و الحمد لله أولا و آخرا بسم الله الرحمن الرحيم و به نستعين 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 علمائنا أجمعين (و بعد) فهذا ما برز من مفتاح الكرامة سهل الله تعالى إتمامه بفضل الله سبحانه على يد مؤلفه العبد الأقل الأذل محمد الجواد الحسينى الحسنى الموسوى العاملى عامله الله تعالى بإحسانه و فضله فى الدنيا و الآخرة

(قوله) (المقصد السادس فى الوكالة و فصوله ثلاثة الأول فى أركانها و هى أربعة الأول العقد و هو ما يدل على الاستنابه فى التصرف) الوكالة بفتح الواو و كسرها و هى فى الأصل اسم للتوكيل و المراد بها هنا العقد و قد طفحت جملة من عباراتهم بأنها العقد الدال على

الاستنابة فى التصرف فخرج بقيد التصرف الوديعه و لم تدخل الوصيه لأنها إحداث ولايه لا تبطل بما تبطل به الوكالة لأن الوصى يتصرف بالولاية التى أحدثها له الميت لا بالإذن و الوكيل يتصرف بالإذن و لهذا تبطل وكالته بالموت و الإغماء و الجنون إذ لا إذن بعد الموت و لا وكالة و لا يجوز له أن يوكل و الوصى بخلافه فى ذلك كله و أما القراض و المزارعه و المساقاة فليست الاستنابة فى التصرف فيها مقصوده بالذات كالوكالة و الحاصل أن المقصود بالذات فى الوديعه الاستنابة فى الحفظ و المقصود

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٣

و لا بد فيه من إيجاب دال على القصد (١)

بالذات فى الوكالة الاستنابة و الإذن فى التصرف فيما وكل فيه و عبارة الكتاب أحسن من قوله فى الشرائع الأول فى العقد و هو استنابة فى التصرف و أما قوله فى اللمعة هى استنابة فى التصرف و هو أنما يكون من الموكل فلعله لأن الاستنابة تستلزم قبولها فإنها لو تجردت عنه لم يؤثر أو لأن التعريف لما كان لعقدها و كان المعبر منه الإيجاب تسامح فى إطلاقها عليه و قد قال فى النافع الوكالة عبارة عن الإيجاب و القبول الدالين على الاستنابة فى التصرف فقال فى التنقيح فى هذا التعريف نظر من وجوه (الأول) أن الوكالة للغير صفة قائمة بالوكيل و الاستنابة صفة قائمة بالموكل فلا يجوز تعريفها لتباينهما و إن كان المقصود بالتعريف العقد الشرعى و ذلك هو التوكيل و التوكيل هو الاستنابة فينبغى تقدير الكلام التوكيل هو الإيجاب و القبول الدالين على التوكيل (الثانى) أن كثيرا من الأقوال لا يطلق عليه التصرف مع جريان الوكالة فيها (الثالث) أن التصرف أعم من الصحيح و الفاسد (قلت) قد عرفت أن المراد بها العقد كالبيع و الصلح و الحوالة و الكفالة و ليس معناها حيث تكون عقدا شرعيا التوكيل كما أن الوكالة صفة قائمة بالمتعاقدين و ليست قائمة بالوكيل خاصة فكلامه فى التنقيح خال عن التحصيل و قد أجمعت الأمة فى جميع الأعصار و الأمصار على جواز الوكالة فى الجملة و فى (المبسوط و السرائر) أنه لا- خلاف فى جوازها بين الأمة و قد طفحت عبارات كتب الاستدلال بالاستدلال على جوازها و مشروعيتها بالكتاب و السنة و الإجماع و استدل جماعة على ذلك بالعقل قالوا إن شدة الحاجة إلى التوكيل ظاهرة إذ كل أحد لا يمكنه مباشرة جميع ما يحتاج إليه من الأفعال (قوله) (و لا بد فيه من إيجاب دال على القصد)

لما كانت الوكالة من العقود الجائزة صحت بكل لفظ يدل على الاستنابة و إن لم يكن على نهج الألفاظ المعتبرة فى العقود اللازمة بلا خلاف فى ذلك بل الإجماع محصل معلوم و هل يكفى فى كل من الإيجاب و القبول ما يدل عليهما و لو بالإشارة المفهومة فى الأول و الفعل الدال على الرضا فى الثانى ففى (المفاتيح و الرياض) أنه لا خلاف فى كفاية ذلك فيهما و نقل حكايته فى الثانى عن التذكرة و فى (مجمع البرهان) و الكفاية) أنه يكفى فى الإيجاب و القبول الكتابة و الإشارة و ظاهر المبسوط و الشرائع و الكتاب و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و كذا المراسم أنه لا- بد فى الإيجاب من اللفظ لكن فى الشرائع و الكتاب و التذكرة و جامع المقاصد فيما يأتى قريبا أنه لو قال له و كلتنى فقال نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى فى الإيجاب و لم يقيدوا الإشارة بالعجز كما قيدها به فى التحرير و هذا يدل على ما سنذكره فى بيان كلام القوم و ظاهر الكافى و الوسيلة و النافع و إيضاحه و التنقيح أنه لا بد فى الإيجاب و القبول من اللفظ (قال فى الكافى) يفتقر إلى إيجاب و قبول و نحوه غيره مما ذكره بعده و مما صرح فيه بكفاية القبول الفعلى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا التنقيح فى موضع آخر (قال فى التذكرة) إن القبول يطلق على معنيين (أحدهما) الرضا و الرغبة فيما فوض إليه و نقيضه الرد (الثانى) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر فى البيع و سائر المعاملات و يعتبر فى الوكالة القبول بالمعنى الأول دون الثانى حتى لو رد و لا- بد من استئناف إذن جديد مع علم الموكل فيكفى إيجاد التصرف المستناب فيه و الأصل فى ذلك أن الذين وكلهم النبى صلى الله عليه و آله و سلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره و لحصول الغرض المطلوب من الاستنابة لأن المقصود

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٤

كقوله وكتتك أو استبتك أو فوضت إليك أو بع أو اشتر أو أعتق و لو قال وكتنتي فقال نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الإيجاب (١)

الأصلى من الاستتابة هو الإذن في التصرف فلا يتوقف على القبول لفظاً كأكل الطعام إلى أن قال و أما بالمعنى الثانى و هو القبول لفظاً فالوجه عندنا أنه لا- يشترط لأنه إباحة و رفع حجر فأشبهه إباحة الطعام فإنه لا يفتقر إلى القبول اللفظى و ليس غرضه إلا بيان أنه لا يحتاج القبول إلى اللفظى و ليس فى كلامه هذا مخالفة لكلام غيره و غرضه من الرضا و الرغبة أنه لا يرد الوكالة كما هو الشأن فى كل وكالة فإنه إذا رد إيجابها لم يجز له التصرف بعد ذلك إذا كان الرد بحضور الموجب للخبر الصريح فى ذلك و ستسمعه عند الكلام على ذلك و قد توهم فى المسالك و هما بعيدا فقال ما ذكره المحقق من كون القبول الفعلى هو فعل ما تعلق به الوكالة هو الظاهر من عبارة كثير من الأصحاب و منهم العلامة فى غير التذكرة و أما فيها فقال إن القبول يطلق على معنيين و ساق كلامه الذى سمعته و قال إنه يدل على أن القبول الفعلى بمعنى فعل ما و كل به و لا يكفى مطلقا بل مع اقتترانه بالرضا و الرغبة و وقوعه قبل أن يرد انتهى و هو كما ترى لم يقل به أحد من الخاصة و العامة (و قال فى التذكرة) إذا شرطنا القبول لم نكتف بالكتابة و الرسالة كما لو كتب بالبيع و إن لم نشترط القبول كفت الكتابة و الرسالة و كان مأذونا فى التصرف و هو الأقرب عندى و معناه أنا إذا شرطنا القبول اللفظى لم نكتف فى إيجاب الوكالة بالمعاطة فيها كالكتابة و الإشارة لأن من يشترط ذلك كما هو أحد وجهى الشافية يلزمه ذلك لأنه يكون عقدا محضا و وجهه أن الأصل عصمة مال المسلم و منع غيره من التصرف فيه إلا- بإذنه فلا بد أن يناط بالأمر الظاهر الكاشف عن المقاصد الباطنة و هو القول و البيان فى الإيجاب و القبول المعبر عما فى ضمير الإنسان و غاية الأفعال الظن و هو مثار الاختلاف و منشأ النزاع و معنى الشق الثانى و إن لم نشترط فى قبولها اللفظ كفت فى إيجابها الكتابة و الرسالة بل و الإشارة لأنها معاطاة صرفة و إباحة محضة و هذا هو الذى حررناه فى باب الوديعه من أن العقود الجائزة أما تكون عقودا و يصح نظمها فى سلكها حيث يكون إيجابها و قبولها لفظيين و حيث لا يكونان كذلك حيث يكتب إليه أقرضنى أو أعرنى أو أودعنى أو وكنى فإنها معاطاة العقود الجائزة و قولهم إن قبولها قول أو فعل مسامحة فى الثانى قطعا و إنما هى معاطاة و قد استوفينا الكلام فى ذلك هناك و أقمنا عليه الأدلة و البراهين من كلماتهم فى أبواب العقود و هو من متفرقات هذا الكتاب

(قوله) كقوله وكتتك أو استبتك أو فوضت إليك أو بع أو اشتر أو أعتق و لو قال وكتنتي فقال نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى فى الإيجاب)

و مثله فى ذلك ما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و كذا الشرائع و التحرير غير أنه لم يذكر فيهما بيع و اشتر و أعتق و قد قيد الإشارة فى الأخير بالعجز كما عرفت و كذا اللمعة فى جميع ذلك غير أنه لم يذكر فيها الاستفهام و ذكر موضعه الاستيجاب و الإيجاب كقوله وكنى فى كذا فيقول وكتتك و مثلها فى جميع ذلك الروضة و التنقيح و قد قال فى التذكرة لو قال بع أو أعتق و نحوهما حصل الإذن و هذا لا يكاد يسمى إيجابا بل هو أمر و إذن و إنما الإيجاب قوله وكتتك و فى عدم تسميته فى الباب بالإيجاب تأمل على أن ما حكى من توكيله صلى الله عليه و آله كان بالأوامر ثم قال و قوله أذنت لك فى نقله ليس صريحا فى الإيجاب بل إذن فى الأفعال (و قال فى جامع المقاصد) و إنما لم يكن أذنت لك فى الفعل إيجابا صريحا لأنه شبيه بالوعد لاحتمال الاستقبال انتهى فتأمل فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٥

و من قبول إما لفظا كقبلت أو رضيت و شبهه أو فعلا كما لو قال وكتتك فى البيع فباع (١) و لا يشترط مقارنة القبول بل يكفى و إن تأخر (٢) نعم يشترط عدم الرد منه فلو رد انفسخ العقد و يفتقر فى التصرف إلى تجديد الإيجاب مع علم الموكل (٣)

كلاميهما إذ هو فعل ماضٍ دال على الرضا و لعله أصرح مما إذا قال له و كلتني فقال نعم إذ هذا يحتمل الإخبار فلا يكفي إلا إذا علم قصد الإنشاء و إنما قالوا إنه يكفي حينئذ لأن نعم كلمة جواب تحذف الجملة معها فهو في قوة نعم و كلتك و قوله و كلتني استفهام حذف أدأؤه و الغرض به استدعاء الإنشاء على نهج الاستفهام التقريرى و كذا الإشارة لأنها عندهم بمنزلة النطق فى الدلالة فتكفى فيه المعاطاة توسعا فى مثل هذا العقد

(قوله) (و من قبول إما لفظا كقبلت أو رضيت أو شبهه أو فعلا كما لو قال و كلتك فى البيع فباع)

قد تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (و لا يشترط مقارنة القبول بل يكفي و إن تأخر)

هذا ما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و هو قضية كلام الكافي و فى (التذكرة) يجوز القبول عندنا على الفور و التراخى و ظاهره الإجماع و قد حكى عنه فيها فى جامع المقاصد و فى (المسالك) أنه أسنده إلى الأصحاب ساكتين عليه و قد عرفت أنه قال عندنا و فى (مجمع البرهان) أنه لا شك فيه و قال فى المبسوط أن يقبل فى الحال و له أن يؤخر إلى أى وقت شاء و لهذا جميع المسلمين على أن الغائب إذا وكل رجلا ثم بلغ الوكيل ذلك بعد مدة فقبل الوكالة انعقدت (و قال فى الشرائع) يجوز التوكيل فى الطلاق سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا بغير خلاف بين المسلمين فما أطال به فى المسالك فى مناقشة الشرائع فى تعليقه ذلك بتوكيل الغائب من لزوم الدور و غيره فى غير محله ثم إنه قال فى المسالك إلا أن يقال الإجماع واقع فى الغائب خاصة و لم يذكره أحد (و فيه) أنك قد عرفت أنه المذكور فى المبسوط و السرائر ثم إن التعليل المذكور وقع لجماعة و نعم ما قال فى الروضة كان جواز توكيل الغائب موضع وفاق فلذا جعله أى الشهيد شاهدا و يدل عليه الأصل بمعنى العموم و الأخبار الواردة فى الخصوص ففى الخبر عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول له ابتع لى ثوبا و الخبر فى رجل بعث إليه أبو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائة دينار و أمره أن يطلقها و يمتعها بهذا المال و فى (المعتبر) كالصحيح عن رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأة بالمدينة و سماها له و الذى أمره بالعراق فخرج المأمور فزوجها إياه الحديث فتأمل و لا- فرق فى القبول بين القول و الفعل كما هو قضية إطلاقهم و به صرح فى التحرير و لا فرق فى المدة بين أن تكون طويلة كسنة أو قصيرة و به صرح فى التذكرة و ظاهرهم أن نفس الفعل قبول و قد تقدم لنا فى باب الوديعة بناء على ظاهر كلامهم بأنها حينئذ عقد أنه ينبغى حصول الرضا و التوكيل قبل الفعل (و فيه) ما لا يخفى و أما نحن فإننا فى راحة من ذلك و استدلل عليه فى التذكرة بأن قبول و كلاء النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان بفعلهم و كان متراخيا عن توكيله إياهم و هو جيد و لا يقضى بعدم اشتراط ذلك فى سائر العقود كما فى مجمع البرهان لوجه واضح البرهان

(قوله) (نعم يشترط عدم الرد فلو رد انفسخ العقد و يفتقر فى التصرف إلى تجديد الإيجاب مع علم الموكل)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و قد نبه عليه فى المبسوط أما الأول فلأن القبول عبارة عن الرضا و مع الرد لا رضا و لا رغبة و أما الثانى فلقول أبى عبد الله عليه السلام فى خبر معاوية بن وهب من وكل رجلا فى إمضاء أمر من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٦

و يجب أن تكون منجزة (١)

الأمر فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها و هو صحيح فى الفقيه قال فى (جامع المقاصد) إنه نص فى الباب قلت قد استدلل بها الأصحاب على أنه إذا عزل الموكل الوكيل لا- ينزل إلا أن يعلمه بالعزل فيكون ضمير يعلمه راجعا للموكل لا- الوكيل و يؤيده أن الموكل هو المحدث عنه فلا- تكون نصا فى الباب نعم يدل عليه الأصل لمكان الشك فى إباحة

التصرف و الإذن بعد الرد بل سكوته و علمه يشعران برضاه فيتمسك بأصالة حرمة التصرف و لا تعارضها أصالة بقاء الإذن و هو أنما يكون مع علم الموكل بالرد و لا كذلك إذا لم يعلم و قطع بقاء الإذن و قد جزم المصنف في المطلب الخامس و ولده في الإيضاح بأن له التصرف مع جهل الموكل و استشكلا مع علمه (و قال في جامع المقاصد) هناك في صورة العلم إنه إن وجدت قرينة تدل على الرضا و عدمه عول عليها و إلا- فالأحوط عدم التصرف و لم يلتفت إلى الخبر أصلا (و قال في مجمع البرهان) أن الظاهر من عدم اشتراط المقارنة و اللفظ عدم الاحتياج إلى تجديد إذن آخر بعد رد الوكيل بقوله لا أقبل و لا أفعل حاضرا كان الموكل أو غائبا لأنه قد علم الرضا من الموكل الذى هو شرط نعم الوكالة لا تحصل لا أنها تنفسخ بالمرّة حتى تحتاج إلى إذن جديد لأن الإذن باق بحكم الاستصحاب ثم إن عدم القبول لا يستلزم رفع إباحة التصرف التى صدرت بإيجاب المالك كما إذا قال لآخر كل فقال لا آكل ثم إنه قد طفحت عبارة التذكرة بأن الوكالة أمر فإذا كان غير موقت و ليس للفور فإذا لم يمثل ما أمر به لم يرتفع عنه الأمر إلى آخر ما قال و أطال فى محاولته رفع الإشكال و وافقه على ذلك صاحبا الكفاية و الرياض و هى لا تهض على مقاومة الأصل و النص و لعلهم لو ظفروا بالنص ما التفتوا إلى ذلك كله إلا- أن تضعف دلالته بما حكيناه عنهم فى المطلب الخامس و هو الذى فهمه منه معظم الأصحاب فيكون الظاهر عدم الاحتياج إلى التجديد و مثل ما نحن فيه ما إذا عزل الوكيل نفسه فى غيبة الموكل و حضرته و سيتعرض المصنف لذلك فى المطلب الخامس و يأتي بيان الحال فيما يأتي قريبا إذا فسد العقد لتعليقها على الشرط و أن الفائدة فى بطلان الوكالة مع بقاء الإذن تظهر فى سقوط الجعل و النذر و فى جعلها شرطها فى عقد لازم إذ المسائل الثلاث من سنخ واحد هذا و قد تسامح المصنف فى إطلاق العقد على الإيجاب (قوله) (و يجب أن تكون منجزة)

عند علمائنا كما فى التذكرة أجمع كما فى جامع المقاصد و فى (شرح الإرشاد لفخر الإسلام) أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية و كذا سائر العقود جائزة كانت أو لازمة و عن (غاية المرام) أنه لا خلاف فيه و مع ذلك قال فى الكفاية إنه المشهور و إنه غير مرتبط بدليل واضح و لعله لمكان تأمل مولانا المقدس الأردبيلي و به أى وجوب التنجيز صرح فى الخلاف و المبسوط و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قضية بقاء الشروح و الحواشى حيث سكتوا عما فى متونها و لا يقدح فى ذلك عدم التعرض له فى المختصرات التى هى متون أخبار كالمقنعة و المراسم و الكافى و النهاية و الوسيلة و فقه الراوندى و الجامع بل لا ذكر لباب الوكالة فى المقنع و الإنتصار و الدليل على ذلك بعد الإجماع نقلا و تحصيلا أن الأصل عدم جواز الوكالة خرجت المنجزة بالإجماع و بعض الأخبار و بقى الباقي و إليه أشار فى الخلاف و المبسوط بأنه لا دليل على الجواز و الصحة إذا لم تكن منجزة و أنه مع التعليق يثول إلى التوكيل بعد زمان التوكيل و من شرط صحتها قدرة الموكل عند التوكيل فليتأمل فالمدار على الإجماع إذ الإطلاقات و العمومات تقطع ما عدا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٧

فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع أو وقت مترقب بطلت (١) نعم لو نجز الوكالة و شرط تأخير التصرف إلى وقت أو حصول شرط جاز (٢) كأن يقول و كلتك الآن و لا تتصرف إلا بعد شهر و إذا فسد العقد لتعلقها على الشرط احتمال تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن (٣)

□

الإجماع و ذهب جمع من العامة إلى جوازها معلقة لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال فى غزاة مؤته أميركم جعفر فإن قتل فزيد بن حارثة الحديث و لأنه إذا قال أنت و كيل فى بيع عبدى إذا قدم الحاج صح و إليه مال المقدس الأردبيلي أو قال به لأنه لا دليل إلا إجماع التذكرة مع أنه جوز تصرفه بعد حصول الشرط و قال إنه لا- يجد فرقا بين التعليق بمجىء شهر و التنجيز مع المنع عن فعل الموكل فيه إلا بعد شهر و قال إنه لا يجد فيه فائدة و أطال فى الاستدلال على ذلك و كأن صاحب الكفاية متأمل أيضا فى ذلك و قد

عرفت أن الإجماع ليس من متفردات التذكرة و يأتي تمام الكلام فى ما استند إليه و فى الدليل الثانى للعامه و أما التأمير فليس توكيلا بل هو ولاية كالوصاية يقبل التعليق و الجهالة و يكون شورى كما تقدم فى باب المضاربه أو نقول العقد فيه منجز و التصرف فيه معلق و هو جائز كما يأتى و العقد فيما نحن فيه معلق و فرق بين تعليق العقد و تنجيذه
(قوله) (فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع أو وقت مترقب بطلت)

عند علمائنا كما فى التذكرة و به صرح فى الكتب المتقدمه عدا اللمعه لكنه قضيه كلامها و قد سمعت ما فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام و كذا لو علقها بصفه و هى ما كان وجوده محققا كطلوع الشمس كما صرح به جماعة و لا فرق فى الشرط بين أن يكون بدون أداة الشرط كأن يقول بشرط كذا أو بأداته مقدمه أو مؤخره
(قوله) (نعم لو نجز الوكالة و شرط تأخير التصرف إلى وقت أو حصول شرط جاز)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعه و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و مجمع البرهان و الكفايه و فى ظاهر جامع المقاصد الإجماع عليه أو هو صريحه و فيه أيضا أنه لا بحث فيه و فى (التذكرة و مجمع البرهان و الكفايه و كذا المسالك) أنه لا خلاف و لا نزاع فيه لأن المعلق فيه التصرف لا التوكيل و منه المثال أعنى قوله أنت و كيلي فى بيع عبدى إذا قدم الحاج و مثله قوله و كلتك الآن و لا تتصرف إلا بعد شهر و هذا و إن كان فى معنى التعليق إلا أن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطت بهذه الضوابط و بطلت فما خرج عنها و إن أفادت فائدتها و به أيضا يحصل الفرق بين قوله و كلتك و شرطت عليك كذا و و كلتك بشرط كذا حيث حكموا بصحة الأول و بطلان الثانى لمكان الضوابط الشرعيه و المراد بالشرط فى العبارة و غيرها التعليق أما مطلق الاشتراط فلا مانع منه كما لو قال و كلتك و شرطت عليك كذا كما تقدم مثله فى مثله مرارا
(قوله) (و إذا فسد العقد لتعلقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف بحكم الإذن)

هذا هو الأقرب كما فى التذكرة و فى (المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد) أنه لو رد الوكالة بطلت و له أن يتصرف بالإذن و هو يوافق ما هنا كما ستعرف (قال فى التذكرة) لأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط فى الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على أن لك العشر من ثمنه فإن الوكالة تفسد و لكن إن باع يصح و هو أحد وجهى الشافعيه و الثانى لا يصح لفساد العقد و لا اعتبار بالإذن الضمنى فى عقد فاسد أ لا ترى أنه لو باع يبيعا فاسدا أو سلم إليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه و إن تضمن البيع و التسليم الإذن فى التصرف و التسليط عليه و ليس بجيد لأن الإذن فى تصرف المشتري
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٨

.....

باعتبار انتقال الثمن إليه و الملك إلى المشتري و شىء منهما ليس بحاصل هنا و إنما أذن له فى التصرف لنفسه ليسلم إليه الثمن و هنا إنما أذن له فى التصرف عن الإذن لا لنفسه فإن قلنا بالصحة و هو الذى اخترناه نحن فتأثير بطلان الوكالة أنه يسقط الجعل المسمى إن كان قد سمي له جعلاً و يرجع إلى أجره المثل كما أن الشرط الفاسد فى النكاح يفسد الصداق و يوجب مهر المثل و إن لم يؤثر فى النكاح انتهى (و حاصل كلامه) الإشارة إلى جواب سؤال يرد على احتمال الصحة تقريره إذا كان جواز التصرف الذى هو فائدة عقد الوكالة و أثره ثابتا على كل من تقديرى الصحة و الفساد فأى فارق بين الصحيح و الفاسد هنا (فأجاب) بأن أثر الفساد لا يظهر فى الإذن و إنما يظهر فى الجعل إذا كانت الوكالة بجعل فإنه يبطل و يستحق الوكيل أجره المثل و حققه المحقق الثانى بأنه إنما يمتنع التعليق فيما يكون معاوضه أو كالمعاوضه و من ثم حكمنا بفساد الصداق بالشرط الفاسد دون العقد و حكمنا بفساد الحصه فى المضاربه الفاسده دون الإذن فى التصرف و كذا الوكالة المشتملة على جعل فإنه لكونه فى مقابله العمل يحصل به شبه المعاوضه فيجب أن يتوجه الفساد إليه حين التعليق بل مطلق الفساد بأى سبب كان و يبقى معنى الوكالة الذى هو عبارة عن الإذن فى التصرف

ثابتا (و اعترضه) بأنه على هذا لا يتضح إطلاق الفساد على عقد الوكالة لأن الجعل خارج عن مفهوم الوكالة و لهذا لا يعتبر في صحة العقد بخلاف اشتراط الحصّة في عقد المضاربة فإنه ركن من أركان عقدها فيسقط اعتبار ما ذكره المصنف في الجواب لانتفاء السؤال أصلا و رأسا بل يكون حكمه بفساد الوكالة بالتعليق أولا- و احتمال تجويز التصرف معه و كون فائدة الفساد سقوط الجعل كالمتدافعين ثم إنه قال إن الذي ينبغي التوقف و قد اعترض المصنف أيضا المقدس الأردبيلي (أولا) بأن الإذن إنما علم على تقدير الشرط و قد حكم بطلان الإذن و التوكيل لمكان الشرط فكيف يجوز التصرف (و ثانيا) بأنه إنما تلزم الأجرة لو فعل ما وكل فيه على ما أمر و قد بطل أمره فلزوم أجرة المثل غير ظاهر (قلت) يردهما معا ما إذا حصل الشرط و فعل ما وكل فيه على ما أمر إلا أن تقول إن مراده من الإيرادين أن الشارع ألغى هذه العبارة بالكلية فكأنها لم تكن (و ثالثا) بأنه قد لا يكون العقد المعلق مشتملا على جعل فلا معنى للحكم بالبطلان إذا جاز التصرف (و رابعا) بأنه إذا حكمنا بفساد الوكالة كيف يجوز التصرف و يستحق الأجرة (و نحن نقول) لا ريب أن المراد بالبطلان بطلان عقد الوكالة كما أنه لا ريب في حصول الإذن فيما إذا حصل الشرط و المدار في الوكالة على العلم بالرضا و لو بالإشارة و يكون من باب معاطاة الإجارة فإن أوقع الصيغة لفظا على نحو ما ذكرناه و حصل الشرط كان الإذن حاصلًا كما عرفت و إن أوقعها على نحو آخر كأن قال وكتتك في بيع داري إن رضى زيد و لا أجز لك التصرف إلا على تقدير صحة هذا العقد فإنه حينئذ لا يصح له التصرف و لا يجري فيه المعاطاة أصلا (إذا عرفت هذا) فلا ريب أن عقد الوكالة مطلقا مشتمل على توكيل و إذن خاص و قد يكون مشتملا على أمور آخر غير مجرد الإذن في التصرف كأن يكون مشروطا في عقد لازم أو مندورا إيجادا بإيجاب و قبول صحيحين صريحين أو يكون قد جعل لهما جعلًا لو أوقعا توكيلا صحيحا فإذا كان قد علقه مثلا برضا زيد و رضى زيد كانت الصيغة لفظية مشتملة على إيجاب و قبول و قد اشتمل على بعض هذه القيود من جعل و غيره فإنه يبطل بالنسبة إلى هذه القيود لأن العقد اللفظي إذا علق بطل و إذا بطلت متعلقاته و لا يبطل الإذن المفهوم من العقد ضمنا بمعنى أنه يجوز له التصرف لمكان العلم بالإذن فيه فيكون هذا التصرف من قبيل المعاطاة (و حاصله) أنه يبطل جميع آثاره لا جميع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٢٩

.....

ما فهم منه حتى الإذن الضمني و إن لم يشتمل هذا العقد على شيء من القيود كان باطلا من حيث إنه وكالة لأن الشرط في جميع القيود عدم التعليق و يجوز له التصرف من حيث إنه عالم برضا الموكل فيكون من باب المعاطاة في الوكالة كما سيتضح ذلك في آخر البحث فتصح دعوى الإجماع على اشتراط التنجيز و يصح القول بأن له التصرف و قد فهم المحقق الثاني و الشهيد الثاني و الأردبيلي و صاحب الرياض من التذكرة ما فهموا و اعترضوا بما اعترضوا (و نحن نقول) على مذاقهم و جريا على فهمهم في الجواب عما اعترضوا به إن هناك إذنين باطلا و صحيحا فالصحيح هو الضمني الذي لم يقصد بالذات و الباطل يتوجه إلى الجعل أو الشرط أو الوفاء بالنذر أو غير ذلك من القيود و إن لم يكن شيء من ذلك قلنا إنا نقول إن اشتراط التنجيز في الوكالة إنما هو في صورة ما إذا كان هناك جعل أو نحوه فإذا لم تنجز بطلت الوكالة و الجعل و لا يجوز له التصرف كما نبه عليه في الروضة و استوجهه صاحب الرياض و أما إذا لم يكن جعل فلا يشترط فيها التنجيز فيصح أن يتصرف أو نقول هناك إذنان في المشتملة على جعل و غيرها و هما أمران متعددان كما عرفت و أما إذا قلنا ليس هناك إلا إذن واحد و لم نفهم الرضا به إلا مع الشرط كما في المثال الأخير الذي مثلنا به فلا وجه حينئذ للقول بصحة التصرف أصلا و أنه يفسد بالاشتراط و التعليق و ذلك لا يخفى على أحد فكيف يخفى على المصنف الذي هو آية الله سبحانه و تعالى في الكتابين فلا بد أن يريد أن صحة التصرف في غير هذا المثال و أن في غيره إذنين فحيث لا جعل و لا شرط و لا نذر و قد علق يتوجه الفساد إلى الصريح و يبقى الضمني بمعنى يبطل التوكيل و يبقى الإذن و لا تحصل ثمرة و حيث يكون أحد هذه أو نحوها يتوجه الفساد إليها لأن الإذن الصريح متوجه إليها و تظهر الثمرة أو يريد أن الإذن أعظم من التوكيل كما

قالوه فى العبد فإنه يكون مأذونا لا وكيلا «١» فقد ظهر أن التنجيز ليس شرطا لمطلق التصرف بل على بعض الوجوه و هو حيث لا يفهم منه الإذن ضمنا أو حيث يكون هناك جعل و أن الفائدة التى ذكرها المصنف قد تصح و قد لا تصح و أن غرضه الإشارة إلى جنس الفائدة و أنها ليست منحصرة فيما ذكر إذ الغالب خلوها عن الجعل و أن الفائدة تظهر بدونه و هو بقاء الإذن الضمنى و أن هذا الفرق لا يبطل أصل الحكم بفساد الوكالة و لا يوجب التدافع بين الحكم بفسادها و صحة التصرف بعد الشرط و أن ليس معنى كلامه أن الباطل هو الجعل فقط و إن كان التشبيه بالنكاح و القراض يوهم ذلك بل الباطل هنا هو العقد و لكن نفهم ضمنا أذن غير الإذن الذى كان صريحا فيه و مقتضيا له و لهذا عبر عنه فى التذكرة بالضمنى و هذا كله على مذاق الجماعة حيث تكون الوكالة عقدا و ذلك حيث يكون هناك إيجاب و قبول لفظيان و أردنا الجرى على مقتضاه و إلا فحيث يعلم الرضا و لا يحصل منهما نزاع فى الجعل أو الشرط أو النذر كان ذلك من باب معاطاة الوكالة و مدارها على العلم بالرضا و حينئذ لا يفرق فى ذلك بين التعليق و عدمه و وجود الجعل و نحوه و عدمه فإن علق و لا جعل و لا نحوه و وقعت الصيغة بالإيجاب و القبول اللفظيين كانت فاسده من حيث إنها وكالة لأن الشرط فى العقود جميعها عدم التعليق و يجوز التصرف من حيث إنها معاطاة لمكان العلم بالرضا بعده و إن

(١) و قد قالوا إنه لو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت و له أن يتصرف مع جهل الموكل و وجهوه بأن الوكالة شىء مركب من الإذن العام و من الخصوصية و الرد يقتضى رفع الوكالة فقط فالإذن الصادر من الموكل باق (منه قدس سره)
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٠
و فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع إلى الأجرة (١)

[الثانى الموكل]

(الثانى الموكل) و يشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية (٢) فلا- يصح توكيل الصبى و إن كان مميزا أو بلغ عشرا مطلقا على رأى (٣)

وقعت الصيغة لفظا بالإيجاب و القبول و قد اشتملت على تعليق و نذر أو جعل أو شرط فى عقد فإن الوكالة تبطل من حيث إنها عقد و يبطل ما اشتمل عليه عقدها و له أن يتصرف أيضا بالإذن المعلومة فى الضمن إلا إذا علم عدم الإذن إلا على تقدير هذا التعليق شرعا فإنه لا يصح التصرف فى ذلك بوجه من الوجوه كما فرضناه فيما تقدم و بذلك يحصل الجمع بين الإجماعين أعنى الإجماع على اشتراط التنجيز و الإجماع على جواز التصرف مع العلم بالرضا ثم إنهم جميعا أطبقوا مع العلم بالرضا على جواز التصرف فى القراض الفاسد و إن العامل يستحق أجرة المثل فما بالهم هنا تأملوا و اعترضوا مع أنهما من سنخ واحد و قد ارتفع الإشكال بحذافيره و قد تقدم لنا فى باب القراض فيه ما له نفع تام فى المقام و قد أسبغنا أيضا فيه الكلام و أنت إذا لحظت جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الرياض ظهر لك أن المسألة لم تحرر فى كلامهم و الأولى أن يقول المصنف لتعليقها على الشرط و لا يناسب جعله من باب التفضل

(قوله) (و فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع إلى الأجرة)

قد تقدم الكلام آنفا مسبغا محررا

(قوله) (الثانى الموكل) و يشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية)

و المالك للمباشرة بالملك هو المالك و بالولاية هو الأب و الجد و الوصى على الأطفال و يمكن ذلك فى الوصى بإخراج الحقوق أيضا لأنه تحصل له ولاية أيضا كولاية الموصى و بما فى الكتاب صرح فى التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و هو

معنى ما فى المبسوط وغيره من أنه كل من يصح تصرفه فى شىء تدخله النيابة (وقال فى الإيضاح) الموكل كل متمكن شرعا أو ممنوع بالجهل لا غير من مباشرة فعل يقبل الاستنابة بحق الملك أو الولاية العهديه أو مأذونه فيها شرعا و لو بوسائط و أراد بالممنوع بالجهل ما إذا منعه من إنشاء البيع مثلا جهله به لأن العلم بالبيع شرط لصحته فإن له أن يوكل فإن الجهل به لا يخل بصحة التوكيل و أراد بالأخير الوصى و وكيل الوكيل و قد قال فى التذكرة فى و كيل الوكيل فإذا جعلناه و كيلا للوكيل لم يكن من شرط الوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملكية و الولاية و قال فى موضع آخر و يخرج منه توكيل الوكيل لأنه ليس بمالك و لا ولى و إنما يتصرف بالإذن نعم لو مكنته الموكل من التوكيل أو دلت عليه قرينه نفذت بعد توكيل الوكيل للوكيل بأمر الموكل صار له ولاية ذلك كما للموكل و قال فى العبد ليس له أن يوكل فيما أذن له لأنه إنما يتصرف بالإذن و كذا العامل فى القراض إنما يتصرف عن الإذن لا بحق الملك و الولاية انتهى فتأمل فيه و يأتى تمام الكلام فى هذه الثلاثة

(قوله) (فلا يصح توكيل الصبى و إن كان مميزا و بلغ عشرة مطلقا على رأى)

هو صريح الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر النافع و التنقيح و هو قضيه كلام السرائر فى باب الوصيه و كلام غيرها كما ستسمعه فى باب الوقف و المراد بقوله مطلقا أنه لا يملك شيئا فى جميع التصرفات لأن مناط التصرفات البلوغ (وقال الشيخ فى النهاية) فإن بلغ عشر سنين و لم يكن كمل عقله غير أنه لا يضع الشىء إلا فى موضعه كانت وصيته ماضيه فى المعروف من وجوه البر إلى أن قال و كذا تجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشر سنين و هبته و عتقه إذا كان بالمعروف فى وجوه البر و نحوه ما فى المهذب و كذا المقنعة فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣١

و لا المجنون و لو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة (١) و لا- توكيل القن إلا- بإذن المولى إلا فيما لا يتوقف على الإذن كالطلاق و الخلع (٢) و لا الوكيل إلا بإذن موكله صريحا أو فحوى (٣)

الوصيه و الوقف و الصدقة بالمعروف و نحوه المراسم فى بعض نسخهما و فى (جامع المقاصد) أن هذا القول مشهور و اقتصر فى معقد الشهرة على جواز تصرفه فى الوصيه و العتق و الصدقة و الأخبار الواردة فى جواز وصيته اثنا عشر خبرا و فى خبر واحد جواز وصيته و عتقه و صدقته و قد اتفقت كلها على العشر سنين إلا ثلاثة أخبار فإن فيها أن الغلام إذا حضره الموت من دون تحديد بعشر سنين و ليس فيها للمراهق ذكر و أثبت فى الوسيلة جواز ذلك للمراهق و أثبت موضع الوقف العتق و لعله يعد ابن العشر مراهقا و جوز فى الغنيه وصيه من بلغ عشرة و يأتى فى باب الوقف تمام الكلام و قد وردت أخبار بجواز طلاقه و قد عمل بها على بن بابويه و الشيخ فى النهاية و القاضى و ابن حمزه و قد قالوا فى الباب أن كل من يصح تصرفه فى شىء تدخله النيابة صح التوكيل فيه فيلزم من ذلك جواز توكيل الصبى فى ذلك كله و قد منع عليهم فخر الإسلام و أكثر المتأخرين الصغرى و هو قضيه كلام وصايا السرائر و ظاهر الشرائع و التذكرة التوقف حيث نسبا جواز توكيله إلى الرواية و ذكر فى الشرائع الوصيه و الصدقة و الطلاق و جعل موضوع الحكم فى التذكرة المميز و من بلغ خمسة أشبار (وقال فى التحرير) لو بلغ عشرة جاز أن يوكل فيما له فعله كالوصيه فى المعروف و الصدقة و الطلاق على رواية ممنوعة فإن كانت الصلة قيدها فى الأخير كان جازما بالجواز فى الأولين و بالمنع فى الثالث و تمام الكلام يأتى فى بابه بلطف الله تعالى و بركة محمد و آله صلى الله عليه و آله

(قوله) (و لا المجنون و لو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة)

كما فى الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و ترك جماعة التعرض له و للمغنى عليه لظهور الحكم فيه و الاستغناء عنه باشتراط صحة التصرف و أهليته أو بما يأتى من الإجماع على بطلانها بعروضهما لأنه إذا عرض له الجنون و الإغماء قبل الوكالة و بعدها خرج عن أهلية المباشرة و لا ريب فى صحة توكيله حال إفاقته

(قوله) (و لا توكيل القن إلا بإذن المولى إلا فيما لا يتوقف على الإذن كالطلاق و الخلع)

و طلب القصاص كما فى المبسوط و التذكرة و التنقيح و إليه أشار فى جامع الشرائع بقوله و نحوهما و كذا الشرائع و التحرير و إيضاح النافع بإشارة دقيقة و ينبغى أن يزيدوا التغيرير و القذف و الدعوى على سيده بحق من حقوق (و حاصله) أنه ليس له أن يوكل إلا بإذن سيده فيما يشترط فيه إذن المولى و لا- يكفى فيه الإذن فى التجارة فيما لا يتعلق بها فلا فرق فيه بين المأذون فى التجارة و غيره و عليه نص فى المبسوط و الغنية و الشرائع و التذكرة و المسالك و قد وسم فى الكتاب و الشرائع و التذكرة بالقن فإن أراد به هنا الرقيق الذى لم تنقطع عنه سلطنة المولى اندرج فيه المدبر و أم الولد دون المكاتب و كل ذلك إذا لم يأذن له و لو أذن له صح مطلقا اتفاقا لزوال المانع

(قوله) (و لا للوكيل إلا بإذن موكله صريحا أو فحوى)

كما فى اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و هو معنى ما فى الإرشاد و شرحه لولده و التنقيح و الكفاية من قولهم إلا بإذن موكله أو القرينة و زيد فى الأخير الواضح و قوله فى المفاتيح عموما أو ضمنا و اقتصر فى المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع على قولهم إلا- بإذن موكله و فى (التذكرة و التحرير) و لا للوكيل إلا بإذن موكله إلا إذا كان الوكيل ممن يرتفع إلى آخره (و قال فى جامع المقاصد) المراد بالفحوى فى العبارة ما عدا التصريح كما يدل عليه السياق و مثله بقوله اصنع ما شئت مع أنه ليس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٢

مثل اصنع ما شئت (١) و الأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة (٢) و اتساعه و كثرتة بحيث يعجز عن المباشرة إذن فى التوكيل معنى (٣) فحينئذ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع (٤)

إذنا فى التوكيل صريحا لأنه إنما يدل عليه بعمومه و المعروف عند الأصوليين أن فحوى الخطاب هو ما لا يدل عليه اللفظ بمنطوقه و إنما هو مسكوت عنه لكن يستفاد من اللفظ لكون الحكم فيه أولى من المنطوق إلا أن مثل هذا فى الوكالة عزيز الوجود و صوروه فيما إذا وكله فى أمرين أحدهما يتسامح فيه و الآخر يطلب الاهتمام به عادة فلا يراد عادة إلا مباشرة الوكيل له بنفسه فإذا أذن له فى التوكيل فيه فإنه يدل على أنه له التوكيل فى الآخر أيضا بالأولوية قلت ارتفاع الوكيل العظيم الشأن عن الكناسات أو عجزه عن العمل مع علم الموكل بذلك أو اتساع العمل مما يقضى بأنه أولى بالتوكيل من التصريح و قد فسر الشهيدان فى اللمعة و الروضة الفحوى باتساع متعلقها و ترفع الوكيل عما وكل فيه عادة و زاد فى الأخير عجزه عن مباشرته و ما حكاها فى جامع المقاصد عن الأصوليين حق و لكن المعروف بين قدمائهم و كثير من متأخريهم أن فحوى الخطاب ما يستفاد من اللفظ بمفهوم موافقه أو مخالفة أو قياس مساواة كقوله تعالى وَ لَمَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ نَعَمَ فِى إِدْرَاجٍ قَوْلُهُ اصْنَعْ مَا شِئْتَ فِى الْفَحْوَى مَسَامِحَةً لِأَنَّ الْفِعْلَ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ بِإِطْلَاقِهِ أَوْ عَمُومِهِ

(قوله) (مثل اصنع ما شئت)

قد جزم بالإذن فى التوكيل به فى الشرائع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الخلاف على ما حكى عنه و لم نجده فيما عندنا من نسخه و فى (المبسوط) أنه أولى و فى (التحرير) أنه أقرب و ظاهر جامع المقاصد الإجماع عليه حيث قال قطعا و منع فى التذكرة جواز التوكيل به محتجا بأن هذا التعميم إنما هو فى تصرفه فى نفسه و يرد عليه أمران (الأول) أنه خروج عن مقتضى العموم فى جميع ما شاء (و الثانى) أنه لو لم يتناول ذلك لم يفد شيئا إذ بدون هذا العموم يقتضى توكيله تصرفه بنفسه

(قوله) (و الأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة)

أى إذن فى التوكيل معنى كما فى التذكرة و التحرير و اللمعة و التنقيح و المسالك و الروضة و المفاتيح و فى (التذكرة) الإجماع عليه و على ما إذا عجز عن عمله لكونه لا- يحسنه و كأنه قال به فى الإيضاح أو أنه متوقف (و كيف كان) فلا معنى لقول المصنف هنا

الأقرب مع دعواه الإجماع عليه فى التذكرة و قوة دليله و معنى كونه إذنا معنى أنه يستفاد من معنى اللفظ بملاحظة حال الوكيل لا من نفس اللفظ فهو فى الحقيقة دلالة التزامية و وجه القرب أن توكيل العظيم الشأن الذى لا يليق به دخول السوق فى بيع ما لا يباع غالبا إلا فى السوق لا يكاد يستفاد منه بشاهد الحال إلا توكيل غيره فى ذلك كما هو واضح
(قوله) (و اتساعه و كثرته بحيث يعجز عن المباشرة إذن فى التوكيل معنى عندنا)

و لا- نعلم فيه مخالفا كما فى التذكرة و به صرح فى المبسوط و التحرير و شرح فخر الإسلام و الإيضاح و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و المفاتيح و الوجه فيه نحو الذى تقدم بل الحال فيه كما إذا حلف السلطان أن يبنى هذا المسجد أو يضرب زيدا فلا معنى لقوله هنا الأقرب (و قول ظ) ولده الأصح و ليس لاحتمال العدم إلا أنه لا خلاف مدلول اللفظ الوضعى (و فيه) أن القرائن دلت على أن التوكيل أيضا مراد من اللفظ و المدار على العلم و لا يضر كونه غير وضعى كما حرر فى محله و الضمير فى اتساعه و كثرته يعود إلى الموكل فيه لمكان ظهوره

(قوله) (فحينئذ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع)

جواز توكيله فيما زاد على ما يتمكن منه خيرة المبسوط و التحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٣

و لا- المحجور عليه (١) إلا- فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه (٢) كالطلاق و الخلع و استيفاء القصاص (٣) و لا- يوكل المحرم فى عقد النكاح (٤) محرما و لا- محلا (٥) و لا- فى ابتياع الصيد (٦) و للمكاتب أن يوكل (٧) و للمأذون له فى التجارة فيما جرت العادة بالتوكيل فيه (٨)

و الإيضاح و المسالك و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال قطعا و استشكل فى جواز توكيله فى الجميع ثم قرب الجواز (قلت) و هو الظاهر من اللمعة و التنقيح و الروضة و المفاتيح و هو قوى جدا لاقتضاء الإطلاق عرفا ذلك
(قوله) (و لا المحجور عليه)

أى لا- يجوز توكيل المحجور عليه لفلس أو سفه و به صرح فى المبسوط و الغنية و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و مرادهم فيما منع من التصرف فيه و به صرح فى جملة مما ذكر و ستسمع كلامهم فيما لم يمنع منه

(قوله) (إلا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه)

كما فيما عدا الغنية مما تقدم و هى عشرة

(قوله) (كالطلاق و الخلع و استيفاء القصاص)

كما فى الكتب المتقدمة عدا الغنية و الإرشاد و الروضة غير أنه فى الشرائع مثل بالطلاق و الخلع و أشار إلى استيفاء القصاص بقوله و ما أشبهه فيشمل أيضا التغرير و القذف و يشمل فى خصوص المفلس الشراء فى الذمة و إجاره نفسه إذ لا حق للغرماء فى ذلك بل هو تحصيل مال لهم

(قوله) (و لا يوكل المحرم فى عقد النكاح)

كما فى الشرائع و المسالك و جامع المقاصد قال فى الأخير لأنه غير مالك مباشرة هذا التصرف الآن و هو شرط عندنا (قلت) فيمنع من إيقاع الوكالة و عقد النكاح فى حالى الإحرام و يشمل ما إذا أوقع الوكالة حالة الإحرام لتوقع العقد بعده فلا يجوز طلاق امرأة سينكحها (قال فى التذكرة) و من جوز التوكيل فى طلاق امرأة سينكحها و بيع عبد سيملكه فقياسه على تجويز توكيل المحجور عليه بما سيأذن له فيه الولي و كل هذا عندنا باطل انتهى (و فيه) أنه يقضى بأنه لا- يجوز أن يوكله فى حال حيض زوجته أو فى طهر

المواقعة في طلاقها حال طهرها مع أن الظاهر الجواز و قد جوز التوكيل في تزويج امرأة و طلاقها و شراء عبد و عتقه و في استدانة دين و قضائه و جوزوا التوكيل في التطبيق ثلاثا مع الرجعتين بينهما و يلزمه أن لا يجوز التوكيل في شراء الطعام و إطعامه و لا شراء الضيعة و إخراج زكاتها ثم إن المضاربة تستلزم البيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد أخرى و ليس بموجود حال العقد و الفرق بين ما وقع فيه التوكيل مستقلا كما في الوقف على من سيوجد تبعا لمن وجد فيه تأمل و إشكال و ستسمع إن شاء الله تعالى تمام الكلام في أول الركن الرابع ثم إن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين كون العقد للموكل أو لمن هو مولى عليه فيحرم على الولي حال إحرامه التوكيل في عقد الصبي و كذا الوكيل الذي يسوغ له التوكيل

(قوله) (محرم و لا محلا)

كما في جامع المقاصد و هو قضية كلام الشرائع و المسالك و قد منع في بيع المبسوط و الخلاف من أن يتوكل الكافر للمسلم في شراء عبد مسلم و قد رده المصنف في بيع التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام بأن الممنوع منه إنما هو العكس و هو ما إذا وكل الكافر المسلم في شراء عبد مسلم و ليس في محله

(قوله) (و في ابتياع الصيد)

كما في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لا متناع مباشرته ذلك التصرف الآن شرعا و لا فرق في توكيله في ذلك بين المحرم و المحل و في حكم المحرم المعتكف في عقد البيع و تمام الكلام في بابه

(قوله) (و للمكاتب أن يوكل)

كما في المبسوط و غيره لانقطاع سلطان المولى عنه كما تقدم التنبيه عليه

(قوله) (و للمأذون له في التجارة فيما جرت العادة بالتوكيل فيه)

كما في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و معناه أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٤

و للأب و الجد أن يوكلوا عن الصغير (١) و المجنون (٢) و للحاضر أن يوكل في الطلاق على رأى (٣)

يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه و إن لم يصرح السيد بالإذن في التوكيل لاستفادة ذلك من اللفظ بضميمة العادة المطردة (و قال في المبسوط) ليس للعبد المأذون أن يوكل إلا بإذن سيده لأنه كالوكيل لسيد و لا يجوز للوكيل أن يوكل فيما جعل إليه إلا بإذن الموكل و نحوه ما في الغنية و التذكرة و ظاهرهم المخالفة لما في الكتاب و لعلهم يريدون في غير ما جرت العادة بالتوكيل فيه فلي تأمل

(قوله) (و للأب و الجد أن يوكلوا عن الصغير)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الكفاية و مجمع البرهان و في الأخير لعله لا خلاف فيه و زيد في التذكرة و الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية الوصى و لعلهم أرادوا الوصى على الأولاد لأنه له ولاية مثلهما و قد تقدم أن الوصى في الإخراج له أن يوكل لأنه مثل الميت يتصرف بالولاية التي أحدثها له لا بالإذن إذ لا إذن بعد الموت و لا وكالة و بهذا يظهر الفرق بينه و بين الوكيل حيث إنه لا يجوز له أن يوكل و تبطل وكالته بالموت و الإغماء و الجنون و لا كذلك الوصى

(قوله) (و المجنون)

كما في جامع المقاصد و قد ترك الجماعة التعرض له و قد تقدم أن المجنون الذي اتصل جنونه بصغره لهما الولاية عليه من غير خلاف و أما من بلغ رشيدا ثم جن ففيه خلاف في كون الولاية لهما أو للحاكم (و الحاصل) أن من ثبت له الولاية على غيره ملك مباشرة التصرف عنه فله أن يوكل

(قوله) (و للحاضر أن يوكل في الطلاق على رأى)

هو صريح المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و اللمعة و التقيح و المهذب البارع و المقتصر و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كشف اللثام و المفاتيح و الكفاية و قد صرح في جملة من هذه الكتب بذلك أيضا في باب الطلاق و ظاهر إطلاق المقنعة و الخلاف و الوسيلة حيث قيل فيها يجوز التوكيل من الغائب و الحاضر فيشمل التوكيل في الطلاق و غيره و ستسمع ما في طلاق الوسيلة و قد حكاها كاشف اللثام عن ظاهر أبي علي و قد نسب كاشف الرموز توكيل الحاضر في الطلاق إلى المقنعة و الخلاف و المبسوط و السرائر على وتيرة واحدة و قد نسب في السرائر ذلك إلى الخلاف و قد نفى الخلاف بين المسلمين في السرائر عن صحة التوكيل في الرجعة و الطلاق للموكل حاضرا كان أو غائبا (و قال في طلاق السرائر) يصح التوكيل في الطلاق حاضرا كان الموكل أو غائبا بغير خلاف بين المسلمين (و قال في باب الوكالة) أيضا إنه لا- خلاف بينهم أنه إذا خيف شقاق بينهما بعث الحاكم رجلا- من أهل الزوج و رجلا من أهل الزوجة يدبران الأمر في الإصلاح بينهما و ليس لهما الفراق إلا أن يكون قد وكل من بعثه فحينئذ يصح طلاقه مع حضور موكله بغير خلاف و قال في موضع آخر لا خلاف بيننا معشر الإمامية أن حال الشقاق و بعث الحكيم أن الرجل إذا وكله للحكم الذي هو من أهله في الطلاق فطلق مضي طلاقه و إن كان الموكل حاضرا في البلد بلا خلاف بين أصحابنا انتهى و في (مجمع البرهان) أنه لا تبعد دعوى الإجماع و في (طلاق المسالك) أنه المشهور و زاد في وكالته قوله بل ادعى ابن إدريس عليه الإجماع و في (جامع المقاصد) نسبته إلى أكثر المتأخرين و قد عرفت أنهم مطبقون على ذلك و في (الكفاية) أنه أشهر و في (التذكرة) الوكالة جائزة في كل ما يصح فيه دخول النيابة عند علمائنا كافة مع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٥

و للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم (١)

حضور الموكل و غيبته و صحته و مرضه و هو نافع بإطلاقه إذ الإطلاق حجة و المخالف الشيخ في وكالة النهاية و طلاقها قال من وكل غيره في أن يطلق عنه امرأته و كان غائبا جاز طلاق الوكيل و إن كان شاهدا لم يجز طلاق الوكيل و نحوه ما في فقه الراوندي و طلاق الوسيلة و حكاها في المختلف عن القاضي و قال في طلاق النهاية مثل ما في وكالته غير أنه زاد قوله و كان حاضرا في البلد و قال التقى في الكافي بشرط غيبة أحد الزوجين و إن كانا في مصر واحد لم يضر و في (كشف اللثام) يكفي في الجمع اعتبار الغيبة عن مجلس الخلاف لكن الشيخ في النهاية نص على اعتباره غيبته عن البلد و لا- يعرف وجهه انتهى و نحوه ما في المسالك قال تتحقق الغيبة بمفارقة مجلس الطلاق و قد سمعت أنه نص في الكافي على ذلك أيضا ثم إنه لم ينص في النهاية على ما حكاها عنها كاشف اللثام لكنه يلزمه ذلك و قد سمعت عبارتها كما سمعت ما نفى فيه الخلاف في السرائر حيث قال حاضرا في البلد و في (الرياض) في رد ما في المسالك أن في كلامه نظرا لأن كلام الشيخ و مستنده صريحان في عدم الحضور في البلد و عدم كفاية عدم حضور المجلس انتهى و لم نجد المستند الصريح في الأمرين و لا في أحدهما و لم ينص الشيخ على عدم كفاية حضور المجلس نعم يعرف من طريق الملازمة على تأمل في ذلك (و كيف كان) فحجة المعظم صحيح سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل فقال اشهدوا أني قد جعلت أمر فلانة إلى فلان فيطلقها أ يجوز ذلك للرجل قال نعم و ترك الاستفصال يفيد العموم و غيره من الأخبار و إنه فعل قابل للنيابة و من ثم وقع من الغائب إجماعا محكيا في الشرائع في موضوعين و كشف الرموز و الكتاب في الطلاق و التحرير (و حجة الشيخ و موافقيه) الجمع بين الأخبار العامة في التوكيل و خبر زرارة عن الصادق عليه السلام لا تجوز الوكالة في الطلاق حيث حملة على الحاضر و حمل خبر سعيد و غيره على الغائب و خبر زرارة لضعفه و قصور دلالة لا يصلح للتخصيص و قد رماه جماعة بالندرة و الشذوذ و يجوز أن يكون المراد أنه لا تمضي الوكالة بمعنى أنها لا تكفي ثم إنه يكفي في الجمع إن تم الغيبة عن مجلس الطلاق و لا يحتاج إلى أن تكون عن البلد ثم إن الخبر لا ينطبق على مذهب الشيخ بل على قول جعفر

بن سماعه القائل بعدم جواز التوكيل في الطلاق مطلقا و هو واقفي ليس منا و حكاه عنه في الإستبصار (و قال في غاية المراد) تصح الوكالة في الطلاق عند الأكثر و نقل عن شذاذ أنها لا تجوز منهم ابن سماعه (قوله) (و للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومه عنهم)

الأصل في ذلك قوله في النهاية للناظر في أمور المسلمين و تحاكمهم أن يوكل على سفهائهم و أيتامهم و نواقصى عقولهم من يطالب بحقوقهم و يحتج عنهم و لهم و مثله في الكافي من دون تفاوت معنى كما ستسمع و مرادهما إذا كان الحاكم وليا لهم كما إذا كان ليس للأيتام أجداد و لا أوصياء و هذا القيد مراد في ما عبر فيه بمثل ذلك كما ستسمع و قال في (التذكرة) للحاكم أن يوكل عن السفهاء و المجانين و الصبيان من يتولى الحكومه عنهم و يستوفى حقوقهم و يبيع عنهم و يشتري لهم و لا نعلم فيه خلافا و مثل ذلك قال في جامع المقاصد مع زيادة الوصى قائلا بغير خلاف في ذلك و نحوه ما في المسالك من دون نفى خلاف في ذلك و قريب منه ما في الكفاية و قال في (مجمع البرهان) كان دليله الإجماع و اقتصر في الشرائع و التحرير على ما في الكتاب و اقتصر في النافع و الإرشاد على أن للحاكم أن يوكل عن السفهاء مع زيادة البلد في النافع ثم إن في الشرائع مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٦ و يكره لذوى المروات مباشرة الخصومه (١)

و المسالك و الكفاية و المفاتيح أنه ينبغي للحاكم و في (النهاية و الكتاب و النافع و الإرشاد و التحرير و جامع المقاصد) للحاكم و معناه أن يجوز كما فهمه الشارحون و المحشون و في (الكافي) يلزم كل ناظر في أمور المسلمين أن يوكل لأطفالهم و سفهائهم و ذوى النقص من ينظر في أموالهم و يطالب بحقوقهم و يؤدي ما يجب عليهم انتهى و هذا هو الأشبه بأصول المذهب إن لم تناسبه المباشرة و لعل من عبر بالجواز أو بالاستحباب أراد أن له أن يوكل و له أن يباشر فلتتم الكلمة (و بقى شيء) و هو أنه قال في النافع و لا حكم لو كاله المتبرع و قد قال أبو العباس هذه المسألة من خواص هذا الكتاب و قال الشارح الفاضل الشيخ إبراهيم لم نسمع هذه المسألة في غير هذا الكتاب و قال المقداد و أبو العباس إن الناس اختلفوا في تفسيرها على قولين و قد اقتفاهم شيخنا صاحب الرياض في ذكر قولين في تفسيرها و أطالوا و أطنبوا خصوصا أبا العباس (و نحن نقول) قد ذكرها الشيخان في المقنعة و النهاية قالا و لا يجب الحكم بها أى الوكالة على سبيل التبرع دون أن يلتزم ذلك بإيثار الموكل و اختياره و للناظر في أمور المسلمين و تحاكمهم أن يوكل على سفهائهم و أيتامهم إلى آخر ما سمعت آنفا فلما ذكر في النافع أنها استنبأه في التصرف نفى أن يكون منها ما إذا و كل أحد أحدا بغير إذن من له التوكيل و قال لا حكم لو كاله المتبرع بمعنى أن وكالة الوكيل عنه ليست من أفراد الوكالة التي تترتب عليها الأحكام التي هي محل البحث في شيء بل هي وكالة أخرى فضولية تبرع الوكيل بقبولها لعلمه بصدورها عن غير مالك فيصير المعنى لا حكم لو كاله من توكل تبرعا فلا يحتاج إلى أن يجعل الوكالة بمعنى التوكيل لأن الوكالة صفة قائمة بالوكيل لأن المعنى على هذا لا حكم لتوكيل من و كل تبرعا سلمنا لكن إرادة التوكيل من الوكالة أكثر من أن تحصى و لا ينبغي الاعتراض عليه بناء على ما فهمناه بأنه حينئذ يقع فضوليا موقوفا فكيف يقول لا حكم لو كاله المتبرع سلمنا لكن نقول إن المراد أن لا حكم لو كاله المتبرع لازم يجب العمل بمقتضاه بل للمالك الخيار و يرشد إلى ما ذكرناه (قوله ظ) بعد ذلك في النهاية من أن للناظر التوكيل إلى آخره و مما ذكره في معناها أنه لا يستحق جعللا و لا أجره كما في التنقيح و أنه لا يستحق أجره كما في المهذب و قد اختلف كلاما المهذب و التنقيح في توجيه ذلك و صاحب الرياض حاول في تفسيرها توجيه المهذب و ليس به بل لا يكاد يفهم منه معنى محصل فليحظ كلامهما من أراد الوقوف على ذلك و الغرض التنبيه على ذلك لئلا يتعب الطالب (قوله) (و يكره لذوى المروات مباشرة الخصومه)

كما في الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان (و قال في الكفاية) قالوا يكره

لذوى المروات و في الرياض أنه لا-خلاف في ذلك في ظاهر الأصحاب انتهى فتأمل و استندوا إلى أنها تتضمن الامتهان و الوقوع فيما يكره و روي في كتبهم الاستدلالية أن أمير المؤمنين عليه السلام و كل عقيل في خصومة في مجلس أبي بكر و عمر و روى عنه أنه قال إن للخصومة قحما و أن الشيطان يحضرها و ظاهر المبسوط أنها من طرفنا و في (التذكرة و جامع المقاصد) أنهما من روايات العامة (و كيف كان) فقد تكررت في كتب الأصحاب مستندين إليها و ظاهر ما عدا هذه الكتب الثلاثة أنها رواية واحدة و ظاهر التعليل يقتضى عموم الحكم لغير ذوى المروات و لعله لذلك قال في التذكرة يكره للإنسان أن يباشر الخصومة قلت لكنهم لما لم يبالوا لم يتعرض الفقهاء لحكمهم و ربما قيل إن قصور السند و اختصاص المورد بسيد ولد آدم بعد أخيه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٧

و يستحب لهم التوكيل (١) و للمرأة أن توكل في النكاح (٢) و للفاسق أن يوكل في تزويج ابنته و ولده إيجابا و قبولا (٣) و ليس سكوت السيد عن النهي عن تجارة عبده إذنا له فيها (٤) و الأقرب بطلان الإذن بالإباق (٥) و كل موضع للتوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل إلا أمينا (٦)

□

صلوات الله عليهما و آله و مخالفته الكراهية للأصل تقتضى الاختصاص بذوى المروات (قلت) لعل الوجه في ذلك أنه يلزم من ذلك تضييع الحقوق و أنهم لا يبالون بفعل المكروهات و لا بما قالوا و لا ما قيل فيهم (و عساك تقول) قد خصم النبي صلى الله عليه و آله و سلم صاحب الناقة إلى رجل من قريش ثم إلى أمير المؤمنين عليه السلام و خصم أمير المؤمنين عليه السلام من رأى معه درع طلحة و حاكم زين العابدين عليه السلام زوجته الشيبانية (لأننا نقول) قد تقتضى الحال لوجوه فعل المكروهات و ترك المندوبات فقد كان الإمام موسى بن جعفر عليهما السلام يترك النوافل إذا اهتم أو اغتم

(قوله) (و يستحب لهم التوكيل)

كما في المقنعة و النهاية و الكافي و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المفاتيح (قوله) (و للمرأة أن توكل في عقد النكاح)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و كذا التحرير و ظاهر الثلاثة الأول الإجماع حيث قال في الأول عندنا و في الثاني لأنه صرح بالحكم في باب النكاح و قال هنا لأن عبارتها فيه معتبرة عندنا و في الثالث الإجماع عليه حيث قال إن لها عندنا أن توكل في النكاح لأن لها أن تباشر النكاح فلها أن توكل فيه خلافا للشافعي (قوله) (و للفاسق أن يوكل في تزويج ابنته و ولده إيجابا و قبولا)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر التذكرة الإجماع عليه (و حاصله) أنه لا يشترط عدالة الأب و الجد له لأن ولايته على ولده في التزويج ثابتة فله التوكيل فيه فتشمله عموم أدلة الوكالة مع عدم العدالة خلافا للشافعية فإنه لهم فيهما وجهان و لا فرق في ذلك بين كونه أنثى فيوكل عنها إيجابا أو ذكرا فيوكل عنه قبولا و منع بعض العامة الأول و أجاز الثاني (قوله) (و ليس سكوت السيد عن النهي عن تجارة عبده إذنا له فيها)

لأن السكوت أعم من الرضا و قد ذكر هذه المسألة استطراد لمشابقتها الباب (قوله) (و الأقرب بطلان الإذن بالإباق)

هذا هو الأصح كما في الإيضاح عملا بشاهد الحال فإن حال السيد في غضبه على الآبق يشهد بأنه يريد التضييق عليه مهما أمكنه و لأن فيه مقابلة له بصد مقصوده لأن هربه للخلاص من سلطنة مولاه فيقابل بمنعه من كل تصرف كما قبيل القاتل بحرمانه الإرث و وجه غير الأقرب أن الإذن قد ثبت فيستصحب و لذلك قال في جامع المقاصد إن للتوقف هنا مجالا

(قوله) (و كل موضع للتوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل إلا أمينا)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و نحوه ما فى الإرشاد و مجمع البرهان و فى (جامع المقاصد) أن المراد بالأمين العدل لأن الواجب على الوكيل مراعاة الغبطة و لا غبطة فى توكيل الفاسق كما أن الإذن فى البيع يقتضى الإذن بضمن المثل و لا يجوز بدونه و كما أن الإذن فى البيع يقضى بأنه لا يجوز له تسليم المبيع قبل تسلم الثمن و فى (مجمع البرهان) أنه لا يبعد أن يكون المراد بالأمين من أوتمن فيما و كل فيه بعدم الخيانة و الحفظ بل يمكن تجويز من هو مثل الوكيل و إن كان فاسقا لرضاه به و تفويضه إليه بل الأعم لعموم التجويز خصوصا من لا يعرف أن شرط و كيل الوكيل أن يكون أمينا إلا من لا يكون فى توكيله مصلحة أو خرج بالإجماع عدم جواز توكيله خصوصا إذا لم يسلم إليه شيئا أو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٨

إلا أن يعين الموكل غيره (١) و لو تجددت الخيانة و جب العزل (٢) و كذا الوصى (٣) و الحاكم إذا ولى القضاء فى ناحية (٤) و إذا أذن الموكل فى التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثانى و كيلا للموكل لا ينزل بموت الأول و لا بعزله و لا يملك الأول عزله و إن أذن له أن يوكل لنفسه جاز و كان الثانى و كيلا للوكيل ينزل بموته و عزله و موت الموكل و للأول عزله (٥)

يكون معه انتهى (قلت) و يرشد إلى عدم اشتراط العدل تعبيرهم بالأمين دون العدل ثم إن من منافيات العدالة ترك المروءة التى لا دخل لها فى الأمانة و الخيانة ككشف الرأس فى المجالس فتأمل ثم إنه قد يوجد فى أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤده إليك بل يوجد ذلك فى كفار الهند على ما قيل و أن ذلك لمشاهد فى كثير من المسلمين مع عدم العدالة فلعل الأشبه بالعمومات التى تدل على جواز التوكيل من دون استفصال أن يقال إنه إنما يشترط أن يوثق بأنه لا يخون فيما و كل فيه و هو الأمين فى كلامهم و الغبطة فيه حاصله و الفارق بينه و بين ما نظروه و مثلوا به من البيع العرف و العادة و الإجماع و شىء منهما ليس معلوما فيما نحن فيه بل ربما علم خلافه إذ السوق قائم بالوكالة و التوكيل عن الوكيل و وجود العدل فى جميع وكالات السوق نادر و أما قوله فى التذكرة فليس له أن يوكل إلا- أمينا لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل فيما فيه الحظ و النظر (ففيه) أن الحصر يحتاج إلى الدليل أن أراد بالأمين العدل و ما استدلل به عليه أول الدعوى كما عرفت إذ قد يكون ممن يقطع بعدم خيانتة فى ما و كل فيه إلى آخر ما عرفت و يأتى بلطف الله سبحانه و حسن توفيقه تمام الكلام إن شاء الله تعالى

(قوله) (إلا أن يعين الموكل غيره)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و هو معنى كلام التحرير و المراد أنه ليس له أن يوكل إلا الأمين إلا إذا عين الموكل شخصا غير أمين فيتعين و لا- يجوز تجاوزه (قال فى التذكرة) إلا- أن يعين له الموكل فيجوز سواء كان أمينا أو لم يكن اقتصارا على ما نص عليه المالك و لعله يريد إن لم يعلم أن الموكل إنما عينه لاعتقاد أمانه فيه فتأمل

(قوله) (و لو تجددت الخيانة و جب العزل)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و هو معنى قوله فى التذكرة فعليه عزله لأن تركه يتصرف فى المال مع خيانتة تضييع و تفريط و لعل المراد منعه من التصرف و أخذ المال من يده و إلا فهو معزول مع الخيانة مع شرط عدمها و للشافعية وجه هو أنه لا يجوز عزله لأنه لم يتحقق كونه و كيلا فى العزل

(قوله) (و كذا الوصى)

أى إذا أراد أن يوكل لا يوكل إلا أمينا فإن تجددت خيانتة عزله و به صرح فى جامع المقاصد

(قوله) (و الحاكم إذا ولى القضاء فى ناحية)

لعل المراد أن الإمام عليه السلام أو منصوبه إذا فوض إليه تولية القضاء إذا أراد أن يوليا القضاء لأحد فلا يوليا إلا أمينا فإن تجددت خيانتة عزلاه و لا يتصور أن يراد بالحاكم الحاكم فى زمان الغيبة لأن ذلك إن كان مجتهدا فهو منصوب الإمام و إلا فلا يتصور كونه

قاضيا إلا أن تقول إن السياق يقضى بكون المراد أنه لا يوكل إلا أمينا (قوله) (و إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل الوكيل الآخر كان الثاني وكيلا للموكل لا ينزل بموت الأول و لا بعزله و لا يملك الأول عزله و إذا أذن له أن يوكل لنفسه جاز و كان الثاني وكيلا للوكيل ينزل بموته و عزله و موت الموكل و للأول عزله) إذا أذن له أن يوكل فأما أن يأذن له في التوكيل عن الموكل أو عن نفسه أو يطلق كأن يقول له وكنتك بكذا و أذنت لك في توكيل من شئت أو في أن توكل وكيلا أو في أن توكل فلانا و لم يقل عني و لا عن نفسك و قد تقدم أنه قد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٣٩

[الثالث الوكيل]

(الثالث) الوكيل و يشترط فيه البلوغ و العقل (١)

يكون التوكيل مستفادا من القرائن الحالية كاتساع متعلق الوكالة أو المقالية كأن يقول له أنت وكييل مفوض فإن كان الأول و هو ما إذا أذن له في التوكيل عن الموكل ففي (الكتاب) أن الثاني يكون وكيلا للموكل لا ينزل بموت الأول و لا بعزله و لا يملك الأول عزله و بذلك صرح في التحرير و نحوه ما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و كذا مجمع البرهان و المفاتيح (قال في المبسوط) فإن و كل عن الموكل كانا و كيلين له و كان له أن يعزلهما و يعزل أحدهما متى شاء و ليس لأحدهما أن يعزل صاحبه و إن مات الموكل بطلت و كالتهما و إن مات أحدهما لم تبطل وكالة الآخر و على هذا النحو بقية العبارات مع اختلاف يسير و حاصل الجميع أنه يصير وكيلا- للموكل لا ينزل إلا بعزله أو بما أبطل توكيله من جنون أو إغماء أو غيرهما أو خروجه هو أيضا عن أهلية الوكالة و قد تركوا هذا لظهوره و إن كان الثاني ليس تكررارا كان الثاني و كيل الوكيل ينزل بعزل الأول إياه و بموته و انزاله و موت الموكل كما في الكتاب و المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و كذا المفاتيح لأنه نائبه و وكيله و لا خلاف في ذلك إلا من الشافعي في أحد قولي و هو أنه لا ينزل بعزله لأن التوكيل فيما يتعلق بحق الموكل حق الموكل و إنما جعله وكيلا بالإذن فلا يرتفع إلا بالإذن و في (جامع المقاصد) أنه ضعيف و في (مجمع البرهان) أنه لا- يخلو من وجه (قلت) لما ذكره في توجيهه فإنه لا- يكاد ينكر كونه حقا للموكل بالتبعية لأصل التوكيل و يجري هذا الخلاف في انزاله بموت الأول و جنونه و وجه ضعفه أنه لما كان فرعا على الوكيل يجب أن يكون رفعه منوطا به و إن كان الثالث فظاهر عبارتي الكتاب و التحرير أنه و كيل عن الموكل و هو الظاهر من التذكرة ظهورا لا يخفى فلا تصغ إلى قوله في المسالك أنه توقف فيها و في (جامع المقاصد) أنه أقرب و في (مجمع البرهان) أنه أصح و ظاهر الشرائع أنه يتخير بين أن يجعله وكيلا عنه أو عن الموكل قال إذا أذن لو كيله أن يوكل فإن و كل عن موكله كانا و كيلين إلى أن قال و إن و كله عن نفسه كان له عزله و يمكن أن يجعل قوله فإن و كل عن موكله مرادا به حيث يكون الموكل أذن له في ذلك و كذلك الحال في الشق الآخر هذا على تقدير انحصار الأمر في الوجهين و إلا فلا باعث على ذلك و في (الروضة و المفاتيح) إن أطلق ففي كونه وكيلا عنه أو عن الموكل أو تخير الوكيل في توكيل أيهما شاء أو وجه و نحوه ما في المسالك و الكفاية (و كيف كان) فوجه ما في الكتاب أن ذلك هو المتبادر لأن الحق بالأصالة للموكل فالنيابة عنه و أن التوكيل تصرف بإذن الموكل فيقع عنه أي الموكل و وجه وقوعه عن الوكيل أن الغرض تسهيل ذلك عليه و وجه التخيير صلاحية الإطلاق لهما لصدق الوكيل المأذون فيه على التقديرين و في (المسالك) أنه قريب و أما لو كان مستند الإذن في التوكيل القرائن الحالية فقد قطع في التحرير بأن الثاني يكون وكيلا للوكيل و استوجهه في الروضة و المسالك (و قال في التذكرة) ينبغي أن يوكل عن موكله و لو و كل عن نفسه و للشافعية وجهان و في (مجمع البرهان) الظاهر أن الثاني يكون وكيلا- للموكل و كذا في كل صورة يجوز له أن يوكل قلت و هو كذلك بالنسبة إلى القواعد (و قال في المسالك) و أما لو كان

المستند القرائن المقالية فهو كما لو أطلق

(قوله) (الثالث الوكيل ويشترط فيه البلوغ والعقل)

كما طفحت بذلك ونحو عباراتهم ككمال العقل والتكليف وهو قطعى لا ريب فيه إلا من المقدس الأردبيلى وفى (التنقيح)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٠

فلا تصح وكالة الصبى ولا المجنون (١) والأقرب جواز توكيل عبده (٢)

هذا الشرط مما لا خلاف فيه وقد أشار بذلك إلى خلاف التقى والقاضى كما ستسمع عند قوله ويستحب وفى (مجمع البرهان) أنه لا يجد مانعا من كون الصبى وكيلا إذا كان مميزا ذا معرفة تامة (ثم قال) ولعله إجماع عند الأصحاب وإلا فدليله غير ظاهر فتأمل انتهى ولما اشترط المحقق فى كتابيه فى الموكل البلوغ والعقل وأن يكون جائز التصرف وترك الثالث فى الوكيل كان قائلا بجواز كون المحجور عليه لغير نقض فى العقل وكيلا- كالمفلس والسفيه مطلقا والعبد بشرط إذن سيده وكذا المصنف فى الكتاب التحرير والإرشاد اشترط فى الموكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف بنفسه وترك اعتبار ذلك فى الوكيل لما عرفت لكنه قال فى التذكرة كما يشترط فى الموكل التمكن من مباشرة التصرف فى الموكل فيه بنفسه يشترط فى الوكيل التمكن من مباشرته لنفسه مع أنه جوز فى الثلاثة أن يكونوا وكلاء كما ستسمع ولعله أشار إلى ما سلف فى المحرم ويأتى

(قوله) (فلا تصح وكالة الصبى ولا المجنون)

ولا المغمى عليه ولا فرق فى عدم صحة وكالة الصبى بين أن يكون مميزا أم لا بلغ خمس سنين أو خمسة أشبار أم لا فى المعروف أم لا كما هو صريح جماعة و ظاهر إطلاق آخرين (وقال فى التذكرة) وعلى الرواية المسوغه تصرفات الصبى إذا بلغ عشر سنين فى المعروف والوصية يحتمل جواز وكالته فيما يملكه من ذلك لكن المعتمد الأول وأراد به أنها لا تصح فى شىء وقال أيضا وقد استثنى فى الصبى الإذن فى الدخول إلى دار الغير والملك وفى إيصال الهدية (وقال فى مجمع البرهان) إذا جاز التصرف فى مال الغير وأكله بمجرد قوله فبالأولى أن يكون وكيلا فى إيصال الحقوق إلى أهلها وفى إيقاع العقد بحضور الموكل ونحو ذلك إلا أن يقال هناك قرينة دالة على الإذن من غير قوله فليس الاعتداد بمجرد قوله فكأنه من باب الخبر المحفوف بالقرائن ولكن تجوزهم عام غير مقيد بما قلناه فتأمل انتهى وقد تقدم فى فصل الموكل ويأتى فى باب الوقف ما له نفع فى المقام

(قوله) (و الأقرب جواز توكيل عبده)

كما فى الإيضاح وهو الأصح كما فى جامع الشرائع و ظاهر الكتاب فيما يأتى وفى الشرائع والتحرير والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان أنه لا ريب فيه حيث يأخذونه مسلما وكذا التذكرة و الكتاب فيما يأتى (قال فى الشرائع) على ما فى بعض النسخ ولو وكل زوجته أو عبده ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الوكالة أما لو أذن لعبده فى التصرف ثم أعتقه بطل الإذن لأنه ليس على حد الوكالة بل إذن تابع للملك انتهى ويأتى بيانه ونحوه ما فى الإرشاد وفى عبارته نوع خفاء و ظاهر المبسوط أنه لا يصح توكيله حيث قوى فى آخر كلامه أنه ليس بتوكيل فى الحقيقة وإنما هو استخدام له بحق الملك كما أن ظاهر التذكرة فى موضع آخر التوقف قال إذا وكل السيد عبده فى بيع أو شراء أو غيرهما من التصرفات ثم أعتقه وباعه فإن قلنا إن توكيله لعبده توكيل حقيقى لم ينزل بالبيع ولا بالعتق وبقى الإذن بحاله عملا بالاستصحاب وإن قلنا إنه ليس بتوكيل حقيقى ولكنه استخدام وأمر ارتفع الإذن لزوال الملك لأنه إنما استخدمه بحق الملك وقد زال بالبيع والعتق وثبت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه فيقطع استدامته وفصل بعض الفقهاء فقال إن كانت الصيغة وكلتك بقى الإذن وإن أمره به ارتفع الإذن بالعتق والبيع وإذا حكمنا ببقاء الإذن فى صورة البيع فعليه استئذان المشتري لأن منافعه صارت مستحقة له انتهى وقال فى الكتاب فيما يأتى لو أذن لعبده فى التصرف فى ماله ثم أعتقه أو باعه

بطل الإذن لأنه ليس على حد الوكالة بل هو إذن تابع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤١

.....

