



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عيد ميلاد
عمر الکرمان

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

مِفْتَاحُ الْإِسْلَامِ

فِي تَرْجُومَةِ أَحْوَالِ الْمَلَائِكَةِ

لِلْمَوْلَانَا سَيِّدِ الْوَالِدِيْنَ وَرَبِّ الْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْكَلْبَلَاوِيِّ

الْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْكَلْبَلَاوِيِّ

دَارُ الْإِسْلَامِ لِلْطُبَاعِ وَالنَّشْرِ وَالنُّوْطِ
بِالْمَدِينَةِ الْمَكِّيَّةِ الْمُشْرَفَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)

كاتب:

سيد جواد بن محمد حسينى عاملى

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٦
١١	اشارة
١١	(كتاب الأمانات و توابعها)
١١	اشارة
١١	(الأول) فى الوديعه
١١	اشارة
١١	(الأول) فى حقيقتها
١٩	(الفصل الثانى) فى موجبات الضمان
١٩	اشارة
٢٠	(الأول) الانتفاع
٢٦	(الثانى) الإيداع
٣٤	(الثالث) التقصير
٣٩	(الرابع) المخالفه فى كيفية الحفظ
٤٥	(الخامس) التضييع
٤٨	(السادس) الجحود
٥١	(الفصل الثالث) فى الأحكام
٦٤	(المقصد الثانى فى العارية)
٦٤	اشارة
٦٤	«الأول» فى الأركان
٦٤	اشارة
٦٥	«الأول» (١) العقد
٦٦	«الثانى» المعير

- ٦٧ «الثالث» المستعير
- ٦٨ «الرابع» المستعار
- ٦٩ «الخامس» إباحة المنفعة
- ٧١ (فروع)
- ٧١ (الأول) لو تلف الصيد عند المحل المستعير
- ٧١ (الثاني) لو قال أعتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز (٤)
- ٧٢ (الثالث) لو أذن الولى للصبى فى الإعارة جاز
- ٧٣ (الرابع) تجوز استعارة الفحل للضراب
- ٧٥ (الفصل الثانى) فى الأحكام
- ٧٥ اشارة
- ٧٥ (الأول) الرجوع
- ٧٥ اشارة
- ٧٨ فروع
- ٧٨ (الأول) لو رجع فى الإعارة للدفن
- ٧٨ (الثانى) لو رجع قبل الغرس
- ٧٩ (الثالث) لو رجع فى إذن الزرع
- ٨١ (الرابع) لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً
- ٨١ (الخامس) لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك
- ٨٢ (السادس) يجوز للمعير دخول الأرض
- ٨٣ (السابع) لكل من المستعير و المعير
- ٨٣ (الثامن) لو أعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع
- ٨٤ (الثانى) الضمان (٢)،
- ٩٤ (الثالث) التسلط على الانتفاع (٢)
- ٩٧ (الرابع) التنازع

- ١٠٢ (فروع)
- ١٠٢ (الأول)
- ١٠٢ (الثاني)
- ١٠٢ (الثالث)
- ١٠٣ (الرابع)
- ١٠٣ (الخامس)
- ١٠٣ (المقصد الثالث) في اللقطة
- ١٠٣ اشارة
- ١٠٤ (الأول) في اللقيط
- ١٠٤ اشارة
- ١٠٤ (الأول) الملقوط
- ١٢٥ (المطلب الثاني في الأحكام)
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٦ (الأول) النسب
- ١٢٦ (الثاني) الإسلام
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٧ و غير المميز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية (٢)
- ١٢٧ اشارة
- ١٢٨ (الأول) إسلام أحد الأبوين
- ١٣٠ (الثاني) تبعية السابي المسلم على رأى إن سبى منفردا (٢)
- ١٣١ (الثالث) تبعية الدار
- ١٣٣ (الثالث) الجناية
- ١٣٦ (الرابع) الحرية
- ١٤٣ (الفصل الثاني في الحيوان)

- ١٦٢ (الفصل الثالث فى لقطه الأموال)
- ١٦٢ اشارة
- ١٦٣ (الأول) فى الأركان
- ١٦٣ اشارة
- ١٦٣ (الأول) الالتقاط
- ١٦٨ (الثانى) الملتقط
- ١٧٤ (الثالث اللقطه)
- ١٨١ (المطلب الثانى فى الأحكام)
- ١٨١ اشارة
- ١٨١ (الأول) التعريف
- ١٨٨ (الثانى الضمان)
- ١٩٢ (الثالث التملك)
- ٢٠٧ (الرابع الرد)
- ٢١٠ (المقصد الرابع فى الجعالة)
- ٢١٠ اشارة
- ٢١١ (الأول فى الأركان)
- ٢١١ اشارة
- ٢١١ (الأول) الصيغه
- ٢١٤ (الثانى الجاعل)
- ٢١٥ (الثالث العمل)
- ٢١٦ (الرابع الجعل)
- ٢١٧ (المطلب الثانى فى الأحكام)
- ٢٣٠ (كتاب الغصب و توابعه)
- ٢٣٠ اشارة