للملك و يحتمل بقاء وكالته لو أعتقه و هو قريب مما في التذكرة على اضطراب فيهما كما ستعرف (و قال في التحرير) لو وكل عبده ثم أعتقه فالأقرب انعزاله (و كيف كان) فالوجه في توكيل المولى عبده أنه عقد وكالة على قابل للنيابة لأنه يصح أن يكون وكيلاً لغير السيد إذ أذن له السيد و لا مانع هنا إلا كونه عبداً للموكل و لم تثبت مانعته للوكالة فيجب الحكم بالصحة عملاً بالعمومات و وجه العدم أن العقد إنما يحتاج إليه فيمن لم يملك الموجب أقواله و أفعاله و من المعلوم أنه يجب على العبد بمجرد أمر السيد الفعل و لا يتوقف على رضاه و قبوله فما يصدر عليه من مولاة أمر و استنابة و ليس من الوكالة في شيء و إن الوكالة تقبل الجعل و يلزمها الضمان مع التعدي و كل منهما ممتنع هنا لأنه لا يثبت للسيد على عبده مال و لا يثبت للعبد على سيده مال و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم و ضعف بمنع كون ذلك لازماً لكل وكالة و لا دليل عليه و كونه أكثر غير قاذح و إن الفائدة تظهر في بطلان الاستنابة ببيعه و إعتاقه و عدمه و في (جامع المقاصد) أنه لا نزاع في أن المولى إذا استناب عبده في التصرف يصح تصرفه و إنما النزاع في كونه وكالة أو إذنا انتهى و هو غير موافق لكلامهم كما ستعرف على أنه سيأتي له ما لعله يخالفه ثم قال و قال فيما يأتي إن الذي يقتضيه النظر الفرق بين الإذن و التوكيل و كون احتمال البقاء و عدمه بعد البيع و العتق إنما هو على تقدير التوكيل و هذا ينافي ما ذكره من الفائدة عند إنعام النظر إذ الظاهر من الفائدة أن الخلاف في أن الاستنابة هل تبطل ببيعه أم لا فإن بطلت كانت إذنا و إلا فوكالة و قضيته أن الوكالة لا تبطل بلا خلاف و كلامه هذا يقضى أن الخلاف على تقدير الوكالة و قد قرب في التحرير بطلان وكالته بعته و بيعه و ما ذكره في جامع المقاصد من الفرق فهو حق «١» و قد استشكل في ذلك صاحب المسالك قال قد تقدم في أول الوكالة أنها لا تنحصر في لفظ و تتأدى بكل ما يدل على الإذن في التصرف فيشكل الفرق بين توكيل العبد و الإذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكالة بعته و يبطل الإذن ثم قال إن الوكالة ليست أمراً مغايراً للإذن فلا فرق بين الصيغتين (قلت) و عدم الفرق ظاهر المبسوط و غرضه في المسالك الرد على المحقق حيث فرق كما سمعت فيما سبق و قد عرفت أن الفرق ليس من خواص المحقق بل هو صريح كلام الإرشاد و ظاهر التذكرة و الكتاب فيما يأتي و إن اضطرب كلامه فيهما إذ كلامه في التذكرة و قد سمعته برمته يقضى في أوله بالفرق و في آخره بعدمه حيث قال و إذا حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع إذ مراده بالإذن التوكيل لأنه فرض المسألة به و عكس في الكتاب حيث فرض المسألة بالإذن ثم قال و يحتمل بقاء وكالته ثم إنه لا ينبغي منه هذا الاحتمال بعد قوله هنا الأقرب جواز توكيل عبده إذ معناه أنه توكيل حقيقي فيكون كتوكيل الزوجة لا يزول هذا بالإعتاق و لا ذاك بالطلاق (و نحن نقول) قد تقدم لنا في أول الباب أن الوكالة التي هي عقد إنما تكون بالإيجاب و القبول للفظين و حيث يفقدان أو أحدهما تكون من معاطاة الوكالة و لا يكون هناك إلا مجرد الإذن و إليه نظر الجماعة في الفرق أو نقول إن ثبت ذلك و ما كان ليكون ذلك إن المرجع في الفرق كما في مجمع البرهان إلى قصد الموكل

(١) لكنه ينافي قوله و إنما النزاع في كونه وكالة أو إذنا لأن ظاهر ذلك أنها منفصلة حقيقية فيصير حاصل ذلك أن كل لفظ يصدر عن السيد فالناس فيه على قولين إما إنه إذن لا- غير فلا- يتصور أن يكون وكالة و إما وكالة لا- غير و لا يتصور أن يكون إذنا و هو مخالف للواقع و لما استسمع من أن ما يصدر عن السيد بالنسبة إلى العبد بعضه يكون وكالة عند من جوز وكالته و بعضه يكون إذنا (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٢

و يستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة عارفاً باللغة التي يحاور بها (١) و يصح أن يكون الوكيل فاسقاً (٢)

لا لفظه فإن قصد معنى الوكالة التى تصدر إلى الأحرار فهى وكالة و إن قصد الأمر و الإذن من حيث إنه مالك أمر و إن العبد خادم مأمور من غير نظر إلى وكالة و توكيل فهى مجرد إذن تابع للملكية و هذا جار أيضا فى الزوجة فليتأمل و ليعلم أنه يجيء على القول بجواز التصرف مع تعليق الوكالة كما هو المختار تسويغ التصرف هاهنا و إن لم تصح الوكالة فالقائلون بجواز توكيله و القائلون بعدمه متفقون على جواز تصرف العبد فلا ثمره للنزاع إلا فيما إذا كانت الوكالة الصحة (الصحيحة ظ) شرطا فى عقد لازم أو مندورة أو كان قد أعتقه أو باعه و لا يتصور الجعل هنا

(قوله) (و يستحب أن يكون تام البصيرة عارفا باللغة التى يحاور بها)

كما فى النهاية و الشرائع و الإرشاد و التذكرة و المختلف و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الكفاية و فى الأخير أنه المشهور و فى الأولين ينبغى لا- غير و لعله أوفق بالمقام إذ هو إرشاد لا يترتب عليه ثواب و لا أمر به فى أخبار الباب حتى يقال بالاستحباب لمكان صدوره و إن علم أن المراد به الإرشاد بل لو علم أنه صدر تقيئه كما حرر فى فنه بل قد يقال له إنه هنا وازع (ثم ليعلم) أنه لعل مرادهم أنه يستحب للموكل اختيار وكيل على هذه الصفات أو يستحب لمثل هذا الشخص الجامع لهذه الصفات أن يتوكل و الأول أوفق بما ستسمع من العبارات و قد وجهوا الأول أعنى تام البصيرة بأنه يكون مليا بتحقيق مراد الموكل و الثانى بأنه به يحصل الغرض من توكيله و هو يناسب معنى الشرط لأن الوكالة تنتفى بانتفائه و قد عد فى الوسيلة فى شروط الوكالة أن يكون عاقلا بصيرا عارفا باللغة التى يحتاج إلى المحاوره بها و مثله ما فى المراسم حيث قال لا بد من أن يكون مأمونا عارفا بالحكم الذى و كل فيه و باللغة التى يخاطب بها (و قال فى الكافى) لا يجوز لمسلم أن يوكل إلا المسلم العاقل الأمين الحازم البصير بلحن الحجة العالم بمواقع الحكم العارف باللغة التى يتحاور بها و قال القاضى فيما حكى لا يجوز للمسلم أن يوكل على مسلم إلا المسلم الثقة العاقل الأمين البصير بالمناظرة المضطلع بالاحتياج العالم بمواقع الحكم العارف باللغة التى يحاور بها فما زاد على الكافى إلا الثقة المضطلع بل القاضى إنما منع من ذلك حيث يكون الوكالة على المسلم و الجماعة المتأخرون كالمحقق الثانى و غيره نسبوا القول بالوجوب إلى القاضى و ظاهر أبى الصلاح و لا- وجه للتفرقة مع أن للقاضى قولا آخر بالكراهية (و قال فى الغنية) لا يجوز للمسلم أن يوكل الكافر بل يظهر منه دعوى الإجماع على ذلك أو هو صريحه و قد أغفلوا كالمصنف فى المختلف ما فى المراسم و الوسيلة و الغنية

(قوله) (و يصح أن يكون الوكيل فاسقا)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو قضية كلام المبسوط و الإرشاد و غيرهما حيث جوزوا أن يكون كافرا و مرتدا و الضابط أن كل ما لا يكون الكفر و الفسق مانعا من مباشرته يجوز أن يكون الفاسق و الكافر و كيلا فيه و قد عرفت أن القاضى اشترط أن يكون مسلما ثقة و لعل التوثيق هو الظاهر من التقى بل و من الديلمى و الطوسى و ظاهر الأربعة إرادة المؤمن فلا- يصح عندهم توكيل المخالف و كأنه لا ريب فى بطلان كلامهم على إطلاقه لأن ألفاظ العقود و نحوها لا مدخل للوثاقه فيها فتأمل نعم فى اشتراط الإسلام و الإيمان كلام يأتى و قد ينزل قولهم على التوكيل على المسلم كما قاله للماضى لما يأتى و عن أبى على أنه قال و لا يختار توكيل غير ذى الدين من البائعين و لا تستحب وكالة مسلم لمن يوجب الدين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٣

و لو فى إيجاب النكاح (١) أو كافرا (٢) أو عبدا بإذن مولاه (٣)

البراءة منه و لا توكيله

(قوله) (و لو فى إيجاب النكاح)

يعنى أنه يجوز أن يكون الفاسق وكيلًا فى إيجاب النكاح و لو قلنا بسلب ولايته بالفسق لأن سلب ولايته لا يقتضى سلب صحه عبارته و لا تعجبني هذه العبارة و فى (المبسوط و جامع الشرائع و الغنية و المختلف و جامع المقاصد) أنه لا يجوز أن يكون الكافر وكيلًا فى تزويج المسلمة لأنه لا يملك التصرف فيه و لأنه نوع ولاية لم يجعلها الله سبحانه و تعالى له و حكى فى الرياض عن الغنية الإجماع و لم نجده فيما عندنا من نسخها و قال ابن إدريس إنه يقوى فى نفسه الجواز و عدم المنع و فى (التحرير) أنه أقرب و هو كذلك لأنه ليس ولاية بل يشبه الاستخدام و عدم ملكه التصرف لوجود المانع و هو أنه غير كفو مع وجود السبيل و يأتى تمام الكلام إن شاء الله تعالى

(قوله) (أو كافرا)

تقدم الكلام فيه

(قوله) (أو عبدا ياذن مولاه)

إجماعا كما فى ظاهر المبسوط حيث قال عندنا و به طفحت عباراتهم على اختلافهم فى التعبير عن إفادة هذا المعنى ففى بعضها يجوز توكيله فى كل شىء حتى فى شراء نفسه و فى بعضها لو يوكله فى شراء نفسه من مولاه و فى بعضها كجامع الشرائع لا يجوز وكالته لغير سيده فى العقود و فى بعضها كالشرائع يجوز أن يوكله مولاه فى إعتاق نفسه و فى بعضها كالشرائع أيضا يجوز وكالته العبد إذا أذن له مولاه (و وجهه) أن عبارته معتبرة و المانع كون منفعه مملوكة لمولاه فمع إذنه يزول المانع و قضية إطلاقهم أنه يجوز وكالته بدون إذنه من دون فرق بين أن يمنع ما وكل فيه شيئا من حقوق سيده أم لا كما لو وكله فى إيقاع عقد فى وقت لم يطلب المولى منه شيئا أو لم يكن العقد منافيا لما طلب منه و لا بين القليل و الكثير لأن منفعه كلها ملك للسيد فلا بد من إذنه و حكى فى جامع الشرائع القول بأنه يجوز توكيل غير سيده له فى العقود لأنه كلام و ظاهره أن مراده بغير إذنه و أنه لم يمنع شيئا من حقوقه و هو خيرة التذكرة حيث ذهب إلى جواز توكيله بدون إذنه فى قبول عقد النكاح إذا لم يمنع شيئا من حقوقه و قد حكى عنه فى جامع المقاصد و المسالك و تبعهما الجماعة أنه ذهب فيها إلى جواز توكيله بدون إذنه إذا لم يمنع شيئا من حقوقه من دون تقييد و لعله لعدم الفصل و قد وافقه عليه الشهيد الثانى و المقدس الأردبيلي و الخراسانى و الكاشانى إذا لم يظهر من المولى المنع كما فى مجمع البرهان و بشرط يغلب على ظنه أن المولى راض بهذه الوكالة كما فى الكفاية و هو معنى ما فى مجمع البرهان و هما معنى قوله فى المسالك بشهادة الحال و انتفاء الضرر و يأتى للمصنف فى آخر هذا الركن أنه لو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الوكالة و لم يقيّد توكيل عبد غيره بكونه ياذن مولاه و فى (جامع المقاصد) فيه نظرا لأن المنافى إن كان هو أن منفعه ملك للمولى فلا- يجوز الانتفاع بها من دون إذنه فى نظر الشرع و لا- فرق فيها بين المانع من حقوق المولى و عدمه و إن كان المانع هو منفاة التوكيل لانتفاع المولى و جب أن لا- يفرق بين قليل المنافع و كثيرها فيجوز أن يستغزله و يستنسجه حيث لا يمنع انتفاع المولى كأن يغزل و هو يتردد فى حوائج المولى و لا يخفى بطلان ذلك (و لا يقال) يلزم أن لا يجوز مخاطبة العبد و محاورته بما يستدعى تكلمه (لأننا نقول) إن تم بطلان اللازم فقد خرج ذلك بإطباق الناس عليه و جريان العادة المطردة به فجرى مجرى الشرب من ساقية الغير بغير إذنه انتهى و آخره يرد أوله لأن المستند واحد فيما نحن فيه و فيما حكم بجوازه و هو العقل لمكان القرائن المقترنة بعدم المفسدة و كلاهما من باب الاستتلال بحائطه و الشرب من ساقيته مع أن قبول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٤

و إن كان فى شراء نفسه من مولاه (١) أو فى إعتاق نفسه (٢) و أن يكون امرأة فى عقد النكاح (٣) و طلاق نفسها (٤) و غيرها (٥) و أن يكون محجورا عليه لسفه أو فلس (٦)

عقد النكاح الذى هو محل النزاع و إيجابه و هما معا من جملة الكلام فتخصيص بعضه بالجواز دون بعض تحكم ثم إن ما ادعى

إطباق الناس عليه ليس مسلماً على إطلاقه بل تكليمه مشروط بعدم منافاته لشيء من حقوق السيد وإلا حرم كما إذا قضى بتراخيه عما أراده منه فوراً ولعله أشار إليه بقوله إن تم (و الحاصل) أنا نختار الشق الأول ونقول إن القليل الغير المنافي خارج عن العموم ونستند في ذلك إلى العقل وقرائن الأحوال كما قرر في فنه بل إلى الضرورة كما في الاستقلال ولم يبق إلا أن تقول ليس له القبول لأنه ليس له أن يقبل لنفسه بدون إذن سيده فلا تصح وكالته (وفيه) أن المانع وجود المانع وهو ما يتعلق به من لزوم المهر والنفقة وكذا يصح له أن يتوكل في طرف إيجابه من دون إذنه لصحة عبارته وليس لك إلا أن تقول إنه ليس له أن يزوج ابنته (وفيه) أنها إن كانت مملوكة فالأمر واضح وإلا فهو مشغول بخدمة سيده عن البحث عن مصلحتها وأما هنا فقد كفى مؤنث ذلك وبالجملة لا ولاية عليها لأنه لا يقدر على شيء

(قوله) (و إن كان في شراء نفسه من مولاه)

كما في المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلام القاضى كما ستسمع و المراد أن رجلاً وكله بإذن مولاه في شراء نفسه من مولاه و خصت هذه في كلامهم بالذكر لدفع احتمال البطلان هنا من حيث إن الشراء يستدعى مغايرة المشتري للمبيع و يندفع بأن المغايرة الاعتبارية كافية و عن القاضى أنه قال إن الأقوى أنه لا تصح إلا أن يأذن له في ذلك فإن لم يأذن له فيه لم يصح و فيه أن يبيعه له رضا بالتوكيل و هو في مقام آخر يستفاد منه حال ما نحن فيه عنده

(قوله) (و في إعتاق نفسه)

أى يجوز أن يكون و كيلا- عن مولاه بإذن مولاه في إعتاق نفسه كما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية لأن المغايرة الاعتبارية كافية

(قوله) (و أن يكون الوكيل امرأة في عقد النكاح)

نكاحها كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال إيجاباً و قبولاً عندنا و في (مجمع البرهان) كأنه إجماعى فيهما و دليله عمومات الباب مع عدم المانع

(قوله) (و طلاق نفسها)

كما في الكتب المتقدمة عدا الشرائع فإن فيها التردد و قد قوى فيه المنع في المبسوط و في (السرائر) أنه لا يجوز على الصحيح من المذهب و قد يظهر ذلك من جامع الشرائع حيث نص على أنه يجوز لها أن تتوكل في طلاق ضراتها مقتصرًا عليه مستندين إلى أن المغايرة بين الوكيل و المطلقة شرط و قد ضعفوه بأنه يكفى فيه المغايرة الاعتبارية و عملاً بعموم أدلة الوكالة مع قبوله النيابة

(قوله) (و غيرها)

(جواز ط) و كالتها في طلاق غيرها سواء كانت زوجة لزوجها أم لأجنبي واضح لا إشكال فيه كما في جامع المقاصد و المسالك و عليه نص المخالف و المتردد لأنه فعل يقبل النيابة و عبارتها فيه معتبرة و هو أصح وجهى الشافعية و نص في التذكرة على جواز توكيل المطلقة في رجعة نفسها و توكيل امرأة أخرى

(قوله) (و أن يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس)

كما في الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و فى الأخير لا نجد قائلاً بالمنع فى السفه فبالأولى فى الفلس لعموم أدلة الوكالة مع عدم ما يصلح للمانع و هو كونه محجوراً عليهما فى الجملة إذ لا يستلزم منعه من التصرف فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٥

و لا يصح أن يكون محرماً فى عقد النكاح و شراء الصيد و بيعه و حفظه (١) و لا معتكفاً فى عقد البيع (٢) و لو ارتد المسلم لم تبطل و كالت (٣) و لا يصح أن يتوكل الذى على المسلم لدمى و لا لمسلم (٤)

مال غيره إذ قد يتحفظ على مال الناس دون مال نفسه و هو يرشد إلى اعتبار عبارته و أنه ليس كالصبي و المجنون و قد يقال إن تسليمه المال سفه إذ قد يضيع و لا يمكن أخذ البديل منه و إن قيل بأخذه من ماله فى الجملة على ما مر فى بابه فيكون مستلزما لإضاعة ماله أو مال الموكل لكنهم لم يلتفتوا إليه لندرة فرضه إلا على بعض الوجوه بل كأنه لا تعلق له بما نحن فيه فتأمل (قوله) (و لا يصح أن يكون محرما فى عقد النكاح و شراء الصيد و بيعه و حفظه)

كما فى الشرائع و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لامتناع مباشرته النكاح و الإنكاح كما تقدم بيانه فى الموكل و امتناع إثبات المحرم يده على الصيد و تصرفه فيه ببيع و غيره و قد سمعت ما تقدم عن الخلاف و المبسوط و منع المصنف عليه (قوله) (و لا معتكفا فى عقد البيع)

كما فى جامع المقاصد لأنه لا تجوز النيابة فيما لا يجوز فعله للنائب (قوله) (و لو ارتد المسلم لم تبطل و كالتة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة فى موضعين و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهرهم كما فى جامع المقاصد و المسالك أنه لا فرق فى ذلك بين كون الردة عن فطرة أو لا كما نبه عليه فى التذكرة حيث قال بأن الردة تنافى تصرفه لنفسه لا لغيره و به صرح فى الروضة و قد أرادوا بذلك دفع توهم بطلان و كالتة لأنهم يحكمون ببطلان تصرفاته و وجه خروج و كالتة أن تصرفه حينئذ لغيره لا لنفسه و الممنوع منه تصرفه لنفسه لكن ذلك لا ينافى ببطلانها من جهة أخرى ككونه و كيلا على مسلم فإنه بحكم الكافر حينئذ كما صرح به فخر الإسلام و غيره و لا يبعد القول ببطلانها فى الفطرى كما هو خيرة فخر الإسلام فى شرح الإرشاد لأنه فى حكم الميت لأنه يجب قتله بل يجب عليه قتل نفسه فهو مشغول بما دهمه عن البحث عن مصلحة الموكل كما تقدم مثله فى العبد بل هو أشغل منه و قد سمعت ما قاله سلا و التقى و القاضى و الطوسى (قوله) (و لا يصح أن يتوكل الذمى على المسلم للذمى و لا للمسلم)

إجماعا فيهما كما فى صريح التذكرة و التنقيح و جامع المقاصد و المفاتيح و ظاهر اللمعة و المهذب البارع و المقتصر و المسالك و الإجماعات الآتية فى توكل المسلم للذمى على المسلم منطبقه عليه بالأولوية و لا معنى لما فى الشرائع و غاية المرام من أنه المشهور إلا أن يثول بالمعروف إذ لا نجد مخالفا أصلا إذ قد صرح بذلك فى المقنعة و المراسم و الكافى و النهاية و الوسيلة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و سائر ما تأخر إلى الرياض و إنما خلى عنه فقه الراوندى و جامع الشرائع لكنك قد سمعت عن الثانى فيما تقدم من منعه توكل الذمى فى تزويج المسلم المسلم ما يلزم منه هنا بطريق أولى هذا كله مضافا إلى ما يأتى فى المسألة التى بعد هذه نعم قد تشعر عبارة الشرائع بالتردد حيث قال على القول المشهور و لعله أشار إلى ما حكى عن أبى على قال و لا نختار توكل غير ذى الدين من البالغين و لا نستحب و كالتة المسلم لموجب الدين البراءة منه و لا توكيله انتهى فقد جعل الصور الثلاث مكروهه و لعل الأولى و الأخيرة هما ما فى الكتاب و الثانية فى كلامه هى الثالثة الآتية فى الكتاب فليتأمل و قد يظهر التأمل من صاحب الكفاية حيث قال قالوا مع ما ستسمع منه (و كيف كان) فظاهر إطلاقات الفتاوى و الإجماعات أنه لا فرق فى ذلك بين ما يحصل فيه التسلط و السلطنة مثل أن يكون الذمى و كيلا على المسلم فى استيفاء حق منه أو مخاصمة و بين غيره كما إذا كان و كيلا فى إيقاع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٦

و يكره أن يتوكل المسلم للذمى على المسلم (١)

عقد لمسلم على آخر أو فى إعطائه ديناً بل هذه الإطلاقات كالصريحة فى ذلك خلافا لمولانا الأردبيلي حيث قال إن المنع غير بعيد فى القسم الأول و أما الثانى فلا نجد مانعا منه إلا أن يكون هذا إجماعيا أيضا لأن لفظه على و الغريم فى عبارات الأصحاب و ظاهر الآية لا تدل على ذلك فالظاهر الجواز بناء على الأصل و عموم أدلة الوكالة مع عدم الدليل انتهى و تبعه على ذلك صاحب الكفاية و

صاحب الرياض و قد عرفت أن صاحب الكفاية متأمل في أصل الحكم و قد ادعى صاحب الرياض أن هذا الفرق ظاهر الأصحاب ثم قال إلا أن ابن زهرة صار إلى المنع من توكله على تزويج المسلمة من المسلم و من توكل المسلم على تزويج المشركه من الكافر مدعيا عليه إجماع الإمامية فإن تم إجماعه و إلا كما هو الظاهر لعدم مفت بما ذكره على الظاهر كان الجواز أظهر انتهى (و فيه) أنه قد تقدم عن المبسوط و جامع الشرائع و المختلف و جامع المقاصد الإفتاء بالمنع من توكل الكافر على تزويج المسلمة من المسلم و لعل الظهور الذي ادعاه قد استفاده من لفظه على و من استدلالهم بالآية الشريفة و هو لا يكاد ينكر لكن يستبعد عدم تعرض أحد لذلك أصلا فليتأمل جيدا

(قوله) (و يكره أن يتوكل المسلم الذمي على المسلم)

كما في المبسوط و المراسم على ما عندنا من نسخهما و السرائر على ما حكى و الشرائع بعد ترده فيها و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كذا المفاتيح و الكفاية و في (جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح) أنه المشهور و في (التذكرة) الإجماع عليه و في (الرياض) أن عليه عامه من تأخر قلت إلا أبا عباس في المقتصر (و قال في الخلاف) يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم و لم يكره ذلك أحد من الفقهاء (دليلنا) إجماع الفرقه لأنه لا- دليل على جوازه انتهى و قد حكى عنه كاشف الرموز القول بالكراهة و جماعة القول بالتحريم و عبارته قابلة للأمرين معا و لعلها في الحرمة أظهر لمكان تصريحه بنفي الدليل على الجواز فتدبر و تردد في النافع فكأن التردد ظاهر للমেعة و اختيار التحريم و عدم الجواز في المقنعة و النهاية و الكافي و الوسيلة و الغنية و المقتصر و حكاه جماعة عن الخلاف كما سمعت و في (الغنية) الإجماع عليه و حكى في المختلف عن ابن إدريس أنه حكى عن الشيخ في النهاية عدم الجواز و أنكره عليه في المختلف و حكى فيه عن سلال المنع و الموجود في نسختين من المراسم الجواز (و قال في كشف الرموز) قد اعتبرت كتب الأحاديث فما ظفرت بخبر داود في هذا المعنى و كذا ذكر شيخنا و صاحب البشري و توهم بعض الشارحين لرسالة سلال وجود حديث مروى بذلك فقال إن الخبر الوارد بذلك للتقية و قال المتأخر يعنى ابن إدريس إن ذلك الخبر بالمنع من الأحاد قلت في الأمثال ثبت العرش ثم انقش انتهى كلامه (و نحن نقول) من حفظ حجة على من لم يحفظ و المثبت مقدم و يشهد لهذين الفاضلين وجود الحكم في الكتب التي هي متون الأخبار لكن يتعين على مثلنا ممن تأخر القول بالكراهية للأصل و العمومات و إجماع التذكرة المعتضدة بالشهرة معلومة و منقوله في عدة مواضع مضافا إلى ما فهمه كاشف الرموز من الخلاف فيقدمان على إجماع الغنية لعدم اعتضاده بشيء من ذلك إلا الشهرة المتقدمة و إجماع الخلاف على ما تقدم لكن يوهنه إطباق الناس إلا أبا العباس بعده على خلافه و قضية دليلهم و هو الآية الشريفة و الأولوية العرفية تعدية الحكم إلى غير الذمي و لعل اقتصارهم على الذمي لندرة الوكالة و التوكيل مع غير الذمي في بلاد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٧

و للمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقا و بغيره بإذن السيد (١) و إذا أذن لعبده في التجارة لم يكن له أن يؤجر نفسه (٢) و لا يتوكل لغيره (٣) و لو عين له التجارة في نوع لم يجوز له التجاوز عنه (٤) و لو وكل اثنين و شرط الاجتماع أو أطلق لم يجوز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف (٥)

الإسلام أو للتنبية بالأدنى على الأعلى (و ليعلم) أن جماعة تعرضوا لباقي الصور و هي ثمان بإضافة الصور الثلاث إلى باقيها و تفصيلها أن كلا من الموكل و الوكيل و الموكل عليه إما مسلم أو كافر فنضرب قسمي الوكيل في قسمي الموكل ثم المجتمع و هو أربعة في قسمي الموكل عليه و الصور الخمس جائزة بلا خلاف فيصح أن يتوكل المسلم للمسلم على المسلم و على الذمي و للذمي على الذمي بالإجماع في الثلاثة كما في المهذب البارع و المقتصر و التنقيح و يتوكل الذمي على الذمي للمسلم و الذمي إجماعا فيهما كما في المقتصر و التنقيح و في المهذب البارع أنه لا شك فيه

(قوله) (و للمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقا و بغيره بإذن السيد)

كما فى المبسوط و التحرير و جامع المقاصد و كذا التذكرة لأنه لا حجر عليه فى التصرفات التى لا تضييع فيها و سلطان السيد قد انقطع عنه لأنه ليس له منعه من الاكتساب بجميع وجوهه فله أن يتوكل مع الجعل بإذنه و بدونه و أما الثانى فلأنه محجور عليه فى إتلاف أمواله و تضييع منافعه ليؤدى عوض المكاتبه فإذا أذن السيد فلا مانع (و قال فى التذكرة) فأما بغير جعل فإن لم يمنع شيئا من حقوق السيد فالأقرب الجواز كما قلناه فى العبد و قد تقدم لنا تقويته

(قوله) (و إذا أذن للعبد فى التجارة لم يكن له أن يؤجر نفسه)

كما فى المبسوط و جامع المقاصد و كذا التحرير لأن الإجارة لم يتناولها الإذن فى التجارة (قوله) (و لا يتوكل لغيره)

كما فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير لأنه خارج عن مقتضى الإذن (قوله) (و لو عين له التجارة فى نوع لم يجز له التجاوز عنه) لأنه لا إذن له فيه فكان ممنوعا منه

(قوله) (و لو وكل اثنين و شرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف)

لا نعلم خلافا فى جواز تعدد الوكيل كما فى التذكرة و أما أنه إذا وكل اثنين و شرط عليهما الاجتماع لم يجز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف فلا شك فيه كما فى مجمع البرهان و به صرح فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و كذا التحرير بل هو صريحه أيضا لأن توكيله إياهما عند هذا الوجه يقضى بأنه لا يرضى برأى أحدهما و تصرفه منفردا و المراد باجتماعهما على العقد صدورهما عن رأيهما لا إيقاع كل منهما الصيغة فلو وكل أحدهما الآخر فى إيقاع الصيغة أو وكلا ثالثا صح إن اقتضت وكالتهما جواز التوكيل و إلا تعين عليهما إيقاع الصيغة مباشرة فيوقعها كل واحد مرة و يمكن أن يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل و لو يكون أحدهما يوكل الآخر لدلالة القرائن على أنه لا يريد مباشرة الصيغة مرتين غالبا و هذا بخلاف الوصيين على الاجتماع فإن توكيل أحدهما للآخر و توكيلهما الثالث جائز و الفرق بين الوصى و الوكيل أن الوصى يتصرف بالولاية كالأب و الوكيل يتصرف بالإذن فيتبع مدلوله و كذا قال فى المسالك (وفيه) أنه ليس لنا عقد صحيح لا يترتب عليه أثر حتى يأتيه عقد آخر و أنه شيء غريب غير معهود فى الشرع كما فى مجمع البرهان فليكن ذلك قرينة على جواز التوكيل كما إذا وكله فى أمر لا يقدر عليه كما تقدم فالظاهر أن مراد الأصحاب باجتماعهما صدور الموكل فيه عن رأيهما معا بعد تشاورهما و نظرهما فى المصلحة فإن كان عملا بإشراه معا و إن كان عقدا أوقعه أحدهما بإذن الآخر أو وكلا ثالثا فيه (قال فى مجمع البرهان) الظاهر عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٨

و إن كان فى الخصومة (١) و لو مات أحدهما بطلت الوكالة (٢) و ليس للحاكم أن يضم إلى الثانى أمينا (٣) و كذا لو غاب (٤) و لو وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معا فى حرز لهما (٥) و لو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاوره صاحبه فى الجميع (٦) و الأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين (٧)

الشبهة فى جواز توكيل أحدهما الآخر إلا مع عجزهما فيوكلان ثالثا قلت لا حاجة إلى اشتراط العجز فى توكيل الثالث كما هو الظاهر و أما أنه لا يجوز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف إذا أطلق و لم توجد قرينة على الاجتماع و لا على الانفراد فقد نسبه فى مجمع البرهان إلى ظاهر الأصحاب (و قال فى الكفاية) قالوا قلت و به صرح فى الكتب الثمانية المذكورة فيما إذا شرط الاجتماع و لعله لأن الأصل عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه و لم يصدر عنه إلا قوله و كلتكما و لم يتحقق من ذلك إلا كونهما وكيلين مجتمعين لأن كانا حينئذ بمنزلة مخاطب واحد و نشك فى أن الخطاب متوجه إلى كل واحد منهما على الانفراد فينفى بالأصل و يرشد إلى

ذلك الخبر الوارد فى الوصية الدال على كونهما معا وكيلين مع الإطلاق و أن كل من تعرض لذلك حكم بذلك من دون إشكال حتى من العامة إلا- ما يظهر من قوله فى الكفاية قالوا إذ قد حكاها فى التذكرة عن الشافعى و أحمد و أصحاب الرأى و لم ينقل فيه خلافا عن أحد منهم مستنديين إلى أنه لم يأذن لأحدهما فى الانفراد
(قوله) (و إن كان فى خصومه)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و حكى عن الشافعى أنه جوز لكل منهما الانفراد فى الخصومه
(قوله) (و لو مات أحدهما بطلت الوكالة)

كما فى المبسوط و الشرائع و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الوجه فى ذلك ظاهر بعد ما تقدم إذ الحال فى ذلك كالحال فيما إذا ماتا معا أو كان و كيلا واحدا فمات
(قوله) (و ليس للحاكم أن يضم إلى الثانى أمينا)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح لكنه ذكر ذلك فى التحرير فيما إذا غاب لأنه لا ولاية هنا للحاكم بخلاف الوصى لأن النظر فى حق الميِّت و اليتيم له و لهذا إذا لم يوص أقم الحاكم أمينا فى النظر لليتيم نعم لو غاب الموكل فمات أحد الوكيلين و احتاجت أموره التى و كل فيها إلى الوكيل فليس ببعيد أن للحاكم أن يضم إلى الباقي أمينا فى التصرف الذى يتولاه الحاكم عن الغائب إذ هو أولى من عزله و نصب غيره
(قوله) (و كذا لو غاب)

أى لو غاب أحد الوكيلين فالحكم كما لو مات كما فى المبسوط و التحرير و جامع المقاصد
(قوله) (و لو و كليهما فى حفظ ماله حفظاه معا فى حرز لهما)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لأن المأذون فيه هو حفظهما معا فيجب اتباع الإذن و المراد بكونه لهما أن يكون الإحراز فيه حقا لهما و لا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه و لا قسمته إن قبل القسمة خلافا لبعض الشافعية
(قوله) (و لو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاورة صاحبه فى الجميع)

أى جميع متعلق الوكالة لأنه قد أذن لكل منهما فى ذلك و فى (مجمع البرهان) لا شك فى أنه إذا و كل و صرح بالانفراد كان كل منهما و كيلا- برأسه يتصرف كل منهما على حدة فى البعض و الكل و بذلك صرح فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان
(قوله) (و الأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين)

كما فى التذكرة و الإيضاح (و قال فى التحرير) لم أستبعد جوازه (و قال فى المبسوط) بعد ذكر وجهين الجواز
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٤٩
و عن المتعاقدين فيتولى طرفى العقد (١)

و عدمه إن الأحوط أنه لا يجوز لأنه لا بد فى إيراد الحجج فى المخاصمة من الاستقصاء و المبالغة و ذلك يتضاد الغرضان فيه و فى (جامع المقاصد) أن المسألة محل توقف و لا وجه له لوجود المقتضى و انتفاء المانع إذ ليس هو إلا أنه لا بد من الاستقصاء و المبالغة فى مطلوبها و لا ريب فى تضادهما و فيه (أولا) أنه قد لا يكون من غرضهما الاستقصاء و المبالغة و إنما غرضهما معرفة الحق و ذلك أكثر من أن يحصى (و ثانيا) أن المبالغة و الاستقصاء حرام و لا يجوز التوكيل فى الحرام قولاً واحداً قال أمير المؤمنين عليه السلام من بالغ فيها أثم و الاستقصاء على هذا التقدير يجب أن يكون من الجانبين و الحق لا يكون فى الجانبين فيكون مستقصيا لما ليس بحق فيكون غرضهما من توكيله اعتماد الحق و اجتناب الباطل فيمكنه إيراد حجة كل منهما و دافع الآخر و قصد الحق ثم إنه يجوز أن

يكون شاهدا لهما فالوكالة أولى و أن يتوكل لكل واحد على التفريق فكذا على الجمع

(قوله) (و عن المتعاقدين فيتولى طرفى العقد)

كما فى التذكرة و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و الروضة و فى الأخير أنه لا إشكال فيه إلا على القول بمنع كونه موجبا قابلا و كما فى بيع المختلف و الدروس و اللمعة و الروضة كما تقدم فى أواخر باب البيع عند قوله و لا يتولاهما الواحد و قد قلنا هناك إنه قد يظهر من المقنعة و النهاية و الخلاف و الوسيلة و الإرشاد و أنه المفهوم من عبارة التحرير و المهذب البار و حكينا عن السرائر المنع من ذلك و أنه تأول عبارة النهاية و نسبه أى المنع الشهيد فى الدروس إلى كلام الأصحاب و حمل قوله فى النافع فى بعض نسخه و لا- يجمع بينهما لواحد على أنه لا يتولى طرفى العقد و قضية كلامه حمل ما فى الشرائع و الكتاب و غيرهما من قولهم و لا يتوهما الواحد على ذلك بل حمل قولهم و لا يجمع بينهما الواحد على ذلك أيضا فيكون قد جعل العبارات الثلاث من سنخ واحد و قد احتمل ذلك كله فى المسالك (و فيه) أن المصنف و المحقق و غيرهما ممن عبر بذلك لا يرون المنع من تولى الواحد الطرفين فحمل كلامهم على ما لا يوافق مذهبهم المعروف منهم بمجرد الاحتمال مع إمكان حمله على غيره مما لا ينبغى نعم يصح ذلك لابن إدريس بالنسبة إلى النهاية لأنه ذهب فى موضع منها و موضع من الميسوط و الخلاف إلى المنع و حكوه عن أبى على و قد حملت العبارات الثلاث فى حواشى الكتاب و غاية المرام و جامع المقاصد و الميسية و المسالك على أن المراد منها أن لا- يجمع بين الدالتين الشخص الواحد لأن البيع مبنى على المماكسة (و فيه) أنا قد بينا أنه يمكن بذل الجهد و السعى من الجانبين على النهج المتعارف بحيث يستقصى فى القيمة إلى الحد الممكن عادة و لم يقصر فى إعلام ذوى الرغبات إلى غير ذلك و لا يشترط علم الموكلين بأنه يشتري لأحدهما و يبيع عن الآخر فيستحق أجرتين و قد يكون غرضهما مجرد البيع و الشراء لا السعى فى كمال ما يسوى كما أسبغنا الكلام فى ذلك كله فى أواخر باب البيع هذا و فى حكم وكالة الواحد عن المتعاقدين بيع الوكيل على ولده الصغير و ظاهر التذكرة الإجماع على جواز ذلك و فى وكالة الإيضاح و مجمع البرهان) أنه المشهور و فى (الكفاية) أنه الأشهر و به طففت عبارتهم كما يأتى و إنما نسب الخلاف إلى الشيخ فى الميسوط و قطب الدين الكيدرى و فى حكمه أيضا بيع الوكيل على نفسه مع إذن الموكل له بذلك و قد أسبغنا الكلام فيه فى أوائل باب البيع بما لم يسبقنا إليه سابق و يأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى فى أوائل المطلب الأول و إلى ذلك أشار فى اللمعة بقوله فى الباب و يجوز للوكيل تولى طرفى العقد بإذن الموكل إذ مراده أنه يجوز للوكيل أن يبيع على نفسه إذ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٠

حتى فى استيفاء القصاص من نفسه (١) و الدين منه (٢) و الحد (٣)

هو المحتاج للإذن و أما حيث يكون وكيلا- لهما فلا- يفرق فيه بين إذن الموكل و عدمه (و كيف كان) فحجة القائل بجواز كون الواحد وكيلا- عن المتعاقدين عمومات الباب و غيره و أن الاثنية المعتبرة فى الإيجاب و القبول حاصلة فإن الوكيل من جهة كونه بائعا مغاير له من جهة كونه مشتريا و هذا القدر كاف فى تحقق الإيجاب و القبول و إن الفرقة أجمعوا كما فى الخلاف و الميسوط على أنه يجوز للأب أن يقوم جارية ابنه الصغير على نفسه و يطؤها بعد ذلك و ليس المراد إلا- تولى طرفى العقد و فى (مجمع البرهان) أنه فى المنتهى ادعى الإجماع أن للأب و الجد تولى طرفى العقد و قال هو أن الظاهر من كلامهم عدم الخلاف فى ذلك مضافا إلى إطباق المتأخرين على أن للوكيل أن يتولى طرفى العقد و يبيع على نفسه إذا أذن له الموكل كما تقدم فى البيع و يأتى إن شاء الله تعالى و ليس للمانعين إلا لزوم كونه قابلا موجبا مع التهمة و عدم المماكسة و أن شرط اللزوم التفرق و هو لا يحصل بين الشىء و نفسه و قد عرفت أنه لا مانع من الاتحاد كما فى الأب و الجد و هو يدل على عدم اعتبار المماكسة إلا أن تقول إن الشفقة تمنعها من التسامح فنقول قد يتسامح الوكيل بماله و يراعى جانب الموكل فتمت علم إذنه و رضاه جاز و أما التفرق فقد أجاب عنه

فى الخلاف فيما إذا كان العاقد الأب أو الجد بوجهين (أحدهما) أن البيع يلزم من دون تفرق و هو أن يقول بعد العقد أجزت هذا البيع و أمضيته و هو كما ترى أنما يتم فيما سيق له (الثانى) أن يقوم من مقامه فيكون ذلك بمنزلة المتبايعين و هو أيضا كما ترى لأن المتبايعين لو قاما من موضعهما مصطحبين لم يبطل خيارهما و الجواب التام فى ما نحن فيه أن التصرف ممكن بالنسبة إلى الموكلين لأن المدار فيه عليهما و أما الوكيل عنهما فى العقد خاصة فإنه ليس له خيار و لا فسخ و لا التزام و إنما الخيار لهما و لا يسقط بمفارقتهم المجلس و إنما يسقط بمفارقتهم المجلس إذا كانا حاضرين و بإسقاطهما كما تقدم بيانه فى باب (قوله) (حتى فى استيفاء القصاص من نفسه)

لا يخفى ما فى العبارة من عدم موافقة العريية لأن العطف بحتى أنما يصح حيث يكون المعطوف من جملة المعطوف عليه نحو أكلت السمكة حتى رأسها و جعل ما بعدها هنا من جملة ما قبلها يحتاج إلى فضل تكلف (و كيف كان) فقد جوز المصنف هنا و فى التذكرة و المحقق الثانى أن يكون الجانى و كيلا فى استيفاء القصاص من نفسه فى النفس كان القصاص أو الطرف لحصول الغرض و انتفاء التهمة و احتمال فى قصاص التحرير المنع منه و جزم به كاشف اللثام و لم يرجح المصنف فى قصاص الكتاب فيما إذا قال الجانى أنا أستوفى القصاص منى و لا أبذل أجره فإنه احتمال القبول و عدمه من دون ترجيح و هذا إذا كان الموكل هو الولي أو المجنى عليه لا ما إذا كان و كيلا قد أذن له فى التوكيل فإن المتجه منعه من ذلك إلا بإذن المجنى عليه بل يحتمل منع الولي أيضا منه لأن التشفى لا يحصل إلا باستيفاء المجنى عليه و من يقوم مقامه على سبيل القهر (قوله) (و الدين منها)

أى يجوز توكيل المديون فى استيفاء الدين من نفسه كما فى التذكرة و جامع المقاصد لما تقدم و حكى فى جامع المقاصد عن السيد وجها بالمنع و قال إنه ضعيف (قوله) (و الحد منها)

قال فى التذكرة لو وكل الإمام السارق ليقطع يده جاز أما لو وكله فى جلد نفسه فالأقرب المنع لأنه متهم بترك الإيلاء بخلاف القطع إذ لا مدخل للتهمة فيه و فى (جامع المقاصد) ما ذكره فى التذكرة هو الصواب لأنه إما حق الله عز و جل أو حق له سبحانه و للآدمي فلا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥١

فلو وكله شخص ببيع عبد و آخر بشراء عبد جاز أن يتولى الطرفين (١) و لو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الوكالة (٢) و لو أذن لعبده فى التصرف فى ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن لأنه ليس على حد الوكالة بل هو إذن تابع للملك و يحتمل بقاء كالتة لو أعتقه (٣) و لو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل كالتة (٤)

[الركن الرابع فى متعلق الوكالة و شروطه ثلاثة]

إشارة

(الركن الرابع) فى متعلق الوكالة و شروطه ثلاثة

[الأول أن يكون مملوكا للموكل]

(الأول) أن يكون مملوكا للموكل (٥)

يجوز ارتكاب ما يؤذن بالإخلال بالإيلاف بالمعتبر فيه قلت و لم أجد من تعرض له فى الباب و لا باب الحدود
(قوله) (فلو وكله شخص ببيع عبد و آخر بشراء عبد جاز أن يتولى الطرفين)

هذا تفريع على جواز كون الواحد وكيلا عن المتعاقدين

(قوله) (و لو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الوكالة)

كما فى الشرائع و التحرير و شرح الفخر للإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و التذكرة بل ظاهر الأخير الإجماع فى الأخير حيث قال لم تبطل وكالة العبد قطعا كما أن ظاهر المبسوط لا خلاف فى الأول لكنه لم يرجح فى الثانى شيئا و قد يظهر منه فيه الميل إلى عدم البطلان و الوجه فيهما ظاهر لأنه لا مدخل للزوجية و العبودية فى صحة الوكالة لأن توكيل عبد الغير بإذن سيده توكيل حقيقى و ليس أمرا و لا استخداما و ينبغى أن يروى أعتق مبنيا للمجهول و يصح مبنيا للمعلوم و لا يضر تفكيك الضمير لعدم اللبس و اقتصارهم على عتقه و عدم ذكرهم عدا المبسوط و التحرير ما إذا باعه لغير الموكل قد يقضى بأن الوكالة حينئذ تبطل و به صرح فى التحرير نظرا إلى عدم جواز التصرف بدون إذن المشتري و قد أبطل المالكة الأول إذنه بزوال ملكه و فى (التذكرة) فيه وجهان البطلان لما ذكر و لمكان الإذن السابق ثم اختار عدم الزوال لأنه توكيل حقيقى و ليس أمرا و لا استخداما قال و لكن يعتبر رضا المشتري و على الموكل أن يستأذنه فإن رضى بقاء الوكالة بقيت و إلا- بطلت و هو خيرة جامع المقاصد و المسالك و لعله الظاهر من شرح الإرشاد لفخر الإسلام و لم يفرق فى المبسوط بين العتق و البيع فى عدم الترجيح (و قال فى التذكرة) و لو لم يستأذن المشتري نفذ تصرفه و إن ترك واجبا و أما إذا اشتراه الموكل فعدم بطلان وكالته بعد ما عرفت أوضح من أن يخفى و قد وافق عليه فى التحرير و يأتى التصريح به فى كلام المصنف

(قوله) (و لو أذن لعبد فى التصرف فى ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن لأنه ليس على حد الوكالة بل هو إذن تابع و يحتمل بقاء وكالته لو أعتقه)

قد تقدم الكلام فيه فى أول هذا الركن

(قوله) (و لو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته)

قد عرف حاله مما تقدم آنفا كما نبهنا عليه

(قوله) (الركن الرابع متعلق الوكالة و شروطه ثلاثة الأول أن يكون مملوكا للموكل)

قال فى جامع المقاصد أى من شرط صحة الوكالة أن يكون التصرف مملوكا للموكل فى وقت صدور عقد التوكيل و الظاهر أن ذلك متفق عليه عندنا انتهى قلت لم نجد من صرح بذلك قبل المصنف غير ما يكاد يفهم من الشرائع كما ستسمع و لا بعده غير صاحب التنقيح قال الأول أن يكون مملوكا للموكل بمعنى إمكان وقوعه منه شرعا فى حال توكيله (و قال فى الرياض) إن ظاهر المشهور أنه يعتبر الإمكان المزبور من حين الوكالة إلى وقت التصرف بل ظاهر المحكى عن التذكرة إجماعنا عليه و به صرح المحقق الثانى قال الظاهر أنه متفق عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٢

فلو وكله على طلاق زوجته سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح (١)

انتهى و ليس فى التذكرة عبارة يظهر منها هذا الإجماع و قد أشار إلى ما حكاه المقدس الأردبيلي عن ظاهر التذكرة و ستسمعه بتمامه و قضية كلامه أن الشهرة محققة عنده و قد اقتصر فى التذكرة و التحرير و الإرشاد كالكتاب على قوله فيها أن يكون مملوكا للموكل

نعم فرع فيها أنه لا يصح توكيله فى طلاق زوجته سينكحها وقد يكون ذلك قضية قوله فى الشرائع لا يوكل المحرم فى عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ولا يصح نيابة المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله كابتياع الصيد وإسماكه وعقد النكاح وقد لا يكون قضيته ذلك كما ستسمع ولو قضى به لمنع من توكيل الوكيل المأذون فى التوكيل فيه حالته وقد خلت كتب الأصحاب فى الباب من المقنعة إلى الرياض عن التعرض لهذا الشرط إلا ما عرفت والموجود فى كلام الأصحاب اشتراط صحة تصرفه فيه لنفسه وصحة مباشرته له ونحو ذلك على اختلافهم فى التعبير نعم تكرر فى كلام المبسوط أنه كل ما يملكه بنفسه وأنه ما يملك التصرف فيه لكنه لم يفرع عليه فى التذكرة والتحرير والإرشاد فقد يكون مراده حين التصرف فيه وحين الفعل لا حين العقد فليتأمل وقد استشكل فيه أى فى هذا الشرط المولى الأردبيلي وصاحب الكفاية وقد أطال فى مجمع البرهان فى بيان الإشكال وقد قال قبل ذلك إن ظاهر عبارة التذكرة أن مرادهم بكون التصرف مملوكا له أن المراد به ثبوت ذلك للموكل من وقت التوكيل إلى وقت الفعل حيث قال يعنى فى التذكرة يشترط فيما تتعلق به الوكالة أن يكون مملوكا للموكل

(قوله) (فلو وكل غيره فى طلاق زوجته سينكحها أو إعتاق رقيق يشتره أو قضاء دين يستدينه وما أشبه ذلك لم يصح) لأن الموكل لا يتمكن من فعل ذلك بنفسه فلا ينتظم فيه إقامة غيره وهو أصح وجهى الشافعية والثانى أنه صحيح ويكتفى بحصول الملك عند التصرف فإنه المقصود من التوكيل وقال بعض الشافعية الخلاف عائد إلى الاعتبار به حال التوكيل أم به حال التصرف ولو وكله فى شراء عبد وعتقه أو فى تزويج امرأة وطلاقها أو فى استدانة دين وقضائه صح ذلك كله لأن ذلك مملوك للموكل انتهى وإليه نظر صاحب الرياض حيث قال ظاهر المحكى عن التذكرة إجماعنا عليه وما أدرى من أين ظهر له الإجماع ثم إنه فى مجمع البرهان ما نقل كلام التذكرة مثل ما قلناه وإنما اختصره اختصارا لا يكاد يفهم منه المراد فليلحظ وخلاصة ما ذكره فى مجمع البرهان فى بيان الإشكال أن الظاهر أنهم يجوزون التوكيل فى الطلاق فى طهر المواقعة والحيض ويجوزون التوكيل فى تزويج امرأة وطلاقها والتطليق ثلاثا مع الرجعتين بينهما فإنه لا يملك الرجعة إلا بعد الطلاق (و من المعلوم) أن عقد القراض مستلزم للبيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد أخرى وهو غير موجود حال العقد فهو صريح فى منع هذا الشرط ويشكل على هذا الشرط الأكل والتصرف فيما إذا جوز له التصديق وإخراج الزكاة من ماله إذا صار البيدر ونحو ذلك إلى غير ذلك مما ذكر ثم إنه حكى عن المحقق الثانى أنه فرق بين توكيله فى طلاق امرأة سينكحها وتوكيله فى تزويج امرأة وطلاقها بفرق غير حازم ولا كاف ولا واف فى رفع جميع الإشكالات لأنه قال أى فى جامع المقاصد ليس ببعيد أن يقال إن التوكيل فى مثل ذلك جائز لأنه وقع تابعا لغيره ونحوه ما لو وكله فى شراء شاتين وبيع إحداهما بخلاف ما لو وكله فيما لا يملكه استقلالاً كما لو وكله فى طلاق زوجته سينكحها فإنه لا يصح والفرق بين وقوع الشىء أصلا و تابعا كثير لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة واستكمال أركانها وقد وقع الإيماء إلى ذلك فى التذكرة فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٣

و كذا لو وكل

تخصيصات الموكل (قلت) قال فى التذكرة أما إذا جعله تابعا لأمواله الموجودة فى الحال فيجوز كما أنه لو قال وقفت على من سيولد من أولادى فإنه لا يجوز ولو قال على أولادى ومن سيولد جاز (وقال فى مجمع البرهان) أن كلامهما يشعر بأنه لا دليل لهما على ذلك وأنه مجرد احتمال غير جازمين به (قلت) ظاهر التذكرة الجزم به وقد سمعت عبارتها (ثم قال فى مجمع البرهان) على أنه فرق غير واضح إذ كمال الوكالة فى شىء لا ينفع لو كالة شىء آخر على أن جعل غير الموجود تابعا للموجود مع فرض كون الموجود قليلا جدا غير مقصود بالذات وإنما المقصود غيره تخلصا من الإشكال مع عدم الدليل بعيد جدا ثم إنه غير نافع فى دفع جميع الإشكالات كالتوكيل فى الطلاق فى طهر المواقعة والحيض بل وجواز القراض وعلى تقدير التسليم يكون كلامهم فى هذا الشرط غير تام بل

محتاج إلى التقييد و التخصيص و مع ذلك يحتاج إلى الدليل و ليس هناك إلا الإجماع الذي استظهره المحقق الثاني و هو غير واضح مع وجود ما يناقضه في كلامهم (قلت) و ينبغي أن يقول إن ظهور الإجماع ليس بإجماع فهو ليس بجازم به مع و ههنا بعدم تعرض من تقدمه له إلا ما لعله يظهر من الشرائع (ثم قال) و بالجملة ما نجد دليلا على هذا الشرط بل لو كان عليه دليل و كان على جواز التوكيل وقت الحيض دليل لوجب القول بالتخصيص و إنا نجد قيام الدليل على خلافه و هو أن الأصل عدم اشتراط الملك حال التوكيل و عموم أدلة الوكالة مع وضوح الدليل على اشتراطه حال فعل الموكل فيه و هو أن الزوجية مثلا شرط للطلاق و ليس عدم جواز توكيل المحرم في النكاح و الصيد دليلا على اعتباره حال التوكيل لاحتمال كون ذلك لدليل خاص مثل أنه استمتاع في الجملة أو أنه فيه نص صريح أو أنه مجمع عليه و لو لم يكن شيء منها لا ينبغي القول به (و الحاصل) أن القول بغير دليل واضح مشكل و هذا الفرق يصلح طريقا للمنع في جواب المعترض المستدل (ثم قال) إن القول بأنه شرط في وقت الفعل هو مقتضى الدليل و يخرج مثل ما إذا و كله في طلاق امرأة سينكحها بإجماع أو نحوه إن كان لكنه أيضا مشكل مع دعوى الاتفاق ظاهرا و عدم قول صريح بخلافه و يمكن اختيار أنه شرط وقت التوكيل و يخرج عنه ما تقدم بالإجماع و نحوه ثم أمر بالتأمل و قال إن المسألة من المشكلات (و نحن نقول) المستفاد من كلامهم أنه يشترط فيما يصح التوكيل فيه أن يكون ممن تصح منه مباشرته و التصرف فيه لنفسه أو يكون له ولاية و له إليه سبيل و له به تعلق في الجملة بحيث لا يستنكر في عرف المتشرعة وقوع التوكيل منه فيه و هذا معنى قولهم مملوك له وقت العقد فيدخل في ذلك الموكل في طلاق حال الحيض و حال طهر المواقعة و المالك في القراض بالنسبة إلى المال المقارض عليه بل التبعية فيه ظاهرة و الموكل في إخراج الزكاة و الصدقة وقت الحصاد مثلا و الموكل في الشراء و البيع معا و في التزويج و الطلاق معا بعد الرجعتين و بدونهما و يخرج عنه جزما ما إذا و كله في طلاق امرأة سينكحها و ما كان مثله إذ لا تعلق له بذلك أصلا و يخرج عنه استنباط المحرم و نيابته فيما ليس للمحرم أن يفعله لمكان الإجماعات المستفيضة و هي تدل على أنه لا تعلق له به أصلا أو أنه له فيه استمتاع في الجملة إذ قد يتلذذ بالعقد على المرأة و الصيد و لو للغير كما ورد في المثل السائر أن ذكر العيش نصف العيش (قال الراجز)

هذا ثنائي حين جاش جيشي إذ كان ذكر العيش نصف العيش

فليلحظ ذلك و ليتأمل فيه جيدا فإن به تتم دعوى ظهور الإجماع و ترتفع الإشكالات جميعها و يتضح الدليل إذ لا توكيل فيما ليس له فيه تصرف ليس له عليه سبيل

(قوله) (و كذا لو وكل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٤

المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه (١) أو المحرم محلا في ابتياع صيد أو عقد نكاح (٢) أو الكافر مسلما في شراء مسلم أو مصحف (٣) و لا يشترط استقرار الملك فلو وكل في شراء من ينعق عليه صح (٤) و لو قال اشتر لي من مالك كرت طعام لم يصح لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره (٥) و لو قال اشتر لي في

المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه)

أى لم يصح البيع و الشراء كما في الخلاف و المبسوط و الشرائع و التذكرة و غيرها و في الأخير الإجماع عليه لأن التصرف في الخمر ليس مملوكا للموكل حال العقد بل ليس مملوكا له بحال و علله في المبسوط بأن عقد الوكالة عقد عن الموكل فوجب أن لا يملك به لأن المسلم لا يملك الخمر بلا خلاف و نحوه ما في الخلاف و علله في المسالك بأنه لا يكفي جواز تصرف أحدهما دون الآخر بل يشترط كونهما معا قادرين على أن يليا الفعل (قلت) و كذلك منع في بيع الخلاف و المبسوط أن يتوكل الكافر للمسلم في شراء عبد مسلم و لكن قد رده المصنف في التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام بأن الممنوع أنما هو العكس و هو ما إذا وكل الكافر المسلم

فى شراء عبد مسلم و ليس فى محله كما تقدم بيانه فى الموكل لكنهم قالوا فيما إذا عجز المكلف عن غسل الأعضاء أو مسحها فى الطهارة المائية أو الترابية جاز له أن يستتبع من ليس له أهلية التوكيل و التوكيل كالصبي و المجنون و الساهى و الغافل إلا أن يقولوا كما فى جامع المقاصد فيما يأتى أنه ليس توكيلاً حقيقياً لأن المدار على نية العاجز فالغرض إيصال الماء إلى العضو ناوياً فيجوز الإيصال بأى وجه اتفق

(قوله) (و المحرم محلاً فى ابتياع صيد أو عقد نكاح)

قد تقدم الكلام فيه باعتبار حال الموكل و حال الوكيل و أعاده باعتبار حال الموكل فيه

(قوله) (و الكافر مسلماً فى شراء مسلم أو مصحف)

قد قالوا فى باب البيع أن فى حكم العبد المسلم المصحف و قد منع المصنف فى بيع التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام من توكيل الكافر المسلم فى شراء عبد مسلم كما سمعت آنفاً

(قوله) (و لا يشترط استقرار الملك فلو و كل فى شراء ما ينعقد عليه صح)

وجهه واضح و لذا تركه الجماعة إذ لا دخل لاستقرار الملك و عدمه فيما و كل فيه

(قوله) (و لو قال اشترى من مالك كرم طعام لم يصح لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد لأن المعاوضة تقتضى انتقال كل واحد من العوضين إلى مالك العوض الآخر فكان كما لو قال الراهن للمرتهن بع الرهن لنفسك فإنه لا يصح إذ لا يتصور بيعه لنفسه (و فيه) أن القرائن هنا و العادة تدلان على أنه من معاطاة القرض فيكون معناه أنت و كيلى فى أن تستقرض لى من نفسك مائة درهم و تقبض ذلك عنى و تشتري لى بها كرا من طعام و العادة مستمرة على ذلك بل السوق مفعم بذلك يرسل الرجل الجليل إلى صديقه من أهل السوق اشترى لى كذا و كذا و احسب على كما نظروا إلى القرائن و العادات فى جواز استفادة التوكيل للوكيل بترفعه عما و كل فيه و لا نرى لجمودهم على ظاهر اللفظ هنا و فى الرهن وجهها و جيبها إلا أن تقول ما جرت به العادة و استقام به السوق إنما هو الشراء فى ذمة الصديق كما فى المسألة الآتية (و فيه) أنه لا باعث على ذلك مع أن إقباض الثمن من ماله من معاطاة القرض ثم إن الصحة فيما نحن فيه ظاهر الجامع أو صريحه بل هو صريحه و سيصرح المصنف فى الكتاب فى المطلب الخامس و التذكرة و التحرير أنه إن اشترى بعين ماله للموكل وقف على إجازته و قضيته أنه يقع للموكل مع الإجازة و إن كان الدينار باقياً على ملك الوكيل و هو مناف لما هنا (قوله) (و لو قال اشترى لى فى ذمتك)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٥

ذمتك و اقض الثمن عنى من مالك صح (١) و لو قال اشترى لى من الدين الذى لى عليك صح و يبرأ بالتسليم إلى البائع (٢)

[الثانى أن يكون قابلاً للنيابة]

(الثانى) أن يكون قابلاً للنيابة كأنواع البيع (٣) و الحوالة و الضمان و الشركة و القراض و الجعالة و المساقاة (٤) و النكاح و الطلاق و الخلع و الصلح و الرهن و قبض الثمن و الوكالة و العارية و الأخذ بالشفعة و الإبراء و الوديعة و قسمة الصدقات (٥)

و قبض الثمن عنى من مالك صح

كما فى التذكرة و جامع المقاصد (قال فى التذكرة) لأنه إذا اشترى فى الذمة حصل الشراء للموكل و الثمن عليه (قلت) لأن الوكيل إذا اشترى فى ذمته ناوياً أنه للموكل جاز و يجوز أن يؤدى الوكيل دين الموكل من ماله أى الوكيل فيرجع الأول بالأخرة إلى أنه اشترى

في ذمة الموكل وضمنه للبائع في ذمته و مرجع الثاني إلى معاطاة القرض و فيهما من الصعوبة ما لا يخفى و الحال في المسألة الأولى أسهل فلي تأمل

(قوله) (و لو قال اشتر لي من الدين الذي لي عليك صح و يبرأ بالتسليم إلى البائع)

كما في التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد لأن تعيين الدين من مال بعينه أمر راجع إلى المديون لأنه مخير في جهات القضاء و إنما يبرأ بتسليمه إلى البائع لأن صاحب الدين إنما يملكه بقبضه إياه أو ما يقوم مقام قبضه و ليس المديون و كيلا في القبض فإذا سلمه إلى البائع عن الموكل تعين (و قال في جامع المقاصد) و هل يفرق بين أن يقع الشراء بالعين أو بالذمة يحتمل الفرق لأنه في وقت الشراء لم يتعين المال المجموع ثمنا للموكل و إنما هو باق على ملك المديون أعنى الوكيل فلا يتصور وقوعه عوضا عما يشتره للموكل و يحتمل العدم لأنه قد تعين للموكل بالتعيين و إن لم يتم الملك و براءة المديون أنما تكون مع تمام الملك و أما صحة البيع فيكفي فيها حصول أصل الملك قال و ينبغي تأمل هذا البحث لأنه الآن لا يحضرني سوى ما ذكرته (قلت) يفهم من أمره بالشراء أنه و كيل له في القبض من نفسه و تقييضه البائع و لا- مانع من كونه قابضا و مقبضا فإن عينه أولا و قصد القبض له تعين بذلك و تم الملك و برأ المديون و لا يحتاج في البراءة إلى تسليم البائع و صح وقوعه عوضا عما يشتره و لو تلف قبل تسليمه البائع كان من مال الموكل لا- الوكيل و إن لم يعينه أولا و اشترى في ذمة الموكل حصل التعيين و البراءة بمجرد الإعطاء مع نية الإعطاء عن الموكل أو بمجرد الإعطاء

(قوله) (الثاني أن يكون قابلا للنيابة كأنواع البيع)

جواز التوكيل في البيع قد طفحت به عباراتهم من المبسوط إلى الرياض في الباب و غيره بل كاد يكون ضروريا و قال في جامع المقاصد لا خلاف في جواز التوكيل في البيع إيجابا و قبولا و في جميع أنواعه كالسلم و الصرف و المرابحة و غيرها و في توابعه من القبض و الإقباض و الفسخ بالخيار بأنواعه و الأخذ بالشفعة و إسقاطها (قوله) (و الحوالة و الضمان و الشركة و القراض و الجعالة و المساقاة)

قد صرح بجواز التوكيل في عقود هذه الأبواب الستة في فقه القرآن و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و لم تذكر الجعالة في المبسوط و السرائر و ذكرت فيهما الخمسة الباقية و لم يذكر في الشرائع إلا الثلاثة الأولى و لعله أدخل المزارعة في المساقاة و قد صرح بها في التذكرة و التحرير و الوجه في ذلك و فيما يأتي أن بعض الناس قد يترفع عن مباشرة هذه الأمور و قد لا يحسنها و قد لا يتفرغ لها لاشتغاله بالعبادة أو العلم أو التدريس أو أمور آخر و قد يكون مأمورا بالتحذر و عدم الخروج فلا يجوز له التردد في المزارع و الأسواق و نحو ذلك

(قوله) (و النكاح و الطلاق و الخلع و الصلح و الرهن و قبض الثمن و الوكالة و العارية و الأخذ بالشفعة و الإبراء و الوديعة و قسم الصدقات)

قد صرح فيما عدا الإبراء بجواز التوكيل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٦

و استيفاء القصاص (١) و الحدود مطلقا في حضور المستحق و غيبته (٢) و قبض الديات (٣) و الجهاد على وجه (٣)

فيما ذكر و هي أحد عشر قسما في المبسوط و فقه القرآن و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد صرح بجواز التوكيل في الإبراء في الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه يصح التوكيل في عقد النكاح و إيقاع الطلاق و الخلع بطرفيه و قد صرح جماعة بجواز التوكيل في الرجعة منهم المصنف و الشيخ و ابن إدريس و أنه يصح في عقد الصلح و الرهن و قبض المرهون و قبض الثمن في البيع كالمبيع و كذا العوض في الصلح و غيره و أنه يصح التوكيل في الوكالة بأن يوكل شخصا في أن

يوكل آخر كما مر و أنه يصح في العارية بالنسبة إلى العقد و استيفاء المنافع مع الإذن و أنه يصح في الإبراء و الهبة و عقد الوديعة و قبضها بإذن المالك و أنه يجوز توكيل الإمام في قبض الصدقات و في قسمتها على الفقراء و توكيل المالك في دفعها إلى مستحقها (و ليعلم) أنه يصح توكيل الفقير في قبض الزكاة و الخمس بأن يقول الفقير و كنتك في قبض ما يدفعه المالك إلى من زكاته و خمس ماله و لا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة بل إذا اختار المالك الدفع إلى ذلك الفقير جاز الدفع إلى وكيله و هو خيرة الشيخ و المصنف في التذكرة و التحرير و المختلف و الشهيد و المحقق الثاني و منع من ذلك القاضي و ابن إدريس و توقف المقداد و أبو العباس (حجة الجواز) الأصل و أنه عمل مباح تدخله النيابة لأنه يجب الدفع للإمام و الساعي فكانا كالكيلين و لا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة كما صورناه و هذا حديث إجمالي

(قوله) (و استيفاء القصاص)

أى يصح التوكيل في استيفاء القصاص سواء كان في النفس أو الطرف كما صرحت به عباراتهم في باب القصاص من دون توقف و قد صرح به هنا في المبسوط و الفقه للراوندى و السرائر و جامع الشرائع و غيرها في حضور المستحق إجماعا كما في التذكرة و فيها و في المبسوط و فقه الراوندى أنه يصح في غيبته عندنا و ظاهر الثلاثة الإجماع عليه أيضا لكن الموجود في نسخة صحيحة من نسخ فقه الراوندى ما نصه القصاص يصح في إثباته التوكيل و لا يصح في استيفائه بحضرة الولي و يصح في غيبته عندنا و هو غريب و للشافعية وجه بالمنع في غيبته لاحتمال العفو و لأنه ربما يرق قلبه حال حضوره فيعفو و لعظم خطر الدم (و قال في المبسوط) إنه لا خلاف في جواز التوكيل في إثبات حد القصاص

(قوله) (و الحدود مطلقا في حضور المستحق و غيبته)

يريد أنه يجوز التوكيل في استيفاء الحدود سواء كانت حقا لله سبحانه أو حقا للناس و هو المراد بالإطلاق و لا نجد في ذلك خلافا إلا من الشافعية لمثل ما تقدم في القصاص و إنما الخلاف في التوكيل في إثبات حدود الله سبحانه و تعالى كما يأتي لأن النبي صلى الله عليه و آله و أئمة الهدى صلوات الله عليهم لم يكونوا يقيمون الحدود بأنفسهم و إنما كانوا يستنيبون غيرهم في إقامتها

(قوله) (و قبض الديات)

كما صرحت به العبارات و قضت به قواعد الباب

(قوله) (و الجهاد على وجه)

حيث لا يتعين كما في الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و التحرير و المختلف لكنه ليس في الأخيرين التقييد المذكور في العبارة لكنه مراد جزما لأنه يتعين عليه إذا عينه الإمام عليه السلام لشدة بلائه أو لوجوده رأيه و وفور عقله أو دهم المسلمين عدو يخاف منه و توقف الدفع عليه و هو المحكى عن القاضي لأن الغرض حراسة المسلمين و حفظ عمود الدين و ليس الغرض متعلقا بمعين فيوكل من وجب عليه من لم يجب عليه و قال الشيخ و الراوندى في المبسوط و فقه القرآن و أما الجهاد فلا تصح النيابة فيه بحال لأن كل من حضر الصف توجه فرض القتال إليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٧

و إثبات حدود آدميين لا حدوده تعالى (١) و عقد سبق و الرمي و الكتابة و العتق و التدبير (٢)

وكيلا- كان أو موكلا- و قال في الأول و قد روى أنه تدخله النيابة و قال في الثاني روى أصحابنا و قال في (التنقيح) بعد أن جعل المسألة خلافية بين الشيخ و القاضي و العلامة قوى بعض الفضلاء كلام الشيخ لأنه مع الحضور يصير فرض عين فلا تدخله النيابة قال و حمل الرواية على الإجارة و قال و هو حسن و لعله أشار ببعض الفضلاء إلى قوله في السرائر إن كل من حضر الصف توجه فرض القتال عليه و كيلا كان أم موكلا و أما إن لم يحضر الصف و لا حرج عليه في الخروج فإنه يجوز له أن يستنيب و يستأجر من يجاهد

عنه على ما رواه أصحابنا انتهى والخبر هو ما رواه عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن السندي بن محمد عن أبي البختری عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام سئل عن إجمال الغرز فقال لا بأس به أن يغرز الرجل عن الرجل و يأخذ منه الجعل و السندي بن محمد ثقة و أبو البختری سعيد بن فيروز قيل إنه من خواص أمير المؤمنين عليه السلام و قد وثق في رجال العامة و قالوا فيه تشيع قليل و روى الخبر الشيخ بسند معتبر فيه محمد بن عيسى أبو أحمد و يشهد لقول الشيخ أن الشهيد قال إن جواز الاستتجار للجهاد خرج بالإجماع و قد قالوا إنما يجوز الاستتجار للجهاد إذا علم أو ظن قيام من فيه كفاية مقامه أو كان المؤجر ممن لا يجب عليه و الذي يظهر لى أن الشيخ هنا لا يظهر منه الخلاف و إن نسبوه إليه لأن قوله إن من حضر الصف توجه الفرض إليه لا أظن أن أحدا يخالفه فيه حتى لو علم أو ظن أن من فى الصف فيه الكفاية و مراد الجماعة بصحة النيابة فى الجهاد أن للرجل أن يخرج غيره بأجرة أو غيرها فى الجهاد و الشيخ لا يخالفهم فى ذلك و هو معنى ما فى السرائر و قد صرح بما ذكرناه من دون تفاوت أصلا فى التذكرة فى رد كلام الشافعى أن من حضر الصف توجه الفرض إليه فنسبة الخلاف إليه فى المختلف و متابعة الجماعة له فى ذلك لم تصادف محلها و لعلمهم أخذوه من قول الشيخ كالشافعى لا تصح النيابة فيه بحال و ذلك لا يدل على ذلك لأنهما بقولهما لأن كل من حضر إلى آخره و تمام الكلام فى باب المكاسب و باب الإجارة

(قوله) (و إثبات حدود الأدميين لا حدوده تعالى)

كما فى المبسوط و فقه القرآن و السرائر و الشرائع و التحرير و كذا الخلاف قال فى (المبسوط) فأما حدود الله تعالى فلا يصح التوكيل فى تثبيتها إجماعاً لأن الله تعالى غير مطالب بها و لا مسبب فى المطالبة بها لأنه أمر بسترها و تغطيتها و وجهه فى السرائر بأن الدعوى فيها غير مسموعة و أجاب عنه فى المختلف بإمكان استتباع حقوق غير الحد كالمهر و الأرش و غيرهما فسخ النكاح انتهى فتأمل (و نحن نقول) إنهم إن أرادوا أنه لا يصح للإمام ذلك ففيه منع ظاهر و قد روى أن النبى صلى الله عليه و آله قال اغد يا أنس إلى امرأة هذا فإذا اعترفت فارجمها فغدا أنس عليها فاعترفت فأمر بها فرجمت و هو يدل على أنه لم يكن قد ثبت عنده و قد وكله فى إثباته و لهذا اختار الصحة فى التذكرة و إن أرادوا أنه لا يصح لأحد من المكلفين أن يوكل به غيره فلا يكاد يكون له معنى صحيح لأن ذلك الغير الذى يراد توكيله إن علم بالحال فإثباته حق له بالأصالة حسبة لاستواء المكلفين بذلك و إن لم يعلم به فحد الله تعالى أوسع من أن يتولى الدعوى به و إثباته أو حكايته من لا يعلم كونه حقا إلا أن تقول هذا ما عناه الشيخ و الجماعة و مرادهم غير الإمام عليه السلام أو مطلقاً لأن كان الخبر عامياً و لا خلاف (مخالف خ ل) قبل التذكرة

(قوله) (و عقد سبق و الرمى و الكتابة و العتق و التدبير)

أى يجوز التوكيل فى عقد سبق و الرمى و عقد الكتابة إيجاباً

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٨

و الدعوى و إثبات الحجة و الحقوق و الخصومة و إن لم يرض الخصم (١) و سائر العقود و الفسوخ (٢) و الضابط كل ما لا غرض للشارع فيه فى التخصيص بالمباشرة من فاعل معين (٣) أما ما لا تدخله النيابة فلا يصح التوكيل فيه و هو كل ما تعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة مع القدرة و إن جازت النيابة فى تغسيل الأعضاء مع العجز و الصلاة الواجبة ما دام حياً و كذا الصوم و الاعتكاف و الحج الواجب مع القدرة و النذر و اليمين و العهد و المعاصى كالسرقة

و قبولاً و فى إيقاع العتق و التدبير كما صرح بذلك جمع

(قوله) (و الدعوى و إثبات الحجة و الحقوق و الخصومة و إن لم يرض الخصم)

أى يجوز التوكيل فى الدعوى على الغير و لا يفتقر إلى علمه بكون المدعى به حقا لأنه نائب مناب الموكل فى إنشاء الدعوى فكأنه حاك لقوله و فى إثبات الحجة أى بيانها و إيضاها عند الحاكم كإحضار الشاهدين و استشهادهما و عدد الشيع و فى إثبات الحقوق

مالية كالدين أو غيرها كالخيار والتحجير والاختصاص بألوية مكان فى المسجد أو حجرة فى المدرسة و نحو ذلك و فى الخصومة سواء رضى الخصم أو لا- و سواء كان الموكل المدعى أو المدعى عليه و ليس للآخر الامتناع لأن كل أحد لا يكمل للمخاصمة و المطالبة و فى (المختلف) أنه المشهور ثم حكى عن أبى على أنه منع من توكيل الحاضر فى الخصومة إلا برضا الخصم و عن بعض العامة أنه اعتبر العذر كالمريض و التحذير و بعضهم جوز مع سفاهة الخصم و خبث لسانه (قوله) (و سائر العقود و الفسوخ)

أى يجوز فى سائر العقود كالوقف و الهبة و السكنى و العمرى و الرقى و الوصية و الإجارة و الإقالة إيجابا و قبولا و كذا يجوز فى جميع الفسوخ المترتبة على الخيارات و كذا فى الحجر و الإحياء عند بعض و الذبح بغير خلاف فيه و ليعلم أن كل ما تدخله النيابة و هو على الفور لا يصح التوكيل فيه إذا نأفى الفور نبه عليه فى التذكرة و جامع المقاصد (قوله) (و الضابط كل ما لا غرض للشارع فيه فى التخصيص بالمباشرة من فاعل معين)

كما نبه على هذا الضابط فى المبسوط و فقه الراوندى و الوسيلة و السرائر و به أو بنحوه صرح فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و فى (التنقيح) أنه حسن لا يختل بشىء و قال جماعة إنه لا يستفاد إلا من التبع و الاستقراء منهم المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى المسالك و الروضة و المقدس الأردبيلى (قال فى مجمع البرهان) إنه يعلم بالنص الصريح و ما يفهم من ظاهره مثل العبادات قلت لأن الغرض منها الانقياد و التذلل بفعل المأمور به إلا أنه ورد النص بجواز التولية فى الطهارة مع الكبر و الحج الواجب كذلك و المندوب مطلقا ثم قال الظاهر من الخطاب التكليفى البدنى المباشرة بنفسه حتى يعلم جواز النيابة بدليل و أما غيره مثل المعاملات فلا- و لهذا ورد النص بالجواز و يؤيده صدق العقود و الإيقاعات بخلاف النذور و الغضب و الإيلاء و الظهار ثم قال و الحاصل أنه قد يعلم بالتأمل و بالنص و إن لم يعلم فلا- يجوز و ينبغى التأمل فى كل مادة بخصوصها (تنبيه) قال فى جامع الشرائع يجب ذكر الموكل فى النكاح و الخلع و الصلح عن الدم و لا يلزم ذكره فى الباقي (قوله) (أما ما لا- تدخله فلا يصح التوكيل فيه و هو كل ما تعلق غرض الشرع بإيقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة و إن جازت النيابة فى غسل الأعضاء مع العجز و الصلاة الواجبة ما دام حيا و كذا الصوم و الاعتكاف و الحج الواجب مع القدرة و النذر و اليمين و العهد و المعاصى كالسرقة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٥٩

و الغضب و القتل بل أحكامها تلتزم متعاطيها و القسم بين الزوجات لأنه يتضمن استمتاعا و الظهار و اللعان و قضاء العدة (١) و فى التوكيل بإثبات اليد على المباحات كالاتقاط و الاصطياد و الاحتشاش و الاحتطاب نظر (٢)

و الغضب و القتل بل أحكامها تتعلق بمتعاطيها و القسم بين الزوجات لأنه يتضمن استمتاعا و الظهار و اللعان و الإيلاء و قضاء العدة) أما الضابط فقد عرفت من صرح به أو بمثله و من نبه عليه و أما الأقسام المذكورة فقد صرح بها كلها فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد عدا الإيلاء فإنه لم يصرح به فى بعضها و قد ذكر فى المبسوط و فقه الراوندى و السرائر ما ذكر فى الكتاب إلا ما قل و بعضه فى اللمعة و الروضة و بالجملة لا- أجد فى ذلك مخالفا و لا مترددا و لنعد إلى ما فى الكتاب فقوله كالطهارة و إن جازت النيابة فى غسل الأعضاء يريد به أنه ليس له الاستنابة فيها أجمع حتى النية بل يجب أن يتولى هو النية و قد تقدم أن مثل هذا لا يعد توكيلا حقيقيا و من ثم يقع ممن لا يجوز توكيله و قد أطبقوا كما هو ظاهر جامع المقاصد على عدم جواز الاستنابة فى الصلاة الواجبة ما دام حيا إلا ركعتى الطواف و فى ظاهر التذكرة الإجماع على الجواز إذا مات و قد تقدم فى باب الصلاة نقل الإجماعات و احترز بالواجبة عن المندوبة فإنها تصح النيابة فيها فى الجملة كصلاة الطواف المندوب أو فى الحج المندوب و إن وجب و صلاة الزيارة و قد جوز الشهيد فى حواشيه الاستئجار على الصلوات المندوبة (و قال فى الروضة) فى جواز الاستنابة فى مطلق النوافل وجه و فى

(المسالكة) فيه نظر و إطلاق كلامهم في الصوم يقضى بأنه لا يفرق فيه بين الواجب و المندوب في عدم جواز الاستنابة فيه عن الحى و مثلها الاعتكاف لاشتراطه بالصوم و تجوز الاستنابة في الصوم بعد الموت تبرعا و بالإذن و بعوض و مجانا و إن لم يكن وليا و كذا الاعتكاف لعموم قوله صلى الله عليه و آله فدين الله أحق أن يقضى و من اللغو التوكيل في النذر و العهد و اليمين و الظهار على أنه زور و بهتان و كذا اللعان لأنه يمين و شهادة و كذا الإيلاء (و قال في جامع المقاصد) أنه لا يجوز التوكيل في رد السلام لأنه متعلق بمن سلم عليه انتهى فتأمل نعم التوكيل فيه مؤد إلى فوات الفورية و قال و هل يصح التوكيل في السلام فيعد سلاما شرعيا حتى يجب رد جوابه فيه نظر ينشأ من إطلاق قوله تعالى وَإِذْ إِحْيَيْتُمْ و من حمله على المعهود (قلت) تحمیل السلام إلى الغائب معهود متعارف بين الناس و قد لهجت به الشعراء الأقدمون و المخضرمون و الإسلاميون فيكون متعارفا في عصره صلى الله عليه و آله بل لا يبعد ذلك فيما يكتب في صدور الرسائل لمكان تعارف ذلك قديما و حديثا و قد روى في الكافي عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال رد جواب الكتاب واجب كوجوب رد السلام و البادى بالسلام أولى بالله و رسوله صلى الله عليه و آله و تمام الكلام في باب الصلاة و زاد في التذكرة أنه لا تصح النيابة في الاستيلاء لأنه متعلق بالوطة و الوطة مختص بالفاعل و هو من بيان البديهيات كقوله لا تصح النيابة في الرضاع و الميراث و الأشربة و يأتي الكلام في التوكيل بالإقرار و الشهادة و الالتقاط و الاحتشاش و الاحتطاب و لا يخفى ما في العبارة من عطف المعاصى على الطهارة و يحتمل عطفه على كل (قوله) (و في التوكيل في إثبات اليد على المباحات كالاتقاط و الاصطياد و الاحتشاش و الاحتطاب نظر) و إشكال كما في التذكرة و التحرير و الإرشاد و لا- ترجيح أيضا في الإيضاح و المهذب البارع و منع من التوكيل في الجميع في الجامع و الشرائع و جوزه في الجميع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٠

و لا يصح التوكيل في الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة (١) و لا في كل محرم (٢) و في التوكيل على الإقرار إشكال (٣)

و منع منه في الالتقاط في المبسوط و فقه القرآن و السرائر و جوزه في الأولين في إحياء الموات و منع منه في الأخير أعنى السرائر في الاصطياد و في بعض نسخ المبسوط في آخر كلامه المنع من التوكيل في الإحياء و لم أجد ذلك في النسخة الأخرى (و قال في المختلف) في الباب قوى الشيخ المنع من التوكيل في الاحتطاب و الاحتشاش و سوغ التوكيل في إحياء الموات و تبعه ابن إدريس و في الجمع بين الحكمين نظر انتهى و قد حكى في الإيضاح و التنقيح جميع ما في المختلف و الموجود فيما عندنا من نسخ الكتابين في الباب ما حكيناه و إلا فقد تقدم لنا في باب الشركة و باب اللقطة و إحياء الموات نقل الأقوال من جميع الكتب و الأبواب و بيان الحال و كشف الإشكال فليقف عليه من أراد خصوصا باب الشركة و ليس لذلك كله في النهاية و الخلاف عين و لا أثر (قوله) (و لا يصح التوكيل في الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة)

كما في فقه القرآن و السرائر و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و كذا التحرير و ظاهر السرائر الإجماع على كونها حينئذ شهادة على الشهادة قال فيكون شهادة على الشهادة عندنا انتهى و ذلك لأن الشهادة على الشهادة ليست توكيلا في الشهادة بل شهادة بكون فلان أشهده على شهادته أو أن فلانا شهد عند الحاكم أو أن فلانا شهد بكذا بسبب كذا و الذى يمكن فرضه هنا أنما هو الأول و الأخير بالألفاظ المخصوصة فليتأمل نعم فيه نوع مشابهة و بسبب هذه المشابهة يكون الاستثناء متصلا و إلا فهو منقطع (قوله) (و لا في كل محرم)

هذا يغنى عنه قوله فيما تقدم و المعاصى كالسرقة إلى آخره

(قوله) (و في التوكيل على الإقرار إشكال)

كما في التذكرة و الإرشاد و الكفاية و كذا التحرير و التنقيح و إيضاح النافع حيث لا ترجيح فيها و منع من جوازه و صحته في جامع

الشرائع والإيضاح وشرح الإرشاد لولده والمهذب البارع وجامع المقاصد وجوزه الشيخ في الخلاف والمبسوط وأبو المكارم في الغنية والمصنف في التذكرة والمقدس الأردبيلي في مجمع البرهان وفي (غاية المراد) أنه قوى وقد وقع في المقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة والغنية والنافع أنه إن عمم الوكالة عمت سائر الأشياء إلا الإقرار بما يوجب حداً وهو يعطى بإطلاقه جواز التوكيل في الإقرار إلا ما أوجب حداً وسنين الحال في ذلك مفصلاً عند تعرض المصنف له لأن عبارات هذه الكتب مختلفة في الجملة لكن ظهور عبارة المراسم والكافي والوسيلة والغنية في صحة التوكيل في الإقرار في غير الحد مما لا يكاد ينكر وستسمع هذه العبارات برمتها وقد وقع في التنقيح والرياض في شرح عبارة النافع خلل كثير وهم كبير يأتي بيانه عند شرح قوله ولو قال وكلتك على كل قليل وكثير وجه المنع أن الإقرار إخبار عن حق للغير في ذمة المقر وإقرار الغير على أن في ذمة زيد مثلاً شيئاً لغيره إخبار وشهادة عليه ولا يلزم الغير خبر الغير إلا على وجه الشهادة وأن الأصل براءة الذمة ولم يعلم كون ذلك إقراراً مثبتاً في الذمة شيئاً (و فيه) أن الإقرار قد لا يكون مشغلاً للذمة كأن يقول له حاسب عامل على القراض واقبض ما بقي من الحساب وأقر عني بوصول حقي إليّ منه وهذا لا يتجه فيه شيء من دليلى المنع ووجه الصحة أن فعل الوكيل فعل الموكل والإخبار بالحق إخبار عنه ولأنه قول يلزم به الحق فأشبهه الشراء وسائر التصرفات فهو كالبيع وأنه يجوز إملال الولي عن غير المستطيع للإملال كذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦١

فإن أبطلناه ففي جعله مقراً بنفس التوكيل نظر (١)

قال في غاية المراد ونحوه ما في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد (و يرد على الأول) أنه دور إذ الشأن في كونه وكيلاً (و على الثاني) أنه قياس على أنه في محل الدعوى أيضاً (و على الثالث) أن الظاهر من الولي غير الوكيل والإقرار إخبار وإملال الولي ليس إخباراً وقد وجه في جامع المقاصد كون الإملال ليس إخباراً بأن المولى عليه لو أنكر بعد زوال العذر لم يؤاخذ به ولم يتضح لنا هذا التوجيه بل كاد لا يكون له وجه فالأولى الاستدلال عليه بعموم أدلة الوكالة وأن الظاهر أنه يقبل النيابة له وصوره ذلك أن يقول وكلتك لتقر عني لفلان أو أقر عني لفلان كما في التذكرة وهذا يشمل ما إذا قال وكلتك على أن تحاسب عاملى أو شريكى وتقر عني بوصول حقي إليّ أو وكلتك في أن تقر عن لسانى أن لزيد على ألفاً ولا ريب أن معنى ذلك (أنه ظ) لازم لذمتى لزيد فأخبره عني فأقرارك بمنزلة إقرارى وإن كانت عبارة التوكيل إنشاء إذ لا معنى لقوله وكلتك في أن تقول في ذمتى لزيد كذا إلا أن ذلك حق فإذا أخبرت «أ» بما في ذمتى ولا نسلم أنه يشترط في المقر أن يكون الحق في ذمته فالظاهر أن هذا التوكيل إقرار (قال في التذكرة وكذا التحرير) فإن قلنا بصحة التوكيل ينبغي أن يعين للوكيل جنس المقر به وقدره ولو قال أقر عني بشيء لفلان طوالب الموكل بالتفسير وفي (التحرير) أنه يجبر على التفسير ومعنى كلامه في الكتابين أنه على تقدير صحة التوكيل يكون هذا التوكيل إقراراً لأن سبب كونه صحيحاً أنه قد تضمن خبراً وإخباراً بحق لازم له فيؤخذ به (قولك) الإقرار إخبار والتوكيل إنشاء فلا يكون إقراراً (قلنا) التوكيل في الإقرار يستلزم الخبر والإخبار بشيء يلزم الموكل إن كان معيناً فمعين وإن كان مطلقاً فمطلق ويجبر على التفسير وأصل البراءة منقطع بالدليل وهو صدور التوكيل فلا يبقى للإشكال في أحد الطرفين مجال وقد نبه على ذلك كله مولانا الأردبيلي (و فيه) أنا وإن سلمنا أنه يتضمن إقراراً لكننا نقول إنه ليس من التوكيل في شيء أصلاً لأنه إذا أقره عند الحاكم فإنما يقول أقر بأن لزيد في ذمة عمرو كذا وهو يخالف قواعد الإقرار بل يكاد يلحق بالكلام الذى لا وجه (لا معنى خ ل) له إلا أن تقول إنه لا بد هنا من ذكر الموكل فيقول أقر وكالة أو نيابة عن عمرو بأن لزيد في ذمته كذا فليتأمل

(قوله) (فإن أبطلناه ففي جعله مقراً بنفس التوكيل نظر)

هذا عين قوله في التحرير فإن معناه ففي كونه إقراراً من الموكل نظر ولا ترجيح أيضاً في التذكرة على تقدير عدم صحة التوكيل وقد نص في المبسوط على أن من قال بصحة التوكيل قال بأنه إقرار يلزم الموكل وأن من قال لا يصح توكيله اختلفوا فمنهم من قال يكون

توكيله و إذنه في الإقرار إقرارا منه و منهم من قال إن ذلك لا- يكون إقرارا منه و قد حكي ذلك عنه في الإيضاح ساكتا عليه فقد اتفقت هذه الكتب الأربعة بل الخمسة على أن النظر و الخلاف في أنه يصير مقرا بذلك أم لا إنما هو على تقدير البطلان و الظاهر منها أنه على تقدير الصحة يتعين كونه إقرارا كما هو صريح بعضها كما سمعت فلا وجه لقوله في جامع المقاصد أنه لا يخفى أن عبارة المصنف لا- تخلو عن مناقشة لأن تفريع كونه مقرا بنفس التوكيل على القول بالبطلان غير ظاهر بل ذلك آت على تقدير البطلان و الصحة فكان حقه أن يقول و في كونه مقرا بنفس التوكيل نظر كما صنع في الإرشاد لما بيناه على أنه ليس في عبارة الكتاب ما يدل على أن احتمال كونه مقرا بنفس التوكيل متفرع على القول بالبطلان بل إنما فرع النظر في ذلك على ذلك فقد يكون لأنه لا احتمال لكونه إقرارا على تقدير

(١) به أخيرت «ظ»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٢

[الثالث أن يكون معلوما نوعا ما]

(الثالث) أن يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفى عظم الغرر (١) فلو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفى الغرر

الصحة كما لعله يفهم من جامع المقاصد أو لتعين كونه إقرارا فلا يحتمل العدم و قد يكون مراده الإشارة إلى الخلاف إذ لا خلاف إلا- بين القائمين بالبطلان كما ظهر من المبسوط و الإيضاح ثم إن كلامه في جامع المقاصد يدل على أنه في الإرشاد قال فيه نظر كالكتاب و ليس كذلك بل جزم بعدم كونه إقرارا و يحتمل أن يكون بنى ذلك في الإرشاد على القول بالبطلان فلو قيد به كما في الكتاب و غيره لكان أولى فكانت عبارة الكتاب أظهر و أوفق من عبارة الإرشاد عكس ما قال (و ليعلم) أنه في الإرشاد استشكل أولا في صحة التوكيل و عدمه ثم جزم بعدم كونه إقرارا فيكون مراده أنه لما لم تثبت صحة الوكالة جزمنا بعدم كونه إقرارا و هذا غير ما لحظه في عبارة الكتاب و قد يكون أراد في الإرشاد الإشارة إلى جريان الاحتمالين على تقديرى الصحة و البطلان و إن كان الخلاف إنما هو على تقدير البطلان (و كيف كان) فما اختير فيه أنه لا يكون إقرارا جامع الشرائع و الإيضاح و شرح الإرشاد لولده و المهذب البارع و جامع المقاصد و التنقيح و الكفاية و لا ترجيح في غاية المراد و إيضاح النافع و قد عرفت أن خيرة الخمسة الأول المنع من صحة التوكيل فيتجه عليه عندهم اختيار عدم كونه إقرارا و قد عرفت أنهما في التنقيح و الكفاية كالإرشاد ترددوا في صحة التوكيل و أنه في غاية المراد قال إنه قوى و لم يرجح هنا و الذى يظهر لمن نظر و تدبر أنه إقرار سواء قلنا بصحة التوكيل و عدمه و استوضح ذلك فيما إذا قال له و كلتك بأن تفرعنى بأنى بعث كتابى لزيد بمائة و اشترت فرسه الدهماء بخمسين و أنى قد استقرضت منه عشرين دينارا و رهنته كذا فإنه إن لم يكن غرضه بذلك أن ذلك حق له عندى و لازم لذمتى كان كذبا و حملا على الكذب أو كان ملحقا بالهذيان و أهل العرف لا- يرتابون في ذلك لأن هذه الأمور إما أن تكون ثابتة في الواقع أو لا و الثانى باطل لاستلزامه إما الكذب الصريح و حملة المسلم على الكذب و لا سيما إذا كان عالما بأن ذلك ليس بإقرار و أما الهذيان و هما ممنوعان فيتعين الأول و هو أنه أخبر عن الواقع و أوهن شىء استدلالهم على عدم كونه إقرارا بأن التوكيل فى البيع لا يكون بيعا و فى الإبراء لا يكون إبراء و بأن الأمر بالأمر ليس أمرا و بأن رضاه بالشهادة عليه لا يكون إقرارا بالحق لأن التوكيل فى البيع لا يتضمن البيع إذ لا بد فى تحققه من العقد و لا كذلك التوكيل فى الإقرار إذ التوكيل فيه كاف فى تحققه و نظيره ما إذا باعه بشرط أن يكون و كيله فى كذا فإنه لا يحتاج بعد ذلك إلى إنشاء عقد الوكالة إذ هذا العقد كاف فى تحقق الوكالة و نظيره ما مثلوا به ما إذا باعه كتابه بشرط أن يبيعه فرسه و الأمر

بالأمر أمر إذا كان المأمور مبلغا و حاكيا و ناقلا و ليس بأمر فيما عدا ذلك بوجوه منها عدم انطباق تعريف الأمر عليه لا لقوله صلى الله عليه و آله و سلم مروهم بالصلاة و هم أبناء سبع و الوكيل هنا حاك و ناقل فيما إذا قال أقر نيابة عن زيد و وكالة عنه و نظير ما نحن فيه ما إذا قال إن شهد لك فلان بما تدعيه على فهو صادق لأن بعض ما ذكر في توجيه أنه إقرار جار فيما نحن فيه و ليس نظيره ما إذا قال إذا شهد لك فقد رضيت به فليلاحظ ما ذكره في الفرق في باب الإقرار

(قوله) (الثالث أن يكون معلوما نوعا من العلم لينتفى عظم الغرر)

كما صرح بذلك في التنقيح و الرياض بل بالغ في الأخير فقال يشترط أن يكون معلوما فلا تصح على المبهم و المجهول بلا خلاف فيما أعلم انتهى و ستعلم أن المعظم جوزوها على المبهم و إنما مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٣

و يكفي لو قال عبدا تركيا و إن لم يستقص في الوصف (١) و أو أطلق فالأقرب الجواز (٢) و لو قال و كنتك على كل قليل و كثير لم يجز لتطرق الغرر و عدم الأمن من الضرر (٣)

المخالف الشيخ في المبسوط و لقد تتبعت كتب الأصحاب فلم أجد من اشترطه غير من عرفت ثم إنه في الكتاب سيقرب جواز الإطلاق و التوكيل على المبهم على أن اشترط هذا الشرط (يقضى ط) بفساد باب القراض كما ستعرف نعم قال في جامع المقاصد لا خلاف في أنه لا يشترط أن يكون معلوما من جميع الوجوه التي تتفاوت باعتبارها الرغبات فإن الوكالة عقد شرع للارتفاق و دفع الحاجة فيناسبه المسامحة و هو كلام التذكرة غير أنه لم ينف فيها الخلاف ثم قال لكن يجب أن يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر و لا فرق في ذلك بين الوكالة العامة و الخاصة ثم إنه في التذكرة بعد مسألتين أو ثلاث قوى كون متعلقها المطلق المبهم (و قال في جامع المقاصد) إنه لا يخلو عن قوة فلم يجزما بهذا الشرط بل لا ينبغي التأمل في ذلك لأن العامل في القراض و كيل أو كالوكيل بل هو و كيل أمره صاحب المال بشراء شيء مبهم موكول اختياره إلى نظره ثم إن الحاجة قد تدعو إلى شراء عبد مطلق مبهم على أي نوع و وصف كان فيكون في شرائه كذلك مصلحة للموكل و لا مصلحة في الخصوصية ثم إن علمه بنوع من العلم بحيث لا يعظم الغرر متعسر جدا بل لا يكاد ينضبط عرفا فليتأمل جيدا

(قوله) (و يكفي لو قال عبدا تركيا و إن لم يستقص في الوصف)

إجماعا كما في التحرير قال لو قال تركيا جاز إجماعا (و قال في التذكرة) لا يشترط استقصاء الأوصاف التي تضبط بالسلم و ما يقرب منها إجماعا (و قال في المبسوط) إن عين له نوعا مثل أن يقول تركي أو زنجي فإن سمي له ثمنا جاز و إن أطلق ذلك ففيه وجهان أحدهما لا يجوز و هو الأحوط و هذا يقضى بمخالفة هذين الإجماعين و قد يقال إنا لا نسلم أنه ينتفى بذلك معظم الغرر للتفاوت الكثير بين أفراد التركي (و قال في التذكرة) و هل يفتقر مع ذلك إلى تعيين الثمن أيضا الأقرب عندنا عدمه و ظاهره الإجماع و هو خلاف ما سمعته عن المبسوط فتأمل

(قوله) (و لو أطلق فالأقرب الجواز)

كما في التذكرة و الإيضاح و التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان مع الجزم به فيما عدا الأولين لعموم الأدلة و انتفاء الغرر كما بيناه فيما مر و في (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة (قلت) قد قالوا في باب القراض الوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أبا الموكل احتمال الصحة و عدمها و قضية كلامهم أنه لا ريب في صحة التوكيل في ذلك حيث يتنازعون في شيء آخر كما بيناه مفصلا و أشرنا هناك إلى ما هنا (و قال في المبسوط) يصح ذلك لأن فيه غررا و لأنه كلما صح التوكيل فيه صح مباشرته بالفعل إجماعا و يلزمه بعكس النقيض كل ما لا تصح مباشرته بالفعل لا يصح التوكيل فيه و شراء المجهول لا تصح مباشرته فلا يصح التوكيل فيه (و فيه) أن الوكيل يعينه عند الشراء فلم يباشر شراء مجهول و الموكل لم يوكله في شراء عبد مجهول بل و كله مطلقا في شراء عبد يعينه الوكيل كما هو

ظاهر و احتمال الشهيد التفصيل فيما حكى عنه بما إذا كان المقصود من العبد التجارة فلا يفتقر إلى الوصف لأن الغرض هو الاسترباح و إن كان هو الخدمة افتقر (و فيه) أن الاسترباح يتفاوت تفاوتاً بينا بتفاوت الأعيان إلا أن يدعى زوال معظم الغرر فتدبر (قوله) (و لو قال و كلتك على كل قليل و كثير لم يجز لتطرق الغرر و عدم الأمن من الضرر) كما نص على ذلك في الخلاف و المبسوط و كذا الفخر في الإيضاح لأنه نص على البطلان فيما إذا قال و كلتك فيما إلى من قليل و كثير كما يأتي ذكره في كلام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٤

و قيل يجوز و ينضبط التصرف بالمصلحة (١)

المصنف (قال في المبسوط) إذا و كل رجلا في كل قليل و كثير لم يصح لأن في ذلك غررا عظيما لأنه ربما لزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء به فربما أدى ذلك إلى ذهاب ماله من ذلك أن يزوجه بأربع و يطلقهن عليه قبل الدخول فيغرم لكل واحدة منهن نصف مهرها ثم يزوجه بأربع آخر و على هذا إلى أن قال إلى غير ذلك من أنواع التصرف لأنه أطلق له ذلك فيتناول جميع ما يضره و ينفعه و كأنه مال إليه في الشرائع أو قال له بل قد نسب إليه جماعة القول به و قواه في التذكرة لأنه فرق كالكتاب كما ستسمع بين ما إذا و كله في كل قليل و كثير من دون أن يضيف ذلك إلى نفسه كما هو المفروض في كلام الخلاف و المبسوط و بين ما إذا أضافه إلى نفسه فحكم بالبطلان في الأول و الصحة في الثاني قال إذا قال و كلتك في كل قليل و كثير فإن لم يصفه إلى نفسه فالأقوى البطلان لأنه لفظ مبهم بالغاية و لو ذكر الإضافة إلى نفسه فقال و كلتك في كل أمر هو إلى أو في كل أموري أو في كل ما يتعلق بي أو جميع حقوقي أو بكل قليل و كثير من أموري أو فوضت إليك جميع الأشياء التي تتعلق بي أو أنت و كيلى مطلقا فتصرف في مالي كيف شئت أو فصل الأمور المتعلقة به التي تجرى فيها النيابة فقال و كلتك في بيع أملاك لي و تطليق زوجاتي و إعتاق عبيدي أو لم يفصل على ما تقدم أو قال و كلتك في كل أمر هو إلى مما يناب فيه و لم يفصل أجناس التصرفات أو قال أقمته مقام نفسي في كل شيء أو و كلتك في كل تصرف يجوز لي أو في مالي التصرف فيه فالوجه عندي الصحة في الجميع و به قال ابن أبي ليلى انتهى و قد حكى في التذكرة عن الشيخ أن الوكالة لا تصح في هذه كلها و إن أضافها إلى نفسه و كلامه في الكتابين لا يدل على ذلك و لعله فهمه من قوله في الخلاف إذا و كل رجلا- في كل قليل و كثير لم يصح ذلك و به قال جميع الفقهاء إلا ابن أبي ليلى فإنه قال يصح ذلك انتهى و قد سمعت أن ابن أبي ليلى صحح جميع ما صححه في التذكرة و الشيخ خالفه في الخلاف أو فهمه من أن التوكيل إنما يكون فيما بملكه الموكل إذ لا يعقد «١» توكيله فيما لا يملكه فظاهر اللفظ في الكتابين و إن كان مطلقا إلا أن التوكيل و قرينه المقام يقيدان ذلك إذ كل قليل و كثير لا تعلق له بالموكل بوجه من الوجوه أصلا كيف يعقل التوكيل فيه لكنه ينقدح من ذلك أنه يكون فرقه في التذكرة غير واضح و لعله أراد بالفرق و الإضافة إلى النفس إخراج ما إذا تزوجه بأربع و طلقهن و هكذا فليتأمل لأنه سيتضح لك أنه لا معنى لهذا الفرق أصلا و أن القوم لم يصلوا إلى مراد الشيخ و قد احتج على صحة ذلك في التذكرة بأنه لفظ عام فصح فيما تناوله كما لو قال بع مالي كله و بأنه لو فصل و ذكر جميع الجزئيات المندرجة تحت اللفظ العام صح التوكيل فكذلك يصح في الإجمال ثم ذكر احتجاج المانع بالغرر و دفعه بأنه ينضبط باعتبار المصلحة (و فيه) أن الجهالة لا ترتفع و الغرر لا يندفع في متعلق هذه الوكالات المتعلقة بالأمور المنتشرة التي تخفى فيها المصلحة جدا فلا بد من التزام أن الغرر غير مانع من صحة هذه الوكالات و لا سبيل إلى القول ببطلانها لمكان الغرر لأنه يقضى بالقول ببطلانها فيما إذا و كله في جميع الجزئيات المندرجة تحت اللفظ العام مفصلة لأن تفصيلها لا يرفع الغرر فليتأمل جيدا و ليتدبر لأنك ستعرف تحرير كلام الشيخ

(قوله) (و قيل يجوز و ينضبط التصرف بالمصلحة)

كما في التذكرة كما عرفت و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و التفتيح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و كذا التحرير

و الكفاية و فى (المسالک) أنه مذهب الأكثر و هو ظاهر الباقيين أو صريحهم

(١) يعقل «ظ»

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٥

.....

ففى (المقنعة و المراسم و الكافى و النهاية و فقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع و النافع و كشف الرموز و المختلف) و كذا السرائر فيما حكى عنها و كذا إيضاح النافع أن إطلاق الوكالة يقتضى تعميمها فى جميع الأشياء إلا ما يوجب الإقرار من الحدود و الأيمان كما فى المقنعة و النهاية و فقه الراوندى إلا ما يوجب حدا كما فى الكافى و الغنية مع زيادة التأديب فى الغنية و نحوها و الوسيلة و مرادهم بالإطلاق هنا التعميم كما فهمه منهم فى المختلف و نسبه فيه إلى المشهور و قال فى موضع من المقنعة و النهاية و إن شرط كونها عامة قام الوكيل مقامه على العموم و كما تعطيه عبارة المراسم قال و المطلقة يقوم الوكيل فيها مقام الموكل على العموم و نحوه قوله فى الكافى فإن أطلق عمت الوكالة سائر الأشياء إلا الإقرار بما يوجب حدا و نحوها غيرهما كما صرح به فى النافع حيث قال و لو عمم الوكالة صح إلا ما يقتضيه الإقرار و قد احتجوا عليه بالأصل المستفاد من عموم الأدلة و انتفاء الغرر و اندفاع الضرر بمراعاة المصلحة فى فعل الوكيل و قد رد ذلك المحقق فى الشرائع بأنه بعيد عن موضع الفرض و معناه أن المفروض أنه جعله كنفسه و كيلا فى كل شىء فما صح له أن يفعله بنفسه صح له أن يفعله و ما يمنع منه لكونه سفها أو عبثا و نحو ذلك يمنع منه فيدخل فيه تطلق نسائه و هبة جميع أملاكه و نحو ذلك مما له أن يفعله بنفسه و إن أوجب الضرر و التقييد خروج عن الكلية (و أوجب) بما حاصله بأن ذلك ليس بخارج عن الفرض و الكلية لأن القيد معتبر و إن لم يصرح بهذا العموم حتى لو خصص بفرد واحد قيد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر الذى كثيرا ما تخفى فيه المصلحة فمرجع المصلحة إلى نظر الوكيل يفعل ما علم فيه المصلحة و ما اشتبهت فيه المصلحة يتركه و لأنه لو فصل ذلك فقال و كنتك فى عتق عبيدى و تطلق زوجاتى و بيع أملاكى صح قولاً واحداً لأن كل واحد منها منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا به و ذلك مشترك بين الأمرين و أنت تعلم أن الظاهر أن نظر المحقق أدق و أن المصنف و من وافقه لم يحرروا كلام الشيخ لأن هناك مصليتين مصلحة فى نفس البيع مثلا و مصلحة فى كيفية فإذا و كله مثلا فى بيع كتابه فالواجب على الوكيل أن يبيعه نقدا لا نسيئة بثمان المثل بنقد البلد فإذا فعل ذلك فقد راعى مصلحته و ليس عليه أن يقول له لا مصلحة لك فى بيعه لأنه مسلط على ماله فإذا و كله فى كل قليل و كثير فقد جعله كنفسه فى البيع فى التطلق و العتق و نحو ذلك مما يباشره الموكل بنفسه سواء كان له أى للموكل فى ذلك مصلحة أم لم يكن فلو كليل أن يتولى ذلك كذلك أى مع المصلحة و بدونها لكنه إذا باع الوكيل أو طلق أو أعتق أو زوجه و جب عليه مراعاة المصلحة فى كيفية البيع من كونه نقداً و بثمان المثل و بنقد البلد و فى كيفية الطلاق و التزويج و فى كيفية العتق و قصد الثواب و هكذا فإن قلنا حينئذ إن للوكيل أن يتولى البيع و التزويج مثلا لأن للموكل مصلحة فيهما و ليس له أن يطلق نساءه و يعتق عبيده لأنه لا مصلحة له فيهما كان خروجاً عن الفرض و بعيداً عن الكلية فالشيخ فى الكتابين و المحقق فى الشرائع يمنعان من صحة ذلك لما فيه من الغرر العظيم لأنه يتناول جميع ما ينفعه و يضره و المفيد و الشيخ و القدماء يجوزون ذلك و إن تناول ما يضره إلا فيما يوجب الإقرار من حد كما فى الكافى و غيره أو تأديب و تعزير كما زيد ذلك فى الوسيلة و الغنية و غيرهما أو أيمان كما زيد ذلك فى المقنعة و النهاية و فقه القرآن أو يجوزون ذلك من دون استثناء كما فى المراسم كما تقدم بيان ذلك كله و قد حكى فى المختلف عن النهاية أنه استثنى النذور أيضاً و لم نجد ذلك فى نسختين منها و لم يحكه غيره عنها و ليس هذا منا اختياراً لمذهب الشيخ لأن الظاهر عندنا خلافه و إنما هو تحقيق للمقام (و بقى هناك شىء) و هو أنه وقع فى النهاية أنه من وكل غيره فى الخصومة عنه و المطالبة و المحكمة و البيع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٦

.....

و الشراء و جميع أنواع ما يتصرف فيه بنفسه فقبل الموكل عنه و ضمن القيام فقد صار وكيله يجب له ما يجب لموكله و يجب عليه ما يجب على موكله إلا- ما يقتضيه الإقرار من الحدود و الآداب و الأيمان و نحوه ما في المقنعة و فقه القرآن فإن كان الاستثناء في كلامهم من الأخير كما فهمه كاشف الرموز صار التقدير يجب عليه ما يجب على موكله إلا الحدود فإنها تختص بالمتكلم لا بالمقر و قضى ذلك بصحة التوكيل في الإقرار حتى في الحدود و إن قلنا إنه استثناء من قولهم يجب له ما يجب لموكله إذ معناه يصح له ما يصح لموكله كان معناه أنه يصح له أن يتوكل في الإقرار عنه في غير الثلاثة و يرشد إلى ذلك عبارة المراسم و الكافي و الوسيلة و الغنية (قال في الكافي) كما سمعت أنفاً فإن أطلق عمت الوكالة سائر الأشياء إلا الإقرار بما يوجب حداً و هذا هو الذي نهينا عليه فيما سلف و سيأتي للمصنف أن ليس التوكيل في الخصومة إذناً في الإقرار و قد ادعى في التذكرة الإجماع على ذلك و هو يناهض ما يظهر من النهاية و غيرها و قد قال في الرياض في شرح عبارة النافع و قد سمعتها في صدر المسألة إذ لم يخص التوكيل بوجه كما إذا قال في كل قليل أو كثير صح و حكاها عن النهاية و المفيد و الحلي و القاضي و الديلمي إلى آخر ما قال إلى أن قال فتمضى تصرفات الوكيل خاصة كان أم عاماً من وجه أم مطلقاً مع المصلحة إلا ما يقتضيه الإقرار بمال أو ما يوجب حداً أو تعزيراً فلا وكالة وفاقاً للأكثر كالشيخين و التقى و ابن حمزة و ابن زهرة و المقداد إما لأنه لا- تدخله النيابة لاختصاص حكمه بالمتكلم إذا أنبأ عن نفسه أو لأنه خلاف المصلحة المشتركة في تعميم الوكالة هذا كله إذا لم يصرح له بالإقرار أما مع التصريح به فقال الشيخ في الخلاف يصح إقراره إلى آخر ما قال و حكى بعض ما حكيناه في المسألة فيما تقدم فنسب ذلك إلى الشيخين و التقى و ابن حمزة و ابن زهرة و هم صرف لأنك قد سمعت عبارات هؤلاء و لا تعرض في واحدة منها لذكر المال أصلاً و قد عول في النقل عن الشيخين و في الدليلين و في التفصيل على كلام التنقيح لأنه أخذه في هذه الأمور الثلاثة برتمته و كلام التنقيح غير منقح و لا محرر و فيه مواضع للنظر لمن أمعن فيه النظر و لحظ ما حررناه ثم ما بهما قد استدلا على عدم جريان التوكيل في الإقرار إذا عمم بغير ما استدلا به على عدم جريانه فيه إذا صرح له بالتوكيل فيه و لو لا- خوف الإطالة لبينا ذلك كله و في ما ذكرناه بلاغ و مقنع فيما أردناه من التحذير عن الاعتماد على ما ذكر من نقل و دليل و تفصيل (لكن بقي شيء آخر) في كلاميهما يجب التنبيه عليه و هو أنه قال في الرياض و لو عمم الوكالة صح إذا خصها من وجه مال أو غيره بلا خلاف في الظاهر و به صرح في التنقيح انتهى (و فيه) مع سوء التعبير أن من جملة ما إذا خصها من وجه ما إذا قال بع مالي كله و قبض ديوني كلها و قد قالوا إنه يجيء على قول الشيخ في الكتابين عدم الصحة نص عليه المحقق الثاني كما ستسمع و من جملة ما إذا قال بع ما شئت من مالي و قبض ما شئت من ديوني فإنه يجيء على قول الشيخ عدم الصحة كما نص عليه المحقق الثاني و من جملة ما إذا قال بع شيئاً من مالي و قبض شيئاً من ديوني فإنه نص في التذكرة و جامع المقاصد على عدم الصحة و هو داخل في معقد نفي الخلاف في كلامه جزماً و من جملة ما إذا قال و كلتك في كل معاملاتي المالية أو كل مالي المعاملة به فإنه يجيء على قول الشيخ في الكتابين عدم الصحة بل قد تأمل الشيخ في المبسوط فيما إذا قال له اشتر لي عبداً تركيا و لم يسم له ثمنه و منع من الصحة فيما إذا قال اشتر لي عبداً و هذا أخص مما إذا خصها بوجه مال أو غيره و قد اعتمد حرسه الله تعالى في ذلك على كلام التنقيح أيضاً قال تعيين ما فيه الوكالة إما بحسب الشخص أو بحسب الصنف أو بحسب النوع و لا خلاف في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٧

و لو قال و كلتك بما إلى من تطليق زوجاتي و عتق عبيدي و بيع أملاكى جاز (١) و لو قال بما إلى من قليل و كثير فأشكال (٢) و لو قال بع مالي كله و قبض ديوني كلها جاز (٣) و كذا بع ما شئت من مالي و قبض ما شئت من ديوني (٤) و لو قال اشتر عبداً بمائة أو اشتر عبداً تركيا فالأقرب الجواز (٥) و التوكيل بالإبراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرئ عنه (٦)

صحة هذه الثلاثة و لكنه أخص مما إذا خصها بوجه فكلام التنقيح أقرب في الجملة إلى الصواب لأنه جعل ذلك في الرياض في مقابلة ما إذا خصه بوجه قال بعد ما حكيناه عنه بلا فاصله و كذا إذا لم يخصه بوجه كما إذا وكله في كل قليل و كثير مما له فعله على الأقوى

(قوله) (و لو قال و كلتك بما إلى من تطليق زوجاتي و عتق عبيدي و بيع أملاكي جاز)

لاندفاع الغرر بالتفصيل و به صرح في جامع المقاصد و هو قضيه كلام المبسوط و الشرائع كما ستمتع و قد سمعت ما في التذكرة (قوله) (فلو قال بما إلى من قليل و كثير فأشكال)

يعرف مما تقدم من الغرر و من اندفاعه بالتقييد بالمصلحة و قد صرح في الإيضاح هنا بالبطلان كما حكيناه عنه آنفا و قد فرق المصنف هنا كالتذكرة لكنه هنا استشكل و في (التذكرة) قال إن الوجه الصحة كما سمعت و ظاهر جماعة عدم الفرق و في (جامع المقاصد) في الفرق تردد

(قوله) (و لو قال بع مالي كله و اقبض ديوني كلها جاز)

إجماعا نصا في الأول في التحرير و ظاهرا فيه في الثاني و بالصحة في الأمرين صرح في التذكرة و جامع المقاصد و قال في الأخير إنه يجيء على قول الشيخ في المبسوط عدم الصحة (قلت) قال في المبسوط إذا وكله في بيع جميع ما يملكه صح لأن ما يملكه محصور (و قال في الشرائع) لو وكله على كل ما يملكه صح (و كيف كان) فلا فرق في الجواز بين أن تكون أمواله و ديونه معلومة وقت التوكيل أو لا للتقييد بالمصلحة و منع بعض الشافعية من صحة التوكيل في بيع ماله للجهالة

(قوله) (و كذا بع ما شئت من مالي و اقبض ما شئت من ديوني)

في التذكرة و جامع المقاصد و لا فرق بين أن يكون الأموال و الديون معلومة وقت التوكيل أم لا كما تقدم (و قال في التذكرة) لو قال و كلتك في بيع شيء من مالي أو قطعة أو طائفة منه أو قبض شيء من ديوني و لم يعين فالأقوى البطلان و اختاره في جامع المقاصد (قوله) (و لو قال اشتر عبدا بمائة أو عبدا تركيا فالأقرب الجواز)

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

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٧، ص: ٥٦٧

قد تقدم له في الكتاب الجزم بالجواز فيما إذا قال عبدا تركيا و في (التذكرة و التحرير) الإجماع عليه فلا معنى لقوله هنا الأقرب كما قرب الجواز في الكتاب و جزم به في التذكرة و التحرير و الإرشاد فيما إذا قال اشتر عبدا فلا وجه لا- عاداته و قد حكى في جامع المقاصد عن الشيخ في المبسوط عدم جواز التوكيل في شراء عبد تركي أو زنجي من دون أن يسمى ثمنا و الموجود في المبسوط كما سمعته فيما سلف أنه إن سمي ثمنا جاز و إن أطلق ففيه وجهان الجواز و عدمه و إن العدم أحوط فتأمل ثم إنا وجدنا في بعض نسخ جامع المقاصد و احتاط الشيخ إلى آخره

(قوله) (و التوكيل بالإبراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرئ منه (عنه خ ل))

و نحو ذلك ما في التذكرة قال إذا وكله في الإبراء من الحق الذي له على زيد صح فإن عرف الموكل مبلغ الدين كفى و لم يجب إعلام الوكيل قدر الدين و جنسه و ظاهره موافقة الكتاب لكنه قال بعد ذلك و لو قال و كلتك في أن تبرئه من الدين الذي لى عليه و لم يعلم الموكل قدره و لا الوكيل صح أيضا عندنا و هذا هو الذي يقتضيه النظر كما في جامع المقاصد و ينزل كلامه هنا على أن

الموكل لم يقصد إبراءه من كل ما فى ذمته قليلا أو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٨

و لو قال أبرأه من كل قليل و كثير جاز و لا يشترط علم الوكيل و لا علم من عليه الحق (١) و لو قال بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل (٢) و لو وكله فى مخصصه غرمائه جاز و إن لم يعينهم (٣)

[الفصل الثانى فى أحكامها]

إشارة

(الفصل الثانى) فى أحكامها و مطالبه خمسة

[المطلب الأول فى مقتضيات التوكيل]

(الأول) فى مقتضيات التوكيل إطلاق الإذن فى البيع يقتضى البيع بثمان المثل حالا بنقد البلد (٤)

كثيرا فيشترط علمه حينئذ بالقدر ليصح الإبراء لا علم الوكيل أما لو قصد إبراءه مطلقا فهو بمنزلة ما لو وكله فى إبرائه من كل قليل و كثير و أما علم من عليه الحق فليس بشرط أصلا و حكى عن بعضهم فى التذكرة اشتراطه بناء على أن الإبراء تملك فلا بد من علمه كما لا بد من علم المتبب بما يتببه منه و الظاهر أنه محض إسقاط

(قوله) (و لو قال أبرئه من كل قليل أو كثير جاز و لا يشترط علم الوكيل و لا علم من عليه الحق)

لأنه لا مانع منه و ليس علم أحدهما بشرط و لو وكله فى الإبراء من شىء و أطلق فإنه يحمل على أقل ما يتمول لأنه المتيقن بالإسقاط و لو قال أبرئه مما شئت أو شاء فالوجه الصحة و يرجع إلى مشيئته أو مشيئة الغريم و لو وكله فى إبراء نفسه من الحق الذى عليه صح كما نص على الجميع فى التذكرة

(قوله) (و لو قال بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل)

ظاهره أنه لا بد فى صحة الوكالة من علم أحدهما لمكان الغرر (و أورد عليه فى جامع المقاصد) أن علم الوكيل من دون علم الموكل لا يندفع به الغرر فإن كان مانعا اشترط علم الموكل و إن لم يكن مانعا لم يشترط علم واحد منهما لكن يجب على الوكيل الاستعلام قبل البيع و اعتماد المصلحة (قلت) إذا علم الموكل فلا بد من أن يعلم الوكيل حتى يصح البيع فرجع كلام المصنف إلى أنه لا بد من علم الوكيل فى صحتها و به يندفع الغرر عن الموكل لأنه لا بد له من اعتماد المصلحة و العلم بالمبلغ قبل البيع لتعلق العهدة به فلا يشترط فى صحة الوكالة و لا البيع علم الموكل و قد يرجع إليه كلام التذكرة و إن كان ظاهرها خلافه (قال فى التذكرة) فى المثال الشرط فى صحة البيع علم الوكيل لأن العهدة تتعلق به فلا بد أن يكون على بصيرة من الأمر و لو كان الموكل جاهلا بما باع به فلان فرسه لم يضر و ظاهره أنه لا يشترط فى صحة الوكالة علم واحد منهما و إنما اشترط فى صحة البيع علم الوكيل (و عساک تقول) لتكن عبارة الكتاب قد أراد بها ما فى التذكرة فيكون علم أحدهما شرطا فى صحة البيع (لأننا نقول) لا يكفى فى ذلك علم الموكل وحده بل لا بد من علم الوكيل لأنه المتولى للبيع و عهده فلا بد أن يكون على بصيرة منه على أنه خلاف الظاهر لأن الكلام فى أحكام الوكالة لا البيع و قد يكون المراد من كلام التذكرة ما أرجعنا إليه كلام الكتاب من أنه لا يشترط علم الموكل فى صحة الوكالة و لا البيع و إنما يشترط فيهما علم الوكيل فليتأمل و ثبت العلم بما باع به فلان سلعته بالبينه و هل يثبت بقول فلان البائع أو المشتري أو الدلال الظاهر الاكتفاء فى مثل ذلك بذلك و توقف فيه فى جامع المقاصد و قال لا أعلم فيه تصريحاً

(قوله) (و لو وكله بمخاصمة غرمائه جاز و إن لم يعينهم)

كما في التذكرة و جامع المقاصد عملا بمقتضى العموم و في قول للشافعية لا يجوز حتى يعين من يخاصمه لاختلاف العقوبة (و قال في المبسوط) إنه لو وكله في إبرائهم لم يدخل كما إذا وكله في حبسهم و مخاصمتهم قال و كذا إذا وكله في تفرقة ثلثه في الفقراء (قوله) (الفصل الثاني في أحكامها و مطالبه خمسة (الأول) في مقتضيات التوكيل إطلاق الإذن في البيع يقتضى البيع بثمن المثل حالا بنقد البلد)

قد صرح باقتضاء الإطلاق الثلاثة في الخلاف و الغنية و السرائر و جامع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٦٩

إلا ما يتغابن الناس بمثله (١) و ليس له أن يبيع بدونه (٢) أو بدون ما قدره إن عين (٣) و لو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب أنه لا يجوز بيعه بثمن المثل (٤) و لو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ إشكال (٥)

الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و كذا المبسوط و في (التذكرة) لا يملك الوكيل غير ذلك إجماعا و في (جامع المقاصد) أنه لا خلاف في هذا الحكم أى أن ذلك حكم الإطلاق و قد صرح في الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر أنه لو خالف ذلك كان البيع باطلا و في غيرهما (غيرها خ ل) أنه يقع فضوليا يتوقف على الإجازة و لعله المراد من غير الخلاف و المبسوط و الأصل في ذلك أنه يجب حمل اللفظ على الغالب المتعارف المعهود لأنه هو المتبادر منه و لأن البيع بدون ثمن المثل تخسير و كذا التأجيل و نقد غير البلد و من ثم يحمل إطلاق عقد البيع على الحلول و النقد الغالب المتعارف و حكى في جامع الشرائع القول بالجواز في ذلك الإطلاق و لعله أراد ما ستسمعه عن الشيخ (قوله) (إلا ما يتغابن الناس بمثله)

قد ترك هذا الاستثناء في الخلاف و الغنية و السرائر و التحرير و الإرشاد و اللمعة لكن الظاهر من جامع المقاصد أنه لا خلاف فيه و لعله لأن نقصان الدرهم في مائة مما يتسامح به في العادة و العرف بل يعد عندهم عرفا من ثمن المثل إذ لا يمكن التحرز عنه إلا بكمال المشقة و لعل نظر الخلاف و ما وافقه إن كان في ترك الاستثناء خلاف كما هو الظاهر أن الناس تتفاوت في ذلك تفاوتات كثيرا و إن كان المتروك يسيرا فإن كان الوكيل يعلم أن الموكل من الأعم الأغلب الذين يتسامحون فذاك و إلا فلا يصح إلا أن تقول يجوز للوكيل ذلك مع الجهل بحاله بناء على الأعم الأغلب إلا إذا علم بأنه لا يتسامح بذلك (قوله) (فليس له أن يبيع بدونه)

كما هو قضية كلام الجميع لأنه غير مأذون فيه فإن فعل كان باطلا أو موقفا كما تقدم فإن سلم العين كان عاديا و حكى في التحرير عن الشيخ القول بأنه يمضى البيع و يضمن الوكيل التفاوت و لم يعلم مراده من التفاوت التفاوت بين ما باعه به و بين ثمن المثل أو بين ما يتغابن الناس به و بين ما لا يتغابنون به و لعل الأول أولى لأنه لم يأذن له فأشبهه الغاصب و هو إحدى الروايتين عن أحمد و في (الكفاية) أنه لو لم يوجد إلا -المشترى بأقل من ثمن المثل و علم اضطرار الموكل إلى البيع لم يبعد جواز البيع بالأقل انتهى فتأمل و هذا كله إذا علم بالغبن الفاحش بمعنى أنه باع بدون ثمن المثل أما إذا جهل ذلك بعد الفحص أو بدونه لأن المفروض أن الوكيل تام البصيرة بمراد الموكل ففيه وجهان يأتي بيانهما في آخر المطلب الثالث

(قوله) (أو بدون ما قدره إن عين)

لأنه تصرف في مال الغير بغير إذن

(قوله) (و لو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب أنه لا يجوز بيعه بثمن المثل)

هذا هو الأصح كما في الإيضاح و جامع المقاصد و به جزم في التذكرة و التحرير و الروضة و مجمع البرهان و كذا الكفاية لأنه يجب

عليه رعاية المصلحة بل صحة بيعه موقوفة عليها و من المعلوم عدم المصلحة فى ذلك و وجه الجواز إطلاق الأصحاب أن إطلاق الوكالة يقتضى البيع بثمن المثل (و فيه) أن ذلك حيث لا يوجد من يشتري بالزائد جريا على العادة و الغالب و منه يعلم أنه يمكن أن يقال لا يجوز له البيع بما عين إذا وجد باذل الزائد خلافا للروضة لأن الظاهر أنه إنما عين لظنه عدم الزيادة إذ من المتعارف المعلوم أن الإنسان لا يبيع بالنقصان مع وجود الزائد كما هو خيرة مجمع البرهان نعم إذا كان الزائد ممن لا اعتماد عليه أو كان فى ماله شبهة أو كان ممن تكره معاملته أو نحو ذلك فلا التفات إليه

(قوله) (و لو حضر فى مدة الخيار ففى وجوب الفسخ إشكال)

و الأقرب أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٠

و له أن يبيع على ولده و إن كان صغيرا على رأى (١) لا على نفسه إلا أن يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين (٢)

يجب كما فى التذكرة و هو الأصح كما فى الإيضاح لأنه يجب عليه مراعاة الأصلح و به جزم فى جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان إن تناولت وكالته له لمكان اشتراط تصرفه بالغبطة و لا غبطة فى عدم الفسخ حينئذ و لأن البيع بالزيادة مع تحققها واجب و لا يتم إلا بالفسخ و فى (التحرير) أن الوجه أنه لا يجب الفسخ و لعله لوقوع البيع على الوجه المعبر و الفسخ حينئذ تكسب لا يجب على الوكيل و أنه قد امتثل ما يجب عليه و الأصل براءة ذمته من وجوب الفسخ فلا يصح الاستناد إلى الغبطة و لا إلى باب المقدمة و يدفعهما أن الواجب على الوكيل البيع بالزيادة مهما أمكنه ذلك عادة و هو ممكن فيجب عليه فعل ما وجب عليه و لعله يقضى بعدم اشتراط تناول الوكالة لذلك كما فى الكتب الثلاثة فليتأمل جيدا (و بقى هنا شىء) و هو أنه لو أطلق الوكالة أو قيدها بالإطلاق كأن قال له أنت وكيل مطلق فهل له أن يسقط خياره أم لا و هل له أن يجعل على نفسه خيارا للمشتري إن كان وكلا فى البيع و بالعكس (قال فى المبسوط) و هل يملك الوكيل بإطلاق الوكالة الخيار قبل فيه وجهان أحدهما أنه يملك و الثانى أنه يملك لنفسه دون المشتري لأنه لا- حظ لموكله فى شرط الخيار للمشتري و هذا أولى انتهى و فى (التحرير) أنه أقوى و جزم فى التذكرة بأنه ليس له شرط الخيار للبائع إذا وكله فى الشراء و أنه ليس له شرطه للمشتري إذا أمره بالبيع و لم أجد من تعرض لحال إسقاطه خياره فى الباب و لعله لما تقدم لهم فى باب الخيار من أنه ليس للوكيل ذلك إلا أن يكون وليا أو وصيا أو وكلا فى ذلك أيضا و قضيته أن الإطلاق لا يتناوله و إن قلنا يتناوله له كان خارجا عنه و المخصص له أنه لا حظ فيه له و الواجب عليه مراعاة الحظ و المصلحة فليلحظ و ليتأمل فيه

(قوله) (و له أن يبيع على ولده و إن كان صغيرا على رأى)

هو المشهور كما فى الإيضاح و مجمع البرهان و الأشهر كما فى الكفاية و المجمع عليه كما فى ظاهر التذكرة حيث قال عندنا و قد جزم بالحكم فى الإرشاد و الإيضاح و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية كما تقدم الكلام فى ذلك فى الوكيل قريبا و باب البيع (و قال فى المبسوط) لا يجوز لأنه يكون فى ذلك البيع قابلا موجبا تلحقه التهمة و حكاها فى التحرير عن قطب الدين الكيدرى (قوله) (لا على نفسه إلا أن يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين)

هنا مقامان (الأول) إذا أطلق الموكل الإذن فقال بع هذا المال مثلا من دون انضمام شىء آخر إليه و لم يفهم منه الإذن فى البيع على نفسه و لا عدمه فهل يكفى هذا الإطلاق فى جواز بيعه من نفسه أم لا (الثانى) أنه مع إذنه له هل يصح العقد أم لا للزوم كونه موجبا قابلا مع التهمة و عدم المماكسة و هذا قد أسبغنا الكلام فيه فى أوائل باب البيع و حكينا هناك المنع من صحة العقد عن أبى على و عن النهاية و الخلاف و المبسوط و السرائر و حكينا عن غاية المراد أنه نسبه إلى كثير من أصحابنا و حكينا الجواز عن موضع من النهاية و موضعين من المبسوط أحدهما قوله فى هذا الباب أنه الصحيح و قلنا إنه يظهر من ثلاثة مواضع من التذكرة دعوى الإجماع

عليه منها قوله في الباب عندنا و حكيانا عن التحرير أنه قال إنه المروى و حكيانا هناك عن وكالة الكتاب و الإرشاد و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و قلنا إن الظاهر إطباق المتأخرين عليه كالمحقق و المصنف و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم كما ستسمعه في المقام الثاني و في (مجمع البرهان) أنه المشهور و قلنا مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧١ و إطلاق الإذن في الشراء يقتضى ابتياع الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالاً لا من نفسه (١)

إنه لازم لأبى الصلاح و استنهضنا عليه الأدلة و قد مضى لنا قريبا في الركن الثالث الوكيل الاستدلال على ذلك أيضا محررا و بيان حال أدلة المخالف في ذلك و أما المقام الأول فقد قلنا في أوائل البيع إن قضية كلام الكتاب فيه أنه لا يدخل في الإطلاق و قلنا إنه صريحه في باب الوكالة و إنه صريح المبسوط و الإرشاد و كذا الخلاف و قلنا إنه قال في وكالة التذكرة إنه المشهور و قلنا إنه نسب في مجمع البرهان و كذا الكفاية إلى ظاهر أكثر المتأخرين عدا المصنف في المختلف و التذكرة فإنه أجازة من دون إعلام و قلنا هناك إن الجواز خيرة نهاية الأحكام و التلخيص و لواحق رهن الكتاب و الإيضاح في باب البيع و حواشى الشهيد و المختلف في موضع آخر و كأنه مال إليه أو قال به في مجمع البرهان و قد حكاها جماعة عن أبى الصلاح لكنه في غاية المراد حكاها عن ظاهره و ليس في الكافي ما يفيد ذلك إلا قوله و إذا أراد الموكل عزل الوكيل أو تخصيص الوكالة فليشهد على ذلك و يعلمه به إن أمكن إعلامه و هى بالظهور أشبه لكنك إن لحظت تمام كلامه رأيت لا يخلو من تشويش و قلنا إنه استشكل في بيع التحرير و الكفاية و إنه تردد في التذكرة و إنه لا ترجيح في وكالة التحرير و وكالة غاية المراد و قد ذكرنا في حجة الأولين أن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه و قلنا إن هذا لا نزاع فيه فينبغى أن يكون النزاع في أنه هل يفهم الإذن و الرضا من مجرد قوله بع مالى من دون انضمام شيء أم لا كما ذكرناه في عنوان المسألة فيكون دليلهم الأصل و عدم ظهور الدلالة لأن المتبادر من قوله بع إنما هو البيع على الغير عرفا و عادة و أيدينا بما ورد فيما إذا قال لك الرجل اشتر لي من قول أبى عبد الله عليه السلام لا تعطه من عندك و إن كان الذى عندك خيرا و قوله عليه السلام لا يقربن هذا و لا يدنس نفسه و ذكرنا في حجة الآخرين أنه بعد أن أذن له في البيع جاز له لأنه يصدق على بيعه من نفسه أنه بيع لغه و عرفا و أنهم يمنعون العرف و التبادر و مما يحتج لهم به رواية إسحاق بن عمار قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام يجيئى الرجل بدينار يريد شراء دراهم فأعطيه أرخص مما أبيع فقال أعطه أرخص مما تجده له و قد يستشهد لهم بما ورد فيما إذا وكله في تقسيم مال على فريق هو منهم من أنه يجوز له الأخذ و إن كان فيه خلافا «١» و ما ورد في جواز حج الوصى بنفسه على أن الروايتين ليستا صريحتين في المنع عن الشراء بل عن الإعطاء مطلقا و هو أعظم مع أنهما ليستا بنقيتى السند مع احتمال إرادة الأولى و الأحسن ذلك أو يكون المنع مع فهم المنع أو أن ذلك مع ظن التهمة كما يظهر من الرواية الثانية (و روى الصدوق) بإسناده عن عثمان بن عيسى عن ميسر قال قلت له يجيئى الرجل فيقول اشتر لي و يكون ما عندى خيرا من متاع السوق قال إن أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك فإن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق (و يعلم) أن الإذن إما أن تكون صريحة أو من قرينة دالة على الرضا كأن يقول مرادى البيع و تحصيل الثمن و ينبغى مراجعة ما ذكرناه في أواخر باب البيع عند قوله و لا يتولاهما الواحد و

يعنى عنه مراجعة ما كتبناه في الركن الثالث الوكيل

(قوله) (و إطلاق الإذن في الشراء يقتضى ابتياع الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالاً لا من نفسه)

أما أن الإطلاق في الشراء يقتضى شراء الصحيح دون المعيب ففي (التذكرة) الإجماع عليه و به صرح في المبسوط و الجامع و الشرائع

(١) خلاف «ظ»

و التوكيل في البيع يقتضى تسليم المبيع إلى المشتري و لا يملك الإبراء من الثمن و لا قبضه (١)

و التحرير و جامع المقاصد و الكفاية و المفاتيح لأن الإطلاق في الوكالة في الشراء يقتضى السلامة و لم يحك الخلاف إلا عن أبي حنيفة و قد تقدم الفرق بين الوكيل و المضارب في جواز شراء المعيب للثاني دون الأول و يأتي في الكتاب و غيره أنه إن اشترى المعيب بثمن مثله و جهل العيب وقع عن الموكل و إن كان بغبن و جهل به لم يقع عن الموكل و يأتي بيان الحال في ذلك إن شاء الله تعالى و أن المدار على ما يخفى غالبا من الغبن و العيب فيلزم الموكل و ما لا يخفى لا يلزمه و أما أنه يقتضى الابتاع بثمن المثل بنقد البلد حالا لا من نفسه فالحال فيه كالحال في إطلاق الإذن في البيع بالنسبة إلى الأحكام الأربعة بل الأخبار هنا واردة في الأخير كما تقدم و لعله لذلك جزم بعدم جواز الشراء من نفسه الشهيد في غاية المراد و جوز البيع في حواشى الكتاب و تردد فيه في غاية المراد و قد نص على جميع ما في الكتاب في جامع المقاصد و من الغريب أنه نص على الثلاثة الأول في التحرير و لم يتعرض فيه للأخير و أغرب منه أن الشيخ و الجماعة تعرضوا لحال إطلاق الإذن في البيع و لم يتعرضوا له في الشرائع مع أنهم يذكرون بعض أحكامه بعده بلا- فاصله عدا الشرائع على الظاهر منها لا على ما فهمه منها في المسالك ففى (المبسوط) بعد أن ذكر حال إطلاق الوكالة في البيع قال فأما إذا و كله في الشراء فلا يجوز له أن يشتري إلا بثمن المثل و متى اشترى بأكثر لم يلزم الموكل بلا خلاف ثم ذكر أحكاما آخر لا تعلق لها بنقد البلد الحال و البيع من نفسه و نحوه غيره مع أن هذه الأحكام الأربعة تستفاد من مطاوى كلماتهم في مواضع متفرقة و بها يقتضى استدلالهم على ذلك في إطلاق الإذن في البيع من أن الغالب في البيع أو المعاملة ذلك فيحمل الإطلاق عليه

(قوله) (و التوكيل في البيع يقتضى تسليم المبيع إلى المشتري و لا يملك الإبراء من الثمن و لا قبضه)

أما أنه يقتضى تسليم المبيع فقد صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المفاتيح و فى (الإرشاد) أنه لا يملك تسليم المبيع قبل توفيته الثمن و قد وافقه على ذلك الشارحان و ولده في شرحه و مولانا المقدس الأردبيلي و صاحب المالک و قد قيد ذلك أعنى تسليم المبيع بما إذا كان بعد أداء الثمن إلى الموكل أو وكيله المأذون في ذلك في التحرير و التذكرة في مسائل كثيرة و قد نسب في جامع المقاصد منع الوكيل من تسليم المبيع أولا- إلى إطلاق الأصحاب و نحوه ما في غاية المراد حيث قال حكموا بما ستسمعه قريبا و سيستشكل المصنف في ذلك و يقرب المنع قبل إحضار الثمن و مراده بإحضاره تسليمه أو الأعم منه (و وجه) في جامع المقاصد كلام الكتاب بأن البيع يقتضى إزالة ملك البائع عن المبيع و دخوله في ملك المشتري فيجب التسليم إليه لأنه من حقوقه (و وجه) في مجمع البرهان كلام الإرشاد بأن تسليم المبيع ليس بداخل في مفهوم البيع و ليس هو شرطا في ذلك فلا يملكه الوكيل (قلت) و كونه للمشتري لا- يقتضى بوجوب التسليم إليه حالا لأن للمالك لو باعه بنفسه حق الحبس حتى يقبض الثمن فكذا الوكيل نعم لو قلنا بوجوب التسليم على البائع أولا تم لهم ذلك و قد تقدم في محله أنه غير واجب و أن الأصح أنهما يتقاضيان ثم إنه لا مصلحة في ذلك للموكل بل هو تفریط و لا يعجبني ما في الكتاب و جامع المقاصد حيث جزما أولا بالاقضاء المذكور مع أنهما سيختاران أنه ليس له أن يسلمه قبل إحضار الثمن كما عرفت (و عساك تقول) لا- تنافر بين الكلامين لأن التوكيل عندهما يقتضى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٣

.....

تسليم المبيع لكن مراعاة الاحتياط للموكل في حفظ الثمن له قضت بأن الأقرب المنع منه كما نبه عليه في جامع المقاصد (قلت) الاختلاف موجود سواء كان الباعث على المنع الاحتياط أو غيره على أنا نمنع ذلك بل نقول يجب عليهما معا أن يتقاضيا (و كيف

كان) فمنعه من التسليم قبل تسلم الموكل الثمن خيرة التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و المسالك و الكفاية بل لا قائل صريحا منا بأنه له أن يسلم المبيع من دون إحضار الثمن و تسليمه إما للموكل أو الوكيل نعم يظهر ذلك من المحقق في الشرائع حيث لم يقيد و الشيخ في المبسوط جزم أولا بأن له ذلك ثم بنى الحكم على وجهين لم يرجح أحدهما فيرجع كلامه بالأخرة إلى التوقف قال إذا وكل رجلا في بيع ماله فباعه كان له أن يسلمه إلى المشتري لأن إطلاق الإذن في البيع يقتضى التسليم لأن ذلك من موجهه و مقتضاه و هل يقتضى تسليم الثمن من المشتري قيل فيه وجهان الاقتضاء و عدمه فإن قلنا بالاقتضاء لم يكن له أن يسلم المبيع إلا مع تسليم الثمن فإذا لم يفعل كان للموكل أن يغرمه قيمة المبيع و من قال لا يقتضى لم يكن له أن يغرم الوكيل لأنه ما تعدى في التسليم انتهى و لم يرجح واحدا من الوجهين (و كيف كان) فكلامهم في الباب مضطرب جدا إذ قد سمعت ما في الإرشاد و التحرير و التذكرة من تقييد تسليم المبيع بما إذا كان بعد أداء الثمن و توقيته (و قال في الإرشاد و التحرير) إنه لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه من دون تقييد ذلك بما كان بعد تسليم المبيع إلى الموكل أو وكيله المأذون و قضيه كلامهم الفرق بين وكيل الشراء و وكيل البيع و قد اختلف شراح الإرشاد في ذلك فتزل ولده كلامه في الشراء على ما إذا كان بعد تسليم المبيع كما هو الشأن عنده في وكيل البيع و هو خلاف الظاهر المتبادر من العبارتين حيث قال في وكيل البيع و وكيل المبيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفيه الثمن و قال في وكيل الشراء ما سمعت (و قال الشهيد في غاية المراد) في شرح عبارة وكيل الشراء لا يرد أنهم حكموا بأنه لا يجوز أن يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن و لا- الثمن حتى يتسلم المبيع لأن ذلك محمول على من هو وكيل فيهما معا لا في المطلق و لو سلم فللوكيل أن يمتنع حتى يدفع الغريم المبيع أو الثمن إلى موكله انتهى و هو رجوع إلى تنزيل ولده على أنه غير جيد و لا يوافق كلام الإرشاد في وكيل البيع و مولانا المقدس الأردبيلي أنكر على الإرشاد الفرق بين المسألتين قال إلا- أن يدعى أن العرف هو الفارق ثم منع الفرق في العرف و كذا صاحب الكفاية لم يفرق هذا حال كلام الإرشاد و التحرير و أما التذكرة فقد عرفت أنه قيد تسليم المبيع في وكيل البيع بما إذا كان بعد أداء الثمن في مسائل عديدة و قال في وكيل الشراء إذا اشترى ما وكل فيه ملك تسليم ثمنه لأنه من تتمته و حقوقه فهو كتسليم المبيع في الحكم فقضية التشبيه أنه إنما يملك تسليم الثمن بعد وصول المبيع إلى الموكل و قضيه قوله لأنه من تتمته و حقوقه الفرق بين الوكيلين لكن هذا سهل و أما كلام الكتاب فإنه قال في وكيل الشراء و لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه و لم يقل و هل له أن يسلم الثمن قبل إحضار المبيع كما قال مثله في وكيل البيع و قضيته الفرق بين الوكيلين (و قال في المبسوط) بعد ما حكيناه عنه بلا فاصله و كذلك إذا وكله في الشراء اقتضى ذلك الإذن في تسليم الثمن و هل يقتضى الإذن في تسليم المبيع يبنى على الوجهين كما ذكرناه انتهى (و قال في التذكرة) إنه إذا وكله في البيع و منعه من قبض الثمن لم يكن للوكيل القبض إجماعا و لو منعه من تسليم المبيع فكذلك و حكى عن بعض الشافعية الاحتجاج على الآخر بأنه من توابع البيع و تمام العقد و كون التسليم مستحقا للمشتري لا يقتضى كون المستحق هو تسليم الوكيل فالممنوع غير المستحق (و فيه) أنه إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل انقطعت سلطة الموكل عن المبيع و وجب على من كان في يده تسليمه إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٤

لكن هل له أن يسلمه المبيع من دون إحضار الثمن إشكال الأقرب المنع فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري (١) و لو دلت قرينة على القبض ملكه بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو في موضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له (٢) و ليس له بيع بعضه ببعض الثمن (٣) إلا مع القرينة كما لو أمره ببيع عباين (٤)

مالكه و كذلك الحال في الثمن في جانب الشراء كما في جامع المقاصد و أما أنه لا يملك الإبراء من الثمن ففي التذكرة الإجماع عليه (قلت) الحكم من القطعيات اليقينية لعدم دلالة الوكالة على ذلك لغة و لا عرفا و لا شرعا فالإجماع استنباطي إذ لا مصرح به قبله فيما أجد عدا الشيخ في المبسوط و أما أنه ليس له قبضه فقد صرح به في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد

و المسالك و الكفاية و مجمع البرهان و في الأخير كأنه لا خلاف فيه و في (موضع من المسالك) الإجماع عليه ذكره استطرادا نعم لو دفعه إليه المشتري بعنوان أن يكون وكيلا عنه في إيصاله إلى الموكل جاز و لكنه ليس مما نحن فيه (و قال في جامع المقاصد) أنه لا فرق في ذلك بين الصرف و غيره خلافا للشافعية (قلت) قال في التذكرة اتفقوا أي الشافعية على أن الوكيل في عقد الصرف يملك القبض و الإقباض لأنه شرط صحة العقد و كذا في السلم يقبض و وكيل المسلم إليه رأس المال و وكيل المسلم يقبضه إياه لا محالة عندهم و عندي في ذلك نظر و الوجه أنه لا يملك القبض بحال انتهى و في (مجمع البرهان) أنا نجد أن ما قاله أوجه لما ذكره من دليلهم (قلت) قد تقدم في بابيه أن المعتبر حصول التقابض في الصرف قبل تفرق المتعاقدين فمتى كان المتعاقدان و كيلين اعتبر تقابضهما في المجلس أو تقابض المالين قبل تفرق الوكيلين فيصح كل من القولين بملاحظة هذين التقديرين لكن قول المصنف أوجه بالنسبة إلى إطلاق الإذن في خصوص العقد فليتأمل

(قوله) (و لكن هل له أن يسلم المبيع من دون إحضار الثمن إشكال الأقرب المنع فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري) قد تقدم الكلام في ذلك و يعلم وجه الإشكال مما حكيناه في توجيه كلام الكتاب و كلام الإرشاد عن جامع المقاصد و مجمع البرهان

(قوله) (و لو دلت قرينة على القبض ملكه بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو في موضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير حيث قال لو قيل بالملك مع القرينة كان وجهها و لا معنى لتأمله فيه إن كان متأملا- لأن ظاهر حال الموكل أنه لا يرضى بتضييع ماله و أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه و أنه إن ترك يعد في العرف مفردا مضيعا

(قوله) (و ليس له بيع بعضه ببعض الثمن)

كما في جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد نص على مثله في المبسوط في الشراء فلو قال له بع هذا العبد بمائة فلا يصح له بيع نصفه بخمسين لأنه إنما وكله في بيع المجموع و هو يغير بيع الأجزاء و لم يوجد منه إذن فيها نطقا و لا عرفا و لأن في التبعض إضرارا بالموكل فلو فعل كان فضوليا فكان كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه و سيجيء أنه له بيع نصفه بكل الثمن و في (التحرير) أنه لو أمره ببيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل لم يلزم إجماعا (قوله) (إلا مع القرينة كما لو أمره ببيع عبدين)

و كما لو وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بمائة لأنه قد زاده في هذا خيرا فهو مأذون فيه من جهة العرف لأنه قد حصلت له مائة و بقيت له زيادة و هل له حينئذ بيع النصف الآخر فيه وجهان لأنه قد لا يرضى ببيعه لحصول غرضه و استغنائه عن بيعه و القرينة في مسألة العبدین استمرار العرف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٥

و لو نص على وحدة الصفقة لم يجز له التجاوز (١) و له حينئذ أن يشتري من المالين صفقة (٢) و لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه (٣) و قبض للمبيع كقبض الثمن (٤) و لو وكله في التزويج كان له أن يزوجه ابنته (٥) و له أن يرد بالعيب مع الإطلاق (٦)

على ذلك و ندره اتفاق من يشتري العبدین دفعه

(قوله) (و لو نص على وحدة الصفقة لم يجز له التجاوز)

و وجب عليه الامتثال لأن إذنه لم يتناول غير ما عينه لأنه له غرض في ذلك و قد نص عليه في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و عليه نبه في المبسوط

(قوله) (و له أن يشتري من مالكين صفقة)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و عن الشافعى أنه لا يصح لأن عقد الواحد مع الاثنى عقدان و فيه أنه عقد واحد بمنزلة اثنى

(قوله) (و لو و كله فى الشراء ملك تسليم ثمنه)

قد تقدم الكلام فيه مسبقا عند الكلام على ما إذا و كله فى البيع

(قوله) (و قبض المبيع كقبض الثمن)

كما صرح بذلك فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و غاية المراد و مجمع البرهان و غيرها و مرادهم أن الحكم فى تسليم الوكيل المبيع حيث يوكله فى الشراء كالحكم فى تسلمه الثمن حيث يوكله فى البيع و قد عرفت الحال فى ذلك كما قد سمعت ما فى المبسوط

(قوله) (و لو و كله فى الترويج كان له أن يزوجه ابنته)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه كما إذا و كله فى البيع فإنه له أن يبيعه من ابنة و لم يفرق فى التحرير بين الصغيرة و الكبيرة و يجىء على قول الشيخ المنع إذا كانت صغيرة كما هو محكى عن بعض الشافعية و لو و كلته المرأة فى تزويجها لم يكن له أن يزوجه من نفسه لقول مولانا الصادق عليه السلام فى خبر الحلبي تنزع منه و يوجع رأسه و احتمال فى التذكرة مع إطلاق التوكيل الجواز نعم له أن يزوجه من ابنة و والده و لبعض العامة و جهان

(قوله) (و له الرد بالعيب مع الإطلاق)

أطلق فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد أنه له الرد بالعيب من دون تقييد بالإطلاق و زيد فى الشرائع و الإرشاد مع حضور الموكل و غيبته و كأنهما أشارا إلى التنبه على ما فى المبسوط حيث إن ظاهر تعليقه أن ذلك مع غيبته و مراد المصنف بالإطلاق أنه أمره بشراء شىء من غير أن يعين شخصه و اختيار فى التذكرة فى موضعين منها و المسالك و مجمع البرهان و كذا المفاتيح أنه ليس له الرد و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة و ظاهر أحد الموضعين من التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا و قد احتج على مختاره فى المبسوط بأمرين (الأول) أنه أقامه مقامه فله رده حينئذ كما له رده (الثانى) أنه إذا أخر حتى يحضر الموكل لا يأمن فوات الرد بالعيب بموت المالك أو غيبته و وجهه فى جامع المقاصد بأن التوكيل أنما ينزل على شراء الصحيح فإذا ظهر العيب كان له الرد و شراء ما و كل فيه و هو الصحيح و علل فى التذكرة صحة الشراء بأنه إنما يلزمه شراء الصحيح فى الظاهر و ليس مكلفا بالسلامة فى الباطن لأن ذلك لا- يمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به و يعجز عن التحرز عن شراء معيب لا يظهر عيبه فيقع الشراء للموكل و حكى فى المسالك عن التذكرة أنه علل بهذا ثبوت الرد و قد عرفت أنه علل به صحة الشراء و يرد على أول توجيهى المبسوط أنه إنما أقامه مقامه فى نفس العقد لا فى لوازمه التى منها الرد بالعيب إذ من جملة القبض و الإقالة و ليس لهما مباشرتهما إجماعا و على الثانى بأنه إن تم و ما كان ليكون خص حال الغيبة و على توجيه جامع المقاصد أن قضيته أن لا يصح الشراء أو يقع موقوفا و على توجيه التذكرة على ما حاوله منها فى المسالك أنه توجيه لصحة البيع و لا دلالة فيه على جواز الرد ثم إنه مغاير للشراء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٦

و مع التعيين إشكال (١) فإن رضى المالك لم يكن له مخالفته (٢) و لو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته (٣)

و التوكيل إنما اقتضى الشراء لا الرد و لا تلازم بينهما كما تقدم مثله فى تسليم المبيع و قبض الثمن فالقول بصحة الشراء للموكل ينافى جواز الرد من دون إذنه و لهذا قال فى مجمع البرهان ما نعرف له وجهها و الإنصاف أن أهل العرف يعدون أن من اشترى معيبا ينقض عيبه نصف قيمته أو أكثر و كان و كيلا و لم يرد مضيعا مفرطا فى مال الموكل فيكون التوكيل فى الشراء توكيلا فى الرد بالعيب عرفا

كما إذا وكله في بيع شيء في موضع يضيع الثمن بترك قبضه

(قوله) (و مع التعيين إشكال)

و نحوه ما في المبسوط من أن فيه وجهين و قرب الرد في الكتاب في أواخر المطلب الثاني و في (التحرير) بعد أن استشكل أما الإشكال فلاحتمال تعلق غرضه بهذا صحيحا كان أو معيبا و احتمال تعلق غرضه به بشرط الصحة و لا ترجيح فجاء الإشكال و أما وجه القرب فلأن الشراء يستلزم الرد بالعيب و الأصل عدم علمه بالعيب و الظاهر الغالب أنه لا يرضى بالمعيب و قد أقامه مقامه فله الرد و هو قوى جدا إن لم يكن معينا لما عرفت آنفا و اختيار في التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك أنه لا يجوز له ذلك إلا مع الإذن لأنه بالتعيين قد قطع اجتهاده منه و لعله قد أمره بشرائه مع علمه بعيبه و أنه قد أمره بإدخاله في ملكه و الرد يضاده و الوكيل في شيء لا يلزم أن يكون وكيلا في مضاده فالتوكيل في الشراء لا يندرج فيه التوكيل بالرد و هو مسلم إن لم يحكم العرف بخلافه كما تقدم بل نقول إنه ليس له شراؤه إذا علم بالعيب قبل الشراء و على قولهم يكون له شراؤه

(قوله) (فإن رضى المالك لم تكن له مخالفته)

أى لو رضى المالك بالعيب قبل أن يرد الوكيل لم يكن للوكيل مخالفته و لم ينفذ رده كما صرح بذلك في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو معنى قوله في الإرشاد لو رضى الموكل بطل رده إذ معناه أنه لو علم و رضى قبل أن يرد الوكيل سقط جواز الرد للوكيل و لو رد لم ينفذ رده و إلا فلور رد الوكيل قبل ذلك نفذ على الموكل مع المصلحة و ليس له إبطال رده و هو معنى قوله في الشرائع فإن منعه المالك لم يكن له مخالفته لأن منعه عن الرد إبطال للوكالة و الرضا بالعيب في حكم المنع عن الرد و إبطال الوكالة و الأصل في ذلك قول الشيخ في المبسوط فلو حضر الموكل قبل أن يرد و أبى ذلك كان له إمساكها و ليس للوكيل ردها أى السلعة لأن الحق للموكل دون الوكيل و يفارق المضارب حيث نقول له رد السلعة بالعيب و إن أبى رب المال لأن له حقا في تلك السلعة انتهى و قد قصد الجماعة ما قصد من التنبيه على الفرق بين الوكيل و المضارب و إن اختلفوا في التعبير عنه فلا يتجه ما في جامع المقاصد أن هذا مستغنى عنه لأن الموكل يملك منعه مما يدل عليه صريح التوكيل فغيره أولى و اندفع اعتراض المقدس الأردبيلي عن عبارة الإرشاد بما ذكرناه في بيانها لتوافق كلام المبسوط و كلامه في التذكرة و التحرير و الكتاب و المسألة و ما بعدها مبنية على جواز الرد بالعيب للوكيل على القول به فرضا أو واقعا

(قوله) (و لو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و كذا جامع المقاصد لأنه قد ثبت له الرد في الحال فلا يلزمه تأخيره كما في المبسوط و لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع و فوات الثمن بتلفه و لعله لا وجه لقوله في جامع المقاصد يشكل بما إذا اقتضت المصلحة ذلك أو كانت غبطة الموكل في عدم رد ذلك المعيب لأن الغرض أن الغبطة و المصلحة في الرد كما أفصح به تعليهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٧

فإن ادعى رضا الموكل استحلف الوكيل إن ادعى علمه على نفي العلم (١) و لو رده فحضر الموكل و ادعى الرضا و صدقه البائع بطل الرد (٢) إن قلنا بالعزل و إن لم يعلم الوكيل لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد (٣) و لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد فله ذلك إن صدقه البائع على الوكالة أو قامت البينة و إلا ثبت على الوكيل الثمن (٣)

ثم إنه يمكن استدراكه و كلامهم مبنى على الغالب

(قوله) (فإن ادعى رضا الموكل استحلف الوكيل إن ادعى علمه على نفي العلم)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد قال في (المبسوط) فإن قال له البائع قد بلغ الموكل أن السلعة معيبة و قد رضى بعيبها و أنكروا الوكيل ذلك إلى أن قال فإن ادعى علمه بذلك حلف بالله أنه ما يعلم أنه رضى به قلت و ليس في هذا اليمين نيابة عن

أحد لأنه إن أقر لزمه الإمساك في حق نفسه دون موكله

(قوله) (و لو رد فحضر الموكل و ادعى الرضا فصدقه البائع بطل الرد)

كما في الكتب الأربعة المتقدمة و في (المبسوط) فإذا حضر فإن قال ما كنت رضيت بالعيب فقد وقع الرد موقعه و إن قال كنت قد رضيت به قبل الرد و صدقه البائع على ذلك أو كذبه و أقام البيئته على ذلك لم يقع الرد موقعه و كان له استرجاع السلعة انتهى و إنما اعتبروا تصديق البائع له لأنه لو كذبه لم يقبل قوله بدون البيئته لثبوت الفسخ ظاهراً برد الوكيل و المراد ببطان الرد و عدم وقوعه موقعه أنه تبين بطلانه من حين وقوعه و ذلك إنما يتم على القول بأن الموكل إذا عزل الوكيل و لم يعلم انغزل من حين عزله إياه لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد لأنه يقتضى سقوط حق الرد فتنتفى الوكالة المتعلقة به

(قوله) (إن قلنا بالعزل و إن لم يعلم الوكيل لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد)

هذا قيد في بطلان الرد قد خلا عنه المبسوط بناء على مختاره من انزاله بالانزال (بالعزل ظ) و إن لم يعلمه و هو خيرة الكتاب فيما يأتي فلعله لو تركه كان أولى و ذكر في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قوله لأن رضاه به عزل إلى آخره تعليل لبطلان الرد (قوله) (و لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد فله ذلك إن صدقه البائع على الوكالة أو قامت البيئته و إلا ثبت على الوكيل الثمن)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد غير أنه لم يذكر في المبسوط قيام البيئته لوضوحه و قد ذكر فيه و في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أنه يحلف البائع على نفي العلم بأن الشراء بالوكالة و يلزم الشراء للوكيل و لم يذكر في التحرير أنه يلزم الشراء للوكيل و إنما قال يحلف و يسقط رد الموكل (و الحاصل) أنه حيث لا يصدقه و لا يكون عنده بينة يكون الأصل و الظاهر مع البائع لأن الأصل عدم التوكيل و الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له فلا يصح أن يحلف الموكل لأنه مدع و لا طريق له إلى العلم بنية الوكيل و لا يحلف الوكيل لامتناع ثبوت حق لشخص يمين غيره ثم إنه مدع أيضاً فيحلف البائع على نفي العلم إن ادعى عليه العلم و يلتزم الوكيل بالبيع ظاهراً و يجب عليه أداء الثمن إن لم يصدقه الموكل أنه اشترى له و حلف على نفي العلم إن ادعاه عليه و منه يعلم الوجه في كلام التحرير فتأمل جيداً لأنه لك أن تقول إنه مفروض في الالتزام و المفروض أنه وكيل في الشراء و الرد بالعيب و أنه ليس له الالتزام لأن الإذن في الشراء لا يتناولهم لأنهم في شك و نزاع في تناول الرد فكأنهم مطبقون على أنه لا يتناول الالتزام إما لأنه لا يتناولهما أو أنه إذا تناول الرد لا يتناول الالتزام و إلا فلو كان و كيلاً في الالتزام و كان على وفق المصلحة و رضى به الوكيل مضى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٨

[المطلب الثاني في تنصيب الموكل]

(الثاني) في تنصيب الموكل لا يملك الوكيل من التصرفات إلا ما يقتضيه إذن الموكل صريحاً أو عرفاً (١) فلو وكله في التصرف في وقت معين لم يكن له التصرف قبله و لا بعده (٢) و لو عين له المكان تعين مع الغرض (٣)

على الموكل و لم يكن له الرد فاندفع إشكال جامع المقاصد

(قوله) (الثاني في تنصيب الموكل لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل صريحاً أو عرفاً)

كما في التحرير و هو معنى قوله في الشرائع و يقتصر الوكيل من التصرف على ما أذن له و ما تشهد به العادة و نحوه ما في التذكرة و اللعمه و هو الاستفادة من مطاوى كلمات المبسوط و غيره في المسائل التي تأتي حيث يلحظون فيها العرف و العادة و في (النافع) يقتصر الوكيل على ما عين له الموكل و لم يتعرض لعرف و لا عادة و لذلك قال في التنقيح إنما يجب ذلك مع تساوى ما عينه و ضده في وجه المصلحة أو اختصاص ما عينه بها أما لو صار ما عينه مرجوحاً في جانب المصلحة عرفاً أو شرعاً فإنه لا يجب الاقتصار

على المعين بل لا يجوز كما لو أمره بالبيع بعشرة فباع بعشرين أو قال اشتر بعشرة فاشترى بخمسة فإن كل ذلك صحيح و لو خالف ضمن انتهى (و فيه) أن مقتضى الأصل أنه لا يجوز له التعدى إلا مع القطع بعدم تعلق غرض له فى ذلك أصلا فلا يجوز مع الجهل بالحال فعله يريد الإرفاق المطلق أى لا بمشتر مخصوص أو عدم الاشتراط فى البيع أو سهولة المعاملة فإنه مندوب إلى ذلك شرعا و عدم زيادة الربح عن مقدار معين لغرض شرعى إلا- أن تقول إن هذه الأمور نادرة فى المطلق فلا يلتفت إليها مع الاشتباه (و كيف كان) فالظاهر أن العادة تجرى مجرى النطق و التصريح إذا اطردت و دلت بالأولوية أو دلت القرائن على ما دلت عليه كما إذا أمره بشراء الجمد فى الصيف فإنه لا يشتريه فى الشتاء و قد يراد مقتضى العادة و دلالتها من التعيين فى قوله فى النافع يقتصر على ما عين فتأمل فى ذلك كله و لعل الأولى عدم التجاوز عن محل النطق كما فى جامع المقاصد و مجمع البرهان

(قوله) (فلو و كله فى التصرف فى وقت معين لم يكن له التصرف قبله و لا بعده)

كما فى التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و هو قضية إطلاقات بقيه العبارات لأنه ربما يحتاج إلى البيع فى ذلك الوقت دون ما قبله و ما بعده فإن قدم أو أخر وقف على الإجازة

(قوله) (و لو عين له المكان تعين مع الغرض)

يريد أن تعين المكان ليس كتعيين الزمان و البيع على شخص معين بل الحال فى المكان أنه إن كان له فى تعيينه غرض صحيح تعين و إلا- فلا- و يجوز بيعه فى غيره كما صرح بذلك فى التذكرة فى أول كلامه و التحرير و كذا الإرشاد و التنقيح بل فى المبسوط و الشرائع و النافع أنه إذا و كله فى بيع ماله فى سوق بعينه فخالقه و باعه فى غيرها بذلك الثمن جاز و صح قالوا و لا كذا لو أمره ببيعه من إنسان فباعه من غيره فإنه يقف على الإجازة فيصير الفرق بين الزمان و المكان إن تعلق الغرض بالزمان أكثرى غالب فيجب اتباع تنصيب الموكل فيه و الإطلاق منزل على الغالب و لا- كذلك المكان فإن تعيينه غالبا يقع اتفاقا من غير باعث عليه و إنما الغرض حصول الثمن فإذا حصل فى غيره جاز و الفرق بين المكان و البيع من إنسان معين أن الغالب عدم تعلق الغرض بالمكان لذاته كما تقدم و لا كذلك الأشخاص فإنه كثيرا مما يتعلق الغرض الصحيح بمعاملة شخص فتطلب معاملته لذلك بل إطلاق كلامهم فيما إذا أمره ببيعه من فلان أنه لا- يجوز له التخطى و لو علمنا أنه لا- غرض له فى ذلك أصلا و قد نسب ذلك إلى ظاهر إطلاقهم فى المسالك و إلى ظاهر أكثر العبارات فى مجمع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٧٩

كأن يكون السوق معروفا بوجوده النقد أو كثرة الثمن أو حله أو صلاح أهله أو مودة بين الموكل و بينهم (١) و إلا فلا (٢) و لو عين المشتري تعين (٣) و لو أمره بالبيع بأجل معين تعين (٤) و لو أطلق احتمال البطلان للجهالة و الصحة لتقييده بالمصلحة (٥)

البرهان و لكنه فى التذكرة بعد أن ذكر ما حكيناه عنه من جواز التعدى فى المكان قال و الوجه الثانى للشافية أنه لا يجوز التعدى لجواز أن يكون له فيه غرض صحيح لم يطلع عليه (و أجاب) عنه بأنه غير محل النزاع لأننا نفرض الكلام فيما لو انتفى الغرض بالكلية أما لو جوزنا حصول غرض صحيح فإنه لا يجوز له و وافقه على هذا المحقق الثانى قال و ينبغى أن يستوى فى ذلك الزمان و المكان و لا يضر كون تعلق الغرض فى أحدهما أكثرى و قال لا تجوز المخالفة ما لم يعلم انتفاء تعلق الغرض فلا يجوز التخطى مع الجهل لأن ذلك ليس نادرا و وافقه على ذلك صاحب إيضاح النافع و صاحب المسالك و المقدس الأردبيلي و أخذ الثالث يحاول تنزيل كلام الإرشاد على أن المدار فى المشتري المعين و الزمان و المكان على الغرض و عدمه فإن علم انتفاء الغرض فى الجميع جازت المخالفة و إلا فلا و قال ينبغى أن يحمل كلام الجميع على ذلك و أنت تعلم أن الشيخ و الجماعة يدعون أن العرف و العادة مستقيمان على أن تعيين السوق إنما يقع غالبا من غير باعث عليه و لا كذلك الزمان و الإطلاق فيهما ينزل على الغالب و قضية ذلك أنه لو علم الباعث الصحيح أو ظن أو احتمال اتبع ما عين فلا نزاع فى الحكم و إنما هو نزاع فى حال موضوع فليتأمل و يرشد إلى ذلك كلاما التذكرة

أولاً و آخراً

(قوله) (كأن يكون السوق معروفاً بجوده النقد أو كثرة الثمن أو حله أو صلاح أهله أو مودة بين الموكل وبينهم)

هذه أمثلة الغرض التي توجب التعيين فى المكان

(قوله) (و إلا فلا)

أى و إن لم يكن مع الغرض لا- يتعين و فى (المسالك) أنه لو علم انتفاء الغرض فى السوق الفلانى صح البيع فى غيره مطلقاً لكن لا يجوز نقل المبيع إليه فلو نقله كان ضامناً و إنما الفائدة صحة المعاملة لا غير و نحوه ما فى جامع المقاصد لكنه فرض ذلك فى البلد المعين فى السوق الفلانى و الأصل فى ذلك أنه قال فى التذكرة إنه لو قال له بع فى بلد كذا احتتمل أن يكون كقوله بع فى السوق الفلانى حتى لو باع فى بلد آخر جاء التفصيل إن كان له غرض صحيح فى التخصيص لم يجز التعدى و إلا جاز لكن يضمن الوكيل هنا بالنقل إلى غير المعين و كذا الثمن يكون مضموناً فى يده بل لو أطلق التوكيل فى بلد يبيعه فى ذلك البلد فلو نقل صار ضامناً انتهى (و فيه أولاً-) أنه إذا جاز النقل و البيع فى غير ما عين كيف يتحقق الضمان لأن الجواز إن استفيد من الإذن المفهوم من كلام الموكل فلا وجه للضمان و إن لم يكن مستفاداً منه فلا جواز بل هو تصرف من غير إذن بل ينبغى التأمل فى صحة البيع (قال فى جامع المقاصد) و لو أراد النقل عن البلد الذى عين له فيه البيع أو عن بلد التوكيل لم يجز إلا بالإذن قطعاً فإن فعل كان ضامناً انتهى (و ثانياً) أنه يفهم منه عدم الضمان فى المخالفة فى السوق بخلاف البلد و هو فى محل المنع أو التأمل فليتأمل فى ذلك كله جيداً (قوله) (و لو عين المشتري تعين)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و لم يجز بيعه على غيره بذلك الثمن و لا أزيد لاختلاف الأغراض فى أعيان المشترين لاختلافهم فى سهولة المعاملة و الخلو عن الشبهة و إمكان استرداد السلعة و نحو ذلك (قوله) (و لو أمره بالبيع بأجل معين تعين)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد بمعنى أنه لا- يجوز له الزيادة و هل يجوز له النقصان قال فى التذكرة فيه قولان قلت المدار على العلم بانتفاء الغرض و عدمه

(قوله) (و لو أطلق احتمال البطلان للجهالة و الصحة لتقييده بالمصلحة)

ظاهر التذكرة الإجماع على الصحة قال إذا و كله فى البيع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٠

و لو و كله فى عقد فاسد لم يملكه و لا الصحيح (١) و لو أمره بالشراء بالعين أو فى الذمة تعين (٢)

نسيئة و لم يعين الأجل صح عندنا و حمل الإطلاق على المتعارف بين الناس و غرضه أن هذا المقدار من الغرر غير قاذح لأن المتعارف بين الناس مختلف فى الجملة و احتمال جعله سنين كثيرة يندفع بتقييد التصرف بالمصلحة و بالمتعارف المختلف اختلافاً لا يفضى إلى الضرر فتدبر لأن اعتبار التعيين أحوط

(قوله) (و لو و كله فى عقد فاسد لم يملكه و لا الصحيح)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و اقتصر فى الخلاف و المبسوط و الشرائع و الإرشاد على أنه لا- يملك الصحيح و لعلهم إنما تركوا ذكر عدم ملكه للفاسد لوضوحه و عدم الخلاف فيه إذ قد يظهر من التذكرة أنه وفاقى بين المسلمين بل و فى مجمع البرهان الإجماع عليه لأن الله سبحانه و تعالى لم يأذن فيه و لأن الموكل لم يملكه فالوكيل أولى أو لأنه سيأتى فى الكتاب و غيره أنه لو قال له صالح عن الدم الذى أستحقه بخمر ففعل حصل العفو و قد وجهه فى التذكرة بأن الصلح على الخمر و إن كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض و لكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح لأننا

نصحح التوكيل في العقد الفاسد انتهى و قد قال في صلح الإيضاح إنه وقع الاتفاق على أنه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا و قد تأمل المصنف في باب الصلح في سقوط القصاص فيما إذا صالح عنه بخمر و لم يجزم به هناك و يأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام عند تعرض المصنف له و يمكن الجمع بين الإجماعين بأننا نقول بمعقد إجماع الإيضاح في موضعه خاصة لا من حيث إنه يملك العقد الفاسد و يصح التوكيل فيه بل من حيث إن موكله صار بتوكيله في ذلك كالمبترع هذا و ظاهر التذكرة و جامع المقاصد الإجماع على أنه لا يملك الصحيح حيث قال عندنا و في (مجمع البرهان) كأنه إجماعى و أن وجهه ظاهر لأنه غير موكل فيه أى لأنه لم يأذن فيه فيقع فضوليا و خالف أبو حنيفة مستندا إلى أن الشراء الفاسد يملك عقده فإذا عقد له عقدا صحيحا فقد ملكه بما هو أولى و لم يوافق على ذلك أحد منا سوى صاحب التنقيح مستندا إلى أنه أمره بمركب من شيئين البيع و الأجل و الأجل لا يدخل في حقيقة البيع و حينئذ ففساد الأجل لا يستلزم فساد البيع فإذا يكون مالكا للبيع المطلق فإذا باع مطلقا صح و انصرف إلى الحال و احتمال أن يملك البيع إلى أجل معلوم هو أقل مما يحتمله الأجل المجهول المأمور به و هو كما ترى فساد و لا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين أو جاهلين أو بالتفريق فلو قال له اشتر كذا إلى إدراك الغلات أو بع كذلك فاشترى بهذا العقد أو باع و سلم الثمن أو المبيع ضمن

(قوله) (و لو أمره بالشراء بالعين أو فى الذمة تعين)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان حيث أتى فى بعضها بعبارة الكتاب و فى بعض آخر بمعناها و المراد من أمره بشراء بالعين أو فى الذمة أن ينص له على ذلك كأن يقول له فى الأول اشتر بعين هذا و مثله ما إذا قال اشتر بهذا المال لمكان المقابلة المستفاد من الباء كما نص عليه المحقق الثانى و الشهيد الثانى و وجهه أنه يجب تتبع تخصيصات الموكل لاختلاف الأغراض فى ذلك غالبا كتلف الثمن المعين فإنه لا يلزمه بدله و نحو ذلك فإن ظهر عدم الغرض فى الشراء نقدا بالعين علما أو ظنا ينبغى أن يجوز فى الذمة و بالعكس و الاقتصار أولى خصوصا فى صورة الظن و يأتي للمصنف فى المطلب الثالث أنه لو أذن له فى الشراء فى الذمة فاشترى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨١

و لو أطلق أو خيره تخير (١) و لو عين النقد أو النسيئة تعين (٢) و لو أطلق حمل على الحلول بنقد البلد (٣) فإن تعدد فالأغلب فإن تساوى تخير (٤) و لو باعها نقدا بماله بيعها نسيئة مع تعيين النسيئة صح البيع إلا مع الغرض (٥) كالخوف على الثمن و شبهه (٦) و لو اشترى نسيئة بما أمره به نقدا صح إلا مع الغرض كخوفه أن يستنصر ببقاء الثمن معه (٧) و لو وكله فى بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو أطلق فباع نصفه

بالعين إنه يحتمل اللزوم لأن إذنه فى عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الإذن فى عقد لا يوجب الثمن إلا مع بقائه و أنه يحتمل توقفه على الإجازة و هما وجهان للعامة و لم يوافقهم على الأول أحد من أصحابنا إلا أن المصنف قدمه فيما يأتي فى الاحتمال و هو يخالف ما هنا

(قوله) (و لو أطلق أو خيره تخير)

يتصور الإطلاق فيما إذا دفع إليه ألفا و قال اصرفها فى الثمن كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك لشمول اللفظ لكل منهما و قد يتأمل فيه لمكان التسليم لكن لا يرد ذلك فيما إذا كان الثمن فى ذمته أو نحو ذلك و مثله ما لو قال اشتر بألف و لم يقل بهذه الألف و لا بهذا المال و هو محل إشكال

(قوله) (و لو عين النقد أو النسيئة تعين)

فى التوكيل فى البيع أو الشراء لما تقدم كما فى التحرير و المراد إذا تعلق بذلك غرض صحيح و ستمتع ما يتفرع على ذلك

(قوله) (و لو أطلق حمل على الحلول بنقد البلد)

كما فى المبسوط و التحرير و جامع المقاصد لوجوب الحمل على الراجح المتعارف الغالب كما تقدم مثله فى البيع

(قوله) (فإن تعدد فالأغلب فإن تساوى تخير)

كما فى التحرير و التذكرة أما الحمل على الأغلب فلأنه الراجح كما هو واضح و أما التخيير مع التساوى فلانتفاء الرجحان و لا أولوية كما تقدم مثله فى البيع

(قوله) (و لو باعها نقدا بماله بيعها نسيئة مع تعيين النسيئة صح البيع إلا مع الغرض)

هذا معنى ما فى المبسوط فى موضعين منه و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و يبقى الكلام فى المستثنى فى (المبسوط و الشرائع و النافع و التحرير) نحو ما فى الكتاب إذ فى المبسوط لأن له غرضا و فى (الشرائع) إلا أن يكون هناك غرض و نحوه النافع و التحرير و كأنه لا يشمل ما إذا احتمل أن له غرضا و يشهد له قوله فى الإرشاد صح إلا أن يصرح بالمنع و قضيته أنه يصح و إن احتمل أن له غرضا فى ذلك بل لو ظن بل لو علم و قد أقره على ذلك فى مجمع البرهان لكنه فى التذكرة فرض ذلك مع العلم بانتفاء الأغراض و بذلك صرح فى جامع المقاصد و المسالك و فيهما أنه لا يجوز التعدى و إن جهل الحال و هو الصحيح و إلى ذلك أشار فى المفاتيح بقوله و لو احتمالا و مثل بيعها نقدا بما يسوغ له بيعها به نسيئة إما لنصه عليه أو لكونه متعارفا بين الناس ما إذا باعها بثمن المثل أو بأزيد منهما لأنه فى الصور الثلاث محسن قد زاده خيرا و ما على المحسنين من سبيل

(قوله) (كالخوف على الثمن و شبهه)

أى كالخوف على الثمن فى الحال و يدخل فى الشبه ما إذا كان محتاجا إليه وقت الحلول و ما إذا خاف من التعجيل خروجه فى النفقة أو خلوص مال المنسوء عليهم من الشبهة و نحو ذلك

(قوله) (و لو اشترى نسيئة بما أمره به نقدا صح إلا مع الغرض كخوفه أن يستضر ببقاء الثمن معه)

هذا معنى ما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مثله ما إذا اشتراه نسيئة بأقل مما أمره به نقدا أو جميع ما ذكر فى الكتب الستة فى المسألة التى قبلها ذكره هنا
(قوله) (و لو وكله فى بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو أطلق فباع نصفه
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٢

بثمن المثل للجميع صح (١) و له بيع الآخر (٢) و كذا لو أمره ببيع عبدین بمائة فباع أحدهما بها (٣) و لو وكله فى شراء عبد معين بمائة فاشتراه بخمسين صح (٤) إلا أن يمنعه من الأقل (٥) و لو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشتره بأقل من مائة و أزيد من خمسين أو أقل من خمسين صح (٦) و لو قال اشتر نصفه بمائة فاشترى أكثر منه بها صح (٧) و لو قال اشتر لى عبدا بمائة فاشترى مساويها بأقل صح (٨)

بثمن المثل للجميع صح (١) كما فى التذكرة و هو قضيه كلام المبسوط و غيره حيث ذكر نحو ذلك فى وكيل الشراء و مراده بالصحة فى الكتابين أنه يلزمه ذلك (و قال فى التحرير) إن الأقرب ثبوت الخيار للمالك بين الإجازة و الفسخ مع قرب اللزوم انتهى و وجه الصحة فى التذكرة بأنه مأذون فى ذلك من جهة العرف فإن من رضى بمائة ثمن لكل رضى بها ثمن للنصف و لأنه حصل له المائة و أبقى له زيادة تنفعه و لا تضره فكان كما لو باعه بمائة و نصف عبد أو ثوب و فى (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول ربما تعلق الغرض بما نص عليه الموكل لأنه ربما أراد السلامة من نفقة العبد أو خاف من ظالم يطلبه نسيئة أو تعذر عليه بيع النصف الآخر فلا بد من العلم بأن لا غرض للموكل فى الأمور به بخصوصه قال و هذا وارد إلا أنى لم أجد ما يوافق (قلت) لا اعتبار لهذه فى نظر

أهل العرف لأن الأولوية العرفية تجرى مجرى التصريح ثم إنك قد سمعت ما في التحرير فإن فيه ما يوافقه وزيادة لمن أجاد التأمل و لا تغفل عما حكيناه عن الإرشاد فإنه و التحرير على طرفى نقيض و فى (التحرير) أنه لو باع بعضه (نصفه خ ل) بأقل لم يلزم إجماعا و لو وكله مطلقا فباع بعضه (نصفه خ ل) بأقل من ثمن المثل لم يجز (قوله) (و له بيع الآخر)

كما فى التحرير لأنه مأذون له فى بيعه و احتمال فى التذكرة المنع لحصول غرض الموكل من الثمن فربما لا يؤثر بيع باقيه للاستغناء عنه و فى (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر

(قوله) (و كذا لو أمره ببيع عشرين بمائة فباع أحدهما بها)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و وجهه يعلم مما مر مع زيادة تقضى بالأولوية و هو انتفاء التشقيص و جواز بيع كل منهما بانفراده و خيره فى التحرير كما تقدم و فى العبد الآخر الوجهان

(قوله) (و لو وكله فى شراء عبد معين بمائة فاشترى بخمسين صح)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه مأذون فيه عرفا مدلول عليه بالأولوية (قوله) (إلا أن يمنعه من الأقل)

لا ريب فى ذلك لأنه إذا نهاه عن ذلك وجب عدم مخالفة النهى

(قوله) (و لو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشترى بأقل من مائة أو أزيد من خمسين صح)

قد جزم بالصحة فى الأولين فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و أما الأخير فقد قرب الصحة فيه فى التحرير و استوجها فى التذكرة و جزم بها فى جامع المقاصد و لا ترجيح فيه فى المبسوط و الوجه فى الأولين يعرف مما تقدم من الإذن عرفا و إنما يخرج عنه ما صرح بالنهى عنه و وجه الصحة فى الأخير هو ما ذكر من عدم مخالفته صريح نهيه و ثبوت الإذن عرفا فيما نقص عن المائة سوى المنهى فكان كما لو زاد على الخمسين إلا أن يدل دليل على عدم الرضا بالشراء بما دون الخمسين و وجه العدم أنه صرح بالنهى عن الخمسين فتضمن ذلك النهى عن الشراء بما دونها كذا ذكر فى المبسوط و معناه أنه لا دخل لخصوص الخمسين دون ما دونها فكأنه قال اشتره بمائة لا بخمسين و لا بما هو دونها و لعل عدم الصحة أصح

(قوله) (و لو قال اشتر نصفه بمائة فاشترى أكثر منه بها صح)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لمكان الإذن عرفا

(قوله) (و لو قال اشتر عبدا بمائة فاشترى مساويها بأقل صح)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٣

و لو قال اشتر لى شاتا بدينار فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحة الشراء (١) و وقوف البيع على الإجازة (٢)

و معناه أنه قال له اشتر لى عبدا كليا و لم يعينه بشخصه بمائة فاشترى عبدا مساويا للمائة بأقل منها صح لمثل ما تقدم و كذا لو كان يساوى أكثر من مائة فاشترى بها و إن كان لا يساويها لم يجز و إن كان يساوى (أكثر ظ) مما اشترى به

(قوله) (و لو قال اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحة الشراء)

هو مذهبا كما فى الخلاف و المذهب كما فى جامع المقاصد و فيه أيضا أنه مذهب الشيخ و الأصحاب و هو خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و جامع المقاصد و فى الأخيرين أنه لا بد من التقييد بكون كل واحدة تساوى دينارا أو إحداهما أما إذا نقصت كل واحدة منهما عن دينار فإن الشراء لا يلزم و يكون فضوليا و إن كان مجموعهما يساوى أكثر من دينار لأن

المطلوب شراء شاة تساوى دينارا انتهى (قلت) قد نبه على ذلك في الخلاف و المسبوط و التذكرة و التحرير لأنه قد يكون قد تعلق غرضه بكون الشاة مما يساوى دينارا فلا- يكون ما ضم إليها ضارا بل هو مأذون فيه عرفا و عادة فيكون كما لو وكله في بيع شىء بدينار فباعه بدينارين مضافا إلى رواية البارقي الصريحة في ذلك و يأتي في الرواية وجه آخر (وقد يقال) إنه إذا كان المدار على الإذن العرفي و الرضا فلا- حاجة إلى تقييد الشاة بكونها مما يسوى دينارا بل يكفي أن يسوى المجموع أكثر منه فإن العرف يحكم بالإذن بذلك و الرضا به (إلا- أن تقول) إن ذلك لا- يعد إذنا عرفا و إن دل على حصول الرضا من بعد بل لا بد من الدلالة عليه بالأولوية حتى تكون دلالة عرفية كما يأتي فيما إذا وكله في بيعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فإنهم قالوا إنه يتوقف على الإجازة إذ لا أولوية حينئذ نعم احتمال الاكتفاء بذلك في التذكرة و قال إنه لا يتوقف على الإجازة و حينئذ يمكن أن يقال إن توكيله في شراء شاة بدينار لا يدل بالأولوية على شراء شاتين بدينار و إن كان كل واحدة تسوى دينارا و لعله لذلك استدل بها على جواز الفضولي في الشراء كما يأتي و لذلك قال الشافعية في وجه لهم إن شراءهما معا لا يقع للموكل لكن ينظر إن اشترى في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار و الأخرى للموكل و يرد على الموكل نصف دينار و إن اشتراها بالعين فواحدة بإذنه و الأخرى بدون إذنه فيبني الحكم فيها على حكم عقد الفضولي لو لا ما يظهر من الخلاف و غيره من دعوى الإجماع إلا أن تتأول الصحة (قوله) (و وقوف البيع على الإجازة)

كما في التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و في (جامع المقاصد) لا ريب في أن البيع فضولي و في (المسبوط) أن فيه وجهين الصحة لأن عروء باع إحدى الشاتين فأمضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ذلك و الثاني لا يصح لأنه لم يأذن له في البيع قال و على هذا يكون عروء و كيلا مطلقا في التصرف فكان له الشراء و البيع على الإطلاق (قلت) و على أحد هذين الوجهين أعنى الإجازة و كونه و كيلا مطلقا نزلوا الخبر المذكور و استدلوا به على جواز بيع الفضولي و شرائه و قد يقال يدفع الوجه الأول أن عروء سلم الشاة إلى المشتري و مكنته من التصرف فيها بالذبح و الأكل و البيع و غيرها و لم يقل له امض معي إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ليحيز ذلك و أقره رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فينبغي أن يكون عروء و كيلا- عاما في بيع أمواله مطلقا أو صريحا في مثل ذلك كما نبه عليه في مجمع البرهان لكن يبعدهما معا جدا صدر الخبر كما ستسمع بل ربما أشعر بخلاف ذلك مضافا إلى أنه يشترط في الثاني أن يكون تابعا و الأول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٤

و لو أمره بشراء سلعة معينة فاشترها فظهر فيها عيب فالأقرب أن للموكل الرد بالعيب (١) و لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة (٢)

محل خلاف و أبعد منهما أو مثلهما أن يقال إنه مأذون في ذلك عرفا و قد سمعت ما في جامع المقاصد من نفيه الريب عن أنه فضولي فيتعين أن يكون دليلا على صحة الفضولي بيعا و شراء لأن تقريره صلى الله عليه و آله و سلم على الشراء و البيع يقضى بأن عقد الفضولي لا يقع باطلا في أصله بل يقع صحيحا فلما رضى النبي صلى الله عليه و آله و سلم في الشراء و البيع و التسليم و قبض الثمن لزم ذلك كله و على هذا لا يكون الشراء من باب الإذن العرفي بل من باب الفضولي لو لا ما سمعت إلا أن تناوله كما عرفت و الرواية هكذا إن النبي صلى الله عليه و آله و سلم عرض له جلب فأعطى عروء البارقي دينارا ليشتري به شاة للأضحية و في نقل آخر قال اشتر لنا به شاة فأتيت الجلب فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار و أتيت النبي صلى الله عليه و آله بالدينار و الشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم و هذه شاتكم فقال و كيف صنعت فحدثته فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه و في نقل آخر قال له صلى الله عليه و آله بارك لك في صفقة يمينك و هذا يقضى بأنه لا يحتاج في الفضولي إلى قول المالك أجزت و أمضيت البيع بل يكفي الألفاظ التي يستفاد منها ذلك و أما العلم بالرضا من دون

اللفظ فلا يكفى وقد تقدم لنا فى بيع الفضولى ما لم يوجد مثله فى كتاب

(قوله) (و لو أمره بشراء سلعة معينة فاشترها فظهر فيها عيب فالأقرب أن للوكيل الرد بالعيب)

قد استشكل المصنف فيه فيما تقدم وقد تقدم الكلام فيه فى أواخر المطلب الأول وفيه رجوع عن الإشكال إلى الفتوى

(قوله) (و لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و أول كلامه فى التذكرة قال فى التحرير لو كان الثمن أو بعضه من غير الجنس افتقر إلى الإذن (و قال فى التذكرة) إذا أذن له فى البيع بمائة درهم فلو باعه بمائة دينار أو بمائة ثوب أو بمائة دينار و عشرين درهماً أو بهما كان غير ما عين له لم يصح لأن المأتنى به غير المأمور بتحصيله و لا هو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله ثم احتمال قويا جواز البيع بذلك و نحوه إلا أن يكون له غرض صحيح فى التخصيص بالدراهم لاستفادة الإذن فى ذلك عرفا فإن من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار فجرى مجرى ما إذا باعه بمائة درهم و دينار و منع أولا- يبعه بالثياب لأنها من غير الجنس ثم احتمال مع الزيادة الجواز ثم ذكر فى وكيل الشراء أنه لو قال له اشتره بمائة دينار فاشتره بمائة درهم فالحكم فيه كالحكم فيما لو قال له بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار ثم قال الأقرب الجواز انتهى (قلت) و قضيه ذلك أعنى ما فى التذكرة أنه يكفى فى مسألة عروء كون مجموع الشاتين يساوى أكثر من دينار و لا- يحتاج إلى تقييد الشاء بكونها مما تساوى دينارا و هذا ما أشرنا إليه فيما تقدم و قد استبعد المقدس الأردبيلي محتمل التذكرة و أورد عليه فى جامع المقاصد بنحو ما ذكرناه فى خبر عروء بأن القرائن العرفية و إن دلت على حصول الرضا بذلك التصرف إلا أن ذلك لا يعد إذنا و لأنه لا يكفى حصول الرضا بعد بل لا بد من حصوله قبل التصرف إما لصريح الإذن أو لدلالته عليه بطريق أولى و إنما يكون ذلك حيث يكون المسكوت عنه من جنس مذكور لفظا و بأن فتح هذا الباب يقضى إلى الحكم على مال الغير بمجرد التخمين و مال الغير يجب أن تكون صيانتها و حرمتها أزيد من ذلك نعم لو احتف التوكيل بقرائن قوية تشهد بشىء معين لم أستبعد التعويل عليها و لا ينافى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٥

و ليس التوكيل فى الخصومة إذنا فى الإقرار (١) و لا الصلح و لا الإبراء (٢) و لو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل (٣)

ذلك ما قاله فى التذكرة فيما إذا أذن له فى البيع بمائة درهم فباعه بأكثر من مائة درهم فإن كانت الكثرة من غير الجنس مثل أن يبيعه بمائة درهم و ثوب جاز عند علمائنا سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة و سواء كانت الزيادة من الأثمان أم لا انتهى لأنهم يفرقون بين ما إذا كان الثمن أو بعضه من غير الجنس و بين ما إذا حصل الثمن و كانت الزيادة عليه من غير جنسه فإن هذا جائز قد نص عليه فى ما أتى فى الكتاب و التحرير و جامع المقاصد جازمين به و قواه فى المبسوط بعد أن ذكر فيه وجهين الصحة و عدمها ثم نعت الوجهين بأنهما قولان (قلت) هما لأصحاب الشافعى و عن الشهيد أنه يصح فيما قابل المائة و يقف فيما قابل الثوب على الإجازة كما أتى بيانه (قوله) (و ليس التوكيل فى الخصومة إذنا فى الإقرار)

إجماعا كما فى التذكرة و قد جزم بذلك فى الإرشاد و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان لعدم دلالته عليه بشىء من إحدى الدلالات و قد استشكل فيما تقدم فى صحة التوكيل على الإقرار و قد وقع فى عبارة النهاية و كذا المقنعة و فقه القرآن و المراسم و الكافى و الغنية ما يظهر منه أن التوكيل فى الخصومة إذن فى الإقرار و قد حكيناها برمتها و تكلمنا فى دلالتها عند قوله و قيل يجوز و ينضبط التصرف بالمصلحة و قد نبهنا هناك على ما هنا و لم أجد من تنبيه «١» له فى المقامين و قال جماعة من العامة إنه يقبل إقراره لأن الإقرار أحد جوابى الدعوى فيصح من الوكيل فى الخصومة كالإنكار (و فيه) أن الإقرار يمنع على الموكل الإنكار و لا كذلك الإنكار ثم إنه يسقط حق الموكل من الخصومة و لا كذلك الإنكار فافترا

(قوله) (و لا الصلح و لا الإبراء)

لم يخالف في ذلك أحد من الخاصة و العامة و لذلك قال في التذكرة لا نعلم فيه خلافا لعدم دلالة على شيء من ذلك بإحدى الدلالات الثلاث و ليعلم أن وكيل المدعى يملك الدعوى و إقامة البينة و تعديلها و التحليف و طلب الحكم على الغريم و القضاء و بالجملة كلما وقع وسيلة إلى الإثبات و وكيل المدعى عليه يملك الإنكار و الطعن في الشهود و إقامة بينة الجرح و مطالبة الحاكم بسماعها و الحكم بها و بالجملة عليه السعي ما أمكن نص عليه كله في التذكرة

(قوله) (و لو و كله عن الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل)

كما في التذكرة و الإرشاد و كأنه يظهر من الإيضاح في المقام و قد جزم به في باب الصلح و ادعى عليه الإجماع و قد وجهه في التذكرة بأن الصلح على الخمر و إن كان فاسدا فيما يتعلق بالعوض لكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح لأننا نصحح التوكيل في العقد الفاسد انتهى (و حاصله) أن الموكل إذا قال صالحت عن الدم الذي أستحقه بمائة رطل من خمر كان كأنه قال عفوت على مائة رطل من خمر و لما لم يجز له أخذ الخمر عوضا كان كالمتبرع بالعفو مع بناء العفو على التغليب و المسامحة و هو متوجه بالنسبة إلى الموكل في صورة العلم دون الجهل و قد وجهه بالنسبة إلى الوكيل بأنه يصح التوكيل في العقد الفاسد فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح (و فيه) أنه قد سبق له في كتبه الثلاثة أنه لا يصح التوكيل في العقد الفاسد كما مر بيانه و أن التوكيل غير مشروع فلا يترتب عليه أثره و كونه بحيث لو فعله الموكل لحصل العفو لا يقتضى حصوله بفعل من ليس بوكيل شرعا و لهذا لو و كله في شراء فاسد و قبض المبيع لا يتعلق الضمان بالموكل لأن يده ليست يده و إن كان لو فعله الموكل بنفسه تعلق

(١) تنبه (ظ)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٦

و لو صالح على خنزير أو أبرأه فإشكال (١) و ليس للوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله فيها (٢)

به الضمان و بناء العفو على التغليب لا يقضى بحصوله بالعقد المنهى عنه شرعا إذ لا دليل عليه لأن الفاسد لا يترتب عليه أثر ثم إنا لا نجد لهذه الكلمة موضعا كما أوضحناه في باب الوقف فيما إذا جنى على العبد الموقوف و عفا الموقوف عليهم الموجودون فهل لمن بعدهم من البطون الاستيفاء و قد استشكل في باب الصلح في حصول العفو لو صالحه عن القصاص بحر و لهذا قال في جامع المقاصد إن الأصح بقاء القصاص و إليه مال أو قال به المقدس الأردبيلي لكن يأتي على ذلك كله أنه قال في صلح الإيضاح إنه وقع الاتفاق على أنه لو و كل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا كما تقدم بيان ذلك عند قوله و لو و كله في عقد فاسد لكننا قد تقدم لنا الجمع بما يرتفع به الخلاف و تلتئم به الكلمة

(قوله) (و لو صالح على خنزير أو أبرأه فإشكال)

يريد أنه إذا و كله في الصلح عن القصاص على خمر فخالف و صالح على خنزير ففي (التذكرة) أنه لغو و يبقى القصاص مستحقا كما كان و به جزم في الإرشاد و مجمع البرهان و في (الإيضاح و جامع المقاصد) أنه الأقوى لمكان المخالفة لأنه لم يفعل ما أمره به و هو أظهر وجهي الشافعية و الوجه الثاني لهم حصول العفو لأنه قد رضى بإسقاطه من دون عوض لأنه لا يملك الخمر فهو بمنزلة التوكيل في الإسقاط و الإبراء بأي طريق كان فحينئذ لو صالح على ما يصح عوضا كالعبد و الثوب صح و قد يقال إنه إذا خالف و صالح على خنزير صح و لا كذلك إذا أبرأ أو صالح على ما يصح عوضا لظهور إرادة الاستخفاف إذ المفروض العلم بعدم الصحة فليتأمل

(قوله) (و ليس للوكيل في الخصومة أن يشهد لموكله فيها)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و شهادات السرائر و التحرير و المسالك و كذا الكفاية و

فيها أنه المشهور و لقد تتبعت كلامهم في الباب و باب الشهادات فلم أجد لهم غير ما سمعت إلا قولهم تقبل شهادة الوكيل و الوصى في جرح شهود المدعى على الموكل أو الميت فيما وكل فيه أو أوصى إليه فيه لأنهما يدفعان بذلك سقوط ولايتهما إن لم يكن لهما أجره ذكر ذلك في السرائر و الشرائع و الكتاب و التحرير و الإرشاد و المسالك و كشف اللثام قالوا لأنها تدفع ضررا و لم أجد من تأمل في ذلك في البابين في المقامين قبل المقدس الأردبيلي و لا نقل أحد منهم فيه خلافا حتى من العامة فإنه لم ينقل فيه خلاف عنهم في المبسوط و لا في التذكرة غير صاحب الكفاية فإنه نقل الخلاف عن ابن الجنيدي و هو وهم لأنهم إنما حكوا عنه الخلاف في الوصى قالوا إنه قبل شهادة الوصى بمال اليتيم و كأنه مال إليه كاشف اللثام حيث قال في الوصى إن المشهور رد شهادته للتهمة بالولاية على المال و حكى الخلاف عن أبي علي و أيد قوله بمكاتبة الصفار و فيها ظهور أو نوع إشعار بالقبول ثم قال و في تأثير هذه التهمة و خصوصا فيما لا أجره له على حفظه أو إصلاحه انتهى فإن قلنا إن الوكيل و الوصى من واد واحد و الحكم فيهما واحد كان أبو علي مخالفا و كاشف اللثام متأملا و إن قلنا إن حكمهما مختلف لم يكن لتلك تعلق بهذه و لهذا لم يخالف في الوكيل أبو علي و لا- تأمل فيه كاشف اللثام بل جزم به كما سمعت لكن فيه أن الناص على عدم قبول شهادة الوصى أكثر من الناص على عدم قبول شهادة الوكيل و لعل ذلك لمكان مكاتبة الصفار الأخرى المشعرة بعدم القبول و أن حكمهما واحد لكن خلاف أبي علي و تأمل كاشف اللثام لا يضره كما لا يضره خلو بقیة الكتب عنه في البابين و إن كان قد يلوح من بعضها أنه تقبل شهادته حيث يذكرون من ترد شهادته للتهمة و يذكرون الوصى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٧

إلا إذا عزله قبل الخصومة (١) و لو وكل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما إشكال (٢)

و الشريك و غيرهما و لا- يذكرونه لكن فيه أنه قد يظهر أو يلوح من المبسوط و التذكرة أنه لا خلاف فيه بين المسلمين (و كيف كان) فالوجه في ذلك في المقامين التهمة و أن شهادته له في الأول تجر له ولاية و نفع و تدفع عنه في الثاني أى جرح الشهود ضررا و في (مجمع البرهان) أنا لا نسلم أن مطلق الولاية و الوكالة نفع بل قد تكون ضررا و كون مثلها مانعا من قبول شهادة العدل المقبول يحتاج إلى الدليل بعد الدليل على قبول شهادة العدل المتصف بالشرائط سوى هذا المتنازع فتأمل انتهى و قد تبعه على ذلك صاحب الحدائق و قد تشعر عبارة الكفاية بذلك و هو كما ترى إذ لا ريب أن الوصاية و الوكالة ولاية و سلطان و الغالب في الناس تطلبهما و ميل النفوس إليهما و إن تركهما من تركهما لأمر آخر كخوف الإشكال و المنع عن أمور معاشه و إشغاله (و اشتغاله ظ) قوله (إلا إذا عزل قبل الخصومة)

يريد أنه إذا عزله عن الوكالة قبل الشروع في الخصومة و شهد له في ذلك قبلت كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر الأربعة الأخيرة الإجماع عليه حيث قالوا في الأولين عندنا و قصر الخلاف في الثالث على بعض العامة و نسبه في الأخير إلى الأصحاب لعدم التهمة حينئذ لأنه ما أثبت خصما و لا أثبت لنفسه حقا فأشبهه ما لو شهد قبل التوكيل و به قال أبو حنيفة و الشافعي في أصح الوجهين و له وجه آخر بالعدم و إن كان قد خاصم حال و كالتة ثم عزل و شهد لم تسمع كما هو صريح بعض ما ذكر و مفهوم البعض الآخر الذي عبر بعبارة الكتاب و نحوها لأنه حينئذ متهم يريد تمشيه قوله و إظهار الصدق فيما ادعاه أولا و مثله في عدم القبول ما إذا أقامها حال و كالتة ثم ردت لتهمة الوكالة كما هو نص التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان و هذا كله إذا جرى الأمر على التواصل و أما إذا طال الفصل فظاهر كلام المصنف التردد في القبول و في (جامع المقاصد) أن كلا من الأمرين محتمل قلت الظاهر القبول مع كثرة الطول و منه يعلم أنه لا نزاع في قبول شهادة الوكيل على الموكل و لا في قبولها له فيما لا ولاية له عليه مطلقا كما في مجمع البرهان و قد نفى عنهما الريب في جامع المقاصد و هو كذلك و قد نص على قبول شهادته له فيما لا ولاية له عليه في الكتاب فيما يأتي و المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و على

قبولها عليه في الكتاب أيضا وفيما ذكر بعده فبعض بالمنطوق و بعض بالفحوى و المفهوم

(قوله) (و لو وكل اثنين بالخصومة ففى انفراد كل منهما إشكال)

أصححه عدم جوازه كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و هو الحق كما فى التذكرة و به جزم فى المبسوط و الشرائع و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان لأن الأصل عصمة مال المسلم فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف حتى يوافقه الآخر و لأن توكيل الاثنين يؤذن بعدم اكتفائه بكل منهما مفردا و التعاضد مطلوب فى إظهار الحجّة و لا عسر فى الاجتماع كما لو وكلهما بالبيع و نحوه أو أوصى إليهما أو وكلهما بحفظ متاع فإنهما يحفظانه معا و الجواز خيرة أبى على حكاه عنه فى الإيضاح أنه (لأنه ظ) يعسر اجتماعهما على الخصومة و يحصل الغرض بكل منهما لأن الغرض نشر الدعوى و إحضار الجواب عند الحاكم و لا فرق فى ذلك بين الاجتماع و الانفراد بخلاف البيع و نحوه مما يفترق إلى تعاضد الآراء و على الأول لو مات أحدهما أو غاب لم يكن للآخر التصرف و لا للحاكم إقامة آخر مقامه إلا أن يحتاج إلى ذلك فإنه أولى من عزله بالكليّة و نصب غيره كما تقدم بيانه و بيان معنى اجتماعهما

(قوله) (و لو وكله فى الخصومة لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٨

و لو وكله فى الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق و لا غيره فى مجلس الحكم و غيره (١) و لو أذن له فى تثبيت حق لم يملك قبضه و بالعكس (٢) و لو وكله فى بيع شىء أو طلب شفعة أو قسمة لم يملك تثبيتها (٣) «١» و لو قال قبض حقى من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات و لو قال قبض حقى الذى على فلان كان له مطالبة الوارث (٤)

يقبل إقراره على موكله بقبض الحق و لا عبرة بمجلس الحكم و لا غيره)

كما صرح بذلك كله فى التحرير و نحوه ما فى جامع الشرائع و فى (التذكرة) الإجماع عليه قال لو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل سواء أقر فى مجلس الحكم أو غيره عند علمائنا أجمع و قد تقدم الكلام فيه (قوله) (و لو أذن له فى تثبيت حق لم يملك قبضه و بالعكس)

كما فى الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و كذا المبسوط حيث جزم به فى صورة الأصل و حكى القولين من دون ترجيح فى صورة العكس و الوجه فيهما أنه إن أحدهما غير الآخر فلا يكون التوكيل فى أحدهما توكيلا- فى الآخر و المراد أنه لو وكله فى إثبات حق له على غيره لم يملك قبض ذلك الحق و لا استيفاءه لأنه قد لا يأتى على ذلك و اللفظ لم يتناوله لغه و لا عرفا و لا يجوز له استيفاء الحد و القصاص بحال و لو وكله فى القبض فجحد من عليه الحق لم يملك الإثبات لا فرق فى ذلك بين العين و الدين و قال أبو حنيفة إن كان دينا ملك الإثبات دون العين و قد يقال إذا كان الموكل عالما بجحود الغريم كان التوكيل فى القبض توكيلا فى إثبات الحق لأنه مقدمة له لتوقف القبض عليه (و فيه) أن احتمال رجوع الغريم عن الجحود ممكن كما أن احتمال أنه إذا أصر على جحوده استتاب غيره فى تثبيته لأنه أبصر منه قائم فلا توقف لكن هذا يقضى بأنه مع العلم بالجحود و الإصرار يكون وكيلا فى الإثبات

(قوله) (و لو وكله فى بيع شىء أو طلب شفعة أو قسمة لم يملك تثبيتها)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام التذكرة لما تقدم فى مثله من أن أحدهما غير الآخر و كونه طريق «٢» إليه عند الجحود لا يستلزم تعليق التوكيل به

(قوله) (و لو قال قبض حقى من فلان فله القبض من وكيله لا- من وارثه لو مات و لو قال قبض حقى الذى على فلان كان له مطالبة الوارث)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لأن الفرق

بين الصيغتين ظاهر لأنه في الأولى إذا مات فلان تعذر الآخر منه بعد موته فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه فلا يكون له الأخذ من ورثته لأن الوكالة في أخذ الحق من فلان لا تستلزم الوكالة في الأخذ من تركته بأحد الدلالات بل له الأخذ من وكيله لأن يده يده وبيانه أن من متعلقة باقبض و مبدأها الغريم فصار مبدأ القبض و منشؤه فلان الغريم فلا يتعدى إلى وارثه و ليس الوارث كالوكيل فإن الوكيل نائب و الوارث مالك و استوضح ذلك فيما لو حلف على فعل شيء فإنه يحث بفعل و كيله لا بفعل وارثه و جملة الموصول و الصلة في الصيغة الثانية صفة الحق و لا تعرض فيها للمقبوض منه فالوكيل يتبع الحق حيث ما وجد و هذه الصفة للتوضيح و التشخيص إن لم يكن له حق على أحد غير هذا الحق فتكون كالصفة في قولنا أعط ابنى الصائم أو القائم فإن له إعطائه و إن أفطر أو قعد فلا إشعار فيها بحصر القبض من فلان و إن كان له حق على غير فلان فالأمر أوضح من أن يحتاج إلى البيان فإنها تكون للاحتراز عن الدين الآخر الذى فى ذمة الآخر و لك أن تقول إن ذلك كله إنما يتم بملاحظة اللغة و إلا فالعرف لا يفرق بينهما إلا أن تقول

(١) تثبيته خ ل.

(٢) طريقاً «ظ»

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٨٩

و لو أذن لعبده فى عتق عبيده أو لغريمه فى إبراء غرمائه أو حبسهم أو لزوجه فى طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون (١)

[المطلب الثالث فى حكم المخالفة]

(المطلب الثالث) فى حكم المخالفة إذا خالفه فى الشراء فإن اشترى فى الذمة ثم نقد الثمن صح إن أطلق و يقع له إن لم يجز الموكل (٢)

إنه إذا تفتن فرق فتأمل

(قوله) (و لو أذن لعبده فى عتق عبيده أو لغريمه فى إبراء غرمائه أو حبسهم أو لزوجه فى طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون) ظاهر الإيضاح الدخول و وافق فى التحرير فى عتق العبيد و إبراء الغرماء و طلاق النساء و خالف فى حبس الغرماء و خصومتهم فقرب عدم الدخول و نص فى المبسوط على عدم الدخول فى إبراء الغرماء و حبسهم و طلاق النساء و فيما إذا وكله فى تفريق ثلثه فى الفقراء و المساكين و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة و لا ترجيح فى جامع الشرائع وجه القرب أن اللفظ عام فيجب التمسك به لانتفاء المخصص بناء على أن المخاطب يدخل فى عموم الخطاب و لا مانع إلا كونه مخاطباً و هو غير صالح للمانع و يحتمل العدم بناء على عدم دخوله فإن ذلك هو المتبادر إلى الفهم عرفاً فإن كون الشخص معتقاً معتقاً لا ينتقل الذهن إليه عند الإطلاق و لا يتفاهمه أهل العرف و قد تقدم الكلام فيه فى باب المكاسب مسبقاً مشعباً

(قوله) (المطلب الثالث فى حكم المخالفة إذا خالفه فى الشراء فإن اشترى فى الذمة ثم نقد الثمن صح إن أطلق و يقع له إن لم يجز الموكل)

المخالفة تكون فى جنس الفعل أو صنفه أو وصفه و من المخالفة أن يأمره بشراء عبد فيشترى جاريةً و أن يأمره بالشراء بثمان معين فيزيد عليه و يشترى فى الذمة و المراد بالإطلاق عدم إضافة الشراء إلى الموكل لفظاً مع قصده نية حتى يصح أن يترتب عليه ما بعده و قد صرح بوقوع الشراء مع المخالفة و الشراء فى الذمة فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و الإرشاد و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية مع التقييد فى بعضها بما إذا لم يجز الموكل و لكن لا تصريح فى الشرائع و الإرشاد و الكفاية بكون الشراء فى الذمة لكنه ظاهر منها (و يعلم) أن مثل المخالفة ما إذا أنكر الموكل الوكالة كما صرح به جماعة و

قد قيد المصنف هنا وفي التحرير المخالفة المذكورة بما إذا نقد الثمن وهو ظاهر كلام التذكرة وفي (جامع المقاصد) أنه لا فائدة لقوله ثم نقد الثمن لأن الحكم ثابت مع المخالفة المذكورة سواء نقد الثمن أم لا ولعل غرضه أنه إن نقد الثمن من ماله لم يمتنع أن يقع للموكل إن أجازته كما قد يتوهم وإن نقده من مال الموكل لم يمتنع أن يقع للوكيل إن لم يجز الموكل كما ستسمعه عن العميدى (و كيف كان) فالظاهر أن مرادهم أن النية تلغى لأن الخطاب معه وقد أضاف الشراء إلى نفسه ولم يذكر الموكل لفظاً ولم يشتر بعين المال وقد خالف ما أمره به فتلغى النية كما إذا أحرم للغير ثم أفسد حجه فإنه ينقلب له (إلا أن تقول) إن المفروض أنه أضافه إلى الموكل ونواه بالشراء ولم ينو نفسه والعقود تابعة للقصد فلا يقع له في نفس الأمر ولا للموكل ويبقى على ملك البائع وإنما يقع للوكيل ولو أخذ به في ظاهر الشرع كما نبه عليه في الإيضاح (و قال في جامع المقاصد) إنه كلام صحيح وإن عبارة الكتاب لا تأباه قلت و بقیة العبارات لا تأباه حتى كلام المبسوط كما ستسمعه لكن قد تقدم في باب المضاربة أن العامل إذا خالف واشترى في الذمة بنية مال القراض ولم ينو نفسه أنه يقع له والثمن عليه وقد صرح به هناك جماعة كثيرون ولم يلتفتوا إلى نية القراض ولا إلى ذكره في متن العقد وقد اعترضنا عليه هناك بما ذكرناه هنا فليلحظ (و كيف كان) فهذا العقد يقع موقوفاً في نفس الأمر على إجازة الموكل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٠

و إن أجاز فالأقرب وقوعه له (١) و إن أضاف الشراء للموكل وقف على الإجازة (٢) و إن اشترى بالعين وقف على الإجازة (٣)

فإن لم يجز كان باطلاً في نفس الأمر ويقع لازماً في ظاهر الشرع ويتخلص من البائع بما يأتي ولو قلنا بأن عقد الفضولي يقع باطلاً لقلنا بأنه يقع للوكيل ظاهراً لا في الواقع (و قال في المبسوط) لزمه البيع لأن التصرف لغيره في الذمة يلزمه إذا لم يلزم ذلك الغير الذي تصرف له فيه انتهى وهو لا يأبى أن يكون المراد لزمه البيع في ظاهر الشرع وإن لم يقل بالفضولي إنه (لأنه ظ) قال في الشرائع كل موضع يبطل فيه الشراء للموكل فإن كان سماه لم يقع عن أحدهما وإن لم يكن سماه قضى به على الوكيل وبذلك عند (عبر ظ) المصنف فيما يأتي من الكتاب ومرادهما كل موضع يبطل فيه الشراء للموكل ويحتمل وقوعه للوكيل نظراً حال الوكيل باعتبار التسمية وعدمها وكل ذلك إنما يكون إذا كان الشراء في الذمة ولم يجز المسالك الموكل فإذا أوقع الصيغة على عين مال الموكل ولم يجز فلا مجال لاحتمال وقوعه للوكيل لأنه يصير بمنزلة ظهور استحقاق أحد العوضين فلا معنى لقوله في المسالك لا بد من تقييده بعدم الشراء بعين مال الموكل وإلا بطل العقد إن لم يجزه المالك ثم إنه سيأتي قريباً أنه إن اشترى بعين مال المالك ولم يجز ولم يصدقه البائع بأنه اشترى بمال المالك إنه يقع له ظاهراً ويضمن للمالك الثمن المدفوع (قوله) (و إن أجاز فالأقرب وقوعه له)

كما هو قضية كلام كل من قال بصحة الفضولي لأنه عقد فضولي فيقف على الإجازة كما هو واضح واحتمل الفاضل عميد الدين فيما حكى عنه أن لا يقع للموكل لأنه لما اشتراه على خلاف ما أمره به ولم يذكره في العقد ولم يشتر بعين المال بل في ذمته وجب أن يقع للوكيل فلا ينتقل بالإجازة إلى الموكل لأن الإجازة لا تنقل ما هو مملوك للغير ملكاً مستقراً إلى غيره (و فيه) أن العقود تابعة للقصد فكيف يقع للوكيل ولم ينو إلا أن يكون أراد في ظاهر الشرع فتأمل وقد يكون عدم وقوعه للموكل لتقدم نهيه عنه فيكون كعدم رضاه به بعده عنده ولعله أراد أن المصنف أراد بغير الأقرب إذ لم نقف على كلامه إذ لا يناسب من المصنف القائل بصحة الفضولي أن يريد بغير الأقرب بطلان الفضولي مضافاً إلى تركه فيما بعده مع أنها من واد واحد فليتأمل (قوله) (و إن أضاف الشراء إلى الموكل وقف على الإجازة)

كما في التذكرة والمسالك وعليه استقر رأيه في التحرير وفي (جامع المقاصد) أنه يقف على الإجازة لا محالة (قلت) وإليه يرجع كلام الشرائع والإرشاد والكتاب فيما يأتي في آخر المطلب حيث قيل فيها كل موضع يبطل الشراء للموكل فإن كان سماه عند العقد

لم يقع عن أحدهما إذ معناه أنه لا- يقع عن الوكيل لأنه خص الشراء بالموكل لفظاً و نيةً و العقود تتبع القصد و لا يقع عن الموكل لمخالفته أمره و قضية ذلك أن يكون فضولياً يقف على الإجازة و هما في الكتب الثلاثة ممن يقول بصحة الفضولي نعم كلام- المبسوط لا- يرجع إلى ذلك قال فيه وجهان أحدهما أنه يبطل البيع و لا يلزم الوكيل و الثاني أنه يلزم الوكيل لأنه تصرف مطلقاً في الذمة لغيره فإذا لم يلزم ذلك الغير لزمه هو كما إذا لو لم يذكر أنه يشتري لموكله و الأول أصح انتهى و لم يتعرض المصنف هنا لاحتمال البطلان لا- بلفظ الأقرب و لا بغيره و هذا يقضى بأن الاحتمال القابل للأقرب فيما قبله غير القول بالبطلان في الفضولي كما نبهنا عليه آنفاً و المراد بإضافة الشراء إلى الموكل ذكره لفظاً

(قوله) (و إن اشترى بالعين وقف على الإجازة)

كما في التحرير و جامع المقاصد و المسالك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩١

فإن فسخ الموكل بطل (١) ثم إن صدقه البائع أو ثبت بالبينه و جب عليه رد ما أخذه (٢) و إلا حلف و ضمن الوكيل الثمن المدفوع (٣) و لو خالفه بالبيع وقف على الإجازة (٤) و لو أذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له

و كذا التذكرة و جزم في المبسوط و موضع من التذكرة ببطلان البيع إذا كان حين الشراء ذكر أنه يشتريها للموكل و لم يتعرض لتوقفه على الإجازة و قالاً إن لم يذكر في العقد أنه لموكله و ادعى أنه نواه فإن صدقه البائع يبطل البيع و إن كذبه حلف البائع على نفى العلم انتهى و لا فرق في توقفه على الإجازة حيث يكون الشراء بعين المال بين أن يكون أضافه إلى الموكل لفظاً و نيةً أو نيةً فقط أم لم يضيفه لأنه كالمخالفة في البيع كما ستسمع و لا بد من فرض ذلك أنه وقع بعد قبض الثمن ليصح ترتب كلامه إلى آخر المسألة عليه كما ستعرف و لو قال و كذا لو اشترى بالعين لكان إلى آخره أجود «١»

(قوله) (فإن فسخ الموكل بطل)

لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين و عليه نص في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد سمعت أنه جزم في المبسوط و التذكرة بالبطلان مطلقاً

(قوله) (ثم إن صدقه البائع أو ثبت بالبينه و جب عليه رد ما أخذ)

أى فإن صدق البائع المشتري بأن المال للموكل و أنه خالفه أو قامت البينة بذلك و جب على البائع رد الثمن الذي أخذه لظهور بطلان البيع و به صرح في التحرير و جامع المقاصد و عليه نص في المبسوط و التذكرة في صورة التصديق و لعل الوجه في عدم تعرضهما للبينة لأنها لا تسمع عندهما هنا لأنه مكذب لها

(قوله) (و لا حلف و ضمن الوكيل الثمن المدفوع)

كما في التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه إن انتفى الأمران كان القول قول البائع مع يمينه و حلف على نفى العلم بأن هذا الثمن لموكله إن ادعى الوكيل عليه العلم و يحكم بالبيع ظاهراً للوكيل و على ذلك كله نص في المبسوط و التذكرة في صورة عدم التصديق و يجب عليه للموكل عوض الثمن المدفوع لاعترافه بأنه عاد مخالف و قد وقع في الشرائع و الكتاب فيما يأتي و الإرشاد أن كل موضع يبطل الشراء للموكل فإن سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما و إلا قضى به على الوكيل كما ذكرناه آنفاً و قضية ذلك أنه لا- يحكم هنا بالبيع ظاهراً للوكيل إذا حلف البائع على نفى العلم لقولهما إن سماه لم يقع عن أحدهما (فإن قلت) مرادهما في الكتب الثلاثة لا يقع عن أحدهما في نفس الأمر و هنا وقع للوكيل ظاهراً لا في نفس الأمر (قلت) قولهما و إلا قضى به على الوكيل ظاهراً و في الظاهر يظهر منه أنهما أرادا في الأول عدم الوقوع عن أحدهما ظاهراً و باطنا و إلا لم يكن للتفصيل وجه إلا أن يقول إن المراد سماه و قد سمع البائع و قد سمعت كلام المسالك آنفاً في ذلك و جوابه فلا تغفل و لا يعجبني ما في جامع المقاصد من تفسيره

تصديق البائع و عدمه بالمخالفة و عدمها بل الأولى كما فى المبسوط من تصديقه بأن المال للموكل و عدمه و ليس لك أن تقول إنه لا بد من فرض المخالفة إذ لعله لا يصدق البائع لأن المسألة مفروضة فى صورة المخالفة (قوله) (و لو خالفه فى البيع وقف على الإجازة)

فى كل صور المخالفة كما صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد فلو قال له بع هذا العبد فباع عبدا آخر فهو فضولى فى بيع الآخر لأنه غير مأذون له فيه فكان كالأجنبى بالنسبة إليه و ذلك بخلاف مسألة الشراء فإنه قد يشتري فى الذمة و لا يضيف إلى الموكل فيقع له مع عدم الإجازة كما تقدم بيانه و بيان ما فيه و الحاصل أن البيع فى جميع صور المخالفة كالشراء بعين مال الموكل عند المخالفة و فى السرائر أنه لو خالفه فى البيع كان باطلا (قوله) (و لو أذن له فى الشراء بالعين فاشترى فى الذمة كان له

(١) إلى آخره لكان أجود (ظ)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٢

الفسخ (١) و لو انعكس احتمال اللزوم لأن إذنه فى عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الإذن فى عقد لا يوجب الثمن إلا مع بقائه (٢) و البطلان للمخالفة و تعلق الغرض و هو تطرق الشبهة فى الثمن أو كراهية الفسخ بتلف العين (٣) و لو باع بدون ثمن المثل وقف على الإجازة و كذا لو اشترى بأكثر منه (٤) و لو أذن له فى تزويج امرأة فزوجه غيرها (٥)

الفسخ)

وجها واحدا كما فى جامع المقاصد و هو كذلك لأنه لم يذكر فيه فى المبسوط و لا التذكرة غيره و قد حكينا فيما سلف عن جماعة كثيرين من أصحابنا أنه لو أذن له بالشراء بالعين تعين و قد وجهه فى المبسوط بأن له غرضا بالشراء بعين المال و هو أن لا يلزمه البيع مع تلف الثمن لأن الثمن إذا كان معيناً بطل البيع بتلفه قبل تسليمه و إن كان غير معين لم يبطل

(قوله) (و لو انعكس احتمال اللزوم لأن إذنه فى عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الإذن فى عقد لا يوجب الثمن إلا مع بقائه)

هذا غير الأصح من وجهى الشافعية و لم يرتضه الشيخ فى المبسوط و لا ابن سعيد فى الجامع و لا المصنف فى التذكرة و التحرير و لا المحقق الثانى فى جامع المقاصد بل قال الأول الأولى البطلان و الثانى لم يصح لموكله و جزم فى التذكرة بأنه فضولى و فى (جامع المقاصد) أنه الأصح و إليه يرجع كلام التحرير و قد تقدم للمصنف فى المطلب الثانى أنه لو أمره بالشراء بالعين فى الذمة تعين و حكينا هنا عن ثمانية كتب و قد وجه اللزوم بما ذكره المصنف و بيانه أن الإذن فى العقد الذى يتطرق إليه الضرر المذكور يقتضى الإذن فيما خلا عنه بطريق أولى فيستفاد الاستلزام الذى ادعاه المصنف فى العبارة من باب مفهوم الموافقة (و فيه) أن الأولوية العرفية ممنوعة لأن فيه ضررا باعتبار و نفعاً باعتبار آخر فإن الغرض قد يتعلق بتملك المبيع على كل حال سواء سلم ما تسلم إليه أو تلف و ربما كره كون المدفوع ثمناً لتطرق الشبهة عنده إليه و نحو ذلك من المقاصد

(قوله) (و البطلان للمخالفة و تعلق الغرض و هو تطرق الشبهة فى الثمن أو كراهية الفسخ بتلف العين)

هذا هو الاحتمال الثانى الذى اختاره الجماعة و المراد بالبطلان هنا عدم اللزوم و وقوفه على الإجازة كما تقدم حكاية ذلك فى مثل ذلك عن فخر الإسلام و نسبته إلى الأصحاب على الظاهر و يرشد إلى إرادة ذلك هنا ذكر اللزوم فى الاحتمال الأول و أن الفضولى عنده موقوف غير باطل و المراد بالفسخ الانفساخ لأن العقد يفسخ بنفسه عند تلف العين (قوله) (و لو باع بدون ثمن المثل وقف على الإجازة و كذا لو اشترى بأكثر منه)

كما صرح بهما معاً فى التحرير و جامع المقاصد و هما قضية كلام الباقيين فى عدة مواضع و بالأول صرح فى جامع الشرائع و لافرق

في ذلك بين أن يعين له ثمن المثل أو يطلق فإن الإطلاق محمول عليه و الوجه في ذلك مخالفة إذن المالك و يجيء على قول الشيخ البطلان و له قول بصحة البيع و أنه يضمن التفاوت كما تقدم بيانه و كل ذلك مع علمه بذلك و قد تقدم و يأتي الحال فيما إذا كان جاهلا

(قوله) (و لو أذن له في تزويج امرأة فزوجه غيرها)

أى فالأقرب الوقوف على الإجازة كما يأتي و به صرح في التحرير و ظاهر التذكرة الإجماع على ذلك حيث قال إذا وكله في تزويج امرأة بعينها فزوجه أخرى بطل العقد عند العامة و كان فضوليا عندنا (قلت) و لا يحتمل وقوعه للوكيل كما قيل في الشراء لأن من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فإذا كان بغير أمره لم يقع له و لا للوكيل لأن المقصود من النكاح أعيان الزوجين بخلاف البيع و لهذا يجوز له أن يشتري من دون تسمية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٣

.....

المشترى و في (النهاية و المبسوط) الجزم ببطلان النكاح و في (الإيضاح) أنه الأصح (قال في المبسوط) بطل النكاح في حق الموكل و في حق الوكيل بلا- خلاف غير أن أصحابنا رويوا أنه يلزم الوكيل نصف مهرها انتهى و هو خيرة التحرير (و قال في النهاية) لزم الوكيل مهرها لأنه غيرها و في (جامع الشرائع) أن عليه نصف مهرها من دون تعرض لتوقف على الإجازة و لا للبطلان و صريح النهاية أنه ادعى الوكالة حيث قال لأنه غيرها و لعله هو الظاهر من المبسوط و الجامع و لعله أشار في المبسوط بما رواه أصحابنا إلى صحته أبي عبيدة الحذاء المرويه في الفقيه و التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم قال خالف أمره و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأة و لا عدة عليها و لا ميراث بينهما فقال له بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأة و لم يسم أرضا و لا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون أمره بعد ما زوجه فقال إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر لأهل المرأة و إن لم تكن بينه فإن الصداق على المأمور لأهل المرأة و لا ميراث بينهما و لا عدة و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا و إن لم يكن سمي لها فلا شيء لها و هي نص في نصف المهر و ظاهرة أو نص في بطلان النكاح أو أشار إلى خبر عمر بن حفص بن غنيم أنكر الوكالة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك رضا لي و هو لازم لي و لم يشهد على ذلك فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طالبوه و سألوه فلما أن رجع إليه أنكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق و ذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال لها حل لها أن تتزوج و لا يحل للأول فيما بينه و بين الله تعالى أن يطلقها لأن الله تعالى قال فَمَا مَلَكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَهُوَ مَأْثُومٌ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَ كَانَ الْحُكْمُ الظاهر حكم الإسلام قد أباح لها أن تتزوج و قد فصل المصنف هنا فقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعائه الوكالة و سقوطه عنه إذا عرفت المرأة أنه فضولي و اختاره ولده في الإيضاح و فيه و في جامع المقاصد أن هذا التفصيل لم يذكره القائلون بوجود المهر أو نصفه بل أطلقوا القول بالوجوب و لم يشترطوا (قلت) قد عرفت ما في النهاية و المبسوط و الجامع من فرض مسألتنا فيما إذا ادعى الوكالة و لعلهما أرادا القائلين بالوجوب فيما إذا وكله و أنكر الوكالة لأنهما عندهما من سنخ واحد لكن نظر القائلين بوجود نصف المهر إلى الخبر و هو صريح أو كالصريح في ادعاء الوكالة حيث قال فيه عليه السلام إنه هو الذي ضيع عليها إلى آخره على أن كلام جماعة كثيرين نص صريح في ذلك كما ستسمع إن شاء الله تعالى إلا أن تقول إن ذلك فيما إذا أنكر و كلامهما في صورة المخالفة (و فيه) أنك قد عرفت أن لا- إطلاق في صورة المخالفة و إنما تعرض لها قبلهما في النهاية و هي صريحة سلمنا لكنه لا يتصور إلزامه بشيء مع علمها بأنه فضولي سواء خالف أو أنكر هذا و قد اختار في جامع المقاصد

في مسألتنا و في المسألتين الأخيرتين لأن كانت الثلاث عنده من سنخ واحد أن الوكيل لا يغرم مهرا ولا نصفه وقال نعم إن كان الوكيل قد ضمنه اتجاه ذلك وقد اتبع بذلك المصنف في ما يأتي و جماعة كما يأتي (و فيه) أنه إذا لم يتحقق الزوجية و كان لها التزويج كيف تأخذ منه مهرا إذ الضمان فرع الثبوت أو وجود سبب الحق كضمان ما يحدثه المشتري في المبيع ولا شيء منهما و الأصل براءة الذمة و يأتي للضمان توجيه وجيه (و يعلم) أن الشيخ قال إن العقد الفضولي في النكاح و غيره يقع باطلا مستندا إلى أخبار عامية و المعظم على خلافه كما تقدم في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٤

أو زوجه بغير إذنه (١) فالأقرب الوقوف على الإجازة فإن أجاز صح العقد و إلا فلا (٢) و الأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة أما لو عرفت الزوجة أنه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا (٣)

بابه و قد أطال ابن إدريس في الرد عليه و أنه قال به في غيره فلعل ما صرح به في الباب في النهاية و المبسوط مبني على ذلك أو أنه أراد بالبطان التوقف و عدم اللزوم كما مر غير مرة
(قوله) (أو زوجه بغير إذنه)

هذا يعرف مما تقدم و يأتي و ليست من مسائل الكتاب

(قوله) (فالأقرب الوقوف على الإجازة فإن أجاز صح العقد و إلا فلا)

هذا أيضا يعرف مما مر و يأتي

(قوله) (فالأقرب إلزام الوكيل المهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة أما لو عرفت الزوجة أنه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا) قد أشار بهذا إلى المسألة المشهورة و هو ما يأتي له في فصل النزاع من قوله و لو زوجه امرأة فأنكر الوكالة و لا بينه حلف المنكر و أزم الوكيل المهر و قيل النصف و قيل يبطل ظاهرا و يجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه عليه أجمع و يحتمل نصفه ثم المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق و يحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق انتهى و قد تضمن كلامه أحكاما و لا بد قبل بيانها من بيان موضوع المسألة و الظاهر أن المسألة مفروضة في كلامهم فيما إذا زوجه مدعي الوكالة عنه كما فرضت المسألة بهذه العبارة في النافع و اللمعة و شروح النافع ككشف الرموز و المهذب و المقتصر و إيضاح النافع و الروضة و مجمع البرهان و به صرح في التحرير في موضع منه و كذلك التذكرة في موضع آخر بل كل من قال بوجوب نصف المهر فظاهره ذلك لأنه إنما استند إلى خبر عمر الظاهر أو الصريح في ذلك و عليه اقتصر الراوندي حيث حكا برمته بل القائلون بوجوب كل المهر يعللونه بأنه فوته بتقصيره و ضيع حقها بترك الإشهاد و هذا يقضى بذلك و به أي ادعاء الوكالة فسر المقدس الأردبيلي عبارة الإرشاد و قد سمعت ما في النهاية آنفا فتفصيل المصنف هنا قد ذكره القائلون بوجوب المهر و نصفه و ليس الأمر كما قال ولده و المحقق الثاني و ما أرى ذلك إلا غفلة منهما بل من المصنف هنا حيث قرب في الشق الأول و حصر الوجه في الثاني إلا أن تعتذر بما تقدم من أن التفصيل إنما هو في صورة المخالفة لا في صورة الإنكار و يجب بما عرفت أيضا و أما أن القول قول الموكل مع يمينه إذا أنكر الوكالة فلا أجد فيه خلافا لأصالة عدمها و عموم الخبر اليمين على من أنكر و أما إلزام الوكيل المهر فهو خيرة النهاية و الوسيلة في ما إذا مات الموكل و أنكر ورثته الوكالة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و الكتاب فيما يأتي و هو المحكى عن القاضي و الكيدري و قواه في السرائر فيما حكى لأن المهر يجب بالعقد كملا و لا ينتصف إلا بالطلاق المفقود بالمقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره في الإشهاد فيضمنه كذا قاله جماعة كثيرون اقتنصوه من الخبر (و فيه) أنه مبني على أن العقد صحيح و المفروض عدم تحقق الزوجية و أن لها أن تتزوج بل الموافق لأصول المذهب فساده سلمنا الصحة و لكن قضيتها لزوم المهر على الموكل لا الوكيل و لا تقصير لعدم وجوب الإشهاد عليه في الشريعة مع

أنه على تقدير كونه تاما و أن البضع يضمن بالتفويت مقصور على صورة تقصيره و قد لا يكون قصر بأن يكون أشهد ثم توفى الشهود فالدليل أخص و قد عدل عنه فى الإيضاح و وجهه بأنه أقر بأنه أخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم لها فكان عليه الضمان فإن كل من أقر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٥

.....

ياخراج ملك عن غيره بعوض لم يسلم له لتفريطه ضمنه و هو كما ترى أخص أيضا مع أن البضع غير الأملاك لا يضمن إلا باستيفاء فتأمل و قد يؤيد هذا القول بخبر محمد بن مسلم الوارد فى رجل زوجته أمه و لم يقبل فقد قال فيه الباقر عليه السلام إن المهر لازم لأمه و قد عمل بها الشيخ و أتباعه على ظاهرها من دون دعواها الوكالة و حملها المحقق و المصنف و غيرهما على ما إذا ادعت الوكالة مستريحين إليه كأنه مسلم عندهم و قد فرض المسألة فى اللمعة فيما إذا ادعت الوكالة عن الابن و أنكر و حكم بأن عليها نصف المهر و قد استدلل له بهذين الخبرين أيضا مع أن خبر محمد قابل للتأويل بأن للأم أن تأخذه من الزوجة لكنه خلاف فهم الأصحاب قاطبة و أما القول بإلزامه نصف المهر فهو خيرة المبسوط و السرائر على ما حكى عنهما إذ لم أجده فيهما و جامع الشرائع و التذكرة فى موضعين و اللمعة و كذا الإيضاح و إليه مال فى الروضة و قد عرفت أن الراوندى اقتصر على إيراد الخبر فيكون عاملا به كالصديق فى الفقيه حيث روى الصحيحة فتأمل و فى (المسالك و الكفاية) أنه المشهور و نسبه فى الروضة إلى الأكثر و حكى فى الرياض عن المحقق الثانى أنه قال إنه المشهور و لم نجده له و فى دعوى الشهرة نظر ظاهر إذ القائل بالأول أكثر كما مر مستندين فى ذلك إلى الصحيح و الخبر و قد سمعتهما آنفا لكن الصحيح لا- يخلو عن اضطراب لأنه أفصح فيمن خالف الأمر أن عليه نصف الصداق لأهل المرأة و فيمن أنكر الأمر أن عليه الصداق لأهل المرأة إن كان بينه و إلا فعلى المأمور الصداق لأهلها ثم قال و لها نصف الصداق فقد ظهر منه مرارا أن الصداق لأهلها و لعله لما لحقهم من الذل و العار و تارة أن نصفه لها إن كان فرض لها و فرق فيه بين مخالف الأمر و منكره بما سمعت مع مخالفتها للأصول إلا أن تقول قد اتفقت كلمة القوم على ثبوت مهر لها فى الجملة و به يخرج بالخبرين عن الأصل إن لم يبلغ ذلك الاتفاق درجة الإجماع و إلا ففيه بلاغ بل قد نقول إن النصف بذلك الاتفاق مقطوع به فى ضمن الكل أو وحده فتأمل و إن أعرضت عن ذلك قلنا إن تمت شهرة المالك جبرت دلالة الصحيحة و سند الخبر مع موافقتها لأصل براءة الذمة من تمام المهر و سلامتهما عما يصلح للمعارضه فى إثبات الزيادة (و كيف كان) فلا ينبغي الإعراض عن الخبرين لما سمعته عن الجماعة فى مسألة تزويج الأم لولدها من ظهور أنها مع ادعائها الوكالة أن الحكم مسلم مفروغ منه فليلحظ و ليتأمل (و أما القول) بالبطلان فأول من حكاه المحقق و تبعه الجماعة و قد اعترف الشهيد فى غاية المراد و جماعة بعدم الظفر بقائله و لا يعجبني مقابلته للقولين الأولين (قال فى الشرائع) و قيل يحكم ببطلان العقد فى الظاهر و يجب على الموكل أن يطلقها إن كان يعلم صدق الوكيل و أن يسوق إليها نصف المهر و هذا قوى انتهى و فى (المسالك و الروضة) أيضا أنه قوى و فى (التحرير و المختلف) أن فيه قوة و فى (الإرشاد و غاية المراد) أنه جيد و فى (التنقيح) أنه هو الذى يقتضيه النظر و فى (إيضاح النافع) أنه أنسب فى النظر و أنه قوى و فى (جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) أنه أصح لأنه إذا أنكر الوكالة و حلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا و من ثم يباح لها أن تتزوج بلا خلاف كما ستعرف و قد صرح به فى الرواية فينبغى المهر أيضا لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد هذا و أبو حنيفة و أبو يوسف و الشافعى على أنه لا يلزم الوكيل شىء و أما أنه يجب على الموكل الطلاق مع صدق الوكيل فهو محل وفاق بل ضرورى و به أفصح الرواية و فى (جامع المقاصد) أنه لا ريب فيه و قد نطق به الكتاب و السنة انتهى فيطلق سرا أو معلقا كإن كانت زوجتى فهى طالق كما صرح بذلك جماعة (قال فى الروضة و المسالك) و لم يكن إقرارا و لا تعليقا مانعا لأنه أمر تعلم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٦

.....

حاله كقول من يعلم أن اليوم الجمعة إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا و تبعه على ذلك حرفا فحرفا فى الرياض و قال إن هذا إذا لم يكن الإنكار مستندا إلى نسيان التوكيل و إلا فلا يصح و هذا مبنى على أن التوصيف الممنوع أن يقول بعثك إن جاء الليل و هما فى النهار كما هو مذهب جماعة كثيرين جدا كما قضى به التتبع و بعضهم أنه أعم منه و مما إذا قال بعثك إن كان اليوم الجمعة و هما يعلمان أن ذلك اليوم الجمعة و به قضى الدليل و المصرح به قليل الأول ليس هذا من التعليق و التوصيف فى شىء لأنه على أمر معلوم و مسألنا عند جماعة من نحو هذا و من يجعله من باب التوصيف الممنوع كالأول إن كان عالما بجوزة إذا كان ناسيا لأنه يكون مقوما لصحته مصححا لإيجابه و يأتى للمصنف فى البحث الثانى من مباحث النزاع فى الكتاب و التذكرة و كذا التحرير و كذا الشيخ فى المبسوط أن كل شرط علما وجوده فإنه لا- يوجب شكاً فى البيع و لا وقوفه و إن الذى يوجب الشك و الوقوف هو ما إذا كان المعلق عليه مجهول الحصول و بذلك جزم فى الإيضاح و جامع المقاصد فيما يأتى أيضا و قضيه ذلك أن التوصيف بجميع أقسامه لا يفسد العقود و إنما يفسدها التعليق لكن الشهيد الثانى فى تمهيد القواعد نقل الإجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط و لو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف الذى يعلم حصوله كطلوع الشمس و عله بأن الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه و أفراده و أما أنه مع ضمان الوكيل المهر يجب عليه المهر أو بعضه فقد حملت الرواية عليه فى الإيضاحين و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و فى (إيضاح النافع) أن فى الرواية إشارة إليه و لعله فهمه من قوله أو ضمنت من شىء (وفيه) ما مر من أنه ضمان ما لا يجب إلا أن تقول إن الوكيل أقر فى ضمن دعوى الوكالة بلزوم المهر على الموكل وقت الضمان فهو لازم عليه بضمانه و إن لم يثبت العقد بالنسبة إلى الموكل لأنه ثابت بالنسبة إلى الضامن فيضمن الجميع كما هو خيرة التنقيح و المصنف لأنه لم يحصل ما يقتضى سقوط نصفه و هو الطلاق و هو جيد لكن لا تحمل الرواية عليه كما فى إيضاح النافع و التنقيح لأنها نص فى النصف و وجه وجوب النصف خاصة حينئذ حمل الخبر عليه و أن انتفاء النكاح ظاهرا باليمين بمنزلة الفسخ فينتصف به المهر و هو خيرة التذكرة و فى (الإيضاح) أنه أصح و أما أنها ليس لها التزويج قبل الطلاق إن ادعت صدق الوكيل فلاعترافها بأنها زوجه و به صرح فى التحرير و جماعة كأبى العباس و المقداد و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهم و ليس فى إطلاق الخبر ما يخالفه بناء على وروده مورد الغالب من عدم تصديقها الوكيل لكن فى التذكرة ما نصه أنها تزوج و إن لم يطلق الموكل لأنه لم يثبت عقدها فجرى على ظاهر إطلاق الخبر و أما إذا لم تكن عالمه و لم تعترف بصدقه فإن لها التزويج لانتهاء الزوجية ظاهرا بيمينه و قد صرح به فى الخبر مرتين و لم أجد فيه خلافا و فى (الرياض) أن عليه الأصحاب كافة (وفيه) أنه قد خلت عنه أكثر العبارات و العلم بالحكم غير نص الأصحاب كافة عليه و فى (إيضاح النافع) أنها لا تحتاج إلى الفسخ و أما أنه لا يجبر الموكل على الطلاق ففى (جامع المقاصد) أنه لا ريب فى أنه لا- يتصور إجباره عليه لأنه لا نكاح ظاهرا فكيف يتصور مطالبته و به صرح فى المهذب البارع و المسالك و الروضة و هو قضية كلام التنقيح و إيضاح النافع (و قال فى التذكرة) الأقوى الإلزام لإزالة الاحتمال و إزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد قلت بل أشبه الاحتكار و أما أنه إذا لم يطلق احتمال تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق فلأن بقاء المرأة من دون نكاح و لا نفقه ضرر عظيم و قد أفتى بتسلطها عليه فى إيضاح النافع و قال الأحوط أن يكون بإذن الحاكم أو هو يفسخ و احتمله أى تسلطها على الفسخ فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٧

و لو وكله فى بيع عبد بمائة فباعه بمائة و ثوب صح (١) و كل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الأجنبي (٢) و إذا وكله فى الشراء فامثل وقع الشراء عن الموكل و ينتقل الملك إليه لا إلى الوكيل (٣)

التفكيح احتمالا- و جزم في المهذب البارح بأن الحاكم يفسخ لها و وجه تسلطه على الطلاق أنه له ولاية على الممتنع و لا ريب أن المنكر ممتنع على تقدير وقوع التوكيل إذ الواجب عليه القيام بحقوق الزوجية أو الطلاق و هذا يتم إذا ادعت صدق الوكيل و قد ذهب جم غفير في باب النكاح إلى أنها إذا كانت جاهلة بفقره أو تجدد إعساره أن لها الفسخ و الأكثر من هؤلاء على أن الحاكم يطلقها إن لم يطلقها الزوج مع أمر الحاكم له به فليراجع و لا ترجيح في المسالك و الروضة فاحتمل تسلطها و تسلط الحاكم عليه أو على الطلاق و بقاؤها على ذلك حتى يطلق أو يموت و يبقى الكلام فيما إذا لم يدع الوكالة فهل الظاهر أنه فضولى أو وكيل احتمالا أن أظهرهما الأول لأنه لا غرور من قبله و هو خيرة جامع المقاصد و أكثرهما تداولاً الثاني فإن الرجل يأتي خاطبا و لا يصرح بأنه وكيل (قوله) (و لو وكله في بيع عبد بمائة فباعه بمائة و ثوب صح)

قد تقدم الكلام في ذلك و أنه قال في التذكرة إنه لو قال بعه بمائة درهم إنه لا يجوز له البيع بأقل فإن باع بالأقل كان موقوفاً و لو باعه بأكثر من مائة درهم فإن كانت الكثرة من غير الجنس مثل أن يبيعه بمائة درهم و ثوب جاز عند علمائنا سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة و سواء كانت الزيادة من الأثمان أو لا لأنها زيادة منفعة و لا تضره انتهى و قد سمعت فيما سلف ما حكيناه عن الشيخ و ما عن الشهيد

(قوله) (و كل تصرف خالف فيه الموكل فحكمه كالأجنبي)

إن كان مراده أنه كالأجنبي بالنسبة إلى خصوص المخالفة في البيع في أنه لا يقع باطلا بل موقوفاً على الإجازة فإن أجازته صح و إلا بطل فهو حق صحيح و قد تقدم آنفاً لكن بعض أفراد المخالفة في الشراء كذلك كما إذا اشترى بعين مال الموكل و إن أراد بالنسبة إلى المخالفة في البيع و الشراء معا فقد تقدم له في المخالفة في الشراء تفاصيل (منها) أنه لو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى بالعين إنه لا يقع موقوفاً بل يحتمل لزومه للموكل (و منها) أنه إذا خالفه و اشترى في الذمة و أطلق و لم يجز الموكل إنه لا يقع باطلا بل يقع للوكيل

(قوله) (و إذا وكله في الشراء فامثل وقع الشراء عن الموكل و ينتقل الملك إليه لا إلى الوكيل)

كما في المبسوط و الغنية و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و فيه و في التذكرة الإجماع على ذلك أي النفي و الإثبات و في (جامع المقاصد) أنه لا خلاف فيه على ما ذكره في التذكرة و قد سمعت أن فيها الإجماع و قد يدعى على ذلك إجماع الغنية و قد استدلل عليه في المبسوط و الغنية بأنه لو اشترى الموكل أبا نفسه أو ولده للموكل لم ينعق عليه فلو كان الملك انتقل إليه لانعق و لم ينتقل إلى الموكل و لم يحك الخلاف إلا عن أبي حنيفة حيث حكم بأنه ينتقل أولاً إلى الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل محتجا بأن حقوق العقد تتعلق به كما لو اشترى بأكثر من ثمن المثل و لم يذكر الموكل لفظاً فإنه ينتقل إليه و لا ينتقل إلى الموكل و بأن الخطاب إنما جرى معه و ردوه بأن الأحكام لا تتعلق به و إنما تعلقت به في المثال ظاهراً لعدم العلم بقصده و الخطاب إنما وقع معه على سبيل النيابة و عورض بشراء الأب و الوصى فإنه وافق فيه على وقوعه للطفل ابتداءً (قال في التذكرة) إنه أورد على بعض الحنفية أنه يلزم انعقاد أبي الوكيل و نحوه ممن ينعق عليه لو اشتراه للموكل و لم يقل به أحد فأجاب بأنه في الزمن الأول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٨

فلو اشترى أب «١» نفسه لم ينعق عليه (١) و إذا باع بثمان معين ملك الموكل الثمن (٢) و إن كان في الذمة فللوكيل و الموكل المطالبة به (٣) و ثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل (٤) و للبائع مطالبه الوكيل إن جهل الوكالة (٥)

يقع للوكيل و في الزمن الثاني ينتقل إلى الموكل قال فألزمه بأنه لم رجح الانتقال في الزمن الثاني إلى الموكل دون العتق و لا يخفى أنه لو انتقل إلى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق لأنه مبني على التغليب باعترا فهم

(قوله) (فلو اشترى أب نفسه لم يعتق عليه)

(قال في جامع المقاصد) إنه إجماع تارة و إنه لم يخالف فيه أحد أخرى و بنى على ذلك أن تفرعه على عدم انتقال الملك إلى الوكيل غير حسن

(قوله) (و إذا باع بثمان معين ملك الموكل الثمن)

هذا لا ريب فيه كما في جامع المقاصد و به صرح في المبسوط و التذكرة و التحرير لأنه بمنزلة المبيع و يجيء فيه خلاف أبي حنيفة لكنه لم ينقل عنه فيه خلاف و لا ريب أنه له المطالبة به و لا يحتاج إلى التصريح به

(قوله) (و إن كان في الذمة للوكيل و الموكل المطالبة به)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لكن ليس في المبسوط التعرض للذمة قال إذا وكل رجلا في بيع ماله فباعه كان للوكيل و الموكل المطالبة بالثمن و أنكر أبو حنيفة جواز مطالبة الموكل بالثمن محتجا بما مر عنه من أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل و قد تقدم منه و الوجه في جواز مطالبة الموكل واضح و أما الوكيل فإنه قد سبق له أنه لا يملك من دون إذن قبض الثمن فكيف تثبت له المطالبة به و التوكيل لم يتناول الثمن بقبض و لا مطالبة فلا يصح لك الاعتذار بأن المنع من القبض لا يقتضى المنع من المطالبة إذ ليس من لوازم المطالبة القبض فيطالب و عند الإقباض يتولاه الموكل لأنك كما سمعت «٢» أنه لا سلطان له على الثمن بوجه و لا جواب إلا بأن الغرض من هذا الكلام الرد على أبي حنيفة فأطلق الحكم في الموكل و ذكر معه الوكيل تبعا اعتمادا على ما سبق من أنه لا بد له من الإذن في القبض و في (جامع المقاصد) أن على ظاهر العبارة مؤاخذه و هي أن حكمه بملك الموكل الثمن في الأولى يوهم عدمه في الثانية كما أن حكمه بثبوت المطالبة لكل من الموكل و الوكيل في الثانية يوهم خلافه في الأولى (و فيه) أن مفهوم اللقب و إن كان حجة في عبارات الفقهاء و به يثبت الوفاق و الخلاف فيفيد نفي الحكم عن غير المذكور لكن من البديهيات أن ذلك في غير ما إذا كان غير المذكور من البديهيات الواضحات

(قوله) (و ثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل)

بلا خلاف فيه عندنا كما في جامع المقاصد و به صرح في التذكرة و التحرير إذا علم الوكالة و الأمر واضح و لعل الغرض الرد على بعض الشافعية قال إنه يثبت الثمن في ذمة الوكيل تبعا للبايع مطالبة من شاء منهما

(قوله) (و للبايع مطالبة الوكيل إن جهل الوكالة)

بلا خلاف فيه عندنا كما في جامع المقاصد و به صرح في آخر المطلب الرابع و التذكرة و الشرائع و الإرشاد و مجمع البرهان و المسالك و الكفاية (و قال في التذكرة) إذا علم البائع أن الملك للموكل لم يكن له مطالبة الوكيل إنما يطالب الموكل خاصة عندنا و نحوه ما في التحرير و هو المفهوم من عبارة الشرائع و الإرشاد و الكتاب في آخر المطلب الرابع و التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية لكن قيد في ما عدا الأولين و المختلف بما إذا لم يكن سلم الثمن للوكيل و قيدوا القيد بما إذا لم يكن الشراء بعين الثمن كما بيناه في آخر المطلب الرابع و كأنه في هذا الموضوع في التذكرة لم يظفر

(١) أبا لنفسه خ ل.

(٢) كذا في النسخة و لعل الصواب قد سمعت فليراجع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٥٩٩

و حينئذ لو أبرأه لم يبرئ الموكل (١) و إذا اشترى معيبا بثمان مثله و جهل العيب وقع عن الموكل (٢) و إن علم وقف على الإجازة مع النية (٣) و إلا قضى على الوكيل (٤) و إن كان بغبن و علم لم يقع عن الموكل إلا مع الإجازة (٥)

بقوله في المبسوط إذا اشتراه و ذكر في العقد أنه يشتريه لموكله كان للبائع أن يطالب أيهما شاء من الوكيل و الموكل و يكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان فإن أعطاه كان له الرجوع على الموكل بما وزن عنه لأنه توكل له بإذنه في الشراء و ذلك يتضمن تسليم الثمن و كان الإذن في الشراء إذنا فيه و فيما يتضمنه إلى أن قال و كذلك إن كان و كيلا في البيع فإن للمشتري أن يطالب من شاء منهما بتسليم المبيع إليه انتهى فقد لاحظ غير ما لحظه بعض الشافعية من أنه يدخل في ذمة الوكيل تبعا بل لاحظ أمرا آخر هو لازم للمصنف حيث تقدم له في الكتاب و الإرشاد و التحرير و كذا التذكرة أنه لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه و نحوه كلام جامع المقاصد إلا أن تمنع الملازمة بين ملك تسليم الثمن و مطالبته له به مع علمه بالوكالة و المنع ممنوع و قد تقدم الكلام فيه و قد عول الجماعة في نقل خلافه على كلام المختلف لأنه لم ينقل تمام كلامه كما يأتي بيان ذلك كله في أواخر المطلب الرابع (و قال في جامع المقاصد) اعلم أنه إذا كان الثمن في ذمة الوكيل فللبائع مطالبته به أيضا سواء كان ما بيده متعينا في العقد أم لا بأن دفعه إليه ليصرفه ثمنًا فاشترى في الذمة قال و عبارة المصنف لا تنافي هذا (قلت) مفهومها بنافيه بإطلاقه إذ مفهومها ليس للبائع مع العلم بالوكالة مطالبة الوكيل بحال و قد ناقش آنفا في مفهوم بديهي ضعيف و يأتي إن شاء الله سبحانه و تعالى تحقيق ذلك في آخر المطلب الرابع

(قوله) (و حينئذ لو أبرأه لم يبرئ الموكل)

أي حين جواز المطالبة للوكيل فإذا أبرأه من الثمن لم يبرئ الموكل كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و في الأخير أنه لا خلاف فيه عندنا لأن الثمن ليس في ذمته و إنما هو في ذمة الموكل و لا ريب أنه إذا أبرأ الموكل برئ الوكيل (قوله) (و إذا اشترى معييا بثمان مثله و جهل العيب وقع عن الموكل)

كما في المبسوط و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و هو قضية كلام الباين لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر و ليس مكلفا بالسلامة في الباطن لأن ذلك لا يمكن الوصول إليه فلا يجوز تكليفه به لأنه مما لا يطاق لأن العيب مما يخفى على أهل المعرفة و قد فعل ما وكل به في علمه و الفرض أنه في علمه غير معيب و المراد بثمان مثله ثمن مثله صحيحا لا- معييا و لذلك ثبت له الأرش إجماعا و لا يلتفت إلى قول المالك ما بعته بهذا الثمن إلا لكونه معييا و ظننت على المشتري به (قوله) (و إن علم وقف على الإجازة مع النية)

كما في الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان لما عرفت فيما سلف من انعقاد الإجماع على اقتضاء التوكيل شراء السليم دون المعيب فلم يفعل ما وكل فيه فلا يقع للموكل فيكون فضوليا لكن ذلك إنما هو مع النية و المراد بها نية الشراء للموكل في متن العقد (قوله) (و إلا قضى على الوكيل)

أي لو خلا العقد عن النية لفظا قضى بالشراء على الوكيل ظاهرا إن لم يصدقه بإرادة الموكل إلا مع الإجازة و قد خلت عن ذلك كله عبارة الإرشاد و لكنه مراد منها لأنه أشار إليه فيما بعده (قوله) (و إن كان بغبن و علم لم يقع عن الموكل إلا مع الإجازة)

كما في الكتب الثلاثة الآنفه لاقتضاء التوكيل الشراء بثمان المثل فإذا اشترى بزيادة عالما بالحال لم يفعل ما وكل فيه و كان فضوليا يقف على الإجازة مع النية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٠

و إن جهل فكذلك (١) و كل موضع يبطل الشراء للموكل فإن سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما و إلا قضى به على الوكيل ظاهرا (٢)

(المطلب الرابع) في الضمان الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف في يده إلا مع تعد أو تفريط و يده يد أمانة في حق الموكل فلا يضمن و إن كان يجعل (٣)

و بدونها يقع للوكيل ظاهرا كما تقدم فيما قبله و تركه للعلم به منه
(قوله) (و إن جهل فكذلك)

كما في الإرشاد و معناه أنه إن جهل الغبن وقت الشراء فالحكم كما إذا كان عالما و حكى عن الشهيد أنه نسب إلى المصنف أنه فرق بين الغبن و العيب أن العيب قد يخفى فلا يمكن التكليف بالشراء الصحيح بخلاف الغبن فإنه يمكن الوقوف عليه بأدنى ملاحة لاشتهار القيمة عند أهل المعرفة قال و فيه اعتراف بأن العيب إن كان مثله لا يخفى على مثله كان كالغبن و بأن الغبن إن كان مثله يخفى على مثله كان كالعيب و ناقشه في جامع المقاصد بأن الخفاء على مثله إذا لم يكن من أهل المعرفة لا أثر له لأنه يجب عليه سؤال أهل المعرفة نعم يمكن أن يقال إن بعض الغبن قد يخفى جدا كما في قيم الجواهر و ما جرى مجراها و في بعض العيوب قد يسهل الوقوف عليه و يطلع عليه من أهل الخبرة بسهولة فيكون مقتضى الفرق المذكور اللزوم فيما يخفى غالبا من العيب و الغبن دون ما لا - يخفى منهما (قلت) المناقشة في غير محلها لأن الشهيد جرى على الغالب المعروف بين الناس و المجمع على استحبابه عند الفقهاء بل قال جماعة بوجوده من أن من شأن الوكيل أن يكون تام البصيرة فيما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل و المدار على التقصير و عدمه و الغالب أن المشتري بالغبن مقصر لأنه لا بد للوكيل من معرفة القيمة بالسؤال عنها غالبا و إن كان عارفا لأنها تختلف باختلاف الأوقات إذ السوق مختلف الأسعار على اختلاف الأوقات فإذا فحص و سأل لا - يغبن و قد يخالف الغالب نادرا فيخفى كما يتفق ذلك في قيم الجواهر و نحوها و أما العيب فالأمر في الظاهر ظاهر و أما الخفى فلا - ينفع فيه الفحص و السؤال خصوصا في مثل الدواب فالغالب فيه في الوكيل عدم التقصير إذا كان تام البصيرة فرجع الأمر إلى أن الوكيل بالنسبة إلى الغبن مكلف غالبا بنفس الأمر لقدرته عليه و بدونه يكون مقصرا و بالنسبة إلى العيب مكلف بالظاهر لعدم قدرته على معرفته غالبا إلا بعد زمن طويل و جهد جهيد شديد لا يكلف به الوكيل بإطلاق الحكم فيهما في الكتابين مبنى على ذلك فليحظ ذلك لأنه قد تقدم للمصنف في التذكرة في باب المضاربة في وطء المالك أمة القراض ما يعطى أنه لا يمكن معرفة قيم المتقومات في الواقع و قد تقدم في باب المكاسب في تلقي الركبان أن إطلاق الفتاوى و الأخبار لم يفرق فيها بين الوكيل و الأصيل و هي الأصل في خيار الغبن فليحظ ذلك أيضا و قد قلنا في باب المكاسب إنه لم يوافق المصنف هنا على كونه فضوليا أحد و لم يذهب إليه إلا في الكتابين

(قوله) (و كل موضع يبطل الشراء للموكل فإن سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما و لإقضى به على الوكيل ظاهرا)

كما صرح بذلك كله في الشرائع و الإرشاد إلا أنه قال فيه قضى به على الوكيل من دون تقييد بالظاهر و قد تقدم الكلام في هذه العبارة في أول هذا المطلب في موضعين و أن المراد منها هل هو حيث يشتري في الذمة أو فيها و بالعين و قلنا إنها على الثاني لا تنطبق على قولهم إنه حيث يشتري بالعين مع المخالفة و لم يجز المالك و لم يصدقه البائع بأنه اشتري بعين مال الوكيل أنه يقع للوكيل ظاهرا

(قوله) (المطلب الرابع) في الضمان الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف في يده إلا مع تعد أو تفريط و يده يد أمانة في حق الموكل فلا يضمن و إن كان يجعل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠١

و إذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه و لا يضمنه بتأخيره

أما أنه أمين و لا يضمن ما يتلف في يده إلا بتعد أو تفريط فقد طفحت به عباراتهم و في (الروضة و المسالك) أنه محل وفاق و في

(الرياض) أنه أي الإجماع ظاهر الغنية و الظاهر لى من الغنية أنه لا يتناولها إجماعها و فى (المبسوط و السرائر) أنه لا خلاف فى أنه أمين لا يضمن ما يتلف فى يده و ظاهرهما نفيه بين المسلمين و إطلاقات الإجماعات و نفى الخلاف تشمل ما إذا كان التوكيل بجعل و بدونه كما صرح بذلك جماعة و ليس التوكيل بالجعل من الأفراد النادرة للتوكيل (و قال فى جامع المقاصد) ما نصه قوله و الوكيل أمين إلى قوله و إن كان بجعل يلوح من كلامهم أنه لا خلاف فى ذلك بين علماء الإسلام انتهى فهذا الإجماع محكى على أنه أمين لا يضمن ما يتلف فى يده إلا مع التعدى أو التفريط و أن يده يد أمانة فى الموكل فيه لا يضمنه إذا تلف من دون الأمرين و إن كان التوكيل بجعل فالمستفاد من تتبع فتاواهم فى الباب من مواضع متفرقة و إجماعاتهم أن القول قول الوكيل فى دعوى التلف مطلقا مع الجعل و بدونه مبيعا كان أو ثمن مبيع قد قبضه على وجه شرعى بقيت الوكالة أو زالت و لا يستفاد منها أكثر من ذلك و لا يستفاد من قولهم إنه أمين مع إردافهم له بقولهم إنه لا- يضمن من دون تعدد و تفريط إلا ذلك و لعل الأصل فى ذلك الأخبار الناهية عن اتهام المؤمن تضمين الأمين و عدم تغريم المستبضع المال فيهلك أو يسرق إذا كان أمينا إلى غير ذلك مما يدل عليه أو يشهد له و أما أنه يقبل قوله فى الرد و فعل ما و كل به كما إذا و كله فى قبض دينه فادعى أنه قبضه من المديون و سلمه إليه و أنكر الموكل و غير ذلك مما يأتى مما اختلفوا فيه و لعل الأصل فى الاختلاف فى هذه و نحوها اختلاف الأصول و تعارضها إذ كما أن الأصل عدم الرد و عدم الفعل كذلك الأصل براءة الذمة و الأصل فى فعل المسلم الصحة كما يأتى (و قال فى مجمع البرهان) بعد أن نقل إجماع جامع المقاصد الذى سمعته و إجماع المسالك إن الحكم لا يخلو عن إجمال و إشكال فإنه ليس بمعلوم لنا ما المراد بكونه أمينا أ هو قبول قوله مع يمينه و عدم ضمانه فى كل ما يدعيه من تلف المبيع و الثمن و من رده إلى الموكل و تسليمه إياه و من أنه فعل ما و كل به و هل هو مخصوص بما ليس بجعل أو أعم أو أنه مخصوص ببقاء الوكالة أو أعم أو مخصوص ببعض و أن الإجماع المدعى فى الكل أو البعض مع أنه خلاف الأصل مع أنه محتمل لأنه لو ضمن لزم سد باب الوكالة ثم إنه ساق جملة من عبارات التذكرة فى المسائل التى وقع فيها النزاع بين الموكل و الوكيل كدعوى الوكيل فعل ما و كل به و دعواه الرد و دعواه التلف و خلاف بعض العامة فى دعواه التلف و أنه لا يقبل قوله فيه إذا ادعاه بأمر ظاهر ثم قال ما عرفنا دعوى الإجماع خصوصا إجماع المسلمين الذى ادعاه المحقق الثانى و ليس عنده ما ينافيه فى التلف إلا خلاف نادر لبعض العامة كما سمعت و قال نعم قد تشم رائحة إجماع أصحابنا فى أن القول قول الوكيل فى دعوى التلف مطلقا مع احتمال تخصيصه بما إذا لم يكن بجعل و قصره على أصحابنا لخلاف بعض العامة كما عرفت و أنت قد عرفت الحال و أن ليس فى المسألة و معاهد الإجماعات إجمال و لا إشكال و أن المراد من كونه أمينا معلوم يقينا و هو أنه لا يضمن مع التلف و أنه لا معنى لترديده فى معنى الأمين فى كلامهم إذ يلزم تقسيم الخاص إلى العام و من الغريب أن صاحب الحدائق أخذ كلام المقدس الأردبيلي برمته و أخذ يشنع به على الأصحاب فى مقامات متعددة كما ستسمع

(قوله) (و إذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة فى يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه و لا يضمنه بتأخيره إلا مع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٢

إلا مع الطلب و إمكان الدفع و لا يضمن مع العذر فإن زال فأخر ضمن (١)

الطلب و إمكان الدفع و لا يضمن مع العذر فإن زال فأخر ضمن)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و مواضع من التذكرة و قد ترك فى الجامع و التحرير و اللمعة و الروضة و المسالك و الكفاية و المفاتيح و موضع من التذكرة قوله فإن زال فأخر ضمن لكنه قضيتها و لم يتعرض لذلك فى المسالك مع ذكره له فى الشرائع و فى هذا الموضع من التذكرة قال إنه لا- يعرف فيه خلافا و اقتصر فى الإرشاد على قوله يجب التسليم مع المطالبة و القدرة فإن أخر ضمن و لم يتعرض للعذر و لعله لمكان ذكر القدرة و فى (مجمع البرهان) الظاهر أنه لا خلاف فى وجوب الدفع مع الطلب و القدرة على التسليم و جوبا فوريا و كيلا كان أو غريما أو مستعيرا أو ودعيا و كذا فى خروج الأمين عن

الأمانة بالتأخير فيصير ضامنا كالغاصب و إنما الخلاف في بطلان ما ينافي الدفع من العبارات و القوانين الأصولية تقتضى البطلان على بقاء الوجوب الفوري في الدفع و عدم استثناء وقت العبادات و عدم كون العبادة مضيقة قال و هو ظاهر بل نجد الاتفاق في ذلك بعد التأمل حيث نجد أن القائل بالعدم يقول به و كذا الحكم في كل الفوريات كالزكاة و الخمس و المال الموصى به في الفقهاء بل ما دفع للصرف إلى مصرف إلا- أنه لا تشترط المطالبة إذا كان المصرف عاما كالزكاة فإنه لا يتوقف على الطلب إذ ليس مطالب معين صرح به في الدروس و كذا إذا كان خاصا و ما علم به و كذا الواجب بالندب و شبهه و الكفارات و لكن في الفورية هنا تأمل و الأصل ينفيها و كذا عدم كون الأمر للفور و قد تقدم لنا في باب الدين الكلام في هذه المسألة و قد بلغنا فيها بلطف الله أبعد الغايات و قد قلنا في باب الوديعه إن الكتاب و السنة و الإجماعات تدل على وجوب الرد مع الطلب و إن القاعدة المقررة قاضية بذلك و هي وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه و المطالبة برده قاضية بانقطاعه فلا يجوز إبقاؤه بعدها و قلنا إن مطلق التأخير و لو كان قليلا لغير عذر يوجب الضمان و ليس كتأخير الشفعة عرفيا و قلنا إن العذر عقلي و شرعي و عادي و قلنا إن العذر الشرعي كإكمال الصلاة و إن كانت نافلة عند بعض و عند بعض أنه يقطع النافلة و إن العذر العادي كانتظار المطر المانع فإنه عذر عند بعض و ليس بعذر عند آخرين و إن الفراغ من الحمام و أكل الطعام ليس عذرا عند المصنف في الكتاب و التذكرة و المحقق الثاني في جامع المقاصد و عدها في التحرير أعدارا و في (المسالك و الروضة و الكفاية) أن فيه وجهين (و قال في المسالك) في الباب أن الفراغ من الحمام و أكل الطعام و نحو ذلك من الأعذار صرح به في التذكرة (قلت) و في جامع الشرائع و قال في المسالك و العجب أنه أي المصنف في التذكرة في الوديعه حكم بأنه لا يعذر في ردها مع الطلب إلا بتعذر الوصول إلى الوديعه و إكمال صلاة الفرض دون النفل و غيره من الأعذار العرفية مع أن الأمر في الوديعه أسهل لأنها مبنية على الإحسان المحض الذي يناسبه التسهيل بخلاف الوكالة إذ قد تدخلها أغراض للوكيل كالجعل و غيره فلا أقل من المساواة انتهى و ما أورده و ارد عليه فإنه لم يرجح في الفراغ من الحمام و أكل الطعام في الوديعه في المسالك و الروضة و قد جزم به في الباب في الروضة قال فلو أخر مع الإمكان عرفا بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها و لا في حمام أو أكل طعام و نحوهما من الأعذار العرفية ضمن و هو ظاهره أو صريحه في المسالك كما سمعت فيقال له لا أقل من المساواة و كذلك صنع في (جامع ظ) المقاصد لم يعد هذين عذرا في الوديعه و عدهما في الباب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٣

و لو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلا أن يصدقه الموكل و في سماع بينته إشكال (١) و لو لم يعده لكن مطلقه برده مع إمكانه ثم ادعى التلف لم يقبل منه إلا بالبينة (٢)

(قوله) (و لو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلا أن يصدقه الموكل و في سماع بينته إشكال) (١) الأصل في ذلك قوله في المبسوط فأما إذا لم يكن له عذر مثل أن يكون المال معه حاضرا و هو فارغ غير متلبس بشغل فأخره إلى وقت آخر مثل أن يقول له أردت عليك غدا صار ضامنا بذلك لأنه متعد بترك الرد مع الإمكان فإن ادعى بعد ذلك التلف فذكر أنه كان قد تلف قبل المطالبة أو ادعى الرد قبل المطالبة لم يقبل قوله في ذلك لأنه صار خائنا ضامنا فأما إذا قال تلف قبل المطالبة أو رددته قبل المطالبة و أنا أقيم البينة على ذلك فهل تقبل بينته أم لا فيه وجهان (أحدهما) و هو الصحيح أنها تسمع منه لأن «١» يقيمها على تلف أو رد لو صدقه عليه لم يلزمه الضمان فكذلك إذا قامت عليه البينة (و الثاني) لا تسمع لأنه كذبها بقوله أردت عليك وقتا آخر لأن ذلك يقتضى سلامته و بقاءه في يده و في الناس من قال هذا القول أصح و أرجح لأنه بقوله الثاني مكذب لقوله الأول و مكذب لبينته بقوله الأول و أما إذا صدقه على تلفه فقد أقر ببراءته فلا تجوز له مطالبته و ليس كذلك إقامة البينة لأنه لم يبرئه صاحب المال بل هو مكذب لها فكأنه لم يقيم البينة و لم يبرئه صاحب المال فلزمه الضمان انتهى فقد فرض المسألة فيما إذا ادعى التلف قبل المطالبة و الرد قبلها كما فرضت

كذلك فى التذكرة و التحرير و المختلف و قد استدل على القولين فى التذكرة بما استدل به فى المبسوط من دون ترجيح كما أنه فى التحرير استشكل كالكتاب لكنه فى المختلف كوله فى الإيضاح رجح بطلان بينته و قواه فى جامع المقاصد و هو كذلك ثم عد إلى عبارة الكتاب ففى (الإيضاح) أن الضمير البارز فى ادعاه راجع إلى التلف بقريئة ما بعده و فى (جامع المقاصد) أنه راجع إلى الرد و قال إنه المتبادر إلى الفهم و المناسب لقوله قبل الطلب لأن الحكم هنا لا يختص بما إذا ادعى التلف قبل الطلب بل لو ادعى حصوله قبل الوعد فالأمر كذلك أيضا فكان الأولى أن يقول ثم ادعاه قبل الوعد لأنه أشمل (قلت) الغالب أن زمان الطلب و زمان الوعد واحد لأن الوعد جواب للطلب و لهذا فرضت المسألة فى الكتب الثلاثة فى التلف و الرد قبل الطلب كما عرفت ثم إن الحكم لا يختلف إلا أن تقول إن مراده فى جامع المقاصد بالطلب الصادر بعد الوعد لأنه خلاف ظاهر المبسوط أو صريحه الذى هو الأصل فى ذلك نعم دعوى الرد للثمن أو للعين قبل الطلب أظهر فى التنافى و وجه قوة عدم السماع أن البيئنة ليست كالأقرار من كل وجه و أن سماعها فرع سماع الدعوى إذ الشرط فى قبول البيئنة سبق الدعوى الصحيحة عليها و الشرط منتف و الأبعد فى ذلك تعليل المبسوط و هو التناقض لأن عدم سماعها على التعليل الأخير لمكان تبرعها فهو تعليل بعدم شرط يمكن وجوده لأنه له أن يرافعه إلى حاكم آخر عند القائلين به و العليل بالتناقض رفع لها من أصلها و فى (جامع المقاصد) أنه لو أظهر تأويلا لوعده كنيانته و اعتماده على قول و كيله أو مكتوب ورد إليه و نحو ذلك قبل لأن ذلك مما تعم به البلوى و قد يعول الشخص فى أمثال ذلك على ظاهر الحال فلو بلغت المؤاخذه به هذا الحد لزم الضرر و لم يتعرضوا لما إذا ادعى التلف بعد الطلب و الوعد و قضية كلامهم أنه تسمع بينته و هو كذلك كما سننبه عليه

(قوله) (و لو لم يعده لكن مظهر برده مع إمكانه ثم ادعى التلف لم يقبل إلا بالبيئنة)

كما فى التذكرة و التحرير أى لو لم يعد الوكيل الموكل بالرد فى الصورة السابقة لكن مظهر بالرد مع الإمكان

(١) لأنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٤

و لو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبته من شاء بالزائد و يستقر الضمان على الوكيل (١) و الأقرب ضمان المأذون فيه (٢)

بأن آخره من غير عذر فإنه يصير ضامنا بذلك و يخرج عن الأمانة فإذا ادعى التلف قبل الطلب لم يقبل منه ذلك إلا بالبيئنة لأنه صار ضامنا و خرج على الأمانة كذا علل فى التذكرة و لعل الوجه فى كونه ضامنا أنه قصر لأن الواجب عليه الرد إن كان باقيا و الجواب بالتلف إن كان تالفا لأن الجواب حق للموكل كما أن الجواب حق للمدعى فلما لم يجب من غير عذر كان مقصرا فكان خائنا ضامنا فتأمل جيدا (و أورد عليه فى جامع المقاصد) من وجه آخر و ترك هذا على حاله و هو أن الضمان لا ينافى قبول دعوى التلف باليمين كما تقدم فى الغاصب مع أنه مؤاخذ بأشق الأحوال و الحال فيما إذا ادعى الرد فى هذه الصورة قبل الطلب كالحال فيما إذا ادعى التلف قبل الطلب و كما أن الحكم كذلك لو طلبه فوعده ثم ادعى التلف بعد الوعد و الطلب فإنه لا يقبل منه إلا بالبيئنة لأنها لا تنافى دعواه كما نافتها لو ادعى التلف قبل الوعد لكننا قيدنا التلف فى العبارة بكونه قبل الطلب لأن المراد بالتلف المعهود سابقا و هو التلف قبل الطلب لمكان قوله لم يعده لأننا لو لا القيد أعنى كونه قبل الطلب ما احتجنا فى تصوير المسألة إلى قوله و لم يعده لأنك قد عرفت أن دعواه التلف بعد الطلب و بعد الوعد أيضا كذلك لعدم التنافى (و كيف كان) فإذا قامت البيئنة بالتلف قبل المطل فيما نحن فيه فلا ضمان سواء كان عالما بالتلف حين المطل أم لا لعدم وجود التنافى المانع من سماعها فيما سبق كذا فى جامع المقاصد و هو مطالب بوجه عدم الضمان إذ حكمه و حكم المصنف فى التذكرة بالضمان فى مسألة الكتاب يقضى به هنا و كذا ما وجهناه به نحن

فليلاحظ

(قوله) (و لو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبه من شاء بالزائد و يستقر الضمان على الوكيل) كما في التحرير و جامع المقاصد و المراد أنه قبض الدينارين دفعة لأنه لو قبضها على التعاقب كان قبض الأول صحيحا لا ضمان فيه فلو فرض على التعاقب لم يستقم قوله و الأقرب إلى آخره و لعل المراد أيضا أن المستودع كان عالما بكذب الوكيل أو صدقه بمجرد دعواه الوكالة كما ستعرف و أما أن له مطالبه من شاء منهما فلأن هذا ضمن لدفعه و هذا تعدى بقبضه و أما استقرار الضمان على الوكيل فلأن التلف استقر في يده فإذا رجع عليه المالك لم يرجع على أحد و لو رجع على المستودع رجع عليه و قد صرح بذلك كله في التذكرة فيما إذ كان أحد له عليه دين فدفع للرسول أزيد مما أمره بقبضه فلا فرق بين أن يكون المال مودعا أو دينا (قوله) (و الأقرب ضمان المأذون فيه) و في (الإيضاح)

أنه الأصح و ظاهر التحرير أنه لا يضمن لأنه ترك ذكره و في (جامع المقاصد) أن فيه قوة و بعدم الضمان صرح في التذكرة في مثله و لعله هو الأقوى لعدم تقييد المأذون بكونه واحدا أو منفردا و الإذن في قبض دينار في الجملة ممكن و لا حاجة إلى تشخيصه كما أنه يمكن الإبراء منه كذلك فإذا انضم إلى غيره لم يخرج عن كونه مأذونا فيه و كون المجموع غير مأذون في قبضه لا يقتضى كون أبعاضه كذلك و استوضح هذين فيما إذا ضم إليه درهما قولك لا أولوية لأحد الدينارين على الآخر في كون أحدهما مضمونا دون الآخر قلنا فيه لا حاجة إلى نسبة الضمان و عدمه إلى واحد معين مشخص ليرد ما قلت إذ يكفي تعلق الحكم بأحدهما كما إذا اشتبه ديناره بدينار غيره و قبضهما معا من دون إذن الغير بل استوضح ذلك فيما إذا كانا من مال الدافع كما يأتي بلا فاصلة فإنه لم يضمن مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٥

و لو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبه الباعث بأكثر من الدينار و يطالب الرسول بالزائد (١) و لو أمره بقبض دراهم من (عن خ ل) دين له عليه فقبض الرسول دنائير عوضها فإن أخبره الرسول بالإذن في الصرف ضمن الرسول و إلا فلا (٢) و لو وكله في الإيداع فأودع و لم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع (٣)

الرسول كلا- منهما مع أن قضية ما قربه هنا أنه يضمنهما لأن ما ذكر في وجه القرب جار فيه و هو أن المأذون فيه دينار واحد غير مختلط و المقبوض خلاف ذلك فالمقبوض ليس بمأذون فيه فلزم ضمانه كله و لأنه لا أولوية لأحدهما على الآخر في كون أحدهما مضمونا دون الآخر فليتدبر و قد أطلق المصنف على أحدهما كونه مأذونا فيه لتساويهما قدرا و قد فرض المسألة في الإيضاح بأن كلا منهما عالم بالزيادة و فرضها في جامع المقاصد بأن المستودع جاهل بها مغرور بقول الوكيل لأنه قال في وجه استقرار الضمان على الوكيل إن الغرور نشأ منه و كلا الفرضين غير متجه لأن المسألة تتصور لهما و بكل واحد منهما فيتصور جهل ضمان المستودع مع جهله إذا عول على مجرد دعواه الوكالة على تأمل كما يأتي لا فيما إذا اشتبهت عند الحاكم ففيه تأمل و مراد المصنف بضمن المأذون فيه أن للمالك أن يطالب من شاء و يستقر الضمان على الوكيل و في (الإيضاح) أن المراد أو ضمان القابض و إن أراد استقراره فذاك لكنه قال في وجه عدم ضمانه أن الخلط ليس منه فليلاحظ

(قوله) (و لو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبه الباعث بأكثر من الدينار و يطالب الرسول بالزائد)

كما في التذكرة و جامع المقاصد لأنه وكيل الباعث في قبض أحد الدينارين و هو عاد فيما زاد فإذا تلفا في يده فضمن المأذون فيه على الأمر الباعث و الآخر على الرسول و قد عرفت أنه يلزم المصنف تضمين الرسول كليهما لأن المأذون فيه دينار واحد غير مختلط (إلا أن تقول) لا حاجة في هذا الفرض إلى فرض الدفعة و هو متجه في صورة علم الدافع بأن الزائد ليس بأمر الباعث و صورة تعويله على قوله كما عرفت في سابقه

(قوله) (و لو أمره بقبض دراهم من دين له عليه فقبض الرسول دنائير عوضها فإن أخبره الرسول بالإذن في التصرف ضمن الرسول و

إلا فلا)

أى و إن لم يخبره الرسول بالإذن فى التصرف و تلف المقبوض كان من ضمان الباعث كما صرح بذلك كله فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه إذا أخبره الرسول فقد غره فىكون الضمان عليه لتلف المقبوض عدوانا فى يده (إلا- أن تقول) أنه لا- ريب فى ضمان الرسول لكن هل للباعث مطالبه الدافع لأنه استراح إلى قول الرسول من دون تثبت وجهان كما تقدم و أما كونه من مال الباعث إذا لم يخبره فلأنه إنما أمره بقبض دينه و هو دراهم فإذا دفع إليه دنائير كان قد صارفه من غير أمره و الشرط فى الصرف رضا الطرفين و قد دفع المديون إلى الرسول غير ما أمره به المرسل فكان الرسول وكيلا للباعث فى تأديته إلى صاحب الدين و مصارفته إياه فإذا تلف فى يد وكيله كان من ضمانه

(قوله) و لو وكله فى الإيداع فأودع و لم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كما فى المبسوط و الشرائع و الإرشاد و شرحه لولده و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و وديعة المبسوط و الشرائع و الكتاب و التذكرة و التحرير و المختلف و استشكل فى ذلك فى الباب فى التذكرة و كذا التحرير لعدم الترجيح فيه كما تقدم الكلام فى ذلك كله فى باب الوديعه و حكينا عن المسالك و الكفاية أنه حكى فىهما القول بأنه يجب الإشهاد فى الوديعه و قلنا إنا لم نجده لأحد من أصحابنا فى باب الوديعه و لا الوكالة و لا الرهن و لا الضمان و مثل الوكالة فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٦

و لو أنكر الأمر الدفع إلى المودع فالقول قول الوكيل لأنهما اختلفا فى تصرفه فيما هو وكل فيه (١) و لو كان وكيلا فى قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال (٢) و كل من فى يده مال لغيره أو فى ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه (٣)

الإيداع فى عدم وجوب الإشهاد رد الوديعه على وكيل المودع كما صرح به المصنف و المحقق الثانى فى وديعة الكتاب مستندين فى الأول إلى أن الودائع حقها الإخفاء و أنه مطلوب فيها و مع عدم جريان العادة بذلك و فيه و فى الثانى إلى أن قول المستودع مقبول فى الرد و التلف فلا- يؤثر عدم الإشهاد فى تغريمه و المطلوب إيصال الحق إلى مستحقه و يد الوكيل كيد الموكل فكما لا يجب الإشهاد عند الدفع إلى المودع فكذا إلى الوكيل و ينبغى الاستناد فىهما و فيما يأتى إلى أصل البراءة و عدم كون الإشهاد من مقتضيات الوكالة

(قوله) (و لو أنكر الأمر الدفع إلى المودع فالقول قول الوكيل لأنهما اختلفا فى تصرفه فيما وكل فيه)

هل وقع على الوجه المأذون فيه فلا يتوجه عليه مطالبه و لم يصير خائنا أم لا و الأصل براءة ذمته و عدم خيانتة فيقدم قوله بيمينه كما صرح بذلك فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو كان وكيلا فى قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال)

و نحوه ما فى الشرائع من التردد و قد نص على الضمان فى ذلك فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ضمان الكتاب و جامع المقاصد و وديعتهما و رهن المبسوط و التذكرة و التحرير و الإيضاح و مثل الدين تسليم المبيع و تسليم المستعير و المستأجر العين المستعارة أو المؤجرة و قد قيد جماعة إطلاقهم بما إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكل و اختيار فى مجمع البرهان عدم وجوب الإشهاد و قد مال إليه أو قال به فى المختلف للأصل و أنه ليس من مقتضيات التوكيل و الأمر (قلت) مع استمرار الطريقة على العدم و لزوم سد باب الوكالة و وجه الوجوب أن الوكيل أمين و المطلوب للموكل انقطاع المطالبة و براءة الذمة بدفع ثابت يمكن الرجوع إليه عند الحاجة فإذا ترك كان قد قصر و خان مع إمكان دعوى الإجماع حيث يحكمون بذلك على سبيل الجزم من دون إشكال و لا تردد إلا ممن عرفت مع أنا لا نجد مخالفا مصرحا بذلك

قبل مولانا المقدس الأردبيلي و تمام الكلام في المسألة و أطرافها في باب الوديعه

(قوله) (و كل من بيده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و المفاتيح و في (الكفاية) أنه الأشهر و هذا هو الذي وجده صاحب الحدائق في فتاوى من حضره كلامه و قال إن التفاصيل لم يقف على قائل بها منا و إنما نسبها في التذكرة إلى الشافعية و يظهر لنا أنه لم يحضره المبسوط و لا جامع الشرائع و لا التحرير كما ستسمع (احتجوا) بأن تكلف اليمين ضرر عظيم و إن كان صادقا و أذن الشارع فيها و رتب الثواب عليها خصوصا ذوى المراتب فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من ضرر اليمين و قد تفادى عن اليمين زين العابدين و خير الساجدين عليه السلام من رب العالمين بمهر زوجته الخارجية حين ادعت عليه مهرا لها عند قاضى المدينة فألزمه اليمين فأمر ابنه الباقر عليه السلام بدفعه إليها إجلالا لله سبحانه أن يحلف به و إن كان صادقا و لا ريب أن للدافع أن يشهد أيضا لكن الظاهر أنهم أرادوا التنبيه على الفرد الأخرى و اختار في المبسوط أن المطالب بالتسليم إن كان ممن يقبل قوله في التلف و الرد مثل المودع و الوكيل بلا جعل لم يكن له

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٧

سواء قبل قوله في الرد أو لا و سواء كان بالحق بينه أو لا (١)

ذلك و كان له أن يرد ذلك و متى أخر الرد لزمه الضمان لأنه لا حاجة به إلى الشهادة لأن أكثر ما يتوقعه منه أن يدعى عليه المال فإذا ادعى هو الرد كان القول قوله مع يمينه فإذا لم يكن به حاجة إلى البيئه لم يكن له الامتناع عن الرد و وافقه على ذلك صاحب جامع الشرائع و زاد ما إذا لم يكن مشهودا به عليه فإن كان قد أشهد عليه كان له الامتناع حتى يشهد (و قال في التحرير) بعد أن وافق ما في الكتاب ما نصه هذا إذا لم يؤد الإشهاد إلى تأخير الحق فإن أدى إلى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قول الدافع مع اليمين (و قال في مجمع البرهان) إن في فتح هذا الباب إشكالا إذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصا في زماننا فإن أهله يمتنعون عن الصلاة جماعة بل صارت معدومة بالكلية لعدم العدل مع سهوله الأمر في ذلك و يرتكبون الطلاق مع صعوبة الأمر فيه بالنص و الإجماع فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر لمنع صاحب المال عن ماله الذي يدل العقل و النقل على قبحه خصوصا إذا استلزم فوات المصالح مع أن ما نعرف دليلا واضحا على جواز ذلك المنع إلا احتمال اليمين و هو لا يعارض العقل و النقل على أنه قد لا يلزم بل قد يعلم من حال صاحب المال انتفاء ذلك و أنه لا محذور منه و على تقديره فليس بأشد من منع المال عن مالكه مع أنه قد لا يفيد تكليفه بذلك لعدم حضور الحاكم في ذلك البلد و أنه قد يسد أبواب المعاملة مثل الديون و العارية و الإجارة و غيرها فإن الشهود أنما تنفع مع الحاكم على ما قاله و قد لا يكون الحاكم و قد تموت الشهود أو تخرج عن شرط القبول و بالجملة الحكم الكلى مشكل إلا أن يكون نص أو إجماع و لكن لا إجماع لأنه قال في التذكرة فالأقرب أن له ذلك انتهى ما أردنا نقله من كلامه و قد فرغ في نفى الإجماع إلى الأقرب و كأنه لم يظفر بالمبسوط و جامع الشرائع و التحرير و الظاهر أن مراد الأصحاب أن له الامتناع حيث يخاف الضرر و التخسير و الإنكار لأنه لا ضرر و لا ضرار و ما كانوا يريدوا إلا ذلك و إلا كان كالمسرع تحت الجدار المستقيم مخافه أن يسقط عليه و إذا كان المراد ذلك و الحكم كذلك كان المالك مقدا على ذلك و لا مخالفة في ذلك لعقل و لا لنقل فتأمل (و ليعلم) أن هذا إنما يكون في الحقوق الخاصة المتعلقة بالأشخاص التي تحتاج إلى اليمين أو الشهود فلا يرد ما في المسالك على قولهم كل من في يده مال لغيره أو في ذمته إلى آخر أنه يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكاة فإنها حق في الذمة أو في يده على تقدير عزلها و ليس له التأخير إلى أن يشهد على دفعها هذا و في (التذكرة و جامع المقاصد) أنه لا فرق في ذلك بين المديون و الغاصب و هو كذلك (و ليعلم) أنه قد عبر في الشرائع و التحرير كالكتاب و قد ناقشهما المحقق الثاني و الشهيد الثاني في قولهما في الكتب الثلاثة حتى يشهد صاحب الحق بقبضه بأنه إذا لم يدفع إليه كيف يشهد بالدفع فإنه ليس بصحيح و قالوا كان الأولى أن يقول

حتى يشهد على قبضه (و فيه) أنهما بمعنى و أنه لا فرق بينهما أصلا لأنهما إن أراد أنه له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد على قبضه بعد القبض فهو فاسد و إن أراد قبله عاد المحذور و إن أراد حينه صحتا معا (سلمنا) و لكننا نقول الباء بمعنى على كقوله تعالى و مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنُهُ بِقِنطَارٍ أَوْ نَقُولِ يَصِحُّ الْإِشْهَادُ بِالْقَبْضِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِقَامَةُ لِرَسْمِ الشَّهَادَةِ كَمَا صَحَّحُوا ذَلِكَ فِي الْقِبَالَاتِ إِقَامَةُ لِرَسْمِ الشَّهَادَاتِ

(قوله) (سواء قبل قوله في الرد أو لا و سواء كان بالحق بينة أو لا)

كما صرح بذلك في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا الشرائع و هو قضية إطلاق الباقيين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٨

و إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة (١) و إذا باع الوكيل ما تعدى فيه برئ من الضمان بالتسليم إلى المشتري لأنه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المالك (٢)

(قوله) (و إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة)

كما في التحرير و جامع المقاصد و لا تمزيقها كما في الأول أيضا لأنه أي صاحب الحق لا يأمن أن يدعى عليه الدافع المديون أو المستودع مثلا بما أقبضه فيحتاج إلى اليمين لنسيان البينة أو موتها أو نحو ذلك و لأصالة براءة ذمته من وجوب دفع ملكه إلى غيره و قد يقال إن الأول معارض بمثله لأن الدافع لا يأمن أن يدعى عليه بما فيها مرة أخرى و قد تكون ملكا للدافع كما هو المتعارف فينبغي أن يدفع له وثيقة تتضمن براءته مما كان في يده أو في ذمته و لعله لذلك تركه الباقيون

(قوله) (و إذا باع الوكيل ما تعدى فيه برئ من الضمان بالتسليم لأنه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المال)

أما أنه يبرأ إذا تعدى بالتسليم فقد صرح به في المبسوط و الجامع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الكتاب فيما يأتي في أوائل المطلب الخامس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و في (التذكرة) الإجماع عليه و في (المسالك) أنه لا خلاف فيه لما ذكره المصنف و لأن المشتري قد ملكه فإذا أوصل إليه بإذن المالك زال الضمان و هل يزول الضمان بمجرد البيع (وجهان ظ) أقربهما العدم و فاقا للمحقق الثاني و الشهيد الثاني و المصنف في التذكرة في أول كلامه و قال بعد ذلك نحن فيه من المترددين (و قال في التحرير) فيه نظر و قد وقع سقط في المبسوط في المقام و كأنه لا ترجيح فيه (وجه الزوال) أنه قد زال ملك الموكل عنه بالبيع و دخل في ملك المشتري و ضمانه و وجه العدم أنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف من ملك الموكل (و ليعلم) أنه إذا باعه و قبض الثمن كان الثمن أمانة في يده و إن كان أصله مضمونا لأنه قبضه بإذن الموكل كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و المسالك و مثله ما لو تعدى في الثمن ثم اشترى به و قبض المبيع و لو رد عليه بعيب ففي عود الضمان وجهان أجمعهما العدم كما في المسالك و فيما يأتي من الإيضاح و جامع المقاصد أنه الأصح و في (التحرير) أن الوجه عود الضمان و به جزم في التذكرة و استشكل في الكتاب فيما يأتي (و ليعلم) أن في المسالك أن موضع الإشكال على تقدير جواز رده عليه أي الوكيل و لعله فهمه من قولهم فرده المشتري عليه كما في التذكرة و التحرير من قوله فيما يأتي من الكتاب فإن رد المبيع عليه و قد يفهم من ذلك الرد على الموكل ثم إنني لم أجد بعد فضل التبع تصريحاً بجواز رده عليه إلا ما سمعته من هذه العبارات و لا تصريحاً بأنه له أن يتسلم المبيع حينئذ من دون إذن جديد و لعنا نقول إنه له ذلك إذا لم يعلم المشتري بوكالته و لا تصريحاً بأنه هل ينعزل عن الوكالة بفعل هذا البيع أم تبقى وكالته و ينبغي التثبت و التأمل في ذلك و قضية كلامهم جميعاً أنه إذا تعدى الوكيل لا تبطل وكالته و إن ضمن و به صرح في المبسوط و الجامع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان بل لا خلاف فيه إلا من أبي على و من الشافعية في أحد الوجهين لأنها أمانة فترتفع بالتعدى كالوديعة (و فيه) أن الوديعة أمانة محضة و الوكالة مركبة من الأمانة و الإذن فإذا تعدى زالت أمانته و بقي إذنه و وكالته كما هو الشأن في الرهن إذا تعدى فيه فإنه لا يبطل به كونه وثيقة و

يصير مضمونا على المرتهن نعم تبطل وكالته إذا تعدى فيما تشترط فيه عدالته كوكيل ولى اليتيم و ولى الوقف و سيتعرض المصنف لهذه المسائل فى أوائل المطلب الخامس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٠٩

و إذا وكله فى الشراء و دفع الثمن إليه فهو أو الموكل المطالب به (١) و إن لم يسلم إليه و أنكر البائع كونه و كيلا طالبه و إلا فالموكل (٢)

(قوله) (و إذا وكله فى الشراء و دفع إليه الثمن فهو أو الموكل المطالب به)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و المراد أنه دفع إليه مالا ليجعله ثمنا و إطلاق عبارة الكتاب يتناول ما إذا اشترى الوكيل فى الذمة ثم دفع إليه الثمن و ما إذا اشترى بعين ذلك المال الذى فى يده لا يجوز للبائع مطالبة الموكل و إنما يطالب الوكيل لأنه قد انحصر حقه فى ذلك المال المعين و بذلك صرح فيما عدا التذكرة من الكتب الأربعة و أشار إليه فيها إشارة و تحريره أنه متى كان الثمن معيناً و المطالب به من هو فى يده سواء فى ذلك الوكيل و الموكل و إن كان فى الذمة و دفعه الموكل إلى الوكيل ليصرفه فى الثمن تخير البائع فى مطالبة أيهما شاء مع علمه بالوكالة أما الوكيل فلأن الثمن فى يده و أما الموكل فلأن الشراء له و ما دفعه له لم ينحصر فى الثمن بعد و فى (الشرائع و الإرشاد و الكفاية) أن المطالبة تختص بالموكل مع العلم بالوكيل (لا ظ) مع الجهل (أما الأول) فلاعترافه بأنه وكيل و أن الثمن ليس فى يده فلا حق له عنده (و أما الثانى) فلأن العقد وقع معه فالثمن لازم له فكلامهم فى صورة العلم بالوكالة لا بد من حمله على أن الموكل لم يسلمه الثمن كما يأتى للمصنف فى الكتاب و التذكرة و إلا فلو سلم الثمن إلى الوكيل و أذن له فى التسليم فقد عرفت أن للبائع مطالبة من شاء منهما و لا بد أيضا من تقييد ذلك بما إذا كان الشراء بالذمة لأنك قد عرفت حال ما إذا كان بالعين و هناك قيود أخر تأتى و لم يلتفت إلى شىء من ذلك فى المبسوط قال و إذا اشتراه و ذكر فى العقد أنه يشتره لموكله كان للبائع أن يطالب أيهما شاء من الوكيل و الموكل و يكون دخول الوكيل فى هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن فى الضمان فإن أعطاه كان له الرجوع على الموكل بما وزن لأنه توكل له بإذنه فى الشراء و ذلك يتضمن تسليم الثمن و كان الإذن فى الشراء إذنا فيه و فيما يتضمنه انتهى و ظاهر كلامه الأول أنه لم يسلمه الثمن كما أنه قد يظهر من كلامه الأخير أن الموكل سلمه الثمن فقصر خلافه على صورة ما إذا لم يسلمه كما فى جامع المقاصد لعله لم يصادف محله كما أن القول بأنه لحظ ما لحظه بعض العامة من أنه يدخل فى ذمة الوكيل تبعا كما فى المسالك ليس فى محله و كأنهما لم يلحظا آخر كلامه بل عولا- على ما حكى عنه فى المختلف و الشرائع و فيما حكينا عنه خلل عظيم لأنه اقتصر فى الشرائع على قوله إذا اشترى لو كيله كان البائع بالخيار فإن شاء طالب الموكل و إن شاء طالب الوكيل و فى (المختلف) اقتصر على أول كلامه إلى قوله بما وزن و إلا فأخره لازم للمصنف فى كتبه الأربعة و لمن وافقه فى أنه لو وكله فى الشراء ملك تسليم ثمنه و إذا ملك تسليم ثمنه و كان فى يده أم لم يكن كان للبائع مطالبته لأنه هو معنى ملك تسليم الثمن فكيف يعدونه مخالفا مطلقا لأن الجمع بين كلاميه يقضى بأنه إذا كان مأذونا فى تسليم الثمن فإن كان سلمه سلم و إلا سلم من عنده كما تقدم لنا حكاية ذلك كله

(قوله) (و إن لم يسلم إليه و أنكر البائع كونه و كيلا طالبه و إلا فالموكل)

و مثل إنكار كونه و كيلا قوله لا أدرى و قد عرفت الوجه فى مطالبة الموكل فى صورة العلم بكونه و كيلا و لكن لا يكفى فى ذلك اعتراف الموكل بها لإمكان تواطئهما على إسقاط حق البائع عن مطالبة الوكيل لكن هنا له الرجوع على من شاء منهما صرح به فى التذكرة و كذا المسالك و فى (مجمع البرهان) أنه غير بعيد خصوصا إذا كان المقر قويا و لا يمكن الأخذ منه إلا أن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٠

(و فى مطالبة الوكيل مع العلم إشكال خ) (١) و لو تلف المبيع فى يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البائع أو الوكيل أو

الموكل الجاهلين و يستقر الضمان على البائع (٢)

فيه تأملا- لأن صاحب اليد مقر بأنه لغيره و لم ينكره من أقر له فينبغي القبول إلا إذا كان بعد العقد فلا يقبل قوله (قلت) الكلام فيه فليتأمل في كلامه و قد عرفت الوجه في مطالبة الوكيل في صورة الجهل بكونه و كيلا حيث لا يكون الثمن في يده و المراد بالجهل المستمر من حين العقد إلى حين القبض فلو جهل بها حين العقد ثم ثبتت و كالتة ففيه وجهان مطالبة الموكل و مطالبة الوكيل لأنه قد لا يكون راضيا بمطالبة الموكل لو علم ابتداء بأن الشراء له و هو ضعيف جدا (قوله) (و في مطالبة الوكيل مع العلم إشكال)

هذا إشارة إلى ما فهموه من كلام المبسوط و هو المذكور في بعض نسخ الكتاب و لم يذكر في بقيه ما عندنا من نسخه كما أنه لعله لذلك لم يتعرض له في الإيضاح و جامع المقاصد (قوله) (و لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البائع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين و يستقر الضمان على البائع)

قد تقدم لنا في باب المكاسب أن من اشترى عينا و تسلمها و سلم ثمنها و تلفت في يده ثم ظهر أنها مستحقة فإن مالكتها مخير في الرجوع بقيمتها إن كانت قيمة على البائع و المشتري لأن كلا منهما جرت يده عليها فإن رجع على البائع لم يرجع المشتري بالثمن إن كان بقدر قيمتها فما دون لأن المشتري دخل على أنها إذا تلفت يكون تلفها منه في مقابلة الثمن و إن كان الثمن أزيد من القيمة رجع بالزيادة من الثمن لأن كون العين مضمونة عليه يقتضى ضمانها بقيمتها دون ما زاد و إن رجع على المشتري رجع المشتري بالثمن كيف كان زادت القيمة على الثمن أو لا و إن الأصح أنه يرجع بما زاد من القيمة على الثمن لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بالثمن لا- غير فإذا غرم زيادة لم تكن محسوبة عليه فيرجع بها على البائع (إذا تقرر هذا) فإذا وكله في الشراء فاشترى عينا و قبضها الوكيل حيث يسوغ له القبض و تلفت في يده بغير تفريط ثم ظهر استحقاقها كان المالك بالخيار في مطالبة كل من البائع و الوكيل و الموكل بالقيمة أما البائع فلا يثبت يده على العين و مثله الوكيل و أما الموكل فلأن الوكيل نائبه و يده يده و ذلك إذا كان الوكيل جاهلا بالغصب أما مع العلم فلا لأن الموكل لم يأذن له في قبض المغصوب مع أن الإذن فيه لا اعتبار به و يستقر ضمان ما زاد على الثمن من القيمة على البائع العالم بالغصب إذا استرجع الموكل منه الثمن على تقدير تسليمه له إذ لا- يتصور أن يجب على البائع رد الثمن و ضمان القيمة أيضا لأن يد المشتري يد ضمان بالثمن على معنى أنه إن تلف المبيع يكون منه في مقابلة الثمن فيحصل من هذا أن قرار ضمان الثمن على الموكل و قرار ضمان ما زاد عليه من القيمة على البائع لأن الثمن المدفوع إلى البائع باق على ملك الموكل فإذا غرم البائع القيمة لم يكن للموكل استرجاع الثمن منه إن كان بقدر القيمة فما دون نعم لو كان زائدا استحق أخذ الزائد (و قال في التذكرة) في المسألة إن للمالك مطالبة الوكيل فإن لم يكن قد فرط رجع بما غرمه على الموكل لأنه أمينه لا ضمان عليه و إن رجع على الموكل لم يرجع على الوكيل بل استقر الرجوع على الموكل فلعله يريد أن ضمان الثمن يستقر على الموكل أو أن ذلك بالنسبة إلى الوكيل لا منع الرجوع على البائع و عبارة التذكرة و الإيضاح خير من عبارة الكتاب حيث قال فيهما لو تلف المبيع في يد الوكيل ثم ظهر كونه مستحقا و أما عبارة الكتاب ففاسدة لأنه إذا تلف المبيع في يد الوكيل بعد علمه بأنه مستحق للغير و لم يرد فوراً كان قرار الضمان عليه و إن كان جاهلا وقت قبضه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١١

و هل للوكيل الرجوع على الموكل إشكال (١) و لو قبض و كيل البيع الثمن و تلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله و يستقر الضمان على الموكل و إلا فعليه (٢)

و تقييد الوكيل و الموكل بكونهما جاهلين لتتوجه مطالبتهما غير جيد بل يطالب كل واحد منهما عالما كان أو جاهلا نعم إذا كان الوكيل عالما فلا- شىء على الموكل لأنه لم يوكله فى قبض المغصوب إنما وكله فى قبض المبيع بحسب الظاهر فليس للمالك أن يقول له هذا وكيلك و يده يدك نعم لا بد من القيد المذكور فى استقرار الضمان على البائع (قوله) (و هل للوكيل الرجوع على الموكل إشكال)

أى هل للوكيل الرجوع على الموكل لو رجع المالك على الوكيل على تقدير جهلها و استقرار الضمان على البائع فيه إشكال من أن يده يده و قبضه قبضه لأنه إنما وقع القبض بإذنه و زاد فى الإيضاح أن الموكل غار و الوكيل مغرور و المغرور يرجع على الغار و من أنه لما ظهر فساد العقد بالاستحقاق صار الوكيل قابضا ملك الغير بغير حق و بغير إذن من الموكل لأنه إنما أذن فى قبض المبيع المنتقل إلى ملكه دون ما ظهر استحقاقه فبظهور الاستحقاق انكشف أنه غير مأذون فى قبضه و قد حصل التلف فى يده و الموكل غير قابض و لا- متلف مباشرة و لا تسببا (و فيه) أنه يمتنع تكليفه بما فى نفس الأمر و إنما كلفه بقبض المبيع ظاهرا فلا يزول الإذن بزوال الاستحقاق (و قال فى جامع المقاصد) توسط شيخنا الشهيد فقوى عدم الرجوع إلا مع تعيين السلعة نظرا إلى أنه مع تعيينها فقد وكله فى قبضها فلا يتقيد ذلك بكون البيع صحيحا بخلاف ما إذا وكله فى قبض المبيع (و قال فى الإيضاح) الأصح أنه يرجع و فى (جامع المقاصد) فى الرجوع مطلقا قوة كما اختاره فى التذكرة و أن قرار الضمان على البائع انتهى ثم قال بعد كلام طويل ما حاصله أنه إن رجع المالك على الوكيل بالقيمة فإن الوكيل يتخير بالرجوع فيما زاد من القيمة على الثمن على البائع أو الموكل و قرار ضمانه على البائع و أما مقدار الثمن فإنه يرجع به على البائع إن كان قد قبضه و لم يسترجعه الموكل منه و إن استرجعه فالرجوع به على الموكل قطعا و لا يجىء فيه إشكال و إن كان فى يد الوكيل فلا رجوع به على أحد و من هذا يعلم أن إطلاق عبارة المصنف الإشكال فى رجوع الوكيل على الموكل ليس بجيد بل جزمه بتخير المستحق فى الرجوع على من شاء من الثلاثة الذين من جملتهم الوكيل ينافى هذا الإشكال انتهى و هو منه غريب لأن الإشكال جاء من حيث إنه لما ظهر المبيع مستحقا ظهر أن الوكيل غير مأذون و قد تلف المال فى يده فيكون مضمونا عليه بالثمن و ما زاد عنه من القيمة يرجع به على البائع و لا رجوع له على الموكل بشىء منهما لأنه لما ظهر أنه غير مأذون كان أجنبيا عن الموكل و ما قطع به من رجوعه على الموكل بالثمن إن كان قد استرجعه و أنه لا يجىء فيه إشكال مبنى على الوجه الآخر من الإشكال و هو أنه مأذون و مكلف بقبض المبيع ظاهرا فالموضوع فيها (فيهما ظ) مختلف و إلا فكيف قال هنا قطعا و قال هناك فيه قوة مؤذنا بالتردد و الاستشكال نعم المنافاة بين جزمه بتخير المالك بالرجوع على من شاء من الثلاثة و الإشكال فى رجوع الوكيل على الموكل ظاهرا لأين للموكل أن يقول له إذا ظهر أنه أجنبى عنى و أنه غير مأذون منى و أن يده ليست يدي كيف يصح لك الرجوع على

(قوله) (و لو قبض و كيل البيع الثمن و تلف فى يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله بالوكالة و يستقر الضمان على الموكل و إلا فعليه)

معناه على ما يفهم منه اقتضاء أو تصريحاً أن الوكيل فى البيع كان وكيلا فى قبض الثمن و أن التلف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٢

[المطلب الخامس فى الفسخ]

(المطلب الخامس) فى الفسخ الوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها (١) و تبطل بموت كل واحد منهما (٢) أو جنونه أو إغمائه (٣)

كان من دون تفريط فإذا باع و قبض الثمن ثم خرج المبيع مستحقا و كان المشتري جاهلا بوكالة الوكيل فإنه يرجع عليه لأنه أثبت يده

على ماله بغير حق و يرجع الوكيل على الموكل و يستقر عليه لمثل ما تقدم آنفا و إن كان المشتري عالما بأنه و كيل فإنه يرجع على الموكل كما هو ظاهر (و قال في جامع المقاصد) إن الوكيل يرجع على الموكل مع جهله بخلاف ما إذا كان عالما إذ لم يقض بوكالة الموكل حينئذ لأنه إنما و كله في قبض ما يكون ثمنه و لو بحسب الظاهر لا في قبض مال الغير ثم قال و لو أخر قوله مع جهله عن قوله و يستقر على الموكل لكان أولى لأن الرجوع على الوكيل مع جهله و علمه و إنما يستقر الضمان على الموكل مع جهله انتهى و هو كما ترى خلاف صريح العبارة لأنها أفصحت بجهل المشتري بالوكالة و ليس المراد منها جهل الوكيل بكون المبيع مستحقا ثم إنه على هذا التقدير لا يكاد يتحصل منه معنى صحيح للعبارة إذا جرينا على ظاهرها كما قد وجدنا بعض النسخ خالية عن التقييد بالوكالة (قوله) (المطلب الخامس في الفسخ الوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها)

كما طفحت به عباراتهم تصريحاً في المبسوط و الغنية و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و غيرها و اقتضاء أمن كلامهم في العزل و البطلان بالموت و الجنون و الإغماء و قد يظهر من الغنية الإجماع على ذلك كله (و قال في التذكرة) لا نعلم خلافاً من أحد في أنها عقد جائز من الطرفين و في (مجمع البرهان) الظاهر أنه لا خلاف فيه و قد تجب في عقد لازم و قال كأنه لا خلاف في جواز فسخ الوكيل وكالة نفسه بحضور الموكل و غيبته بإذنه و عدمه و كأنه مجمع عليه و كذا الموكل في الجملة بأن يعزل الوكيل بحضوره و الظاهر أن العزل بإخبار الثقة لا يكون فيه خلاف انتهى و لا ريب في أن ما في جامع الشرائع من أنها عقد لازم سهو من قلم الناسخ

(قوله) (و تبطل بموت كل منهما)

هذا أيضا قد طفحت به عباراتهم من دون خلاف حتى من العامة و في (المبسوط) أنه لا خلاف فيه و ظاهره نفيه بين المسلمين و في (مجمع البرهان) أنه يفهم من التذكرة الإجماع على ذلك و قال في موضع آخر كأنه لا- خلاف في ذلك و في (الغنية) أنها تبطل بموت الموكل بلا خلاف و ظاهره نفيه بين المسلمين و ما حكاها عنها في الرياض لم يصادف الواقع و قضية ذلك أنه لو تصرف بعد موت الموكل قبل أن يبلغه خبره وقع باطلاً موقوفاً على إجازة الورثة و في (مجمع البرهان) كأنه لا خلاف في ذلك (قلت) و يظهر من التذكرة في مسألة العزل الإجماع على ذلك و في (المرسل) إن كان أملك بعد ما توفي فليس لها صدق و لا ميراث و بعد ذلك كله تحذلق في الحدائق و قال عندى في بطلانها بالموت توقف و لا كذلك الحال في العزل كما يأتي بيان ذلك كله إن شاء الله تعالى (قوله) (أو جنونه أو إغمائه)

كذا أطلق في المبسوط و الشرائع و النافع و التحرير و في (المسالك) أن بطلانها بالجنون و الإغماء محل وفاق و في (الكفاية) نسبته إلى الأصحاب و في (مجمع البرهان) أنه يفهم من التذكرة الإجماع على البطلان بعروضهما و بالحجر و نحوه و في (المسالك) لا فرق عندنا بين طول زمان و قصره و لا بين الجنون المطبق و الأدوارى و كذا لا فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل و عدمه انتهى و ظاهره الإجماع و بذلك صرح في التذكرة و الروضة و كذا التحرير و الكتاب في باب الموكل كما تقدم و هو قضية إطلاق الباقيين و نص في جامع الشرائع على أنها لا تبطل بإغماء ساعة و على أنها تبطل بالجنون المطبق فهو مخالف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٣

أو الحجر على الموكل لسفه أو فلس (١) فيما يمنع الحجر التوكيل فيه و لا تبطل بفسق الوكيل (٢) إلا- فيما يشترط فيه أمانته كولى اليتيم و ولى الوقف على المساكين (٣) و كذا ينزل لو فسق موكله (٤)

فيهما و يجيء على جواز تصرف الوكيل مع رده و مع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع عن الوكيل للأصل بمعنى الاستصحاب و قد يعارض باستصحاب عدم الجواز فتأمل و بعد زواله عن الموكل من دون حاجة إلى تجديد عقد بعده و إنما يكون باطلاً- في زمان العذر فقط بمعنى أنه يقع موقوفاً على الإجازة إذ الإجماع في غير ذلك غير معلوم و الظاهر أن من وكل

محلا- ثم صار محرما لا حاجة به إلى تجديد وكالته وقد قالوا بدخول الصيد الغائب فى ملك المحرم بعد زواله عنه كما نبه على ذلك كله فى مجمع البرهان (وفيه) أيضا أنه لا خلاف فى وقوعه باطلا إذا تصرف حال الحجر ونحوه (قلت) و يظهر من التذكرة فى مسألة العزل الإجماع على أنه لو تصرف بعد جنون الموكل ولما يبلغه الخبر وقع باطلا- ولا- ريب فى بطلانها بالردة عن فطرة كما صرح به فى جامع الشرائع وقال الشيخ والقاضى لا تبطل برده الوكيل والموكل وقد صرح فى التذكرة والتحرير والكتاب فيما يأتى والمسالك والروضة وجامع المقاصد أنها لا تبطل بالسكر إلا أن يشترط فى الوكيل العدالة كوكيل ولى اليتيم ولى الوقف كما يأتى وصرح فى الستة المذكورة أولا والمبسوط والشرائع واللمعة ومجمع البرهان أنها لا تبطل بالنوم المتطاوول وزاد فى اللمعة ما لم يؤد إلى الإغماء وهو خروج عن محل الفرض لأنها تبطل حينئذ من حيث الإغماء لا من حيث النوم وعدم البطلان بالنوم مطلقا ضرورى وإلا لم تبق وكالة يوما و ليلة فضلا عن الزائد لكنه فى المبسوط لم يقيد بالمتطاوول بل أطلق (قوله) (و الحجر على الموكل لسفه أو فلس)

كما فى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها وفى (مجمع البرهان) أنه يفهم من التذكرة الإجماع عليه وفى (المبسوط والتذكرة والتحرير) أنه لو وكل أحدهما فيما له التصرف فيه كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص صح وإليه أشار فى الشرائع بقوله بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه (قوله) (و لا تبطل بفسق الوكيل)

قال فى التذكرة لو فسق الوكيل لم ينزل عن الوكالة إجماعا لأنه من أهل التصرف وبالحكم صرح جماعة كما سترى (قوله) (إلا فيما تشترط فيه أمانته كولى اليتيم ولى الوقف على المساكين)

كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة لخروجه عن أهلية التصرف وحاصله أن كل موضع يشترط فيه لصحة التوكيل كون الوكيل عدلا فإن الوكالة تبطل فيه لو فسق الوكيل بخروجه عن أهلية التصرف وذلك كوكيل ولى اليتيم ففى العبارة حذف مضاف تقديره كوكيل ولى اليتيم كما صرح به فى التذكرة والتحرير فإنه لا يجوز للولى على الطفل ومن جرى مجراه تفويض التصرف له وعليه إلا لمن كان عدلا وكذا وكيل ولى الوقف على المساكين ونحوه من جهات القرب ومثله وكيل قسمة الخمس والزكوات ونحوها وقد يتكلف فى تصحيح العبارة بإرادة الوكيل من الولي وهو على بعده محتاج إلى حذف مضاف إليه كأن يقال كوكيل ولى اليتيم لأنه ليس وكيلا لليتيم وإرادة التشبيه كأن يقال ينزل الوكيل بفسقه حيث تعتبر أمانته كما ينزل ولى اليتيم ولى الوقف على المساكين (وفيه) أنه يشكل إطلاق قوله وكذا ينزل لو فسق موكله فإنه ليس كل موضع يفسق الموكل ينزل الوكيل التى تشترط أمانته وأما إذا حملت على المعنى الأول فإن هذا الحكم صحيح لخروج الموكل عن أهلية التوكيل (قوله) (و كذا ينزل لو فسق موكله)

أى كما ينزل وكيل ولى اليتيم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٤

أما وكيل الوكيل عن الموكل فإنه ينزل بفسقه لا بفسق موكله (١) ولا تبطل بالنوم وإن طال زمانه ولا السكر (٢) ولا بالتعدى مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة وإن لزمه الضمان فإذا سلمه إلى المشتري برئ من الضمان ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فإن رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لا تنفاه العقد المزيل له على إشكال (٣) وتبطل بعزل الوكيل نفسه فى حضرة الموكل وغيبته (٤) و بعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أو لا على رأى (٥)

بفسق نفسه ينزل بفسق موكله لخروجه عن أهلية التوكيل والتصرف

(قوله) (أما وكيل الوكيل عن الموكل فإنه ينزل بفسقه لا بفسق موكله)

لما ذكر أن وكيل ولي اليتيم و ما كان مثله في الحكم ينعزل بفسقه و فسق موكله نبه على أن وكيل الوكيل عن الموكل ليس كذلك فإنه إنما ينعزل بفسقه لا بفسق موكله و لا بفسق الوكيل الأول (أما الأول) فلما تقدم من أنه ليس للوكيل أن يوكل إلا أميناً عدلاً إلا أن يعين الموكل غيره (و أما الثاني) فلأنه رب المال و لا يشترط فيه أن يكون عدلاً (و أما الثالث) (فلأنه ظ) وكيل لرب المال و لا ينافيه الفسق

(قوله) (و لا تبطل بالنوم و إن طال زمانه و لا بالسكر)

قد تقدم الكلام فيهما قريباً

(قوله) (و لا بالتعدى مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة و إن لزمه الضمان فإذا سلمه إلى المشتري برئ من الضمان و لو قبض الثمن لم يكن مضموناً فإن رد المبيع عليه يعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على إشكال)

قد اشتمل كلامه على خمس مسائل قد تقدم الكلام فيها كلها في أواخر المطلب الرابع و قد حررناها هناك تحريراً شافياً مسبقاً (قوله) (و تبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل و غيبته)

كما صرح به في المبسوط و الغنية و الشرائع و التذكرة و التحرير في أول الباب و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و كذا الإرشاد و غيره (و قال في مجمع البرهان) تارة كأنه لا خلاف فيه و أخرى كأنه مجمع عليه (قلت) كأنه ضروري ثم إن ظاهر الغنية الإجماع عليه و اشترط أبو حنيفة حضور الموكل و قال بعض الشافعية إن كانت صيغة الموكل بع و أعتق و غيرهما من صيغ الأمر لم ينعزل برد الوكالة و عزله نفسه لأن ذلك إذن و إباحة فأشبه ذلك ما إذا أباح الطعام لغيره و في (المبسوط و التحرير) فإذا وجد فسخ الوكيل بطلت وكالته و افتقر تصرفه بعد الفسخ إلى تجديد عقد الوكالة (قلت) فعلى هذا فإذا عزل نفسه و تصرف كان فضولياً و في (الكفاية) أن الأشهر أنه لا يمكنه العمل بمقتضى التوكيل بلا إذن مجدد (و فيه) أن المتعرض لهذا الفرع بخصوصه قليل و احتمال في التذكرة الصحة مع الغيبة عملاً بالإذن العام الذي تضمنته الوكالة و في (الكفاية) أنه أقرب و كذا مع الحضور و عدم الرضا بعزله و قد تقدم الكلام في ذلك مسبقاً محرراً في أوائل الباب لأنها من سنخ ما إذا رد الوكيل الوكالة (إلا ظ) من سنخ ما إذا فسدت الوكالة لعدم التنجيز كما تقدم و يأتي لأنه سيتعرض المصنف أيضاً لما إذا رد الوكالة في آخر هذا المطلب (قوله) (و بعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أو لا على رأي)

لم يوافق عليه أحد بل تسالم الناس على خلافه نعم قال الفاضل القطيفي أنه مقتضى النظر لكن الفتوى على خلافه و قال هو في المختلف أنه ليس بردىء و لعل الوجه في كونه مقتضى النظر أن الأصل جواز الفسخ و إلا- لكان لازماً و أنه يشترط في صحته فعل الوكيل رضا الموكل و أن التجارة لا بد أن تكون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٥

.....

عن تراض و من المعلوم عدم الرضا بعد الفسخ و العزل و أن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى عمله كالطلاق و العتق و أنه قد يلزم الحرج و الضيق فإنه قد تعرض له المصلحة و لا يتمكن من الإعلام و الإشهاد و الرجعة في الطلاق فلا بد و أن يكون له سبيل إلى ذلك و أنه لو أعتق العبد الذي وكله على بيعه أو عتقه لانعزل و كذا لو باعه فإذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى و للرواية التي أرسلها الشيخ في الخلاف و المبسوط من أن الوكالة تنفسخ في الحال و لا يقف الفسخ على علم الوكيل و قد أهمل ذكرها في الوسائل و لعل هذا القول يرجع إلى أحد شقي القول الثاني لأنه لا بد لقائله من أن يقول بأنه يجب على الموكل الإشهاد لأن قوله بعد تصرف الوكيل قد عزلته غير مقبول (و ليعلم) أن قول الصادق عليه السلام يعزلون يعني العامة يعني الوكيل عن الوكالة و لا تعلمه بالعزل يؤذن ببطان هذا القول و ذهب الشيخ في النهاية و أبو الصلاح في الكافي و أبو جعفر بن حمزة

فى الوسيلة و أبو المكارم فى الغنية و المقداد فى التنقيح إلى أنه لا ينزل إلا بالإعلام أو الإشهاد إذا لم يتمكن من الإعلام و قد نفى عنه البأس فى المختلف و حكى عن القاضى و القطب الكيدرى و حكاه جماعة كثيرون عن ابن إدريس و لم أجده فى السرائر فى الباب و لعل الأصل فى ذلك المختلف و تبعه الجماعة و ستمتع ما فى كشف الرموز عن ابن إدريس و ظاهر الغنية الإجماع عليه و لا دليل عليه من الأخبار بل هى دالة على عدم اعتبار الإشهاد كخبرى هشام و العلاء بن سيباه و كان دليله الجمع بين الأدلة و الأقوال فى الجملة بحمل الأخبار على تمكنه من الإعلام و لم يعلمه و الاعتبار بالشاهدين فى نظر الشارع و مضافا إلى أنه لا بد من الإشهاد كما تقدم بيانه و رفع الحرج فى الجملة مضافا إلى ما تقدم آنفا و إجماع الغنية دليل معتد به يشهد له التتبع إذ لا خلاف ممن تقدمه إلا من الخلاف و لكن يوهنه عدم التفات المتأخرين إليه كما ستمتع (و قال فى كشف الرموز) إن بما ذكره فى النهاية رواية أعرضنا عنها لمخالفتها الدلائل و هى لا تصلح معارضة انتهى لكننا لم نجدها و قد حكى عن هؤلاء فى الإيضاح أنه ينزل بالإعلام و الإشهاد من دون تقييد بما إذا لم يتمكن من الإعلام و قد عول عليه مستريحا إليه المحقق الثانى و أبو العباس فى كتابيه لأن نظره دائما إليه و الشهيد الثانى فى كتابيه و الفاضل القطيفى و الفاضل المقداد و الخراسانى و شيخنا صاحب الرياض و كلهم قد أخطئوا و لم يرجعوا إلى كتب القوم بل لم يلاحظوا المختلف فى ذلك و فى (الغنية و كشف الرموز) أن الموكل إذا تمكن من الإعلام و لم يعلم لم ينزل إجماعا و به صرح فى التحرير و المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين كما فى المسالك و الكفاية أنه لا ينزل ما لم يعلم بالعرض و إن أشهد و فى (مجمع البرهان و المفاتيح) أنه المشهور و كله لم يصادف محله كما عرفت فيما تقدم ممن تقدم و هذا القول هو المحكى عن أبى على و حكاه فى جامع المقاصد عن المبسوط و ما زاد فيه على أن قال فيه وجهان (أحدهما) أن الوكالة تنسخ فى الحال فلا يقف الفسخ على علم الوكيل (الثانى) أن الوكالة لا تنسخ حتى يعلم الوكيل ذلك و كلا الوجهين قد رواه أصحابنا انتهى فهو متوقف كما حكى عنه ذلك أيضا و حكاه فى كشف الرموز عن ابن إدريس و قد عرفت أنا لم نجد له فى السرائر ذكرا و قد سمعت ما حكوه عنه و قد حكاه فى الخلاف عن كتابيه يعنى التهذيبي و ليس للوكالة فى الإستبصار باب (و كيف كان) فهذا القول خيرة التهذيب و الخلاف و فقه الراوندى و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و اللمعة و المقتصر و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و كذا المختلف و قد سمعت ما حكيناه عنه فيما سلف و فى (التذكرة) أنه لا بأس به و كأنه مال إليه أو قال به المقدس الأردبيلي بعد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٦

.....

أن قال إن المسألة من المشكلات و كذا أبو العباس فى المهذب و قد يظهر من إيضاح النافع الإجماع عليه حيث قال عليه الفتوى و قد قالوا فى باب القصاص إنه لو و كله فى استيفاء القصاص فعزله قبله ثم استوفى فإن علم بالعزل فعليه القصاص و إن لم يعلم فلا قصاص و لا دية و قد جزم به كل من تعرض له و قد حكينا هناك عن عدة كتب و لم ننقل فيه خلافا و لا ترددا من أحد و قد قال الشارحون أنه مبنى على عدم الانعزال بالعزل ما لم يعلم و قالوا فيما إذا عفا و لم يخبره فاقتص أنه لا قصاص و عليه الدية لأنه باشر قتل من ظنه مباح الدم و لم يكن و يرجع بها على الموكل لأنه غره و لا يخفى ما فى قولهم ظنه فتأمل و الغرض أنهم لم يلتفتوا فى باب القصاص إلى القولين الآخرين أصلا نعم الشيخ فى المبسوط فى الباب أعنى باب الوكالة قال من قال إن الوكالة تنسخ و إن لم يعلم الوكيل قال هذه جناية خطأ و من قال العلم شرط قال وقع الإستيفاء موقعه و بالأخير صرح جماعة فى الباب منهم ابنا سعيد و الأصل فيه ما رواه الصدوق و الشيخ عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل و كل آخر على وكالة فى إمضاء أمر من الأمور و أشهد له بذلك عدلين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال أشهدوا أنى قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال إن كان الوكيل قد أمضى الأمر الذى و كل فيه قبل أن يعزل الوكالة فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل كره الموكل أم رضى (قلت) فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن

يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر ماض على إمضائه قال نعم قلت له فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة وهي صحيحة في الفقيه لأنه رواها عن محمد بن أبي عمير وعن هشام بن سالم وطريقه إلى أبي عمير صحيح وكذا في التهذيب على الصحيح في العبيدي وأما طريقه إلى محمد بن علي بن محبوب فلا شبهة في صحته عندنا وإن قيل فيه ما قيل (وقال في المختلف) أنها أصح ما بلغه وقد سمت بالصحة في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضه وجمع البرهان والكفاية ولم توسم بها في كشف الرموز والإيضاح والمهذب البارع والتنقيح وإيضاح النافع والمفاتيح (و كيف كان) فلا تأمل لنا في سندها ولكن في متنها بعض الشيء وهو أن الحصر المستفاد منها إضافي لأنه يشمل البيع والعتق وفعل الموكل بنفسه ذلك مع أن ذلك عزل للوكيل بلا خلاف أو مقيد ببقاء الوكالة على حالها من دون أن يعتبر بها شيء من ذلك أيضا لا يضر «١» وما رواه الفقيه في الصحيح حيث قال روى جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها فإن طريق الفقيه إلى معاوية بن وهب صحيح وإن كان فيه محمد بن علي ماجيلويه لكن قد استدلل بها في جامع المقاصد في أوائل الباب على أن الوكيل إذا رد الوكالة انفسخت واحتاج في التصرف إلى تجديد الإيجاب مع علم الموكل وقال إنها نص في الباب فيكون الضمير في يعلمه راجعا إلى الوكيل لا إلى الموكل وما رواه علاء بن سيابة وهي طويلة جدا مشتملة على قضاء أمير المؤمنين عليه السلام والصادق عليه السلام بزوجة المرأة لمن عقد له عليها أخوها مع أنه أشهدت شاهدين على عزل أخيها الذي وكلته في تزويجها من فلان قبل إيقاع النكاح إلا أنهما ما شهدا على حضور الوكيل وإعلامه به قال أمير المؤمنين عليه السلام للشهود كيف

(١) كذا في النسخة ولعل صحيح العبارة هكذا من دون أن يتغير منها شيء وذلك أيضا لا يضر فليراجع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٧

.....

تشهدون قالوا نشهد أنها قالت أشهدوا أنني قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا إلى أن قال عليه السلام أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر قالوا لا قال فتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة قالوا لا قال أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقع أين الزوج فجاء فقال خذ بيدها بارك الله لك فيها فقالت يا أمير المؤمنين أحلفه أنني لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح فقال وتحلف قال نعم يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح وهي نص صريحة في الباب منجبرة بالشهرة معتضدة بالأخبار الأخرى وبما يظهر من إيضاح النافع من دعوى الإجماع بل هي صحيحة في الفقيه الذي عندي لأنه قال فيه روى عن علاء بن سيابة وطريقه إليه صحيح نعم في بعض النسخ كما حكاه المولى الأوردبيلي عن ابن سيابة (وما رواه) في الفقيه عن عبد الله بن مسكان عن أبي هلال الرازي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل وكل رجلا بطلاق امرأته إذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به وأنه قد بدا له في ذلك قال عليه السلام فليعلم أهله وليعلم الوكيل وكان إعلام أهله لإدخال السرور عليها ولثلا ترغب إلى تزوج آخر غيره ولا ينهض ما تقدم في حجج القولين الأولين على معارضة هذه الأدلة إذ رواية الخلاف والمبسوط مرسله ورواية كشف الرموز لم نجدتها على أنها مرسله أيضا وقولهم إن الوكالة من العقود الجائزة فللموكل الفسخ وإن لم يعلم الوكيل وإلا- كانت حينئذ لازمة فيه أن لزومها في هذه الصورة لا ينافي جوازها من أصلها فجوازها مشروط بالإعلام وكم من عقد جائز يعرض له اللزوم فإن الجعالة تلزم الجاعل مع شروع العامل إلا مع بذل مقابلة ما عمل على أنه لا يلتفت إليه في مقابلة النص وأما قاعدة اعتبار الرضا فيخرج عنها بالأخبار (و أما القياس) على الطلاق والعتق فهو مع الفارق إذ العتق و

الطلاق فك ملك أو زوجية و لا تعلق لذلك بغير العاقد و لا كذلك العزل فى الوكالة لتعلقه بثالث و هو الذى عقد معه الوكيل فتأمل (و أما الخروج) فمعارض بمثله فإنه قد يفعل أموراً كثيرة و لم يعلم فيتعسر أو يتعذر رد الحقوق إلى أهلها لكن هذا يمكن دفعه بأخذه قصاصاً مع أنه أدخله على نفسه بعلمه بجواز العقد و ذلك لا- يمكن دفعه إذ قيد لا- يتمكن من الإعلام و لا سيما فى الطلاق الذى يكرهه الله تعالى و لا يتمكن من الرجعة و لم يدخله على نفسه إذ لا يعلم أن الله يحدث له الرغبة فتأمل فلا بد أن يكون له سبيل (و أما الاستدلال) بعدم اعتبار العلم فى العزل الضمنى ففى صريحه أولى ففيه أننا نفرق بعدم وجود القائل فى الضمنى فلا محل للوكالة (و أما الاستدلال) بالحرص لهذا القول فمعارض بذلك و منقوض بالموت على أنه يمكن دفعه كما عرفت (و أما الاستدلال) له بأن الجاهل معذور و غير مكلف فغاياته هنا رفع الإثم و المؤاخذه لا- إثبات الصحة فى معاملته لم تصارف إذن المالك و إن هو إلا كالمعاملة على مال الغير بظن أنه ماله فهو إنما يعذر إذا كان جاهلاً صرفاً فى غير ما أمر به أعنى العبادات و فيها إذا كان الفرع نادر الوقوع و ذلك فى غير ما كان من قبيل الأسباب ثم إن العلم بكونها عقداً جائزاً و بإمكان تغير المصالح يمنع ذلك و يأتى الكلام فى وطء المالك و غيره مما لا يجوز لغيره مثل اللمس و غيره و أنه هل ينزل الوكيل بفعل الموكل ذلك كالبيع و العتق أم لا عند تعرض المصنف له (بقي شىء) و هو أن مقتضى صحيحة معاوية بن وهب و خبرى العلاء بن سبابه و أبى هلال حيث قيد فيها الانعزال بعلمه عدم انعزاله بالظن و إن كان من عدل أو عدلين و هو قضية كلام النهاية و الخلاف و المبسوط و فقه الراوندى و الغنية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و الكتاب و الإيضاح و اللمعة و المهذب و المقتصر و التنقيح و غيرها حيث قيد الانعزال فيها بعلمه كالأخبار و ظاهر الغنية و غيرها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٨

و بتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل فى بيعه (١) و كذا لو وكله فى الشراء بدينار دفعه إليه

الإجماع عليه (و فى التذكرة) فى عدة مواضع و التحرير و الكتاب فيما يأتى فى مواضع و جامع المقاصد التصريح بأنه لا يثبت العزل بخبر الواحد بل فى صريح جامع المقاصد و ظاهر التذكرة أو صريحها الإجماع عليه (و قال فى جامع المقاصد) هناك قد سبق أنه إذا بلغه العزل بخبر الواحد انعزل و هذا ينافيه (و أجاب) بأن انعزاله بخبر الواحد مشروط بثبوت العزل بعد ذلك قال ففائدة الإخبار حينئذ كون العزل الواقعى غير نافذ لولاه أى الإخبار لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل فى الواقع به انتهى (و حاصله) أنه إذا أخبره الثقة بالعزل فله أن يتصرف فإن ثبت بعد ذلك أنه عزله كان تصرفه باطلاً موقوفاً على الإجازة و إن لم يثبت لموت و نحوه كان نافذاً فإذا عزله و أشهد شاهدين على عزله و لم يخبره لم ينزل واقعا و لا ظاهراً و إن أخبره الثقة انعزل واقعا لا ظاهراً و هو كما ترى لا يكاد يفهم من الأخبار و لا كلام الأصحاب مع مخالفته للقواعد نعم اكتفى فى التذكرة فى موضع منها فى ظاهر كلامه و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض بانعزاله بخبر الثقة كما أفصح به صحيحة هشام (قال فى المسالك) لا ينزل على مقتضى ظاهر كلامهم إلا- بمشافهته به أو بلوغه الخبر بمن يفيد قوله التواتر و الظاهر أنهم لا يريدون هذا المعنى قطعاً لما قد علم مستند الحكم خصوصاً أخبار الشاهدين فإنه حجة شرعية فيما هو أقوى من ذلك انتهى و يرفع قطعه ما سمعته من الفتاوى و الإجماعات و كأن قوله الظاهر مع قوله قطعاً غير ملتئم لأنه يرجع إلى أنه ظن القطع على تقدير تحصيل هذا القطع الجارى مجرى الإجماع فهو مطالب بمأخذه إذا المصرح به قبله اثنان و إخبار الشاهدين علم شرعى و ليس مستند الحكم منحصر فى خبر هشام على أنه معارض بالأخبار الثلاثة التى قيد الانعزال فيها بالعلم فلا بد من الترجيح أو الجمع إن أمكن و الترجيح للأخبار الثلاثة لتعاضدها فى نفسها و اعتضادها بالإجماعين الصريحين و إجماع الغنية و عمل الأصحاب فى ظاهرهم بها عدا أربعة منهم على أن بعضهم كالمصنف قد وافق الأصحاب فيما عدا التذكرة و فيها فى مواضع آخر فيحمل صحيح هشام على ما إذا أفاد خبر الثقة العلم جمعا و هو غير منكور فى بعض الثقات إلا أن فيه حملاً للمطلق على الفرد النادر و نظرحه فى خصوص ذلك لإعراض الأصحاب عنه و يمكن الجمع بحمل العلم على ما يعم الظن (قال

فى الروضة) المراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره و إن كان عدلا (قلت) لعله هو الذى اعتمد عليه الجماعة لكنهم يخصصون الظن بالظن المستفاد من إخبار الثقة فهو مجاز فى مجاز أى تخصيص فى المجاز أو تقييد العلم و نخصه بما إذا لم يخبر بالعزل الثقة لمكان صحیحة هشام و هذا جمع لا غبار عليه لو لا ما سمعت من الإجماعات و الفتاوى الصريحات و إطباق المعظم ظاهرا على خلافه و ما وقع لهؤلاء الجماعة فهو من ضعف التبع

(قوله) (و بتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل فى بيعه)

أى تبطل الوكالة بتلف متعلقها و المراد بمتعلقها ما دل عليه لفظها مطابقة كالعبد الموكل فى بيعه أو تضمنا كالدينار فيما إذا وكله فى الشراء بدينار لأن متعلق الوكالة الشراء و كونه بالدينار و بطلانها بتلف متعلقها المطابقى كموت العبد مما لا شبهة فيه و لذلك لم يتعرض له فى جامع المقاصد و به صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر الأخير أنه قطعى و ستسمع الإجماعات فى الملحق بالتلف فيه أولى

(قوله) (و كذا لو وكله فى الشراء بدينار دفعه إليه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦١٩

فتلف أو ضاع أو افترضه الوكيل و تصرف فيه سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا (١) لأنه وكله فى الشراء به و معناه أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده (٢) و لو عزل الوكيل عوضه دينارا و اشترى به وقف على الإجازة فإن أجازته و إلا وقع عن الوكيل (٣) و لو وكله فى نقل زوجته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة و عتق العبد و بيع الدار بطلت الوكالة (٤)

(فضاع أو أقرضه الوكيل و تصرف فيه سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا)

أى تبطل الوكالة كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لفوات متعلق الوكالة الضمنى غير أن فى التذكرة و التحرير استقرضه و هو بمعنى قوله هنا أقرضه الوكيل أى أقرض الموكل الوكيل و لعل تقييده فى الكتب الثلاثة بالتصرف فيه لأنه ما لم يتصرف به له أن يرد به بعينه فتبقى الوكالة كذا قيل و فيه نظر ظاهر فالظاهر أنه أراد التفصى من خلاف من قال أنه لا يملك إلا بالعقد و القبض و التصرف أو التفصى من وقوعه معاطاة فإنه لا يملك حينئذ إلا بالتصرف قطعا و قد وجدنا فيما عندنا من نسخ التذكرة أو تصرف فيه و حينئذ لا إشكال فيه و قد فهم فى جامع المقاصد من العبارة ما لعله خلاف المراد قال الظاهر أن التقييد بتصرفه فيه إنما يحتاج إليه إذا كان الإقراض بدون إذن الموكل أما بإذنه فإنه يخرج عن ملكه بالإقراض فيفوت متعلق الوكالة فقد فهم أن المقرض هو الوكيل (و كيف كان) لا فرق فى ذلك بين أن يكون قد وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا لأنه وكله بأن ينقده ثمنا فى الجملة إما حين الشراء أو بعده فإذا ذهب أو خرج عن ملك الموكل فقد تعذر الشراء به فيتعذر فعل متعلق الوكالة و لأنه لو ضم الشراء حينئذ للزم الموكل ثمن لم يلزمه و لا رضى بلزومه كما ذكر ذلك فى التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (لأنه وكله فى الشراء به و معناه أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و فى (جامع المقاصد) أن على ظاهره مؤاخذه لأنه ليس معنى التوكيل فى ذلك أن ينقده قبل الشراء ثمنا و هو ظاهر و كأنه أراد بما قبل الشراء حين إيقاع العقد و لا يضر و جوب تأخير التسليم عن قبض المبيع لأنه ربما كان مقبوضا أو أذن الموكل أو يقال هذا معناه اللغوى و إن دل العرف و رعاية الاحتياط على خلافه

(قوله) (فلو عزل الوكيل عوضه دينارا و اشترى به وقف على الإجازة فإن أجازته و إلا وقع عن الوكيل)

قال فى التذكرة أنه إذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه و اشترى به فهو كالشراء له من غير إذن لأن الوكالة بطلت و الدينار الذى عزله عوضا لم يصير للموكل حتى يقبضه فإن اشترى به للموكل وقف على إجازته فإن أجاز له لزمه الثمن و إلا لزم الوكيل إلا أن يسميه فى العقد أى يبطل إذا صدقه البائع أو قامت له البينة على ذلك و إلا وقع للوكيل ظاهرا و على ذلك ينزل إطلاق الكتاب (و

قال فى التحرير) أنه لو اشترى الوكيل بعين ماله لغيره شيئاً فالوجه الوقوف على الإجازة لا- وقوع الشراء للوكيل وقضية كلامه فى الكتب الثلاثة أن البيع يقع للموكل مع الإجازة وإن كان الشراء بعين الدينار الذى هو باق على ملك الوكيل وهو مناف لما تقدم له فى الكتاب والتذكرة فى متعلقات الوكالة من قوله لو قال اشترى من مالك كراماً لم يصح لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره لكننا هناك رجحنا الصحة وقلنا إنه من معاطاة القرض لمكان القرائن (و قال فى جامع المقاصد) لو وكله فى عزل الدينار وقبضه له لم يكن الشراء به بالوكالة لفوات متعلقها وهذا مال غيره انتهى فتأمل فى قوله هذا مال غيره إن قرئ بالإضافة لا بالتوصيف

(قوله) (و لو وكله فى نقل زوجته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة) كما صرح بذلك كله فى التذكرة والتحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٠

وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة (١) وما ينافيها مثل أن يوكله فى طلاق زوجته ثم يطؤها فإنه يدل عرفاً على الرغبة واختيار الإمساك (٢)

وكذا جامع المقاصد لزوال تصرف الموكل الذى هو المدار فى صحة الوكالة وفى (المبسوط والغنية) أنه إذا أعتق العبد الموكل فى بيعه أو باعه الموكل قبل بيع الوكيل فإن الوكالة تنسخ بلا خلاف ونص فى التذكرة على بطلانها بعتق العبد الموكل فى بيعه وقد يظهر منها أنه لا خلاف فيه

(قوله) (و تبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة)

كما فى الشرائع والتذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وقد سمعت ما فى المبسوط والغنية من دعوى الإجماع آنفاً كما سمعت ما يظهر من التذكرة فتأمل وفى (المسالك) أنه ظاهر لامتناع تحصيل الحاصل وفى (مجمع البرهان) تارة الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك وأخرى أنه ظاهر إذ لا شك فى ثبوت ذلك له قبل الوكالة ومعلوم عدم اقتضاء الوكالة عدمه له إذ لا منافاة بين التوكيل وجواز فعله لنفسه غاية ذلك أن يكون ذلك فسحاً ومن المعلوم أنه لم يبق ما وكل فيه فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه والظاهر أن مرادهم بفعله متعلق الوكالة إنما هو الفعل الصحيح وبه صرح فى التحرير وفى (التذكرة) أنه لو باعه بيعة فاسداً احتمل البطلان (قلت) إن علم بالفساد لا تبطل لعدم حصول ما يقتضى العزل لأن فاسد العقد لا يقتضى الخروج عن الملك فلا يدل على العزل بوجه وأما جهله بالفساد فقد استشكل فيه المصنف فيما يأتى قريباً وقال (فى مجمع البرهان) ما حاصله إن قلنا إن عزمه على البيع مثلاً مع قصد العزل أو هو معه مع الفعل عزل وإن لم يكن الفعل صحيحاً وبقي المحل جاء البطلان وإلا فلا فتأمل جيداً والظاهر البطلان ويأتى تمام الكلام وقد أفصحت الأخبار ببقاء الوكالة حتى يبلغه العزل وقد تخص الأخبار بالقول لأنه ينعزل بفعل الموكل ذلك بنفسه إذا كان صحيحاً قطعاً ولا فرق فى ذلك بين علم الوكيل وعدمه قبل فعله ما وكل فيه ولا فرق فى البيع الصحيح بين كونه بخيار لهما أو لأحدهما كما هو مقتضى إطلاقهم ومثل بيع العبد الموكل فى بيعه إجارته لأنها إن منعت من البيع تافته ودخلت فى العنوان وإلا فهى علامة الندم فتأمل ومثله تزويج جاريته ويأتى الكلام فى تدبير العبد وكتابته

(قوله) (و ما ينافيها مثل أن يوكله فى طلاق زوجته ثم يطؤها فإنه يدل عرفاً على الرغبة واختيار الإمساك)

كلامه هذا يحتمل أن يكون مبنيًا على حصول العزل بمجرد العزل لأنه ذكره بعد فتواه بذلك لكن خرطه فى سلك تلف ما وكل فيه وما فعله بنفسه كموت العبد وبيعه وعتقه يدل على أنه ليس مبنيًا على ذلك وأن مراده أن العزل يحصل بالوطء مثل حصوله بالتلف وفعل ما وكله فيه وهو صريح التحرير وظاهر التذكرة قطعاً وإن نسب إليها فى المسالك التوقف قال وتوقف فى التذكرة فى حكم الوطء والمقدمات معا يعنى مقدمات الوطء التى تحرم على غير الزوج وإن قال فى جامع المقاصد أنه فى التذكرة احتمل البطلان و

استشكل في المحرمات يعني مقدمات الوطء لأنه عد في التذكرة عبارات الفسخ و هي فسخت الوكالة أو أبطلتها إلى أن قال أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد من أحدهما ما يقتضى فسخ الوكالة فإذا وكله في طلاق زوجته ثم وطأها احتتمل بطلان الوكالة لدلالة وطئه لها على رغبة فيها و اختياره إمساكها و كذا لو وطأها بعد طلاقها رجعيًا كان ذلك ارتجاعا لها فإذا اقتضى الوطء رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضى استبقاؤها على زوجيتها و منع طلاقها أولى و إن باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق إشكال ينشأ من حصول الرجعة به و عدمه انتهى فقد عده من أقسام العزل و لم يذكر فيه احتمالا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢١

و كذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج (١)

آخر و ذكر دليله و ما تعقبه بشيء و قد جعله أولى من الرجعة و فرق بينه و بين المقدمات و جعل الإشكال في المقدمات مبنيًا على الإشكال في الرجعة فهذه وجوه سبعة تقتضى بما استظهرناه منها و هو الذى استظهره المولى الأردبيلي و قد فصل في المسألة تفصيلا طويلا لا تساعده القواعد و لا الاعتبار فقال إن كان الوطء و الفعل المحرم دالا على الرغبة مقرونا بالندامة على الطلاق و التوكيل فهو مثل العزل و إن كان مقرونا بعدمهما فيمكن أن لا يعزل و إن اشتبه الأمر استفصل منه و يقبل قوله في ذلك على الظاهر و مع عدم الإمكان فلا يبعد بقاء الوكالة لأن هذا الفعل لا يدل على العزل و لا على عدمه و لا على الرغبة و عدمها إذ يجوز أن يقول إنى أطلقها و أعمل الآن ما أريد من الملاذ و الحظ و قال إن الرواية دلت على بقائها حتى يعلم العزل و الظاهر عدم العلم و قد عرفت الحال في الرواية بالنسبة إلى الفعل غير مرة و قال إن حصل الظن القوي من اقتضاء العرف بذلك فلا يبعد العزل ثم أمر بالتأمل ثم استظهر أنه إن فعل الموكل ذلك قاصدا للعزل كان ذلك عزلا قال و يدل على ذلك اعتراض المحقق الثاني و الشهيد الثاني على دليل التذكرة و قد أسمعناكه عند نقل كلامها بأن الوكالة قد ثبتت و منافاتها الوطء غير معلوم و دعوى الأولوية ممنوعة و الفرق قائم فإن الطلاق سبب قطع علاقة النكاح فينافيه الوطء الذى هو من توابعه بخلاف الوكالة و أبعد منه فعل المحرم على غير الزوج قال فإن هذا الاعتراض صريح في أنه لو كان منافيا لكان عزلا فإذا كان مقرونا بالمنافى و هو قصد الإمساك فلا شك في كونه عزلا عندهما لكن فيه أنهما إذا منع من العزل بصريح العزل فكيف يقولان هنا بذلك انتهى ما أردنا نقله من كلامه و قد قال في جامع المقاصد للتوقف مجال و نحوه ما في الكفاية من عدم الترجيح و قوى في المسالك عدم البطلان و كلاهما في غير محله لأننا نقول إن وطأه بمنزلة عتق الموكل العبد و بيعه بل بمنزلة تلفه لأنه قد صير المحل غير قابل للطلاق و لا صالح للوكالة فيه لأنه لا يصح في طهر الواقعة و لا الحيض و قد كان معقد الوكالة و مقتضاها أنه يطلقها قبل الواقعة و قد تبين بوطئه عدم بقاء الوكالة بعده لمكان وجود المانع من فعل الموكل فيه و هذا هو الذى دعاه في التذكرة إلى الفرق بين الوطء و مقدماته و ادعاء الأولوية و احتمال أنه أراد أن يفعل الآن ما تحصل له به اللذة و قضاء الشهوة و أن الطلاق يكون بعد الطهر و الحيض أو بعد تبين الحمل بمضى ثلاثة أشهر و أن ذلك المقصود بالبحث فبعيد جدا و يأتي مثله فيما إذا باع يبيعا صحيحا و جعل له الخيار سنة ليقضى هذا المشتري و طره من المبيع ثم فسخ لتبقى وكالة الوكيل و يبيعه بعد ذلك لمن شاء و هو خلاف ظاهر إطلاقاتهم كما عرفت آنفا فالظاهر أن الوطء المذكور كالبيع و العتق كما هو صريح التحرير و ظاهر التذكرة و الكتاب و مجمع البرهان

(قوله) (و كذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج)

كما هو خيرة التحرير قد عرفت أنه استشكل فيه في التذكرة من حصول الرجعة به و عدمه (و فيه) أن الإجماع محكى في الخلاف و الغنية و غيرهما على أن الرجعة تكون بالفعل كالوطء و التقبيل و اللمس إذا صدر ذلك عن غير النائم و الساهى و قد عرفت أن في جامع المقاصد و المسالك أنه أبعد في احتمال البطلان من الوطء (و قال في مجمع البرهان) إنه إن علم منه الرغبة و الإمساك يكون مثل العزل بالقول و إلا فلا يكون عزلا ثم احتتمل كونه عزلا مطلقا لأنه ينبغي أن يكون للموكل طريق إلى العزل و لأن للشرع رغبة و

حضا على بقاء النكاح و قد يقال إنه لا دلالة له على العزل بحال لأنه ما عدل عن الوطء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٢

بخلاف التوكيل في بيع سريته (١) و لو وكله في بيع عبد ثم أعتقه عتقا صحيحا أو باعه كذلك بطلت الوكالة و لا تبطل مع فساد بيعه و عتقه مع علمه و مع جهله إشكال (٢) و الأقرب في التدبير الإبطال (٣) و لو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت و افتقر فيها إلى تجديد عقد و له أن يتصرف بالإذن مع جهل الموكل (٤)

إلى التفخيذ و المباشرة فيما دون الفرج إلا حرصا على بقاء الوكالة فليتأمل و لأنها لم تصيره (تصر «ظ») بذلك بمنزلة النالفة أقصاه أن ذلك صار بمنزلة القول و التصريح بالعزل و قد تقدم بيان حاله
(قوله) (بخلاف التوكيل في بيع سريته)

قال في جامع المقاصد إن الفرق غير ظاهر لأن الوطء إن نافي الوكالة في الطلاق من حيث الدلالة على الرغبة نافي الوكالة في البيع و في (المسالكة) أن الفرق ضعيف قلت قد تقدم في باب بيع الحيوان أن وطء الأمة لا يمنع من صحه بيعها فلو باعها من غير استبراء أثم و صح و قد أجمع المسلمون قاطبة من علماء و أعيان أن وطء الحرة يمنع من صحه طلاقها في ذلك الطهر و الحيض الذي بعده فكان وطؤها علامة على الرغبة فيها منافيا للوكالة عرفا و شرعا و لا كذلك وطء الأمة الموكل في بيعها فإنه أعم فلا دلالة فيه شرعا و لا عرفا للمتشرعة بعد معرفة الشرع بل و لا للعوام لأن منهم من يقول أراد أن يقضى لذته و يبيعهها و لا يرد مثله في طلاق الحرة لتطابق العرفين لاشتهار الحكم فيها فليتأمل

(قوله) (و لو وكله في بيع عبده ثم أعتقه عتقا صحيحا أو باعه كذلك بطلت الوكالة و لا- تبطل مع فساد بيعه و عتقه مع علمه و مع جهله إشكال)

قد تقدم الكلام في المسألتين الأوليين و قد جعل منشأ الإشكال مع الجهل في الإيضاح من انتفاء السبب و من القصد إلى سبب للعزل و إيجاد ما يظنه سببا و ذلك كاف (ثم قال) و التحقيق أن قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب الحق ذلك مع العلم بالسببية فجعله إن كان بالفساد مع علمه بسببية الصحيح للعزل انعزل و إن كان بالسببية لم ينعزل لأنه لم يقصد بذلك العزل و لا أوجد بسببه يعنى لفظ العزل (ثم قال) هكذا قال المصنف و نعم ما قال انتهى و لا أراه من التحقيق في شيء كقوله في جامع المقاصد إنه ينشأ من بقاء الملك و سلطنته التصرف و الشك في سبب العزل و من أن العقد الصحيح سبب في العزل و قد قصده و حاول إيجاد ثم قال فيه نظر لأن العقد الصحيح سبب في العزل من حيث ترتب الخروج عن الملك عليه و ذلك مفقود مع ظهور فساده نعم إن قصد به العزل فليس يبيعد الانعزال به و إلا فلا انتهى (و قال في التحرير) لو باعه بيعا فاسدا لم يبطل و إطلاقه يتناول صورة الجهل و العلم و التحقيق أن عزمه على البيع صحيحا كان أو فاسدا و إيقاعه له بمنزلة عزله بالقول فكان كأنه قال عزلت فلانا فيجىء فيه حال العزل بالقول في أنه هل ينعزل بمجرد و إن لم يبلغه الخبر أم لا فإن كان البيع صحيحا كان بمنزلة تلف الموكل فيه و إن كان فاسدا لم يزد عن العزل بالقول

(قوله) (و الأقرب في التدبير الإبطال)

كما في جامع المقاصد و في (الإيضاح) أنه أصح و به و بالكتابة جزم في التذكرة و التحرير لأن التدبير يقتضى بقاء الملك إلى حين الوفاء ثم زواله بالعتق و هو مناف للوكالة في بيعه أو عتقه قبلها و قد تقدم أن فعل ما ينافيها موجب للعزل و وجه غير الأقرب أن الملك باق دائم و التدبير غير لازم و في (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء و الوجه في الكتابة ظاهر لأنها ترفع تصرف المولى فيه فلم هناك محل للبيع

(قوله) (و لو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت و افتقر إلى تجديد عقد و له أن يتصرف بالإذن مع جهل الموكل)

قد تقدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٣

و مع علمه إشكال (١) و جحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على إشكال لا مع الجهل أو غرض الإخفاء (٢) و صورة العزل أن يقول فسخت الوكالة أو نقضتها أو أبطلتها أو عزلتك أو صرفتك عنها أو أزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به (٣) (ما وكل فيه خ ل)

الكلام في ذلك كله في أول الباب عند قوله نعم يشترط عدم الرد فلو رد انفسخ العقد و يفتقر في التصرف إلى تجديد الإيجاب مع علم الموكل و أسبغنا الكلام فيه (قوله) (و مع علمه إشكال)

هذا أيضا تقدم الكلام فيه و قد حكينا هناك عن التذكرة و جامع المقاصد و المسالك الجزم بالاحتياج إلى تجديد الإذن مع علم الموكل بالرد و قلنا إنه قد نبه عليه في المبسوط و حكينا هناك عن الإيضاح عدم الترجيح هنا و عن (جامع المقاصد) أنه قال إن وجدت قرينة على الرضا و عدمه عول عليها و إلا فالأحوط عدم التصرف و من العجب أنه قد استدل على مختاره هناك بصحيح معاوية بن وهب في الفقيه و قد استدل به المعظم على أن الوكيل لا ينزل إلا مع العلم بالعزل و حكينا عن المصنف أنه استشكل للأصل و الشك في بقاء الإذن و للأصل بمعنى الاستصحاب إذ لم يوجد ما يرفع الإذن و الأصل بقاء ما كان على ما كان و رجحنا هناك بقاء الإذن و إن بطلت الوكالة و قلنا إن الفائدة تظهر في سقوط الجعل و في النذر و في جعلها شرطا في عقد لازم فلا بد من مراجعته ذلك و قد احتمل في جامع المقاصد ظهور الفائدة في سقوط الجعل مقتصرًا عليه غير جازم به و لا مستظها له و هو في غير محله كما بيناه في محله في أوائل الكتاب و قد قلنا هناك إن هذه المسألة و عزل الموكل نفسه و فساد الوكالة لعدم التنجيز و نحوه من واد واحد

(قوله) (و جحد الوكيل الوكالة مع العلم رد لها على إشكال لا مع الجهل أو غرض الإخفاء)

قد قرب في التذكرة أن الإنكار إن كان لنسيان أو غرض في الإخفاء لم يكن رد و إن تعمد و لا غرض له في الإخفاء كان ردا و في (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح أنه ليس بردا و هو الموافق للضوابط لأن سبب التوكيل و هو العقد قد تحقق لأنه المفروض فيستصحب و سبب العزل غير متحقق إذ لا تصريح بالعزل و الجحود بنفسه لا يكون عزلا و لا مستلزما له (أما الأول) فلأن العزل إنشاء و هذا إخبار (و أما الثاني) فلأن جحوده لا يتوقف على الرد لاحتمال إرادته معنى آخر و مجرد تطرق الاحتمال مع الشك في حصول سبب العزل كاف في التمسك بعدمه على أن كونه صدقا غير مقطوع به (قولك) الأصل في جحود المسلم الصدق و هو يستدعي حصول الرد (فيه) أنه إنما يحمل على الصدق إذا لم يدل الدليل على كذبه للعلم بعدم مطابقته للواقع و لا يجب علينا أن نحكم بوجود سبب آخر شرعي لم يدل دليل على وجوده ليكون مخرجا عن الكذب على أنه قد يكون الجاحد غير مسلم ثم إن الجحود و الرد متنافيان لأن الرد يستدعي الاعتراف بصدور الوكالة و الجحود إنكار لها من أصلها و أحد المتنافيين لا يستلزم الآخر و ليس للوجه الآخر إلا أن الأصل في جحود المسلم الصدق و أن الجحود حكم بعدمها دائما و هو أبلغ من الرد و أنه قد نفاها مطلقا أعنى في كل الأحوال فيقتضى الحكم بنفيها في المستقبل و هذا معنى الفسخ و أن بقاءها فرع وجودها و رفع الأصل يستلزم رفع الفرع (و يدفع ظ) ذلك كله أن الجحود قد يكون لأمر آخر غير الرد مع العلم ببطان كلامه و أن العزل إنشاء و هذه إخبارات فليحظ ذلك و ليتأمل فيه (قوله) (و صورة العزل أن يقول الموكل فسخت الوكالة أو نقضتها أو أبطلتها أو عزلتك أو صرفتك عنها أو أزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به)

مثله ما في التذكرة و التحرير غير أنه في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٤

و في كون إنكار الموكل الوكالة فسخا نظر (١)

[الفصل الثالث في النزاع وفيه بحثان]

إشارة

(الفصل الثالث) في النزاع وفيه بحثان

[البحث الأول فيما يثبت به الوكالة]

(الأول) فيما يثبت به الوكالة و هو شيان تصديق الموكل و شهادة عدلين ذكرين (٢)

الأخير عبر عن الأخير بقوله لا- تتصرف و امتنع من التصرف فاكتفى بالمثل عن العنوان و قد ذكر في المبسوط الفسخ و النقض و العزل ثم قال فيه كما قال في التذكرة و ما أشبه ذلك من ألفاظ العزل أو المؤدية معناه و لم يذكر في الشرائع صرفتك و أزلتك و لا نهيه عن فعل ما أمره به لكن ذلك كله داخل تحت قوله و ما جرى مجراه و هذه صورة العزل بالقول و أما العزل الفعلي فقد تقدم ما يدل عليه

(قوله) (و في كون إنكار الموكل الوكالة فسخا نظر)

قد استشكل أيضا في التحرير و لا ترجيح في التذكرة و في (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح أنه ليس فسخا (و قال في الأخير) إن منشأ النظر هنا يظهر مما مر في جحود الوكيل و في عبارة الإيضاح سهو من قلم الناسخ فلا تغفل عنه و به تشهد النسخ المتعددة (قوله) (الفصل الثالث في النزاع و فيه بحثان الأول فيما تثبت به و هو شيان تصديق الموكل و شهادة عدلين ذكرين)

أما الأول فلا ريب فيه و لا خلاف و لذلك تركه الأكثر و ظاهر التذكرة بل صريحها و صريح مجمع البرهان الإجماع عليه و به صرح في الوسيلة و بعض ما تأخر و ربما عبروا عنه بإقرار الموكل و اعترافه و أما الثاني فكذلك و ظاهر التذكرة أو صريحها و صريح مجمع البرهان الإجماع عليه و في (المفاتيح) نفى الخلاف فيه بل هو ضروري قد أرسى الشارع قواعد شرعه عليه تعبدا محضا و لهذا قيل إنهما من قبيل الأسباب الموجبة للحكم على الحاكم لا- من حيث إفادة الظن و ظاهر كلامهم كما في مجمع البرهان أنه لا بد في الإثبات بالشاهدين من ضمن حكم الحاكم إلا ما استثنى كالهلال و دليله غير واضح و كذا الحكم و المستثنى فإنه غير مضبوط كما اعترف به في المسالك (قلت) قد بينا في باب القضاء و وضوح الدليل و اتضاح السبيل و ما استظهره من كلامهم من أنه لا بد من حكم الحاكم فقد صرح به في التذكرة أيضا بل قد يلوح منها حيث لم ينقل فيه خلافا عن أحد من العامة أنه لا خلاف فيه كما هو كذلك و لا- ريب في أنه مخصوص بما إذا كانت هناك منازع كان ينكرها الموكل و إلا فلو ادعاها من دون منازع فلا حاجة إلى حكم الحاكم كما هو قضية القاعدة الكلية من أن من ادعى و لا منازع له فإنه يسمع قوله لأن كان الأصل في فعل المسلم و قوله الصحة و لذلك قبلوا قول المرأة في الخروج من العدة ما لم يعلم كذبها و موت الزوج و أنها حلت نفسها بتزويج محلل و طلاقه لها و قول آخذ الكيس القائل إنه لى بل دعوى الفقير الفقير و قد أطبق الناس على إرسال الوكلاء بالأموال إلى البلدان البعيدة التي يتعذر فيها إقامة البينة على الوكالة بل قال هو أنه لم ينقل عن أحد من آل الله سبحانه و تعالى و لا عن العلماء التوقف في ذلك و كانوا يشتركون من الوكلاء و يقبضون الهدايا منهم و أن كل أحد يعلم أن الغنم مثلا ليست ملكا للقصاب و كذا سائر أمتعة البزار و فواكه البقال بل قالوا يجوز الأخذ من الصبي و العبد إلى أن قال الظاهر أنه لا كلام فيه و قال إن الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة (قلت) هذا

الظهور من كلامهم في غاية الظهور إذ في بعض العبارات كقوله في الإرشاد ولا- تثبت إلا بعدلين اتفقا و كقوله في التحرير وإنما تثبت إلى آخره و كقوله في الكتاب و هو شيان لأن مفهوم اللقب في عباراتهم حجة و به يثبت الوفاق و الخلاف و كقوله في الوسيلة إنما تثبت بالبينه و اعتراف الموكل و كقوله في السرائر لا تسمع إلا أن يقيم بينه شاهدين عدلين و عبارة التذكرة تشعر بذلك لأنه قال تثبت الوكالة بإقرار الموكل و شهادة العدلين و لا تثبت بشهادة رجل
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٥
و لا تثبت بتصديق الغريم (١) و لا بشهادة النساء و لا بشاهد و امرأتين و لا بشاهد و يمين (٢)

و امرأتين إلى آخره و نحوه عبارة الجامع نعم ليس في عبارة المبسوط ظهور و لا إشعار (و قال في مجمع البرهان) قد يكون الحصر إضافيا بالنسبة إلى رجل و امرأتين و رجل و يمين و لهذا قالوا هذا الكلام فيما صرحوا بثبوتها بالاستفاضة مثل رؤية الهلال و لا يجد العقل فرقا بين هذه الأمور بحيث يثبت بها بعض دون آخر فينبغي أن يجري في الكل كما يفهم من المسالك لكن في كون ذلك دليلا- تأملا- ثم الظاهر أنه لا يعمل بها في الحد و الرجم و القتل فإن الجراء على ذلك من غير نص و إجماع مشكل فكيف مع ظهور المنع من الأكثر بحيث كاد يكون إجماعا فالتعميم مشكل و كذا التخصيص بالبعض دون البعض إلا أن يكون بدليل خاص نعم يمكن ذلك في مثل الوكالة بقرائن بحيث يعلم أو يقرب من العلم بحيث ما يبقى إلا الاحتمال الذي يأتي في العلوم العادية و في (الكفاية) أنه يظهر من كلامهم أنها لا- تثبت بالاستفاضة و الأمر كذلك إن لم نعتبر في الاستفاضة العلم و إلا ففيه إشكال مع رجحان القول بالثبوت قلت بل يتعين حينئذ القول بالثبوت إذ ما بعد العلم من إشكال
(قوله) (و لا يثبت بتصديق الغريم)

إجماعا كما في ظاهر التذكرة أو صريحها و معناه أن الوكالة لا تثبت بتصديقه من ادعى عليه أنه عنده مال لزيد مثلا و أنه وكيله في قبضه منه بمعنى أنه لا تترتب عليه جميع أحكام الوكالة لأنه تصديق في حق غيره إذا كان الحق الذي يدعى الوكالة فيه عينا فلو كان دينا ففي وجوب دفعه إليه قولان كما يأتي إن شاء الله تعالى
(قوله) (و لا بشهادة النساء و لا بشاهد و امرأتين و لا بشاهد و يمين)

إجماعا في الثلاثة كما في التذكرة و بلا خلاف كما في المفاتيح و لا نعلم فيه مخالفا كما في المسالك و لا خلاف عندنا في عدم ثبوت الوكالة بما يثبت به المال كما في جامع المقاصد و في (مجمع البرهان) أن الدليل على عدم ثبوتها بالشاهد و امرأتين و الشاهد و اليمين الإجماع و الأصل مع عدم الدليل إذ الدليل على الثبوت بهما إنما هو في المال و الوكالة ولاية و إن كانت مشتملة على المال أيضا إذ ليس هو المقصود الأصلي بخلاف الوصية بالمال (و فيه) أن الدليل موجود و هو صحيح محمد بن مسلم كما ستمعه (و قد ظ) تضمن قبول الشاهد و اليمين في حقوق الناس و الوكالة حق و قضية نفى الخلاف في الكتب الثلاثة أنهم لم يظفروا بقول الشيخ في المبسوط في باب الشهادات فإنه قد حكى عنه كاشف اللثام أنه قوى قبول شاهد و امرأتين في الطلاق و الخلع و الوكالة و الوصية و النسب و رؤية الأهلة و حكى عن الصدوق و المفيد و الشيخ في النهاية و سلال و ابن زهرة و ابن حمزة ما هو ظاهر في قبول الشهادات النساء في الوكالة و لقد لحظت بعض ذلك في باب الشهادات فوجدته كذلك و قد سمعت أنه قال في الوسيلة في الباب إنما تثبت بالبينه و هي تشمل الشاهد الواحد و امرأتين و لعلهم يستندون في الوكالة و نحوها إلى صحيح محمد بن مسلم كما يأتي و الغرض بيان أن الخلاف موجود كما نبه عليه بقوله في الشرائع و لا بشاهد و امرأتين و لا بشاهد و يمين على قول مشهور فإنه أشار إلى مخالفة هؤلاء لا ما احتمله في المسالك من أنه متوقف في عموم الحكم بحيث يشمل ما إذا ادعى على رجل وكالة بجعل لا في أصله مع أنه توجيه فاسد من وجوه (منها) ندره الفرض فكيف ينزل عليه هذا الإطلاق و عدم القائل به كما قضى به تتبع المحقق الثاني و تتبعنا كما ستمتع (و الثالث) أنه إذا كان جازما بعدم ثبوتها بالشاهد و اليمين و الشاهد و امرأتين فكيف يتوقف في عمومه

و كيف يحسن فرضه و استفادته من هذه العبارة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٦

و لا- بد من اتفاقهما فلو شهد أحدهما أنه و كله يوم الجمعة أو أنه و كله بلفظ عربى و الآخر يوم السبت أو بالعجمية لم تثبت ما لم ينضم إلى شهادة أحدهما ثالث (١)

هذا و قد قال فى جامع المقاصد فإن قلت إذا ادعى شخص على آخر جعل وكالة يثبت بشاهد و يمين قلت لا يحضرنى الآن به تصريح و وجه الثبوت ظاهر إذ لا غرض له فى الولاية حينئذ و لو كان قبل العمل فظاهر إطلاقهم عدم الثبوت انتهى و قد وافقه على الأمرين أعنى ثبوت المال فى الأول أى بعد العمل و عدمه فى الثانى أى قبله فى المسالك و الروضة و مثل الأول بما إذا أقام ذلك بالسرقة فإنه يثبت المال لا القطع لكنه عبر فى الكتابين عن ذلك بما إذا ادعى وكالة بجعل و كان الأولى أن يقول جعل وكالة كما فى جامع المقاصد و قد تأمل فى مجمع البرهان فى الأصل و النظير و قال إن المال ما يثبت إلا بثبوت السرقة فكيف لا يلزم القطع و قال و كذا الكلام هنا و قد تبعه على ذلك صاحب الحدائق مدعى أنه من مستخرجاته متحدلقا به قائلا إن ثبوت الجعل و المال دون الوكالة و السرقة لا ينطبق على القواعد و الأصول بل هو مما تنكره بديهته العقول و أنت تعلم أنه طعن فى علماء آل محمد صلى الله عليه و آله قاطبة إذ الكل مطبقون على ذلك مع أنه موافق للأصل و لا ينكره إلا ضعفاء العقول إذ فيه جمع بين صحيح محمد بن مسلم، لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس و الحقوق جمع مضاف إلى جمع معرف فيفيد العموم و الوكالة حق و المال المدعى حق و بين خبر جميل لم يقطع إذا لم يكن شهود و قولهم عليهم السلام لا يمين فى حد فعمل بخبر محمد بالنسبة إلى المال و بالخبرين بالنسبة إلى الحد فأوجبوا ثبوت المال من دون قطع مضافا إلى إجماع الأصحاب على ذلك فى باب الحدود و القضاء و الشهادات و كم من حكم تبعض كما إذا ادعى زوجة امرأة و أنكرته و بالعكس إلى غير ذلك (قوله) (و لا بد من اتفاقهما فلو شهد أحدهما أنه و كله يوم الجمعة أو أنه و كله بلفظ عربى و الآخر يوم السبت أو بالعجمية لم تثبت ما لم ينضم إلى شهادة أحدهما ثالث)

يريد أنهما لو اختلفا فى تاريخ الإيقاع أو فى اللغة لم تثبت الوكالة كما هو خيرة المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و جامع المقاصد و فى (المسالك و الكفاية) أن المشهور فى عبارات الأصحاب أن الشاهدين بالوكالة إذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكالة بذلك لأن كل صيغة واقعة فى وقت منهما لم يقم بها شاهدان و إحداهما غير الأخرى و نسبة الشهرة إلى العبارات فى محلها لأن المصرح بذلك خمسة و المخالف المحقق فى الشرائع و مولانا المقدس الأردبيلي و صاحب المفاتيح و استشكل فى الكفاية (قال فى الشرائع) لو شهد أحدهما بالوكالة فى تاريخ و الآخر فى تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظرا إلى العادة فى الإشهاد إذ جمع الشهود لذلك فى الموضوع الواحد قد يعسر انتهى و فتواه تعطى أن شهادتهما على نفس الوكالة فى تاريخين و دليله يقضى أن شهادة الثانى وقعت على الإقرار كما ذكره فى المبسوط و التذكرة مستدلين به على جواز الاختلاف فى التاريخ فى الإقرارين لأن الصيغة إذا وقعت مرة كان ما بعدها إقرارا و مثل ذلك فى اختلاف فتواه و دليله قوله و كذا لو شهد أحدهما أنه و كله بالعجمية و الآخر بالعربية لأن ذلك يكون إشارة إلى المعنى الواحد إذ هذا التعليل يقضى بأن شهادة الثانى وقعت على الإقرار بالتوكيل كما عرفت و على هذا فيكفى عنده شهادة أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار فى وقتين كما تقبل عند المعظم لو شهدا بالإقرار معا فى وقتين إلا أن يكون أراد أنه كرر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٧

الإشياء لشبهه وقعت في الأول وربما قيل بأنه قد يكون تكرير الإنشاء لغرض آخر من الأغراض منها الإشهاد أو لكون أحد الشاهدين عربيا فقال لزيد بحضوره وكتكك و لم يكن معه غيره ثم لما أراد أن يشهد معه شاهدا آخر في وقت آخر لم يجد إلا فارسيا فقال لزيد بحضوره «وكيل كردم شما را» والقائل بذلك مولانا المقدس الأردبيلي قال ما حاصله مع بيان فيه بعبارات واضحة حاصل دليلهم على اشتراط الاتفاق في التاريخ واللغة والعبارة إذا كانت إنشاء لا إقرارا أنه لا بد في ثبوت العقد من النصاب الشرعي و لم يحصل مع الاختلاف فيها إذا كان المشهود به إنشاء و أما إذا كان المشهود به إقرارا فإن النصاب يحصل مع الاختلاف فيها أي الثلاثة المذكورة و ذلك لأن الوكالة إنشاء لا خارج له تقصد مطابقتها و الإقرار له خارج في نفس الأمر تقصد بالإخبار مطابقتها و من المعلوم أنه لا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج فإن الإنسان قد يفعل فعلا واحدا و يخبر عنه مرارا متعددة في أوقات متعددة بألفاظ مختلفة و متعددة و لا يتعلق بذلك الفعل تعدد و لا اختلاف بتعدد الإخبار و اختلافه بخلاف الوكالة التي هي إنشاء فإن تعدد زمانها و مكانها و اختلاف صيغها يوجب اختلافها و الحال أنه لم يشهد شاهدان على فرد من هذه الأفراد المختلفة بل إنما قام لها شاهد واحد كما هو المفروض قال و هذا الفرق مبنى على أنه أوقع عقدا واحدا و أقر عنه مرارا متعددة و من المحتمل أن يكون أوقع عقودا متعددة و قد أقر بها و ليس لكم إلا- أن احتمال الاتحاد كان في قبول الإقرار و الأصل عدم التعدد و الذي هو المانع من قبول الإقرار فتحقق الاتحاد ليس شرطاً بل احتماله كاف و الاحتمال الآخر ينفي بالأصل (و فيه) أن الظاهر من كلامهم أن الاتحاد و الاتفاق شرط سلمنا لكن إذا كان التعدد و الاختلاف مانعا ينبغى العلم بزواله و مجرد أن الأصل عدمه مع صدور الإقرار مختلفا يشكل اعتباره في الشهادة (قلت) هذا تعريض بصاحب المسالك و ما كنا نؤثر وقوع ذلك منهما «١» لأنه مبنى على احتمال فاسد لا ينبغى لمحصل أن يلتفت إليه و هو أنه أوقع عقودا كثيرة و أقر بها و من المعلوم أن العقد بعد العقد لغو عند العلماء و الأعوام نعم قد يقع ذلك نادرا بشبهه وقعت في الأول كما عرفت آنفا و قوله أي المولى الأردبيلي إن الظاهر أن الاتفاق و الاتحاد شرط فيه أن ذلك صريح التذكرة و التحرير فكأنه لم يلحظهما و قال المقدس الأردبيلي في الرد على المشهور في العبارات و أيضا إذا كان الاختلاف مانعا فليس للشاهد إذا سمع التوكيل أن يقول و كله أو هو وكيل بل يجب عليه التفصيل لاحتمال أن يوجد الخلاف مع شاهد آخر خصوصا إذا لم يكن وقت السماع معه أحد مع أنهم ما شرطوا في شاهد الوكالة و لا في الحكم الاستفسار و التفصيل بل يحكمون بمجرد قوله إنه وكيل (قلت) لعل هذا الكلام خال عن التحصيل لأن الكلام إنما هو حيث يختلفان و المدار على فهم الشاهد الإقرار أو الإنشاء ثم قال و لا نجد دليلا على عدم اعتبار

(١) فإنه قال فإن قيل إن تعدد الخبر كما لا يستلزم تعدد المخبر عنه كذلك لا يستلزم اتحاده بل هو أعمّ منهما فلا يدل على أحدهما و أجاب عنه بأن الإقرارين مستلزمان لحصول التوكيل في الجملة فقد حصل المقتضى للثبوت و يبقى احتمال التعدد في المخبر عنه و اتحاده و ذلك غير قادح لأن المانع إنما هو التعدد و هو غير معلوم فيجب التمسك بالمقتضى إلى أن يثبت خلافه مع اعتضاده بأصالة عدم التعدد هذا كلامه في المسالك و هو كما ترى مما لا ينبغى ذكره و لذلك اعترضه مولانا الأردبيلي بما سمعت و ما كنا نؤثر وقوع ذلك منهما (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٨

و لو شهد أحدهما أنه أقر بالوكالة يوم الجمعة أو بالعربية و الآخر يوم السبت أو بالعجمية ثبتت (١)

اتحاد الشاهد المقبول في العقود المتعددة فيصح أن يشهد على هذا العقد شاهد واحد و على العقد الآخر المخالف له في التاريخ شاهد واحد إذ ليس في العقل و لا في النقل أنه لا بد على كل عقد من العقدين المختلفين من شاهدين بل نجده مجرد دعوى فلم لا يجوز أن يكتفى بشاهد واحد في كل عقد إذا كان العقد مما يقبل التعدد و لا يضره إذ من الجائز أن يقول عند شاهد عدل يوم

الجمعة بالعربية وكتك و في يوم السبت في عقد آخر وكيل كردم شما را لغرض من الأغراض مثل الإشهاد إذ يجوز صدوره منه مرتين مختلفتين و أمثاله كثيرة و ليس هذا مثل الطلاق فإن عليه دليلا خاصا و بالجملة الظاهر من القوانين القبول مع الاختلاف و أنه لا إجماع و إن كان المصنف و غيره على العدم انتهى حاصل كلامه (و فيه) أن الشاهدين إذا اختلفا في إيقاع التاريخ أو اللغة كانا متكاذبين في الإنشاء لأنه إذا شهد أحدهما أنه وكله في أول شهر رمضان و الآخر في آخره فشهادة الثاني تقتضى بأن زيدا ليس بوكيل من أول شهر رمضان إلى أن صدرت الوكالة في آخره فهو مكذب للأول و الأول يقول إن الثاني كاذب في شهادته أو هي شهادة على لغو لأنها تحصيل للحاصل و توكيل للموكل كبيع المبيع و قتل المقتول فيكون ممتنعا أو لغوا و العقل يقبح أن تكون شهادة هذين المتكاذبين مما ترسى عليها قواعد الشريعة و لهذا أجمع العلماء في باب الشهادات على أنه يشترط في الحكم بالشهادة اتفاق الشاهدين على المعنى الواحد و هو دليل نقلى فإن لم يجمعوا في المقام فقد أجمعوا في غيره بقول مطلق على أن المتعرض لهذا الفرع قليل كما عرفت و لعل الباقيين أحالوه على ما هو المعروف في باب الشهادات و المخالف هنا مضطرب الكلمة كما عرفت و ستعرف أيضا على أنه يمكن حمل الوكالة في كلامه في المقامين على الإقرار و أنه حمل قريب جدا لأن قوله و كلت فلانا صالح للإقرار و الإنكار و يشهد له الدليل و قوله بعد ذلك و لو اختلفا في لفظ العقد بل هذا دليل على إرادة ذلك فلتتم الكلمة و يرتفع الخلاف في المسألة و الاضطراب في العبارة و في جملة من قضايا أمير المؤمنين عليه السلام رد شهادة الشاهدين حيث يختلفان بالمشخصات الزمانية و المكانية و نحوهما و نقل مثله عن داود و دانيال عليهما السلام و هو (و هي ظ) أدلة نقلية و لا نعرف أن عقدا من العقود يقبل التعدد و لا أن أحدا قال به و لا نعرف وجهها لقبول عقد الوكالة التعدد دون غيره من العقود و هذا كله ما لم يضم إلى أحدهما ثالث فإذا ضم إليه ثبتت الوكالة لأنه قد تم النصاب كما أطبقوا على مثل ذلك في باب الشهادات و مثله ضم اليمين إلى أحدهما في غير الوكالة مما يثبت بالشاهدة و اليمين

(قوله) (و لو شهد أحدهما أنه أقر بالوكالة يوم الجمعة أو بالعربية و الآخر يوم السبت أو بالعجمية ثبتت)

كما صرح به في المبسوط و الكتب الستة المذكورة بعده آنفا و هو المشهور في العبارات كما في ظاهر المسالك في موضع منه و كذا الكفاية و في موضع آخر منه قال الظاهر عدم الخلاف فيه عندنا و عند معظم العامة و مع ذلك قال في موضع منه في نظر و حكي في موضع آخر عن المصنف في التذكرة أنه حكى عن بعض العامة عدم الثبوت بذلك مطلقا و قال إنه لا يخلو عن وجه و في موضع آخر قال إنه موضع شك و في (الكفاية) أن الثبوت لا يخلو من قرب و أنت قد عرفت الحال و من لحظ باب الشهادات عرف أن الثبوت ليس موضع شك و لا إشكال و المولى الأردبيلي ينبغي أن لا يرتاب في الثبوت هنا ثم إن ظاهر فخر الإسلام أن الفرق بين الاختلاف في الإقرار و الاختلاف في أثناء الوكالة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٢٩

و كذا لو شهد أحدهما بلفظ وكتك و الآخر استنتبتك أو جعلتك وكيلا أو جريا فإن كانت الشهادة على العقد لم تثبت و إن كانت على الإقرار تثبت (١) و لو قال أحدهما أشهد أنه وكله و قال الآخر أشهد أنه أذن له في التصرف ثبتت لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل (٢) و لو شهد أحدهما أنه وكله في البيع و الآخر أنه وكله و زيدا أو أنه لا يبيعه حتى يستأمر زيدا لم تتم الشهادة (٣)

من الواضحات لأن الأول اختلاف في الإخبار عن السبب فلا يضره اختلاف تواريخه و لغاته و الثاني اختلاف في السبب فلا بد من الاتفاق فيهما

(قوله) (و كذا لو شهد أحدهما بلفظ وكتك و الآخر استنتبتك أو جعلتك وكيلا أو جريا فإن كانت الشهادة على العقد لم تثبت و إن كان على الإقرار تثبت)

كما في المبسوط في الباب و باب الإقرار و به يحصل الجمع بين كلمات المبسوط في البابين و عليه نبه في التذكرة و التحرير و جامع

المقاصد فعلى هذا لا- نحكم بالثبوت و عدمه إلا- بعد الاستفصال لأن اللفظ محتمل لأن يكون إنشاء أو إخبارا و عن أبي على أن الوكالة تثبت بذلك و في (المختلف) أن التحقيق أنهما إن شهدا بالإنشاء فالحق ما قاله الشيخ و إن شهدا بالإقرار فالحق ما قاله ابن الجنييد (و قال في الشرائع) و لو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال وكتك و يشهد الآخر أنه قال استنتبتك لم يقبل لأنها شهادة على عقدين إذ صيغته كل منهما مخالفة للأخرى و فيه تردد إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل و اقتصرنا على إيراد المعنى جاز و إن اختلف عبارتهما انتهى فكلامه هذا نص صريح في أنهما اختلفا في إنشاء لفظ العقد و هو يقضى بأن كلامه الأول كان في اختلافهما في الإقرار به و منشأ ترده أن اختلافهما في ذلك هل هو مانع مطلقا سواء اتحد الوقت أو تعدد أو إنه إنما يمنع إذا اتحد الوقت كأن يشهد أحدهما أن العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ وكتك و يشهد الآخر أنه بعينه كان بلفظ استنتبتك فهذا لا تردد في عدم الثبوت و أما إذا تعدد ففيه تردد كما إذا قال أحدهما إنه قال وكتك في وقت و آخر إنه قال استنتبتك في آخر و يحتمل أن يكون مراده بالتردد أن هذا الاختلاف يحتمل أن يكون مع اتحاد الوقت فلا تثبت الوكالة فيكونان متكاذبين فتسقط شهادتهما و أن يكون مع تعدده فثبت و لما كان الأصل في فعل المسلم و قوله أن يحمل على الوجه الصحيح و جب أن يحمل على الثاني إذا لم يمكن التعرف منه و كيف كان فهو إما مخالف أو متردد فليحفظ كلامه و ليتأمل فيه و الجرى بالجيم و الراء المهملة كغنى الوكيل

(قوله) (و لو قال أحدهما أشهد أنه وكله و قال الآخر أشهد أنه أذن له في التصرف ثبتت لأنهما لم يحكما لفظ الموكل)

كما في المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو معنى آخر كلامه في الشرائع لأن المفروض في هذه الصورة في الكتب المذكورة أنهما ما حكما لفظه و به فرقوا بينه و بين ما إذا شهد أحدهما أنه قال له وكتك و قال الآخر أنه قال له أذنت لك في التصرف قالوا فإنهما في هذه اختلفا في لفظ العقد لا في أدائه كما نص على ذلك الشيخ في إقرار المبسوط و الجماعة في الباب و لعل الفارق أنه لم يأت في الأولى بلفظ قال و أتى بها في الثانية أو علم ذلك من مراده لأنه ليس في المثل السابقة لفظ قال مما قالوا إنه مراد به لفظ العقد أو محتمل له و الأمر في ذلك سهل

(قوله) (و لو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده و الآخر أنه وكله و زيدا أو أنه قال لا تبعه حتى تستأمر زيدا لم تتم الشهادة)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن مقتضى الشهادة الأولى استقلاله بالبيع و الثانية عدمه و أنه لا يصح له التصرف وحده و ذلك يقتضى تعدد العقد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٠

و لو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده و الآخر أنه وكله في بيع عبده و جاريته ثبتت وكالة العبد (١) فإن شهد باتحاد الصفقة فأشكال (٢) و كذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد و الآخر في بيعه لزيد و إن شاء لعمر و (٣) و لو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت الوكالة (٤) و لو كان الشاهد بالعزل ثالثا تثبت الوكالة دون (٥) و كذا لو شهدا بالوكالة و حكم بها الحاكم ثم شهد أحدهما بالعزل (ثبتت الوكالة دون العزل خ) (٦)

المشهود به

(قوله) (و لو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده و الآخر في بيع عبده و جاريته ثبتت وكالة العبد)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لاتفاقهما على وكالة العبد و زيادة الثاني لا تقدر لعدم استلزام ذلك تعدد العقد

(قوله) (فإن شهد باتفاق الصفقة فأشكال)

أصح عدم الثبوت كما في الإيضاح و هو الأقوى كما في جامع المقاصد لأن الوكالة في بيع العبد مطلقا مغايرة للوكالة في بيعه منضمنا إلى الجارية للنص على اتحاد الصفقة في شهادة الثاني فشهادة كل من الشاهدين على توكيل مغاير للآخر فلا يثبت واحد من التوكيل

لأن أحدهما يشهد ببيع العبد وحده و الآخر ينفى بيعه وحده فكان كشهادة شاهد بتوكيله فى البيع و الآخر بتوكيله و زيد بل الاجتماع هنا مستفاد من ظاهر اللفظ و فيما نحن فيه من النص على اتحاد الصفقة و المستفاد من الظاهر غير المستفاد من النص فكان الوجه الثانى ضعيفا إذ ليس هو إلا اتفاق الشهادة على الوكالة فى بيع العبد و لا يسمع انفراد أحدهما بالزيادة و اتحاد الصفقة زيادة لأن ذلك ليس زيادة جاءت بعد تمام التوكيل كالزيادة فى المسألة التى بعد هذه لأن الاتحاد هنا جزء فكأنه قال إنه و كله فى بيعها و فى كونه صفقة و لا يرضى بغير ذلك فلا يقوم احتمال أن الآخر ترك الجزء الثانى على عمد لأنه لا يكون أقامها على وجهها كما قام فيما يأتى بإطلاق التذكرة و التحرير منزل على ما إذا لم يشهد الثانى باتحاد الصفقة

(قوله) (و كذا لو شهد أحدهما أنه و كله فى بيعه لزيد و الآخر فى بيعه لزيد و إن شاء لعمره)

يعنى أن الوكالة تثبت بذلك لزيد كما تثبت الوكالة فى بيع العبد فيما إذا شهد أحدهما أنه و كله فى بيع عبده و الآخر أنه و كله فى بيع عبده و جاريته من دون تعرض لنصه على اتحاد الصفقة و هو خيرة التحرير لمكان كمال النصاب فى الوكالة فى البيع لزيد و هذه الزيادة فى كلام أحدهما جاءت بعد تمام التوكيل فهى لا تستلزم التعدد و سكوت الآخر عنها إما لعدم سماعه إياها أو لعروض نسيان أو لاقتصاره على الشهادة بأحد متعلقى الوكالة باختياره على عمد و به يفرق بينه و بين ما قبله كما سمعت و لعله لم يفرق بينهما فى التذكرة فقال على إشكال و لا وجه له كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما عزله لم تثبت الوكالة)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير لرجوع أحد الشاهدين عن الشهادة قبل الحكم فلا يجوز الحكم بإجماع المسلمين إلا من أبى ثور و لعله إليه أشار فى المبسوط بقوله لأنه ما أثبت له وكالة ثابتة فى الحال (قوله) (و لو كان الشاهد بالعزل ثالثا تثبت الوكالة دونه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لتمام النصاب بالنسبة إلى الوكالة دون العزل فلا يلتفت إلى شهادة الثالث سواء كان قبل الحكم أو بعده إلا أن يشهد معه آخر

(قوله) (و كذا لو شهدا بالوكالة و حكم بها الحاكم ثم شهد أحدهما بالعزل)

أى تثبت الوكالة دون العزل كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه ابتداء رجوع بعد حكم الحاكم فلا ينقض بإجماع المسلمين و كذا لو رجع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣١

و الأقرب الضمان (١) و لو شهدا معا بالعزل ثبت و لا- تثبت الوكالة بخبر الواحد و لا العزل (٢) و يصح سماع البينة بالوكالة على الغائب (٣) و تقبل شهادته على موكله و له فيما لا ولاية له فيه (٤) و لو شهد المالك بأن زوج أمتها و كل فى طلاقها لم تقبل و كذا لو شهدا بالعزل (٥) و يحكم الحاكم بعلمه فيها (٦)

[البحث الثانى فى صورة النزاع و هى ستة مباحث]

إشارة

(البحث الثانى) فى صورة النزاع و هى ستة مباحث

[الأول لو اختلفا فى أصل الوكالة]

(الأول) لو اختلفا في أصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه (٧)

الشاهدان كما في الثلاثة الأخيرة للإجماع الذي سمعته و إن شهدا بالعزل لا على جهة الرجوع ثبت العزل كما في التذكرة و التحرير
(قوله) (و الأقرب الضمان)

كما في جامع المقاصد و كذا الإيضاح لأنه سلط الغير على التصرف بمال غيره بغير حق بشهادة يعلم بطلانها فكان ضامنا لما يترتب
عليها من تلف أو نقصان و وجه غير الأقرب أنه أخبر بالصدق في الوكالة و العزل و لا ضمان على ما أخبر بالصدق و لا يعد ذلك
رجوعا (و فيه) أن سكوته عن العزل يقتضى الاستناد في بقاء التوكيل إلى زمان الحكم إلى شهادته و شهادته بالعزل قبل ذلك تقتضى
الرجوع عن تلك الشهادة فيضمن ما يتلف بشهادته و هو النصف و لو رجعا ضمنا ما تلف على السوية
(قوله) (و لا تثبت الوكالة بخبر الواحد و لا العزل)

و قد تقدم الكلام في الحكمين الأول في أول هذا الفصل و الثاني في أواسط المطب الخامس مسبغا محررا
(قوله) (و يصح سماع البينة بالوكالة على الغائب)

إجماعا كما في التذكرة و جامع المقاصد خلافا لأبي حنيفة و قد نص عليه في المبسوط في موضعين و غيره (قال في التذكرة) يصح
سماع البينة بالوكالة على أنه يدعى أن فلانا الغائب و كلني في كذا عند علمائنا أجمع
(قوله) (و تقبل شهادته على موكله و له فيما لا ولاية له فيه)

قد تقدم الكلام فيه في أواخر المطب الثاني

(قوله) (و لو شهد المالك بأن زوج أمتها و كل في طلاقها لم تقبل و كذا لو شهدا بالعزل)

قد صرح بالحكمين في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنهما يجران نفعا لأنفسهما في صورتين (أما الأولى) فلاقتضاء الشهادة
زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما (و أما الثانية) فلاقتضاءها إبقاء النفقة على الزوج
(قوله) (و يحكم الحاكم بعلمه فيها)

كغيرها من حقوق الله سبحانه و تعالى و حقوق الناس إجماعا كما في الإنتصار و الخلاف و الغنية و السرائر و المخالف أبو علي و هو
شاذ مخالف لضروري المذهب حيث أطبق الإمامية على ملامة أبي بكر في طلبه البينة من سيده نساء العالمين مع علمه بطهارتها و
صدقها إلى آخر ما قال في الإنتصار

(قوله) (البحث الثاني في صورة النزاع و هي ستة مباحث الأول لو اختلفا في أصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه)

كما في الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و في
(الرياض) أنه لا خلاف فيه و فرضت المسألة في المبسوط و التذكرة فيما إذا ادعاها الوكيل و قضية كلام غيرهما كما هو صريح
الكتاب كما سمعته أنه لا فرق في المنكر بين كونه الوكيل أو الموكل و الحجة فيهما الأصل و عموم الخبر البينة على المدعى و اليمين
على من أنكر و يتصور إنكار الوكيل فيما إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع كما إذا شرط إيقاعه في
وقت معين و قد مضى أو اشترى منه جارية و شرط أن يوكله في بيع عبد و مات العبد فادعى البائع حصول التوكيل المشروط ليستقر
العقد و أنكره المشتري ليتزلزل و يتسلط على الفسخ كما هو المشهور و كما أن القول قول الموكل لو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٢

و عدم البينة (١) سواء كان المدعى هو الوكيل أو الموكل (٢) فلو ادعى المشتري النيابة و أنكر الموكل قضية على المشتري بالثمن
سواء اشترى بعين أو في الذمة إلا أن يذكر في العقد الاتباع له فيبطل (٣) و لو زوجه امرأة فأنكر الوكالة و لا بينة فيها حلف المنكر و
ألزم الوكيل المهر و قيل النصف و قيل يبطل العقد ظاهرا و يجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل نعم لو ضمن

الوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه و يحتمل نصفه ثم المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق و لا يجبر الموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق (٤) و لو زوج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه إلا أن يصدقها الورثة أو تثبت الوكالة بالبينه (٥) و لو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه (٦)

أنكر أصل الوكالة كذلك القول قوله لو اختلفا في بعض كفياتها كما يأتي في البحث الثاني لأنه يرجع إلى الاختلاف في أصل الوكالة كما ستعرف إن شاء الله تعالى
(قوله) (و عدم البينه)

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 ٧، ص: ٦٣٢

هذا القيد لا بد منه و إن تركه الجماعة لشدة ظهوره

(قوله) (سواء كان المدعى الوكيل أو الموكل)

كما تقدم بيانه

(قوله) (فلو ادعى المشتري النيابة و أنكر الموكل قضى على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين أو في الذمة إلا- أن يذكر في العقد الابتياح له فيبطل)

كما تقدم مثل ذلك مرارا (و حاصله) أنه اشترى شيئا فادعى أنه نائب عن زيد مثلا في شرائه و أنكر زيد فإنه يحلف و يقضى على المشتري بالثمن في ظاهر الشرع سواء اشترى بعين نقدا كانت العين أو غيره أو في الذمة إلا أن يكون قد ذكر في متن العقد أنه قبل لزيد و اشترى له فإنه لا يقضى عليه بالثمن بل يقع باطلا لأن زيدا قد نفى التوكيل بيمينه و مثله ما إذا صدقه البائع أو قامت البينه على أن العين التي وقع الشراء بها ملك لزيد كما مر و يأتي مثل ذلك في البحث الثاني في شراء الجارية

(قوله) (و لو زوج امرأه فأنكر الوكالة و لا بينه حلف المنكر و ألزم الوكيل المهر و قيل النصف و قيل يبطل العقد ظاهرا و يجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه عليه أجمع و يحتمل نصفه ثم المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق و لا يجبر الموكل على الطلاق و يحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق) هذا تقدم الكلام فيه مسبقا محررا في المطلب الثالث في حكم المخالفة

(قوله) (و لو زوج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه إلا أن يصدقها الورثة أو تثبت الوكالة بالبينه)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و لها إحلاف الوارث إن ادعت علمه بالتوكيل فإن حلف فلا- ميراث و إلا حلفت إذا علمت و أخذت كما نص عليه في جامع المقاصد و هو إما مبنى على أنه إذا ادعى عليه شيئا فقال لا أدري حلف المدعى و يثبت الحق أو على أن النكاح يثبت بشاهد و يمين إذا ادعته الزوجة دون الزوج

(قوله) (و لو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه)

عينا كان المال أو دينا كما في المبسوط و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و شرح الإرشاد لولده و المفاتيح و كذا الشرائع على تردد له في الدين كالكتاب و إن كان إطلاقهما يشمل الدين من دون إشكال و كما في التذكرة و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٣

و لو صدقه و كانت عينا لم يؤمر بالتسليم (١) و لو دفع إليه كان للمالك مطالبه من شاء بإعادتها (٢) فإن تلفت ألزم من شاء مع إنكار الوكالة و لا يرجع أحدهما على الآخر (٣) و كذا لو كان الحق دينا على إشكال (٤)

و المسالك و الكفاية إن كان المال عينا و أما إن كان دينا فينبغى لجامع المقاصد و ما ذكر بعده أن يحكم فيها بتوجه اليمين عليه فيه لأنه اختير فيها أى الكتب الثلاثة فيه أن الغريم يؤمر بالتسليم إذا صدق المدعى و من المقرر عندهم أن اليمين أنما تتوجه إذا كان المنكر بحيث لو أقر نفذ إقراره و عند هؤلاء أن الغريم ينفذ إقراره فى الدين لا فى العين و أما المبسوط و ما ذكر بعده فقد اختير فيها أنه لا يؤمر بالتسليم إذا صدقه إن كان المال دينا و لذلك اختير فيها أنه لا يتوجه عليه اليمين مطلقا تصريحا فى بعضها و ظهورا يلحق به فى بعض و من تردد فى وجوب التسليم فى الدين ينبغى أن يتردد فى توجه اليمين إليه لكنه فى التحرير تردد فى وجوب التسليم و جزم بعدم توجه اليمين فى الدين و العين و جزم فى السرائر بتوجه اليمين عليه إذا كان دينا و أنه يؤمر بتسليمه إذا صدقه و لا فرق فى عدم توجه اليمين عند هؤلاء بين أن تكون على البت إن أمكن و نفى العلم لو ادعاه عليه كما صرح به فى المبسوط و التحرير و غيرهما و الأشهر عن أبى حنيفة أنه إن صدقه لا يجب عليه تسليم العين و إن كذبه كان له إحلافه فكلام المبسوط متوجه إليه و لعل فرضهم المسألة فى الغائب لأن الحاضر يمكن الرجوع إليه فيسأل فإذا تعذر كان كالعائب و على كل حال فإنما يتم كلامهم هنا على القاعدة التى ذكرها المصنف هنا لا على القاعدة الأخرى المشهورة فى باب القضاء كما ستسمعها قريبا

(قوله) (و لو صدقه و كانت عينا لم يؤمر بالتسليم)

قطعا فى الإيضاح و المسالك و هذا فى معنى الإجماع عند العامل بالظن و به صرح فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية لأن ذلك إقرار فى حق الغير فلا ينفذ و فى (المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية) أنه لو دفعها لم يمنع من الدفع إذ لا منازع غيرهما الآن و المالك على حجه و قد تأمل فى مجمع البرهان فى وجوب التسليم لو صدقه و أنه لو تم لم يجز له الدفع و لا معنى له بعد إطباق الأصحاب فى الأول و إمكان الفرق كما يأتى و صوح الدليل و تمام الكلام فى باب القضاء فيهما

(قوله) (و لو دفع إليه كان للمالك مطالبه من شاء بإعادتها)

لترتب أيديهما على ماله لأنهما عاديان هذا بالدفع و ذلك بإثبات اليد و به صرح فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و للدافع مطالبه الوكيل بإحضارها لو طوبى به كما فى التحرير و المسالك و الروضة

(قوله) (فإن تلفت ألزم من شاء مع إنكار الوكالة و لا يرجع أحدهما على الآخر)

كما صرح به فى الكتب الثمانية المتقدمة مع زيادة جامع الشرائع (أما الأول) فلمكان العدوان كما عرفت (و أما الثانى) فلتصادقهما على أن المالك كاذب فى إنكار الوكالة و ظالم فى المطالبة و المظلوم لا يرجع على غير ظالمه و لا بد أن يحمل كلامهم على أنها تلفت فى يده بغير تفريط كما صرح به فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و إلا فلو فرط الوكيل و رجع على الغريم رجع على الوكيل كما صرح به فى أكثر ما ذكر و هو ظاهر

(قوله) (و كذا لو كان الحق دينا على إشكال)

كما فى التحرير و فيه تردد كما فى الشرائع و قد اختير فى المبسوط و الجامع و الإرشاد و شرحه لولده

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٤

إلا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبه الوكيل لأنه لم يتترع عين ماله إذ لا يتعين إلا بقبضه أو قبض و كيله (١) و للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط (٢)

و الإيضاح و المفاتيح أنه لا يؤمر بالتسليم و هو ظاهر المصنف في باب القضاء «١» و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و الكفاية أنه يؤمر به و هو المحكى عن أبي حنيفة (حجة الأولين) أن الدين مساو للعين لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل و لا- ينفذ إقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه و أن التسليم لا- يؤمر به إلا- إذا كان مبرئاً للذمة و من ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه و ليس هنا كذلك لأن الغائب يبقى على حجته و له مطالبة الغريم بالحق لو أنكر الوكالة فكان كما لو أقر أن هذا وصى الطفل و أن الدفع إما على جهة كونه مال الغائب أو الدافع و القسمان باطلاق لأن الغائب لم يثبت توكيله و الدافع إنما يجب عليه تسليم الغائب (و حجة الآخرين) أن هذا التصديق اقتضى وجوب التسليم لأنه إقرار في حق نفسه خاصة إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكة أو وكيله فإذا حضر و أنكر بقى دينه في ذمة الغريم فلا ضرر عليه و إنما ألزم الغريم بالدفع لاعترافه بلزومه له و استحقاقه الأخذ فلا يجوز منع الحق عن مستحقه فكان كما إذا أقر بدين أو عين من تركه إنسان أو أقر بأنه مات و وارثه فلان فإنه يكلف الدفع إليه و لا يكلف البينة و توقف وجوب التسليم على كونه مبرئاً مطلقاً ممنوع إذ مع الإشهاد يقوم احتمال الموت للشاهدين و الفسق و عدم التمكّن منهما على أن البراءة هنا حاصلّة بزعمه و الاحتجاج بجواز الامتناع للإشهاد إنما يقتضيه على المدفوع إليه و هو ممكن بالنسبة إلى مدعى الوكالة و إذا أقر أن هذا وصيه يجب عليه الدفع إليه لأنه كما لو قال هذا وارثه أوله عندي كذا و هذه وصيته فليتأمل في هذه المثل و ستسمع كلامهم في الوارث و فيما ادعى عليه أنه أحاله عليه و تسليم ذلك القدر من مال المديون على أنه مال الغائب له اعتبار أن أحدهما كونه مال الغائب في حق المديون و الآخر كونه مال الغائب نفسه و إقرار المديون نافذ بالنسبة إلى الاعتبار الأول لأنه في حقه خاصة و هو كاف في وجوب التسليم كما إذا ادعى زوجية امرأة فأنكرت و حلفت و كأن وجوب التسليم ليس محل تأمل بعد حصول العلم القطعي بالوكالة و لا- مخصص هنا لقوله صلى الله عليه و آله إقرار العقلاء على أنفسهم جائز بل لو لا عدم الخلاف في عدم وجوب تسليم العين مع ظهور الفرق إذ لا تعلق للعين بالغريم أصلاً لقلنا به فيها و تمام الكلام في باب القضاء فإننا قد أسبغناه

(قوله) (إلا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لأنه لم ينتزع عين ماله إذ لا يتعين إلا بقبضه أو قبض وكيله)

قد نص على أنه ليس للمالك مطالبة الوكيل في المبسوط و الجامع و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد لما ذكره المصنف من التوجيه و هو ظاهر

(قوله) (و للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط)

كما في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و أطلق في المبسوط أنه مع التلف لم يرجع على الوكيل و في (جامع الشرائع) أنه لا رجوع للغريم و صاحب الدين على مدعى الوكالة و نحوه ما في التذكرة في آخر فروع المسألة و يجب تنزيل كلامهما على ما إذا لم تبق العين و كلام المبسوط و كلامهما على ما إذا تلفت بغير تفريط لظهور الوجه في ذلك لأنها مع بقائها لا أحد يدعيها

(١) في العبارة نقص و كان الصواب. و في السرائر و جامع المقاصد إلخ. فإن مختار السرائر و جامع المقاصد أنه يؤمر به كما يعلم من جامع المقاصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٥

و لا درك لو تلفت بغير تفريط (١) و كل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر تلزمه اليمين لو أنكر (٢) و لو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم (٣) فإن صدقه على أن لا وارث سواه لزمه الدفع (٤)

لأن المدين قد استوفى دينه و الوكيل حينئذ لا يدعى استحقاقها فيجب عليه ردها إلى الغريم و أما مع تلفها بالتفريط فهي في ذمة

الوكيل ولا مدعى لها غير الغريم

(قوله) (و لا درك لو تلفت بغير تفريط)

كما في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية لبراءة القابض من عهدها بزعم الغريم لتصديقه بوكالته فيكون أمينا و زعمه أن المدين ظالم بالمطالبة و الأخذ

(قوله) (و كل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر يلزمه اليمين لو أنكر)

هذه قاعدة مشهورة كما في المسالك و بها صرح في الشرائع و التحرير و هي معنى ما في المبسوط و التذكرة و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الكفاية لأن فائدة اليمين إقراره أو ردها على المدعى فيحلف فيكون كما لو أقر المنكر فحيث لا ينفذ إقراره لا معنى لتوجه اليمين عليه و لهم قاعدة أخرى و هي أن كل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه مع اليمين و هذه ليست مطرودة لخروج الحدود عنها إلا أن تقول إن الدعوى حقيقة شرعية في غير الحدود و هذا ينفع في غير مسألتنا أعني ما إذا ادعى الوكالة عن الغائب (و عساک تقول) قد قال جماعة إن اليمين المردودة كالبينة فيجب توجه اليمين هنا و إن لم يجب الدفع بإقراره (لأننا نقول) قد بينا أن اليمين المردودة أصل برأسه و ليست كالإقرار و لا- البينة لعدم اطراد ذلك على تأمل لنا في ذلك كما بينا في بابه فتنحصر الفائدة هنا في إقراره فحيث ينفذ إقراره تتوجه إليه فإذا نكل قضى عليه به أو ردها الحاكم حكما شرعيا على اختلاف الرأيين و حيث لا ينفذ لا تتوجه فلا رد سلمنا لكن أقصى ما هناك أنها كالبينة في حق المتخاصمين دون الغائب فلا تزيد البينة بالنسبة إلى الغائب على إقراره لأننا لو قلنا أنها كالبينة مطلقا لا تثبت حقين حقا على الغريم فجعلته مقرا و حقا على من لم يحاكم و لم يخاصم و هو صاحب المال حيث قضت عليه بأنه و كل و هو مع مخالفته لقواعد الشريعة لا يوافق التشبيه و لا يناسب التوجيه و قد استوفينا الكلام في باب القضاء

(قوله) (و لو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذب حلف على نفى العلم)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المراد أنه ادعى أنه وارث صاحب الحق خاصة كما صرح به في التحرير و جامع المقاصد و كذا المبسوط لأنه إذا صدقه على أنه وارث في الجملة لم يجز له دفع شيء إذ لا تسلط له على القسمة و الوجه فيما ذكره ظاهر لأنه إذا ادعى عليه أن لا وارث سواه و أقر له و صدقه نفذ إقراره كما يأتي فإذا ادعى عليه أنه وارثه و لا وارث غيره فأنكر المدعى عليه و لا بينة و سلم له المدعى الجهل بذلك لم يتوجه عليه يمين لعدم توجه الدعوى عليه نعم إن ادعى عليه العلم بذلك و أنكر حلف على نفى العلم فكان كما لو ثبت أن زيدا باع مالا في يد بكر فادعى عمرو على بكر أنه المشتري فإن دعواه لا تسمع فإن ادعى عليه العلم بذلك فإن صدقه أمر بالتسليم و إلا- حلف على نفى العلم و لنا في ذلك تأمل حررناه في محله و قد اخترنا أن المدعى يحلف و يأخذ و نسبنا ذلك إلى ظاهر الأصحاب و الأخبار (و قال في جامع المقاصد) فيما نحن فيه ينبغي أن يكون ذلك بعد ثبوت الموت (قلت) مقتضى كلام المبسوط و التذكرة و التحرير و الكتاب أن إقرار من بيده المال بالموت كاف

(قوله) (و إن صدقه على أن لا وارث له سواه لزمه الدفع)

في العين و الدين إجماعا كما في التحرير و به صرح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٦

و لو ادعى إحالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا و جوب الدفع إليه (١) و عدمه لأن الدفع غير مبرئ لاحتمال إنكار المحيل (٢) و لو قال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت إليه لأنه تكذيب بنية الوكالة على إشكال (٣) و لو قال عزلك الموكل حلف الوكيل على نفى العلم إن ادعاه (٤) و إلا فلا (٥) و كذا لو ادعى الإبراء أو القضاء (٦)

[الثاني أن يختلفا في صفة التوكيل]

(الثانى) أن يختلفا فى صفة التوكيل بأن يدعى الوكالة فى

فى المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و قرب فى إقرار الكتاب أنه لا يلزم بدفع العين و وافقه على ذلك ولده و المحقق الثانى لأنه إقرار فى حق الغير

(قوله) (و لو ادعى إحالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع إليه)

هذا الاحتمال خيرة المبسوط و جامع الشرائع و فى (التحرير) أنه الوجه و فى (التذكرة) أنه أقرب و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أنه أصح لأنه أقر له بحق فى ذمته ليس بعين فكان كالوارث فيقبل بالنسبة إليه لعموم إقرار العقلاء و الفرق بينها و بين مسألة الوكالة أنه هناك إنما أقر للوكيل باستحقاق اليد على مال الغير و لم يقر له كما هنا بمال فى ذمته كما هو واضح مضافا إلى ضعف وجه الاحتمال الآخر فكان الأولى بالمصنف أن يجزم به و لا أقل من أن يقربه أو يقويه

(قوله) (و عدمه لأن الدفع غير مبرئ لاحتمال إنكار المحيل)

هذا ذكره الشافعى فى توجيه العدم و تبعه على ذلك الشيخ و الجماعة و هو بمكانة من الضعف لأنه لو جاز منع المستحق من حقه لاحتمال الإنكار الذى يصير الدفع غير مبرئ لمنع المستحق مطلقا حتى مع الإشهاد لبقاء احتمال عدم الإبراء معه لاحتمال موت الشاهدين أو ظهور فسقهما أو مطالبته فى بلد لا يتمكن فيه من الوصول إليهما كما عرفت آنفا

(قوله) (و لو قال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت إليه لأنه تكذيب لبينة الوكالة على إشكال)

أما أنه لا يلتفت إليه و لا تسمع دعواه فقد صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و لم يحك فى المبسوط و التذكرة عن العامة فى ذلك خلاف و لا إشكال مستندين إلى أن فى ذلك طعنا على الشهود لأنهم أثبتوا له بشهادتهم استحقاق المطالبة و المصنف استشكل من أن عدم استحقاق المطالبة قد لا يكون لكذب البينة لإمكان طرو العزل أو الإبراء أو الأداء إلى الموكل أو إلى الوكيل الآخر و غير ذلك فهو أعّم و العام لا يدل على الخاص فتسمع دعواه و من أن مقتضى إقامة البينة استحقاق المطالبة فنيه لذلك رد لمقتضاها و لا ترجيح فى الإيضاح (و قال فى جامع المقاصد و) التحقيق أن هذا القول مشترك بين تكذيب البينة و بين الدعوى الشرعية فلا يلتفت إليه لاشترائه بين ما يسمع و غيره و لأنه لا يعد دعوى شرعية فلا يستحق الجواب كما لو ادعى أن هذه ابنة أمى حتى يأتى بما يكون دعوى قلت المتبادر من هذه الكلمة تكذيب البينة و تلك احتمالات بعيدة و لذلك لم يلتفت إليها الشيخ و الجماعة

(قوله) (و لو قال عزلك الموكل حلف الوكيل على نفى العلم إن ادعاه)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد لأنها دعوى شرعية فتسمع

(قوله) (و إلا فلا)

كما فى الكتب المتقدمة لأن الدعوى على الموكل و اليمين لا تدخلها النيابة

(قوله) (و كذا لو ادعى الإبراء أو القضاء)

كما فى المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و وجهه واضح و لعله لذلك لم يذكره فى التذكرة

(قوله) (الثانى أن يختلفا فى صفة التوكيل بأن يدعى الوكالة فى بيع العبد أو البيع بألف أو نسيئة أو شراء عبد أو بعشرة فقال الموكل فى بيع الجارية أو بألفين أو نقد أو فى شراء جارية أو بخمسة قدم)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٧

بيع العبد أو البيع بألف أو نسيئة أو فى شراء عبد أو بعشرة فقال الموكل بل فى بيع الجارية بألفين أو نقدا أو فى شراء جارية أو بخمسة

قدم قول الموكل مع اليمين (١)

(قول المالك مع اليمين)

هذه أمثلة ما إذا اتفقا على أصل العقد و اختلفا في الكيفيات و المقادير و قد صرح بتقديم قول المالك في جملة من هذه الأمثلة في التذكرة و زاد عليه أمثلة أخر و في أربعة منها في التحرير و بجمعها في جامع المقاصد و صرح بذلك أعنى تقديم قول المالك فيما إذا ادعى أنه أذن له في بيعه بخمسة مثلا فقال بعشرة في المبسوط و الإرشاد و المختلف و مجمع البرهان و الكفاية فإذا حلف الموكل بطل البيع و استعاد العين إن كانت باقية و مثلها أو قيمتها إن كانت تالفة و حكى في المختلف الخلاف في ذلك عن الشيخ في النهاية و أنه قال يلزم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك و حمله على تعذر استعادة العين من المشتري و القيمة و كون القيمة مساوية لما ادعاه المالك و لم نجد ذلك في نسختين من نسخ النهاية و الأصل في ذلك كله أن الوكيل يدعى خلاف الأصل فالقول قول الموكل لأن الأصل عدم الإذن فيما يدعيه الوكيل فيكون الموكل منكرا و الأصل عدم خروج المال عن ملك صاحبه إلا برضاه للآية و الأصل عدم خروجه عن يده إلا بقوله للخبر الصحيح كما تقدم غير مرة و لأن ذلك فعل الموكل و الأصل فيه أن يكون أعرف به من غيره لأنه أعرف بحاله و مقاصده الصادرة عنه و لأنه كما أن القول قوله في أصل العقد فليكن كذلك في الصفة لأنه يرجع إليه كما ستعرف و لذلك لما كان القول قول الزوج في أصل الطلاق كان القول قوله في عدد الطلقات بقى شيئا (الأول) أن كلام الموكل يرجع إلى دعوى الخيانة على الوكيل فيقدم قوله لأمانته و الأصل عدم خيانتة و عدم غرامته (و الجواب) عن ذلك بما تقدم لنا في باب الإجازة فيما إذا اختلفا في قطع الثوب قميصا أو قباء بما حاصله من أنه إنما يتجه إذا اتفقا على الوكالة و ذلك منتف هنا لأن اختلافهما في صفة التوكيل يفضى إلى الاختلاف في أصل التوكيل فلا تكون وكالته عنه محققة الحصول فلا وجه لتقديم قوله حينئذ و قد أوضحنا الحال هناك (الثاني) أنه قد قال هنا في التذكرة أنه إذا اختلف الخياط و مالك الثوب فقال الخياط أمرتني بقطعه قباء و قال المالك بل قميصا كان القول قول الخياط مع أنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قول المالك و الفرق بينهما بأن المالك هناك يريد إلزام الخياط بالأرش و الأصل عدمه و هنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة و إن لزمه الثمن فإنما لزمه بحكم إطلاق البيع انتهى و مثله ما في المبسوط و معناه أن الموكل لا يدعى على الوكيل غرامة و إنما يثبت الثمن لصاحب الجارية (و فيه) أنه يغرم في بعض الصور كما يأتي مع أن المشهور أن القول قول المالك و هو خيرته في إجارة التذكرة و قد استندوا إلى أن قوله مقدم في أصل الإذن فكذا في صفته لأن مرجعه إلى الاختلاف في الإذن على طريق مخصوص و قد قلنا هناك أن لا خلاف إلا من الشيخ في وكالة الخلاف و المبسوط فقط و حكينا هناك كلام التذكرة هنا و قلنا إن من قدم قول الخياط لا بد له من من القول بالتحالف فهذا يحلف لنفى الأرش و ذاك يحلف لنفى الأجرة و إنه نبه على ذلك في التذكرة و قال إنه ليس بجيد لأن الاختلاف إنما وقع في الإذن و لم نرتضه لأن ذلك لا ينفي كون المالك مدعيا و قلنا إن التحقيق أن المالك إما أن يقتصر على إنكار الإذن في قطعه قميصا أو يقول لا تستحق عندي أجرة بل يجب عليك رد الأجرة التي دفعتها إليك و أنا مطالب بها و بالأرش و قلنا إن كلام الأصحاب مبنى على الأول و هو أن المالك إنما قابله بإنكار الإذن في قطعه قميصا و أطلنا في بيان الحال و رفع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٨

فلو ادعى الإذن في شراء الجارية بألفين فقال بل أذنت في شراء غيرها أو فيها بألف و حلف فإن كان الشراء بالعين بطل العقد إن اعترف البائع أن الشراء لغيره أو بمال غيره (١) و إلا حلف على نفى العلم إن ادعاه الوكيل عليه (٢) فيغرم الوكيل الثمن للموكل (٣) و لا تحل له الجارية لأنها مع الصدق للموكل و مع الكذب للبائع (٤)

الإشكال هذا و تقديم قول الموكل في هذه المسائل إنما هو بالنسبة إلى الوكيل و أما بالنسبة إلى المشتري ففيه تفصيل طويل لأنه إما أن يصدق الموكل أو يكذبه و يصدق الوكيل أو لا يصدق واحدا منهما مع بقاء العين أو تلفها فإن كذب الموكل كان القول قول

المشترى فإن ادعى الموكل العلم حلف على نفيه و بقيت العين في يده كما ستسمع ذلك كله فيما إذا باع الوكيل نسيئته و أنكر الموكل الإذن في ذلك

(قوله) (فلو ادعى الإذن في شراء الجارية بألفين فقال بل أذنت في شراء غيرها أو فيها بألف و حلف فإن كان الشراء بالعين بطل العقد إن اعترف البائع أن الشراء لغيره أو بمال غيره)

هذه مما سبق بيان الحال فيها في جملة المسائل الآنفه و إن القول فيها قول الموكل بيمينه و أعادها لبيان ما يتفرع عليها من المسائل و يلحقها من الأحكام التي ذكرها في المبسوط و حاصل ما فيه و في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أنه إذا وقع الاختلاف المذكور و حلف الموكل على نفي ما ادعاه عليه الوكيل فإن كان الشراء للجارية بعين مال الموكل فإن العقد يبطل ظاهرا بمعنى أنه يقع موقوفا على الإجازة كما تقدم مثله مرارا أو بمعنى أنه يستفاد من إنكاره و الحلف على عدمه رده و عدم الرضا به و الإجازة له لكن قد تقدم في محله أنه لا بد من التلفظ به و أن للراد أن يقول فسخت و أنه لو قال لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك و قد نقلنا كلامهم في الباب هناك و هذا إذا اعترف البائع بأن شراء الجارية بعين مال الموكل كما عبر بذلك في المبسوط و التحرير و كذا التذكرة و هو يغني عن قوله في الكتاب أن الشراء لغيره أو بمال غيره بل أحدهما يغني عن الآخر لأن المفروض أن الشراء بالعين فيكفي الثاني بل يتعين لأن المعظم على أنه لا يصح أن يشتري بمال نفسه لغيره فينتفى الأول (و كيف كان) فالوجه في ذلك أن التوكيل انتفى بيمين الموكل و مثل اعتراف الموكل كما في جامع المقاصد ما إذا قامت البيئنة على ذلك لكن تصوير ذلك مع فرض أنه لم يذكره في العقد لا يخلو من تكلف و لذلك ترك في المبسوط و التحرير و أما بطلانه واقعا فمبنى على صدق الموكل و هذا إذا لم يذكره في العقد فإن ذكر في العقد أن المال لفلان أو أن الشراء له وقع باطلا أيضا كذلك لأن المال بيده و لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء فيقبل إقراره فيه

(قوله) (و إلا حلف على نفي العلم إن ادعاه الوكيل عليه)

أى و إن لم يعترف البائع بأن الشراء بعين مال الموكل أو لم يعترف بواحد من الأمرين على قضيه سوق (سياق خ ل) العبارة و ادعى عليه الوكيل العلم بذلك حلف البائع على نفي العلم لأنها يمين تعلقت بنفى فعل غيره و تلك لا تكون على القطع و هو معنى ما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و به أفصحت عباراتها (قوله) (فيغرم الوكيل الثمن للموكل)

يعنى أنه إذا حلف البائع على نفي العلم لم يبطل البيع و إن كان قد حلف الموكل على نفي التوكيل المدعى بل يصح و يلزم الوكيل البيع ظاهرا و يغرم الثمن للموكل لأن المفروض أن الشراء بعين ماله و هو معنى ما في الكتب الأربعة المتقدمة و به أفصحت عباراتها (قوله) (و لا تحل له الجارية لأنها مع الصدق للموكل و مع الكذب للبائع)

لا تحل له الجارية قطعا كما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٣٩

فيشترىها ممن هي له في الباطن (١) فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق و ليس له جبره عليه (٢) فإن قال إن كانت الجارية لى فقد بعته أو قال الموكل إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتهم بالأقرب الصحة لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا و كذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب شكاً في البيع و لا وقوفه (٣)

جامع المقاصد و به صرح في التحرير و هو المستفاد من المبسوط و التذكرة في هذه الصورة لأنه لا مال له فيها أصلا و إن كان البيع لازما له ظاهرا لأنها مع الصدق للموكل و مع كذبه عليه و الشراء بماله و عدم إجازته للبائع و كما لا يحل له وطؤها لا يحل له التصرف فيها و لعله مراد من قولهم لا تحل له إلا أن تقول إنه له بيعها إذا امتنع من هي له من بيعها له كما يأتي

(قوله) (فيشتريها ممن له فى الباطن)

هذا بيان طريق حلها له ذكره فى التحرير و جامع المقاصد فى صورة الشراء بالعين و ذكر نحوه فى المبسوط و التذكرة فى صورة الشراء فى الذمة و هو أن يشتريها ممن هى له فى الباطن فإنه يعلمه فليتحيل فى ذلك بنفسه أو غيره (قوله) (فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق و ليس له جبره عليه)

هذا حاصل ما ذكر فى المبسوط و التذكرة و التحرير فى ما إذا كان الشراء فى الذمة و ظاهر العبارة كما هو ظاهر ما حكاها فى المبسوط عن قوم و جوب الرفع إلى الحاكم (و كيف كان) فالوجه فى ذلك أنه المرجع و لقوله تأثير فى النفوس فيأمر من أخبره الوكيل أنه صاحبها ببيعها بكلام مشتمل على الرفق و الترغيب فى تخليص أخيه المؤمن من ورطتها و لا يجوز له إجباره على ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا مع أنه لا يجب بيع مال شخص على آخر بغير سبب يقتضيه و حيث يمتنع و لا يجيب الحاكم إلى ملتسمه فالأولى كما فى المبسوط و الأقوى كما فى التذكرة و غيرها فى صورة الشراء فى الذمة أنها تكون فى يده لصاحبها و له عليه ما لزمه من الثمن و أنه له بيعها و استيفاء دينه من الثمن لتعذر وصول حقه إليه إلا بذلك و للعامه وجوه أخر (منها) أن الجارية تصير ملكا للوكيل ظاهرا و باطنا كما نقوله فى المتابعين إذا تحالفا فإن المبيع يحصل للبائع ملكا ظاهرا و باطنا و لهم وجه أخر مشتمل على حيلة و كذب صريح و هو أنه يزور رجلا و يدعى عليه دينا عند الحاكم و يذكر أن هذه الجارية ملك له رهنها عنده بحقه و قد حل عليه الحق و امتنع عن بيعها فيأمر الحاكم ببيعها فتباع بإذنه (و كيف كان) فلعل الأولى له حينئذ أن لا يستقبل بالبائع و إن كان له ذلك فى المديون المماطل لأن المحذور الذى فى المديون منتف هنا لأنه متى أقر صاحب الدين عند الحاكم بمال المديون لم يأمن أن يعلم به فيطالبه به فينتزعه الحاكم و يسلمه إليه و هذا المحذور منتف هنا إلا أن تقول إن هذا لا يصلح سندا لوجوب الاستئذان

(قوله) (فإن قال فإن كانت الجارية لى فقد بعتهكها أو قال إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتهكها فالأقرب الصحة لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا و كذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب شكاً فى البيع و لا وقوفه)

كما صرح بذلك فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و كذا المبسوط و الشرائع و التحرير و فى (جامع المقاصد و المسالك) أن التعليق إنما ينافى الإنشاء فى العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول و قضية ذلك أن التوصيف بأقسامه لا ينافى الإنشاء فى العقود و هو خلاف المعروف فى الأصول و خلاف الإجماع المحكى فى تمهيد القواعد على عدم صحه تعليق العقود على الشروط سواء كانت معلومة الوقوع كطلوع الشمس أو محتملة الوقوع كما تقدم لنا فى المطلب الثالث فيما إذا أذن له فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٠

و إن اشترى فى الذمة صح الشراء له (١) فإن كان صادقا توصل إلى شرائها من الموكل (٢) فإن امتنع أذن الحاكم فى بيعها أو بعضها و توفية حقه من ثمنها (٣) و لو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز (٤) و لو ادعى الإذن فى البيع نسيئته قدم قول الموكل مع يمينه (٥)

تزيوج امرأة فزوجه غيرها بيان ذلك كله و قد علل غير الأقرب فى الإيضاح و جامع المقاصد و هو عدم الصحة بأنه شرط و تعليق و أن صورة التعليق كالتعليق و أنه أقر بانتفائه فقد علق البيع على شرط كاذب عنده فالبيع باطل بزعم العاقد فيبيع الحاكم لاستيفاء الغرامة و ضعف بأن المطلوب حصول البيع باطنا بحسب الواقع لا- بزعمه هذا (و عساك تقول) إن قوله يعلمان وجوده إنما يتم بالنسبة إلى الوكيل و الموكل و لا- يتم بالنسبة إلى البائع لأنه ربما لا يعلم الحال على حسب الواقع و يجاب بأنه يكفيه فى العلم بوقوع الشرط و صحه العقد قول الوكيل و إن لم ينفذ ذلك فى حقه و لهذا نحكم بصحة النكاح بمجرد دعوى الوكالة عن الغير مع جهل العاقد الآخر بها كما هو الشأن فى سائر العقود

(قوله) (و إن اشترى فى الذمة صح الشراء له)

إن نواه و لم يسمه بل أطلق كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و هو معنى قوله فى جامع المقاصد إن لم يثبت أنه أضاف الشراء إلى الموكل و المراد صحة الشراء له ظاهرا و قد نص فى المبسوط و التحرير على البطالان إن ذكر أن الشراء لموكله و المراد أنه صدقه البائع كما فى التذكرة و إن كذبه لزم الشراء للوكيل كما لو اقتصر على النية كما تقدم بيان الوجه فى ذلك كله مرارا (قوله) (فإن كان صادقا توصل إلى شرائها من الموكل)

بأى طريق أمكنه بنفسه أو غيره كما سمعته آنفا فى صورة الشراء بالعين

(قوله) (فإن امتنع إذن الحاكم فى بيعها أو بعضها و توفيه حقه من ثمنها)

كما فى جامع المقاصد و كأن العبارة تعطى أنه يتعين عليه استئذان الحاكم و فى (التحرير) أنه يجوز للحاكم أن يتولى بيعها و فى (المبسوط و التذكرة و التحرير و كذا جامع المقاصد) أنه يجوز للوكيل بيعها و معناه أنه لا يتعين على الوكيل استئذان الحاكم بل يستقل هو بالبيع و استيفاء الثمن كما فى المديون المماطل إذا ظفر صاحب الدين له بشىء يخالف جنس دينه مع العجز عن الإثبات عند الحاكم إلا أن تقول بالفرق كما سمعته آنفا و لعل عدم التكليف بذلك أولى و يجوز للحاكم أن يأذن له فى بيعها و إن ألزمه بالبيع و لم يعلم بصدق الوكيل لأنه إن كانت للوكيل فلا محذور أصلا و إن كانت للموكل فامتناعه سلط الحاكم على الإذن فى البيع فلا حرج أيضا

(قوله) (و لو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز)

كما فى جامع المقاصد و معناه أنه إذا طلب الحاكم من الموكل البيع فامتنع تولى الحاكم البيع فإن الوكيل صادقا فللحاكم ولاية على الممتنع فى مثل ذلك و إن كان كاذبا لغت الصيغة فلا يرد عليه أن الثابت عند الحاكم كونها للوكيل ظاهرا فكيف يبيعه إياها لأنه لا محذور فى ذلك

(قوله) (و لو ادعى الإذن فى البيع نسيته قدم قول المالك مع يمينه)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد فرض ذلك أى تقديم قول المالك فى الكتب الأربعة فيما إذا كذبه الوكيل و المشتري و قال - أنك و كلت فى البيع نسيته و قضية ذلك أن المشتري يعترف بوكالة الوكيل و لا يقول إنه ليس بوكيل و إنما باع ملكه و إنه يكتفى بيمين الموكل على عدم الإذن فى النسيته بالنسبة إلى المشتري أيضا إذا اعترف أى المشتري بالوكالة و إن لم يكن مخاصما له فيسترد الموكل العين و لعلهم يستندون إلى أنه لما حلف أنه ما أذن للوكيل فى ذلك التصرف اقتضى ذلك رفع ذلك التصرف (و قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤١

.....

فى جامع المقاصد) إن تقديم قول الموكل إنما هو بالنسبة إلى الوكيل و أما بالنسبة إلى المشتري فإنما يقدم قول المالك إذا اعترف المشتري بالوكالة أو ثبت ذلك بالبينه انتهى (و تحرير المسألة) أن قول الموكل بالنسبة إلى الوكيل مقدم فى كل حال و أما المشتري فهو إما منكر للوكالة بالكلية أو معترف بها مصدق للموكل أو مصدق للوكيل أو لا يصدق أحدا منهما كأن يقول لا أعلم الحال (فإن كان الأول) فقد قال فى التذكرة فإن أنكر المشتري الوكالة و قال إن البائع باع ملكه فالموكل حينئذ يحتاج إلى إقامة البينة فإن لم يكن بينه قدم قول المشتري مع يمينه على نفى العلم بالوكالة لأنها يمين على نفى فعل الغير فإن حلف أقر المبيع فى يده و يكون للموكل الرجوع بالقيمة على الوكيل إن كذبه فى عدم إذنه له فى النسيته بعد حلف الموكل له و إن نكل المشتري عن اليمين على نفى العلم حلف الموكل على ثبوتها و حكم ببطالان البيع و إن لم يحلف و نكل فهو كما لو حلف المشتري و قال و نكول الموكل عن يمين الرد فى خصومة المشتري لا يمنعه عن الحلف على الوكيل فإذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع أو مثله و الوكيل

لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الأجل مؤاخذه له بموجب تصرفه فإذا حل نظر إن رجع الوكيل عن قوله الأول و صدق الموكل فلا يأخذ من المشتري لا أقل من الأمرين من القيمة أو الثمن لأنه إن كان الثمن أقل فهو موجب عقده و تصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزمه من زيادة العين و إن كانت القيمة أقل فهي التي غرمها فلا يرجع إلا بما غرم لأنه قد اعترف بفساد العقد و بذلك كله صرح فى جامع المقاصد بل لعله نقل العبارة بتمامها و لا يخفى أن رجوعه بأقل الأمرين حين رجوعه إلى قوله إنما يتم حيث لا يصدق المشتري الموكل كما هو المفروض و تحته شقان و إلا فلو صدقه كما صدقه الوكيل رجوع عليه الوكيل بالقيمة قلت أو كثرت كما صرح به فى المبسوط و التحرير و لم يبين لنا فى التذكرة و جامع المقاصد حكمه فيما إذا رجع قبل حلول الأجل و لعلهما يقولان إنه لا يطالبه أيضا بشيء حتى يحل فيطالبه حينئذ بأقل الأمرين ثم قالوا و إن أصر أى الوكيل على قوله الأول و لم يرجع طالبه بالثمن بتمامه فإن كان بقدر القيمة أو أقل فذاك و إن كان أكثر فالزيادة بزعمه للموكل و الموكل ينكرها فيحفظها أو يلزمه دفعها إلى القاضى و فى (جامع المقاصد) أن الثانى أوضح دليلا و لو توصل إلى إيصالها للموكل بصورة هدية و نحوها قدم على التسليم إلى القاضى (قلت) لو قيل بأنه يتصدق بهذه الزيادة فى المسألة و فيما يأتى كما هو الشأن فى المال المجهول المالك لدخوله تحت عموم أخباره لم يكن وجيها لأن المالك بزعمهما أو أحدهما معلوم (و عساک تقول) إن إنكار التوكيل عزل على رأى فكيف استحق الأخذ و جوابه أن الأخذ ما نشأ من الوكالة و إنما نشأ من أن الموكل قد ظلمه بزعمه و قد ظفر بجنس حقه بل لو كان من غير الجنس جاز و لا يتخرج على القولين فى الظفر بغير جنس الحق فى غير هذه الصورة لأن المالك ثم يديه لنفسه و يمنع الغير عنه بخلاف الموكل هنا (إلا- أن تقول) إنه إنما يتم فى ما عدا الزيادة لأنه إنما يتم فيها إذا كان و كيلا فى القبض و لم نقل إن الإنكار يوجب العزل فلو لم يكن و كيلا فيه أو كان و كيلا- و قلنا ينزل بالإنكار كما هو خلاف المختار لنا فإنما يرجع بأقل الأمرين إذا رجع عليه فى هذه الصورة و فى غيرها مما يأتى حيث نقول له الرجوع بالثمن خصوصا على القول بأن الإنكار يقتضى العزل و هذا كله إذا أنكر المشتري الوكالة و أما إذا اعترف بها و هو الثانى فإما أن يصدق الموكل و يصدق الوكيل أو لا يصدق واحدا منهما فإن كان الأول فقد قال فى التذكرة فإن اعترف بها فإن صدق الموكل فالباع باطل و عليه رد المبيع إن كان باقيا و إن تلف فالموكل بالخيار إن شاء غرم الوكيل لأنه تعدى و إن شاء غرم المشتري لتفرع يده على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٢

و يأخذ العين (١) فإن تلفت فى يد المشتري رجوع على من شاء بالقيمة (٢) فإن رجع على المشتري رجوع على الوكيل بما أخذ منه

يد مضمونه و قرار الضمان على المشتري لحصول الهلاك فى يده و إن رجع الموكل عليه لم يرجع على الوكيل بل يرجع عليه بالثمن الذى سلمه لخروج المبيع مستحقا (قلت) و بذلك صرح فى المبسوط و التحرير و جامع المقاصد و الكفاية لكن فى الأولين أن ذلك فى صورة ما إذا صدقاه و أنه إن رجع على الوكيل بالقيمة رجوع بها على المشتري فى الحال و فى (جامع المقاصد) أنه إن رجع الموكل على الوكيل قبل الأجل فيما نحن فيه و هو ما إذا صدق المشتري الموكل رجوع الوكيل بالثمن على المشتري بعد الحلول لا قبله و وجهه واضح لأنه مكذب للموكل و حكم زيادته على القيمة ما تقدم (و إن كان الثانى) فقد قال فى التذكرة و إن صدق أى المشتري الوكيل قدم قول الموكل مع يمينه و إن حلف أخذ العين و إن نكل حلف المشتري و بقيت العين له (قلت) مراده أن المشتري يحلف أن الموكل أذن له فى ذلك و لا يخفى عليك الفرق بين هذه و بين ما إذا أنكر الوكالة فإنه هناك يحلف على نفى العلم إن ادعاه عليه و لم يبين لنا ما إذا نكل المشتري عن ذلك أى اليمين المردودة و لا ما إذا نكل الوكيل أيضا عنها و لعله يقول إن الحكم يكون كما لو حلف الموكل و لم يبين لنا أيضا ما إذا رجع عليه حينئذ أو بادئ بدء و سيأتى للمصنف فيما إذا باع بألف و قال إنما أذنت بالعين و قد تلفت العين أنه إذا رجع على المشتري لا يرجع على الوكيل بشيء إن صدقه و قد قال فى جامع المقاصد إنه غير جيد و إنه يرجع بالثمن إذ لا مصرف أولى به من رده إليه نعم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه أن لا يرجع بها و بذلك جزم فيما

يأتى فى مجمع البرهان و الكفاية قالا إن كان الثمن أقل أو مساويا أخذه قصاصا و إن كان أزيد من القيمة لم يرجع بالزائد (قال فى الكفاية) و يبقى الزائد فى يد الوكيل مجهول المالك (و قال فى مجمع البرهان) ينبغى أن يردده المشتري أو الوكيل إلى المالك لأنه ماله بزعمهما و قال فى (التذكرة) و إن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع فى الحال لأنه يتعارف أنه ظلمه بالرجوع عليه و إنما يستحق الثمن المؤجل فإذا حل كان للوكيل أن يرجع عليه بأقل الأمرين لأن القيمة إن كانت أقل فصاحب السلعة يقول إنه لا يستحق إلا ذلك و إن كان الثمن المسمى أقل رجع به لأنه يقربان صاحب السلعة ظلمه بأخذ القيمة و إن كذبه أحدهما دون الآخر رجع على المصدق و حلف على المكذب و يرجع حسب ما ذكر فى تكذيبهما له و هو يندرج فى بعض ما تقدم (و إن كان الثالث) و هو ما إذا لم يصدق المشتري واحدا منهما فالظاهر أنه إذا حلف الموكل استرد العين إن كانت باقية و إن كانت تالفة فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بأكثر الأمرين إذا كان جاهلا على ما تقدم لنا فى باب البيع لأنه مغرور أقدم على ضمانه بما دفع من الثمن لا بالقيمة و إن رجع على الوكيل رجع على المشتري بالثمن إن لم يرجع إلى تصديق الموكل و إلا رجع بأقل الأمرين بعد الحلول (قوله) (و يأخذ العين)

أى يأخذ الموكل العين و قد علمت أنه يستردها فى جميع الصور المتقدمة إذا كذبا و لم يصدقه إلا فى ما إذا أنكر المشتري الوكالة بالكلية و حلف على نفي العلم كما عرفت آنفا و الأمر فيما إذا صدقه واضح (قوله) (فإن تلفت فى يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة)

قد عرفت اتفاق كلمة المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد على ذلك حيث يعترف المشتري بالوكالة أو يثبت بالبينه كما عرفت تفصيل ذلك و كما ستسمعه

(قوله) (فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٣

من الثمن (١) و إن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع فى الحال بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن و القيمة (٢) و لو ادعى الإذن فى البيع بألف فقال إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم يستعيد العين و مع التلف المثل أو القيمة على من شاء فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه و إن رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه (٣)

قد عرفت أن ذلك إذا ثبت أصل التوكيل باعتراف المشتري أو ثبت بالبينه و حلف الموكل على نفي ما يدعيه الوكيل و كذا إذا نكل المشتري عن اليمين على نفي العلم و حلف الموكل على ثبوت الوكالة كما تقدم لكنه يرجع بأكثر الأمرين من القيمة و الثمن إذا كان جاهلا بالمخالفة لأن القيمة إذا كانت أكثر فلأنه مغرور قد أقدم على ضمانه بما دفع لا بالقيمة كما أوضحناه فى باب البيع لكنه قال فى المبسوط هنا إنه إن رجع على المشتري أخذ منه جميع القيمة و لم يكن له أن يرجع على الوكيل بشيء و هو مخالف بظاهره ما اخترناه من رجوعه بأكثر الأمرين كما هو ظاهر الكتاب و كما ذهب إليه جماعة و استشكل فيه آخرون و إن كان الثمن أكثر رجع به لفساد البيع كما هو ظاهر

(قوله) (و إن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع فى الحال بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن و القيمة)

كما فى المبسوط و التحرير فيما إذا كذب المشتري و الوكيل الموكل فى دعواه أى و اعترف المشتري بأصل التوكيل و فيه ما فيه كما تقدم و يأتى و فيما إذا أنكر المشتري الوكالة بالكلية و نكل عن اليمين على نفي العلم و حلف له الموكل على ثبوتها و حلف للوكيل على نفي التوكيل فى النسبته فإن الوكيل فى هذه الصورة بقيودها لا يطالب المشتري فى الحال عند المصنف فى التذكرة و المحقق الثانى بل عند الأجل فإذا حضر و رجع إلى تصديق الموكل طالب المشتري بأقل الأمرين عندهما و إن أصر طالبه عندهما بالثمن كله و يدفع ما زاد منه على القيمة إلى القاضى و كذا يرجع الوكيل بالثمن كله بعد الأجل إذا صدق المشتري الموكل و رجع الموكل عليه

أى الوكيل عند المحقق الثانى و لو قلنا بأن الإنكار يقتضى العزل أو لم يكن وكيلا كما هو إطلاق العبارة و رجح بأقل الأمرين دائما كما تقدم آنفا و لعل إطلاق المبسوط و التحرير بأقل الأمرين ملحوظ فيه ذلك و يرجع الوكيل على المشتري إذا رجح عليه الموكل بعد الأجل بأقلهما عندهما إذا صدق المشتري الوكيل و الموكل تركه و رجح على الوكيل و يرجع عندنا بأقلهما فيما إذا لم يصدق أحدهما و رجح الوكيل بعد الحلول إلى تصديق الموكل و فيما إذا كذبه الوكيل فقط فحلف عليه ثم رجح إلى تصديقه بعد الحلول فالعبارة على إطلاقها غير مستقيمة إلا أن تقول إنه بناه على أنه غير وكيل فى القبض كما هو قاعدة الوكيل أو على أن الجحود يقضى بالعزل و إن استشكل فيه فيما سلف فتأمل

(قوله) (و لو ادعى الإذن فى البيع بألف فقال إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم يستعيد العين و مع التلف المثل أو القيمة على من شاء فإن رجح على المشتري لم يرجح على الوكيل إن صدقه و إن رجح على الوكيل رجح الوكيل بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه) كما صرح بذلك كله فى الإرشاد و مجمع البرهان و كذا الكفاية (و قال فى جامع المقاصد) الحكم فى هذه كالحكم فى المسألة السابقة بغير تفاوت (قلت) و لعله لذلك لم يتعرض لها فى المبسوط و التذكرة و التحرير و قال فى جامع المقاصد هذا إنما يستقيم بعد ثبوت أصل التوكيل مع حلفه على نفي ما يدعيه الوكيل (قلت) هذا هو المفروض كما يظهر لمن تدبر فى الكتابين و قد تعرض المصنف هنا و فى الإرشاد فى صورة تصديق المشتري مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٤

[الثالث أن يختلفا فى التصرف]

(الثالث) أن يختلفا فى التصرف كأن يقول تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فيقول الموكل لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل لأنه أمين و قادر على الإنشاء و التصرف إليه (١)

الوكيل لما لم يتعرض له و لا- غيره فى تلك الصورة فى المسألة السابقة و هو أنه إن رجح على المشتري لم يرجح على الوكيل إن صدقه و لم يستجوده فى جامع المقاصد قال لأنه مع تصديقه إياه لا يستحق الوكيل الثمن المدفوع إليه و الموكل لا يدعيه و قد أغرم المشتري عوض العين فلا مصرف أولى به من هذا نعم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه أن لا يرجح بها انتهى و أنت قد سمعت تحرير ذلك آنفا و الظاهر أن المسألة مفروضة فى كلام المصنف فى الكتابين فى أن الوكيل لم يتسلم الثمن من المشتري لأنه لا يملك أخذه فمراده فيهما أن المشتري لا يرجح على الوكيل بشيء من ماله لأنه لم يغره لأنه مصدق له و ذلك لا ينافى أخذه الثمن منه لو كان سلمه له كما هو ظاهر أو يحمل على أنه تلف الثمن فى يده من دون تفريط فقوله ليس بجيد غير جيد و لا صحيح و يجب على المشتري إن كان اشترى بعين شخصية دفعها للموكل بل يجب عليه إن كان الثمن أزيد من القيمة أن يعطيه القيمة و الزيادة بل له أن لا يعطى الوكيل شيئا أصلا إن تمكن من ذلك و كان قد دفع الثمن للوكيل بإذن الموكل (و قال فى جامع المقاصد) لا يخفى أن قوله و إن رجح على الوكيل رجح عليه بأقل الأمرين إنما يتم إذا لم يثبت أصل التوكيل و رجح الوكيل إلى تصديق الموكل فليتأمل ذلك انتهى (قلت) قد عرفت أنه و المصنف فى التذكرة قيدا فى المسألة السابقة رجوع الوكيل بأقل الأمرين على المشتري إذا رجح الموكل عليه بهذا القيد و قال إنه إن أصر رجح بكل الثمن كما بيناه آنفا و نزلنا العبارة على أحد وجهين و قد تقدم أنه يرجح بأقل الأمرين فى عدة مواضع إذا ثبت أصل التوكيل و أنه يرجح بكل الثمن إذا لم يثبت أصل التوكيل عند المشتري و أصر الوكيل على دعواه لأن الثمن كله للوكيل على زعم المشتري و كذلك إذا ثبت أصله عند المشتري صدق الموكل أو لم يصدق و أصر الوكيل كما تقدم ذلك له فى جامع المقاصد قال و إن كان الثمن أزيد دفع الزيادة للحاكم نعم حيث يرجح الوكيل إلى تصديق الموكل يتعين عليه

المطالبة بأقل الأمرين و مما ذكر يظهر وجه ما قاله المقدس الأردبيلي قال قول المحقق الثاني لا يخفى أن ذلك إنما هو إذا لم يثبت أصل التوكيل إلى آخره غير ظاهر لأن الحكم المذكور ثابت على تقدير ثبوت وكالته لم يتغير إلا أنه لو كان الثمن زائدا فإنه يعطيه الموكل بل ما يفهم وجه (معنى خ ل) لرجوعه بأقل الأمرين على المشتري على تقدير عدم ثبوته إذ حينئذ يكون المال للوكيل بزعم المشتري فيرجع عليه بكل الثمن إلى أن قال على أنه يصير المتن يعنى متن القواعد في غاية الركاكة و لعل في العبارة غلطا يعنى عبارة جامع المقاصد و قد عرفت أنها صحيحة و النسخ المتعددة فيها متوافقة

(قوله) (الثالث أن يختلفا في التصرف كأن يقول تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فيقول الموكل لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل لأنه أمين و قادر على الإنشاء و التصرف إليه)

و لأنه منكر على بعض تعاريف المنكر لأنه إذا ترك ترك و لأن الظاهر من كون التصرف إليه و قدرته على الإنشاء أنه أوقع الفعل لانتفاء المقتضى للتأخير كما أشار إليه المصنف و لحصول الضرر و سد باب الوكالة لأنه ربما كان صادقا و تعذرت البينة و لم يتمكن من أخذه ممن اشتراه فتكليفه بذلك ضرر ظاهر و لأن الاختلاف في فعله و هو أعلم به و لأنه محسن فما عليه من سبيل و بذلك جزم في الإرشاد و اللمة و في (المبسوط) أنه الصحيح و في (الشرائع) أنه الأشبه و في (المسالك) أنه أجود و في (الروضة مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٥

و يحتمل تقديم قول الموكل للأصل الدال على عدم إلزام الموكل بإقرار غيره (١)

أقوى و هو الأنسب بكونه أمينا و متصرفا لغيره فلتقديم قوله وجه كما في جامع المقاصد (قوله) (و يحتمل تقديم قول الموكل للأصل الدال على عدم إلزام الموكل بإقرار غيره)

و لأن الأصل عدم التصرف و الأصل بقاء الملك على مال مالكة و لأنه منكر ظاهرا و الأمانة مطلقا ممنوعة و كذلك الضرر على أنه معارض بمثله و إلا - عريفه ليست بحجة و لكنه لا - جازم به على الإطلاق أصلا غير أنه قال في مجمع البرهان كأنه أظهر (و قال في التذكرة) في موضع منها إن كان النزاع قبل عزل الوكيل فالأقرب تقديم قوله أى الموكل و جزم بتقديم قوله إن كان النزاع بعد عزله مع أنه له تفصيل آخر في التذكرة ستسمعه عند تمام الكلام يخالف هذا التفصيل و يوافق المبسوط في أحد شقيه و في (جامع المقاصد) أنه أمتن دليلا و قال للتوقف مجال و لا ترجيح في موضع من التذكرة و صرح بالتردد في التحرير في تقديم قول الوكيل و في (مجمع البرهان) ما حاصله أنه يوجب على الموكل أن لا يبنى على الظن و الظاهر و أصل العدم بل لا يجوز له الحلف حتى يعلم العدم و إن كان عزيزا كأن يكون معه و لم يفارقه و الحال أن العمل يحتاج إلى المفارقة أو عمل الجوارح و نحو ذلك و على كل حال فالقول الأول هو الأقوى و الأشبه و الأعراف بين أهل السوق و سيرتهم مستمرة على تصديق الوكيل و هو المستفاد من ظواهر الأخبار لمن لحظها في أبواب الأمانات كالوديعه و العارية و الإجارة و غيرها و قد مثل المسألة في التحرير بما إذا قال بعث أو قبضت و تلف في يدى فقال في المسالك لا يحتاج إلى تقييد ذلك بكون الثمن قد تلف في يد الوكيل كما ذكره بعضهم تبعا للتحرير لأن دعوى التلف أمر خارج عن المسألة لأن حاصل هذه المسألة أن الموكل يدعى عدم التصرف ليرجع العين و الوكيل يدعى الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أو لا إذ دعوى التلف أمر آخر قد تقدم سابقا و إلى ذلك أشار في الروضة بقوله لا فرق بين قوله في دعوى التصرف بعث و قبضت و تلف في يدى و غيره لاشتراك الجميع في المعنى و دعوى التلف أمر آخر و قد خبط بعض المحشين عليها خبطا مع أنه غير منكور التحقيق و كأن الشهيد الثاني لم يلحظ التذكرة في مقام آخر و لا الكتاب و لا الإرشاد فإنه فصل في الثلاثة تفصيلا مشتملا على أن دعوى التلف ليست أمرا آخر بل لها مدخل عظيم في المسألة إذا قال قبضت و تلف الثمن في يدى و هو أن الوكيل إنما يقدم قوله في التلف بعد ثبوت وصول المال إليه (و حاصله) أنه إذا باع و قبض الثمن و تلف في يده و أنكر الموكل قبض الثمن للوكيل بالكلية كما هو المفروض في التحرير و إن شئت قلت و أنكر التصرف بالكلية و كانت الدعوى بعد تسليم

المبيع للمشتري لأن الموكل لم يجد فى يد وكيله مبيعا و لا ثمنا فالقول قول الوكيل مع يمينه لأن دعوى الموكل تلزم منها خيانتة بأن يكون سلم المبيع قبل أن يتسلم الثمن لأنه لا يجوز له تسليمه إلا بعد قبض الثمن مضافا إلى الأصول المتقدمة و غيرها من دفع الغرامة عنه و أما إذا كانت الدعوى قبل تسليم المبيع مع وجوده فى يد الوكيل فالقول قول الموكل لأنه لا يلزم منه خيانتة و أن قول الوكيل فى التلف أنما يقدم إذا ثبت وصول المال إليه مضافا إلى ما تقدم من أدلة العدم فالمصنف فى التحرير متردد فى تقدم قول الوكيل فى الجميع و لا فرق عنده بين الجميع و يشهد على ذلك أنه فى التحرير حكى عن المبسوط فى هذا العنوان فى صورة التلف التى مثل لها فى التحرير أنه قولى قول الوكيل مع أنه فى المبسوط لم يتعرض فى هذا العنوان لصورة التلف أصلا و ما ذاك إلا لأنه فهمه من إطلاق كلامه و أنه معرض عن هذا التفصيل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٤٤٦

و لو قال اشترت لنفسى أو لك قدم قوله مع اليمين (١)

الذى هو الأظهر عند الشافعية و لم يتعرض للمسألة فى الخلاف (و ليعلم) أن هذا التفصيل حكاة فى التذكرة عن الشافعية و ظاهره حيث سكت عليه ارتضاؤه و قد تقدم له قبل ذلك بلا فاصلة أن الأقوى عدم قبول قول الوكيل و قال فى آخر كلامه إن هذا التفصيل و تقديم قول الوكيل إنما هو إذا استلزم دعوى الموكل خيانتة أما إذا أذن له فى التسليم قبل قبض الثمن أو أذن فى البيع بثمن مؤجل و فى القبض بعد الأجل فهنا لا- يكون خائنا بالتسليم قبل القبض فالخلاف كالاختلاف قبل التسليم و معناه أنه يقدم قول الموكل حينئذ و لم يلتفت إلى التفصيل بالعزل و عدمه فكان كلامه فيها مضطرب هذا كلامهم فى هذا العنوان نفيا و إثباتا و هو ما إذا اختلفا فى التصرف فقال تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق أو نحو ذلك كأن يقول بعت و ينكر الموكل ذلك أو يقول بعت و قبضت و تلف الثمن فى يدي و ينكر الموكل القبض بالكلية فضلا عن التلف و لهم كلام آخر أول من ذكره الشيخ فى المبسوط و هو أنه إذا وكله فى قبض دينه من غريم له فقال الوكيل قبضت و تلف فى يدي و صدقه الغريم فى ذلك و أنكر الموكل فإن فى المبسوط و فى التذكرة و الشرائع و التحرير و الكتاب أنه يقدم قول الموكل على إشكال فى الثلاثة الأخيرة و كذا جامع المقاصد و الكفاية و فى (الإيضاح و المسالك) كما عن الشهيد أن هذا اختلاف فى التصرف فيبنى الحكم على الخلاف فى ذلك و فى (الإيضاح) أن الأصح تقديم قول الوكيل هنا و فى (المسالك) أنه الأقوى و إليه مال فى جامع المقاصد و أطبقوا جميعا فى هذه الكتب عدا التذكرة على أنه لو أمره ببيع السلعة و تسليمها و قبض ثمنها فأقر بالبيع و تسليم المبيع و قبض الثمن و تلفه فى يده من غير تفريط و صدقه المشتري كان القول قول الوكيل و فرقوا بين المسألتين بأن قول الموكل فى المسألة الأولى معتضد بالأصل و ليس ثم ما ينافيه بل لا دعوى له على الوكيل لأن الموكل يدعى بقاء المال على المدين دون الوكيل لأنه يقول له لا أستحق عليك شيئا لأنك لم تقبض المال و لهذا إذا حلف المدعى طالب المدين و لا يثبت له بيمينه على الوكيل شىء فكان بمنزلة ما إذا ادعى من عليه الدين دفع المال إليه و هو ينكره فالقول قوله فكذا هنا صرح بذلك كله فى المبسوط (و أما المسألة الثانية) فقول الموكل و إن كان معتضدا فيها بالأصل أيضا إلا أنه يقتضى خيانتة الوكيل و تضمينه بتسليمه المبيع قبل قبض الثمن و فى (الشرائع و جامع المقاصد و المسالك) كما عن الشهيد أن فى الفرق نظرا لاشتراكهما فى كون النزاع فى تصرف الوكيل و قد تقدم أن قوله مقبول فيه فينبغى أن يقدم قوله فى الصورتين (قلت) و لهذا استشكل جماعة فى تقديم قول الموكل فى الأولى و جزموا بتقديم قول الوكيل فى الثانية و أما التذكرة فقد سمعت ما فيها فى المواضع المتعددة و حيث يقدم قول الوكيل فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن وجهان قوى ذلك فى التذكرة و استظهره فى المسالك لأن الحق واحد و يحتمل العدم لأصالة عدم الأداء و إنما قبل من الوكيل لائتمانه و هذا المعنى مفقود فى المشتري إذ لا يقبل قوله فى ذلك لو كان النزاع معه ابتداء و قد نفى عنه البأس فى التذكرة أيضا

(قوله) (و لو قال اشترت لنفسى أو لك قدم قوله مع اليمين)

كما فى التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و كذا التذكرة و جامع الشرائع و ظاهر الشرائع أنه يقدم قوله من دون يمين و قد يدعى أن ذلك ظاهر الإرشاد و ليس كذلك لأنه خرطه فى سلك مسائل لا بد فيها من اليمين و قد تأمل فى مجمع البرهان فيما إذا قال اشترت لك و وافق فيما إذا قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٧

و لو قال اشترت بمائة فقال الموكل بخمسين احتمال تقديم قول الوكيل لأنه أمين و الموكل لأنه غارم و الوكيل إن كان الشراء بالعين لأنه الغارم لما زاد على الخمسين و الموكل إن كان الشراء فى الذمة لأنه الغارم (١)

[الرابع أن يختلفا فى الرد]

(الرابع) أن يختلفا فى الرد فلو ادعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قدم قول الموكل

اشترت لنفسى و مثله ما فى موضع آخر من الكفاية أما تقديم قوله فى المسألتين فإن الاختلاف راجع إلى قصده و لا يعرف إلا من قبله و هو أبصر بنيته فيرجع إليه فيه كما وجه بذلك فى الشرائع و غيرها و أما أن ذلك مع اليمين فلا إمكان اطلاع الموكل على ذلك بإقراره قبل ذلك و قد يكون مبنيا على سماع دعوى التهمة و أما تقديم قوله من دون يمين فإما أن يكون بناء على عدم سماع دعوى التهمة أو يكون الموكل قد صرح بأنه قصد ذلك من غير وجه محتمل و فى (مجمع البرهان) أن موضوع المسألة أن الموكل علم ذلك بطريق شرعى عنده كأن يكون حاضرا وقت الاتباع فذكر نفسه أو الموكل و أما إذا سلم له أنه أطلق فالظاهر أن القول قول الوكيل بغير نزاع إذ لا يمكن دعوى أنه قصد غير ما ادعى انتهى و هو يخالف ظاهر ما سمعته من تعليلهم و صريح المسالك و المفروض فى التذكرة أنه اشترى بدراهم الموكل و لم يسمه فى العقد بل أطلق و اختلفا و قال إن القول قول الوكيل و وزن الدراهم و دفعها بعد حصول العقد لا يؤثر فيه و حكى عن أصحاب أبى حنيفة أن القول قول الموكل قال و اختلفوا فيما إذا تصادقا على أنه لم ينو نفسه و لا الموكل فأبو يوسف على أن الحكم للدراهم و محمد بن الحسن أن الحكم للوكيل و الأولى لهما التفصيل

(قوله) (و لو قال اشترت بمائة فقال الموكل بخمسين احتمال تقديم الوكيل لأنه أمين و الموكل لأنه غارم و الوكيل إن كان الشراء بالعين لأنه الغارم لما زاد على الخمسين و الموكل إن كان الشراء فى الذمة لأنه الغارم)

قد ذكر فى المسألة ثلاثة احتمالات و لا بد فيها من فرض كون المبيع يساوى مائة كما فى التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و إلا لم يكن الشراء صحيحا و الاحتمال الأول خيرة المبسوط و اللمعة و فى (شرح الإرشاد) لولده أنه أولى و فى (جامع المقاصد و الروضة) أقوى و فى (المسالك) قوى لأنه أمين و لأنه محسن فلا سبيل عليه غير اليمين و لأن الظاهر أن الشئ إنما يشتري بقيمته و لأنه قد يكون صادقا كما هو الظاهر فيلزم إضراره بالغرم و قضية إطلاق هؤلاء أن القول قول الوكيل و إن كان قد اشترى فى الذمة بل قد نسب ذلك فى التحرير إلى المبسوط و الاحتمال الثانى خيرة الشرائع و الإرشاد و كذا التذكرة و مجمع البرهان للأصل أى أصل براءته من الزائد و لأنه منكر و لأنه غارم و أن ذلك إثبات حق للبائع على الموكل و الأصل فى ذلك الأصل (وفيه) أن التمسك به بعد فرض أن المبيع يساوى مائة إسقاط لحق البائع ظاهرا بغير وجه بل الأصل بقاء التنازع فيه فى ذمته لأن الأصل عدم استحقاق العين بالثمن الأقل و الظاهر عدم شراء يساوى مائة بخمسين و قد رماه بالضعف فى جامع المقاصد و الاحتمال الثالث و هو التفصيل مذهب أبى حنيفة لأنه إن كان اشترى بعين مال الموكل و هى المائة كان أى الوكيل غارما لأن الموكل يطالبه برد ما زاد على خمسين فيقدم قوله و إن كان قد اشترى فى الذمة قدم قول الموكل لأنه غارم لأن الوكيل يطالبه بالزائد عن الخمسين و قد رده فى التذكرة بإبطال الفرق المذكور من حيث إن الغارم فى الموضعين هو الموكل لأن الوكيل إما أن يطالبه بالثمن أو يؤديه من مال

الموكل الذى هو فى يده وفى (مجمع البرهان) أن وجهه غير واضح ولا ترجيح فى التحرير و غاية المراد كالكتاب (قوله) (أن يختلفا فى الرد فلو ادعى الوكيل رد العين أورد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٨ على رأى (١) و قول الوكيل إن كان بغير جعل على رأى (٢)

ثمنها قدم قول الموكل على رأى)

موافق لما فى السرائر و الشرائع و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية (و قال فى التحرير) لو قيل به كان حسنا و فى بعض هذه الجزم بذلك و فى بعضها بلفظ الأشبه و الأقوى و الأقرب و الأصح لأنه منكر و الأصل عدم الرد لقولهم عليهم السلام على اليد ما أخذت و لا يلزم سد باب قبول الوكالة إذ الإشهاد ممكن و قد قالوا أنه له الامتناع حتى يشهد بخلاف التلف لأنه قد يتلف فى موضع لا- يمكنه فيه الإشهاد مع أنه قد ادعى عليه الإجماع هناك و لا إجماع هنا و ستسمع تحقيق المقام

(قوله) (و قول الوكيل إن كان بغير جعل على رأى)

مشهور كما فى الشرائع و شرحها للصيمرى على ما حكى و الكفاية و هو مذهب الشيخ و الأتباع كما فى غاية المراد و هو يدل على الإجماع قبل ابن إدريس إذ لم نجد مخالفا قبله و ظاهر المذهب البارع أو صريحه الإجماع عليه حيث قال الأئمة على ثلاثة أقسام (الأول) من يقبل قوله فى الرد إجماعا و ضابطه من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله فى ردها حذرا من مقابلة الإحسان بالإساءة و استشكله العلامة من حيث إن الأصل عدم الرد و جزم فى كتاب فتواه بموافقة الأصحاب انتهى فتأمل فيما حكاه عن المصنف و هو خيرة المبسوط و المذهب للقاضى على ما حكى و جامع الشرائع و النافع و كشف الرموز و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و كأنه قال به أو مال إليه فى التذكرة و فى بعضها الجزم بذلك و فى بعضها بلفظ الأشبه و الأصح و أنه حسن و نحو ذلك فقد اشتمل كلامهم على حكيمين منطوقا من الأكثر و مفهوما من الكتاب و نحوه القبول بدون الجعل و عدمه معه (أما الأول) فلأنه أمين محسن إحسانا محضا لأنه قبضه لمصلحة المالك فكان كالودعى و قد تقدم لنا فى باب الودعية نقل الشهورات المستفيضة و الإجماعات الكثيرة الصريحة و الظاهرة على قبول قوله فى الرد و لا فارق أصلا كما أوضحناه و بيناه هنا و استشهدنا عليه بكلامهم فى باب المضاربة هذا كله مضافا إلى الأخبار الناهية عن رمى الأمين بالتهمة و تكليفه البينة و هذه الأخبار أخص من الأخبار الدالة على ما ذكره و هى أن البينة على المدعى و اليمين على من أنكر و قد اعتضدت بالشهرة المحكية فى الشرائع و غيرها مضافا إلى ما يظهر من غاية المراد كما عرفت و ما فى المسالك و الروضة من أن الأمانة لا تستلزم القبول كما لم تستلزمه فيما إذا كانت بجعل مع اشتراكهما فى الأمانة و كذلك الإحسان و السبيل المنفى مخصوص فإن اليمين سبيل فأطرف شىء لما عرفت من أن الأخبار مستفيضة بذلك و بذلك طفحت عباراتهم مستندين إليها فى أبواب الأمانات بل قال هو فى الروضة من دون فاصله لو اختلفا فى التلف حلف الوكيل لأنه أمين فقد تمسك بها و لم يستند فى ذلك إلى غير ذلك أصلا و لولا الإجماع المحصل من كلامهم فى المقام على عدم قبول قوله إذا كان هناك جعل لقلنا بقبول قوله مطلقا لمكان عموم تلك الأخبار و لا- منافاة بين قبول قوله بدون الجعل و عدمه معه بالإجماع إذ العام المخصوص حجة فى الباقي هذا مع تسليم اشتراكهما فى الأمانة و عدم الفرق واضح بين الأمانة المحضة و التى مع الجعل إلا أن تقول إن الجعل غير متعلق بعين المال كالمرهون و المستعار و إنما هو لازم لذمة الموكل فيكون قبضه قبض أمانة محضة و لا يخلو من وجه لو لا اشتغال قوله على تعلق الحق بذمة الموكل مستقرا و لعله هو الباعث على الإجماع الفارق (و مما ذكرناه) يعلم ضعف ما ضعف به نفى السبيل بتوجيه اليمين عليه و هو سبيل كما اعترف به فى حاشية على الروضة قال السبيل المنفى نكرة فى سياق النفى فيعم و تخصيصه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٤٩

و لو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت بينه أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته (١)

بعض أفرادها بإثبات اليمين عليه إجماعاً لا ينفى حجته في الباقي فيبقى دالاً على محل النزاع ثم قال إلا أن يدعى أن السبيل لا يتناول مثل ذلك قلت هي دعوى يكذبها العرف واللغة لأن العموم لغوي يتناول النادر وغيره نعم قد يدعى أن اليمين ليست من أفراد السبيل بالكيفية على تأمل في ذلك (و ليس لك أن تقول) لو قبل قوله في الرد بدون الجعل لذهبت الأمانات آخر الدهر (لأننا نقول) إن ذلك جار في التلف فإنه يقبل قوله فيه خفياً كان أو ظاهراً وفي الوديعة رداً وتلفاً مع إنا نجد أفسق الفساق يأبى عن اليمين لظهور تأثيرها ولا تصغ إلى قوله في المسالك إن ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول اليتيم والموصى له في عدم القبض وهو يؤيد تقديم قول الموكل للاشتراك في العلة بل ربما كان الإحسان هنا أقوى لمكان الفرق بين المقامين من جهة النص والفتاوى أما النص فلأن مورده النهي عن اتهام من ائتمنه فالخطاب إنما توجه للذي دفع إليه المال بعنوان وكاله أو وديعة أو عارية لا من كان عنده مال لغيره بعنوان ولاية أو وصاية أو نحو ذلك وأما الفتاوى فلأنه يأتي عن المبسوط وغيره أن كل أمين ادعى رد الأمانة على من لم يأتمنه وأنكر المدعى عليه كان القول قوله بيمينه كما يأتي الكلام فيه قريباً (و كيف كان) فقد عرفت أن استناد الأصحاب في الباب إلى أنه أمين في المسألة وغيرها وفي باب الوديعة وغيرها إنما هو استناد إلى الأخبار التي أشرنا إليها آنفاً وذكرناها كما ذكرناها في باب الوديعة والإجارة وغيرها فما تحذلق به صاحب الحدائق بقوله إنهم غفلوا عن ملاحظة هذه الأخبار ولم يطلعوا عليها مكرراً لذلك غفلة منه وعدم معرفته أو عدم اطلاع على كلام الأصحاب وكيف لا يطلعون عليها وهم لا يزالون يستدلون بها ومنهم وصلت إليه و أيم الله إن أمر هذا الرجل لعجيب و ما أحراه بقول الشارع

و ابن اللبون إذا ما لز في قرن لم يستطع صولة البزل القناعيس

(قوله) (و لو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت بينه أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته)

كما أطلق كذلك في التذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد لأنه كذبها بجحوده فإن قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً وقد تقدم للمصنف في باب الوديعة أنه لو جحدتها فأقيمت البينة عليه فادعى الرد أو التلف من قبل فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى لتناقض كلامه وقد حكينا ذلك هناك عن الشيخ والمحقق والشهيدين والمحقق الثاني وحكينا في مضاربه الكتاب عن الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية أنه لو أنكر الوديعة والقراض ثم ادعى التلف بعد الإقرار أو البينة ضمن ولم تقبل دعواه وحكينا في باب الوديعة أيضاً كلامهم في هذا الباب وقلنا هناك إنه قال في الإرشاد في الباب إنه إن ادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود لم يقبل قوله ولم تسمع بينته لعدم سماع دعواه ومعناه لأنه أكذب دعواه بالجحود وكل من أكذب دعواه لم تسمع بينته وقال و لو ادعى الرد بعد الجحود سمعت دعواه ولا يصدق لخيانته وتسمع بينته (و قال في جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة لعدم التنافي وغايته أن يكون بالجحود غاصباً فإذا رجع إلى الاعتراف أو قامت به البينة فادعى الرد بعد الجحود لم يكن مكذباً لبينته وإلا للزم أنه لو اعترف بالقبض ثم ادعى تجدد التلف لا تسمع دعواه وهو باطل انتهى و لم يتضح لنا الفرق لأنه في الموضوعين أكذب دعواه بالجحود ولعله لذلك فهم مولانا المقدس الأردبيلي من قوله في الإرشاد لو ادعى الرد بعد الجحود أنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٥٠

و يقبل قول الوصى في الإنفاق بالمعروف (١) لا- في تسليم المال إلى الموصى له وكذا الأب والجد له والحاكم وأمينه لو أنكر الصبي بعد رشده التسليم إليه والشريك والمضارب ومن حصلت في يده ضالة (٢)

قال قبضت بعد ذلك الزمان الذي أنكرت القبض فيه و رددته إليك و كان ذلك يمكن عادةً تسمع بينته و دعواه لأنه ما صدر منه ما ينافيه و يكذبه و هو معنى صحيح لكن فيه نظرا من وجهين (الأول) أنه خلاف ما صرح به أول من احتمله و هم أكثر الشافعية كما في جامع المقاصد (و الثاني) أن قوله لخيانته ينافيه لأنه حيث قبض المبيع و ما قبض الثمن فينبغي أن تفرض المسألة في أنه سلم المبيع أولا فليتأمل في ذلك و قد حكينا في باب الوديعة عن المبسوط أنه حكى تفصيلا عن قوم و قربه هو و اختاره في التذكرة و هو أنه إن شهدت بينته بالتلف بعد إنكاره و جحده لم تسمع و إن شهدت بالتلف قبل الإنكار سمعت لأن الوديعة إلى حين تلفها كانت على أمانته و طريان الجحود لا يقدح في أمانته و لعله عكس تفصيل الإرشاد و حكينا عن أبي علي أن دعواه التلف تسمع من غير بينة فإذا حلف سقط الضمان لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو و نسيان و رده في المختلف بأن إنكاره مكذب لدعواه و لم يدع النسيان و إن ادعاه و كان من التأويل الممكن سمع و قضيته أنه إن أظهر لإنكاره تأويلا ممكنا قبل كما صرح به الشهيد في الوديعة و كذا المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي في الباب هذا (و قال في الإرشاد) إنه لو ادعى التلف بعد الجحود قبل قوله مع يمينه ليبرئ من رد يمين الثمن و لكنه لما كان خائنا لزمه الضمان فيؤدى المثل أو القيمة و إن كان قوله مقبولا في دعوى التلف لكن ذلك مع عدم ظهور خيانتته و وافقه على ذلك الكركي و الأردبيلي (قوله) (و يقبل قول الوصي في الإنفاق بالمعروف)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و حجر الكتاب و الإيضاح و في الأخير أنه لا شك في ذلك لعسر إقامة البينة في كل وقت و لا فرق بين كونه عليه نفسه أو على دوابه أو عقاره كما في حجر الكتاب و غيره و فيه و في غيره أيضا أنه لا فرق بين الإنفاق و البيع للمصلحة و القرض لها و التلف من غير تفريط كما أنه لا فرق في ذلك بين الوصي و غيره من الأولياء و الشريك و عامل المضاربة و من حصل في يده ضالة فأنفق عليها و تمام الكلام في المسألة و أطرافها و الفرق بين بيع الأب أو الجد عقاره و بين بيع الوصي و أمين الحاكم في باب الحجر و المراد بالمعروف الإنفاق المأمور به شرعا الخالي عن الإسراف

(قوله) (لا في تسليم المال إلى الموصى له و كذا الأب و الجد له و الحاكم و أمينه لو أنكر الصبي بعد رشده التسليم إليه و الشريك و المضارب و من حصل في يده ضالة)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و كذا الكفاية فإن أحدا من هؤلاء إذا ادعى تسليم المال فإنه يكلف بالبينة و في (المسالك) أن ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له و اليتيم في عدم القبض قلت هذا ما أشرنا إليه آنفا و قد تقدم التنبيه على ذلك في باب الحجر (قال في المبسوط) إن الضابط في ذلك أن كل أمين ادعى رد الأمانة على من لم يأت منه و أنكر ذلك المدعى عليه كان القول قوله فيه مثل المستودع يدعى الرد على ورثة المودع و الملتقط يدعى رد اللقطة على صاحبها أو وارثه و الأب و الجد و الحاكم و أمينه و الشريك أو المضارب إذا ادعى رد المال على ورثة صاحب المال و كل من حصل في يده مال لغيره لأن جميع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٥١

[الخامس أن يختلفا في التلف]

(الخامس) أن يختلفا في التلف فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذي قبضه فكذبه الموكل قدم قول الوكيل مع اليمين (١) و كذا الأب و الجد و الحاكم و أمينه و كل من في يد أمانة (٢) و لا فرق بين السبب الظاهر و الخفي (٣) و لو قال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن ثم تلف في يدي قدم قوله لأن الموكل يجعله خائنا بالتسليم بعد الاستيفاء (٤) و لو ظهر في المبيع عيب رده

هؤلاء يدعون رد المال على من لم يأتمنهم عليه و تمام الكلام فى باب الوديعه

(قوله) (الخامس أن يختلفا فى التلف فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذى قبضه فكذبه الموكل قدم قول الوكيل مع اليمين)

كما فى المبسوط و الجامع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى (مجمع البرهان) أنه المشهور و فى (الكفاية) نسبه إلى الأصحاب و فى (المسالك) الإجماع عليه و قد حكى فى مجمع البرهان و غيره عن جامع المقاصد و لم أجده ذكره فى المسألة لكنه ذكر فى أول المطب الرابع أنه يلوح من كلامهم أنه لا خلاف فى ذلك بين علماء الإسلام و قد أوضحناه هناك و أزلنا عن مولانا الأردبيلي الإشكال بل قال هو هناك إنه يشم رائحة إجماع أصحابنا على أن القول قول الوكيل فى دعوى التلف مطلقا مع احتمال تخصيصه بما إذا لم يكن جعل و كيف كان فالأصل فى قبول قوله فى التلف مع الجعل و بدون الإجماع المحكى فى المبسوط و السرائر و جامع المقاصد على أنه فى خصوص التلف أمين فيدخل تحت الأخبار الناهية عن اتهامه و قد يتعذر عليه إقامة البيئه على التلف فقع منه الشارع بقوله و بذلك يخصص الأصل و عموم الخبر كما سمعت فيما مر مضافا إلى الإجماعات و الشهور التى تقدمت فى الوديعه و من العجيب أنه قال فى الحدائق هذا الإجماع المدعى إن كان على التلف خاصة فإن أحدا لم يدعه و قد سمعت دعواه من جماعة ثم إننا لم نعر هنا على مخالف أصلا مع أن الشيخ فى وديعه المبسوط لم يقبل قوله و قول الودعى إذا ادعى التلف بأمر ظاهر إلا بالبيئه مع أنه هنا صرح بعدم الفرق بين كون التلف بأمر ظاهر أو باطن و قد حكينا هناك عن الصدوق فى المقنع و الشيخ فى النهاية و الطوسى فى الوسيله أنه يقبل قوله بدون يمين (و قال فى الفقيه) مضى مشايخنا رضى الله تعالى عنهم على ذلك و حكينا عن أبى على و أبى الصلاح أنه لا يمين عليه إلا مع التهمة إلا أن تقول إن للودعى مزية خاصة لكن بعض ما ذكرناه فى أدلتهم مما يتناول المقام و تمام الكلام هناك

(قوله) (و كذا الأب و الجد و الحاكم و أمينه و كل من فى يده أمانة)

يريد أن كل أمين يدعى التلف فإنه يقدم قوله مع اليمين كما صرح بذلك كله فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد مثل فى المبسوط بالأربعة المذكورة و الشريك و المضارب و المرتهن و الملتقط و المودع و الأجير المشترك حتى أنه ذكر المستام و قد تقدم فيه الكلام

(قوله) (و لا فرق بين السبب الظاهر و الخفى)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و هو قضية إطلاق الباقيين و ظاهر المسالك الإجماع عليه حيث قال عندنا و قد قال فى باب الوديعه إنه المشهور و حكينا فى باب الوديعه الإجماع عن التذكرة و نفى الخلاف عن مجمع البرهان و أنه قد رمى خلاف الشيخ هناك فى التلف بالأمر الظاهر بالشذوذ

(قوله) (و لو قال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن و تلف فى يدي قدم قوله لأن الموكل يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء)

قد تقدم الكلام فيه عند الكلام على الاختلاف فى التصرف

(قوله) (و لو ظهر فى المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٥٢

على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه و الأقرب رده على الموكل (١) و لو قال قبله قدم قول الموكل لأن الأصل بقاء حقه (٢)

لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه و الأقرب رده على الموكل)

القول الأول و تعليله للشيخ فى المبسوط و قد رميا بالضعف فى الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك لأن البائع فى الحقيقة هو الموكل و وصول الثمن إليه و عدمه لا مدخل له فى هذا الحكم أصلا بل فى جامع المقاصد و المسالك أنه لا يجوز رده على الوكيل لأنه ينزل بالبيع إن لم يكن و كيلا فى قبض المبيع على تقدير رده بالعيب و فى (الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك) أن موضع الخلاف ما إذا علم كونه و كيلا- كما يرشد إليه التعليل و قد قرب المصنف رده على الموكل و فى (الإيضاح) أنه أصح و فى (المسالك) أنه أقوى و فى (الشرائع) لو قيل به كان أشبه و فى (التحرير) لو قيل به كان أقرب هذا كلامهم و الذى أراه أنهم جميعا لم يحرروا كلام المبسوط و لئن حرره المحقق و المصنف فى التحرير حيث قالوا و لو قيل فمن المعلوم أن ولد المصنف و المحقق الثانى و الشهيد الثانى لم يحرروه بل لم يلحظوه حيث رموا دليله بالضعف و استنبطوا من التعليل أن موضع الخلاف ما إذا علم كونه و كيلا إذ لو لاحظوا المبسوط لعلموا أنه صريحه و الذى فى المبسوط على ما حصلته من النسخة التى عندى و إن كانت كثيرة الغلط و إن عندى نسختين منه فى الباب لكن لم يكن عندى فى خصوص هذا المقام الذى هو آخر هذا الباب إلا النسخة الكثيرة الغلط إذا و كل رجلا فى بيع ماله و قبض ثمنه فادعى أنه قبض الثمن و تلف فى يده أو دفعه إليه و صدقه المشتري على ذلك و قال الموكل ما قبضه الوكيل كان القول قول الوكيل على أصح الوجهين فإذا حلف برئ فإذا وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب فإن أقام البيئته على أنه دفع ثمنه إلى الموكل أو الوكيل كان له رد المبيع على أيهما شاء و مطالبته بالثمن و إن لم يكن بينه لم يكن له مطالبة الموكل بالثمن و رد المبيع عليه لأنه ما أقر بقبض الثمن منه و ليس للوكيل مطالبة الموكل و يكون القول قول الموكل مع يمينه أنه لا يعلم أنه قبض الثمن من المشتري فإذا حلف لم يكن له مطالبته إلا أن يقيم بينة على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري و تلفه فى يده أو دفعه إليه انتهى ما حصلناه من كلامه و هو كلام قوى لا بأس به لأن الموكل إذا لم يقر بقبض الوكيل الثمن و حلف على عدم العلم بذلك كان عدم رجوع المشتري و الوكيل عليه بالثمن لا يخلو من قوة (قال فى التذكرة) فى المسألة فإذا حلف الوكيل أنه قبض و تلف الثمن فى يده و قلنا ببراءة المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فإن رد على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لا-اعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا و إن رد على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل و القول قوله مع يمينه فى أنه لم يأخذ منه شيئا و لو خرج المبيع مستحقا رجوع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه دفعه إليه و لا رجوع له على الموكل انتهى فقد جوز الرد على الوكيل و قال إنه لا يرجع على الموكل و جزم فيما إذا ظهر المبيع مستحقا بالرجوع بالثمن على الوكيل و إنه لا رجوع للمشتري على الموكل و ليس فى كلام المبسوط إلا- تخييره بالرجوع على أيهما شاء كما أن ذلك قضية كلام التذكرة و الأمر فيه أى التخيير فى كلام المبسوط هين و التأويل قريب ممكن و لا بد من مراجعة نسخة أخرى ليتضح الحال و لا يخفى ما فى كلام التذكرة من التأمل و ما حكيناه عنها موجود فى نسختين منها

(قوله) (و لو قال قبله قدم قول الموكل لأن الأصل بقاء حقه)

أى لو قال الوكيل قبل تسليم المبيع قبضت الثمن و تلف فى يدي قدم قول الموكل لأن الأصل عدم القبض و بقاء حق الموكل عند المشتري و إنما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٧، ص: ٦٥٣

و لو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على إشكال (١)

[السادس أن يختلفا فى التفريط و التعدى]

(السادس) أن يختلفا فى التفريط و التعدى فالقول قول الوكيل

يقدم قول الوكيل في التلف إذا ثبت وصول المال إليه إلى غير ذلك مما تقدم عند الكلام على الاختلاف في التصرف
(قوله) (و لو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على إشكال)

من أن الاختلاف في فعل الوكيل و أنه أمين و من أصالة بقاء حق الموكل عند الغريم كما تقدم بيان ذلك و الفرق بينه و بين ما قبله
و الحمد لله كما هو أهله أولاً و آخرها و ظاهراً و باطناً و الصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المعصومين و
قد من الله سبحانه بفضله و إحسانه و بركة محمد و آله صلى الله عليه و آله لإتمام هذا الجزء من كتاب مفتاح الكرامة بعد انتصاف
الليل من الليلة التاسعة من شهر رمضان المبارك سنة ألف و مائتين و خمس و عشرين على يد مصنفه الأفل الأذل محمد الجواد
الحسيني الحسنی الموسوی العاملي عامله الله سبحانه و تعالی بلطفه و فضله و رحمته و كان مع تشويش البال و اختلال الحال و قد
أحاطت الأعراب من عزيزة القائلين بمقالة الوهابي الخارجي بالنجف الأشرف و مشهد الحسين عليه السلام و قد قطعوا الطرق و نهوا
زوار الحسين عليه السلام بعد منصرفهم من زيارة نصف شعبان و قتلوا منهم جما غفيرا و أكثر القتلى من العجم و ربما قيل إنهم مائة و
خمسون و قيل أقل و بقي جملة من زوار العرب في الحلّة ما قدروا أن يأتوا إلى النجف الأشرف فبعضهم صام في الحلّة و بعضهم
مضى إلى الحسكة و نحن الآن كأننا في حصار و الأعراب إلى الآن ما انصرفوا و هم من الكوفة إلى مشهد الحسين عليه السلام
بفرسخين أو أكثر على ما قيل و الخزاعل متخاذلون مختلفون كما أن آل بعيج و آل جعشم يتقاتلون كما أن والي بغداد جاءه و آل آخر
و أنه معزول و هما الآن يتقاتلان و قد غمت علينا أخبارهما لانقطاع الطرق و بذلك طمعت عنزة في الإقامة في هذه الأطراف و لا قوة
إلا بالله العلي العظيم و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين و رضی الله تبارك و تعالی عن علمائنا
أجمعين و حشرهم « ١ » في أعلى جنان النعيم هذا آخر كلام المصنف قدس الله روحه و به تم كتاب الإجارة و توابعها إلى آخر
الوكالة

(و يليه كتاب الوقوف و العطايا) لأنه قدس سره لم يكتب شرحا على السبق و الرماية و قد عنى بتصحيحه قبل الطبع و بعده و وضع له
الفهرست و جدول الخطأ و الصواب العبد الفقير إلى عفو ربه الغني محسن بن المرحوم السيد عبد الكريم الحسيني العاملي نزيل
دمشق الشام غفر الله له و لوالديه سائلا ممن نظر فيه الدعاء بالخير له و لوالديه و لمن سعى في طبعه أو أعان عليه و لجميع المؤمنين و
كان الفراغ من طبعه في ٢٤ من شهر ربيع الأول سنة ١٣٢٧ من الهجرة المحمدية بمطبعة الشورى بالفجالة القاهرة بمصر و الحمد لله و
صلى الله على نبيه و آله و أصحابه و سلم تسليما آمين

(١) و جعلهم خ ل

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

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جاهدوا بأموالكم و أنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).
قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رحِمَ اللهُ عبداً أحياً أمرنا... يتعلم علوماً و يعلمها الناس؛ فإن الناس لو علموا محاسن
كلامنا لأتبعونا... (بناذر البحار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ
الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشَعْفِهِ بأهل بيت النبي (صلواتُ الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عَجَلَّ اللهُ تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقه لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: ديتية، 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 التحرر الأذق للمسائل الديتية، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدلة أو الرديئة - في 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، توسعه ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في أكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، 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 الديتية، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدّه مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديّه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعیه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الديتية كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفترق وفانى" / بنايه "القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: 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، شعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنّها لا تُوفّي الحجم المتزايد و المتسعّ للامور الدينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركز صاحب هذا البيت (المُسمّى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَل اللهُ تعالى فرجه الشريف) أن يُوفّق الكلّ توفيقاً مترائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء اللهُ تعالى؛ و اللهُ وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات 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