- ٢٣٢ (الأول) فى العصب
- ٢٣٢ اشارة
- ٢٣٢ (الأول) فى الضمان و أركانه
- ٢٣٢ اشارة
- ٢٣٢ (الأول) الموجب
- ٢٣٢ اشارة
- ٢٣٢ (الأول) التفويت بالمباشرة
- ٢٣٢ (الثانى) التسبيب
- ٢٣٣ (الثالث) إثبات اليد
- ٢٦١ (الركن الثانى) المحل المغصوب
- ٢٧٧ (الركن الثالث) الواجب و هو المثل فى المثلى
- ٢٧٨ اشارة
- ٢٧٨ ففى القيمة المعتبرة احتمالات (٢)
- ٢٧٨ (الأول)
- ٢٧٩ (الثانى)
- ٢٧٩ (الثالث)
- ٢٨٠ (الرابع)
- ٢٨٠ (الخامس)
- ٢٨٧ (المطلب الثانى) فى الأحكام
- ٢٨٧ اشارة
- ٢٨٧ (الأول) فى النقصان
- ٣٠٧ (الفصل الثانى فى الزيادة)
- ٣١٩ (الفصل الثالث فى تصرفات الغاصب)
- ٣٤٣ (خاتمة فى النزاع)

- ٣٤٨ (المقصد الثاني) في الشفعة
- ٣٤٨ اشارة
- ٣٤٩ (الأول) المحل
- ٣٤٤ (الفصل الثاني في الأخذ و المأخوذ منه)
- ٣٤٤ أما الآخذ
- ٣٧٢ و أما المأخوذ منه
- ٣٧٧ (فروع) على القول بالثبوت مع الكثرة (٧)
- ٣٧٧ (الأول) لو كان لأحد الثلاثة النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس
- ٣٧٨ (الثاني) لو ورث أخوان و اشتريا دفعة
- ٣٧٨ (الثالث) لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري (٤)
- ٣٧٩ الرابع و لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك
- ٣٨٢ الخامس و لو باع أحد الأربعة و عفا الآخر فللآخرين أخذ المبيع (٢)
- ٣٨٥ السادس لو كان الشفعاء الأربعة غيبا
- ٣٨٧ السابع) لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع
- ٣٨٨ (الثامن) لو اشترى واحد من اثنين شقفا
- ٣٨٩ (الفصل الثالث في كيفية الأخذ)
- ٤٢٩ (الفصل الرابع في مسقطات الشفعة)
- ٤٤٩ (الفصل الخامس في التنازع)
- ٤٧٢ تعريف مركز

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٦

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

(کتاب الأمانات و توابعها)

إشارة

و فيه مقاصد

(الأول) في الودیعة

إشارة

و فيه فصول

(الأول) في حقيقتها

(١)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 (و عليه أتوكل و به أستعين و لا حول و لا قوة إلا بالله) الحمد لله كما هو أهله رب العالمين. و صلى الله على محمد و آله الطاهرين المعصومين. و رضى الله سبحانه عن علمائنا و مشايخنا و صالحى رواتنا أجمعين. (و بعد) فهذا ما يبرز بلطف الله سبحانه من أجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة تصنيف العبد الأقل الأذل محمد الجواد الحسينى العاملى عامله الله فى داريه بلطفه الجلى و الخفى آمين آمين.

(قوله) (كتاب الأمانات و توابعها و فيه مقاصد الأول الودیعة و فيه فصول الأول فى حقيقتها)

اليد فى الشرع على قسمين يد قهر و عدوان و يد أمانة و استئمان (فالأولى) كيد الغاصب الظالم الآثم دون ما عداه مما ذكره جماعة من أقسام الغصب لأن الضمان لا ينافى الاستئمان فى غير الودیعة و منها الودیعة إذا تعدى فيها بخيانته و نحوها أو فرط أو طلبها المالك فلم يخل بينه و بينها (و الثانية) على قسمين أمانة مالكية و أمانة شرعية و الأولى ما كانت مستندة إلى المالك أو من قام مقامه و قد عرفت الثانية فى الروضة و الكفاية بأنها ما أذن فى الاستيلاء عليها شرعا و لم يأذن فيها المالك و فى المهذب البار و إيضاح النافع على قسمين خاصة و عامة (فالخاصة) كل عين حصلت فى يد غير مالکها بإذنه أو بغير إذنه ثم أخبر و لم يطلبها. أو أقره الشارع

على إمسائها كالوديعة والعارية و مال الشركة و المضاربة و العين المرهونة و المستأجرة و الموكل عليها و العين التى هو وصى عليها و يدخل فيها العين المقبوضة بالسوم قال فى المهذب ما معناه أنه زيد ما أقره الشارع على إمسائها ليدخل فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الإسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث فإن الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج فهى فى يده إلى وقت الاستيجار غير مضمونة و ليدخل فيه أيضا اللقطة فإنها فى يد الملتقط لا بإذن المالك بل الشارع أقر يده عليها للاحتفاظ و مراده أن هاتين تدخلان فى تعريف الأمانة الشرعية و قضيتها أن لا تقرّ يدهما عليهما فوجب أن يزداد ذلك لإدخالهما فى الخاصة لمكان التوافق فى الحكم قال- (و أما العامة) فهى كل عين حصلت فى يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهة التعدى كالثوب يطيره الريح إلى دار إنسان و كالوديعة إذا مات مالکها و لم يعلم الوارث و كالعين المأمور بدفعها إلى غيره و المال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من لا يعلم و لو كان الموصى له معينا و علم به كان أمانة خاصة. و حكم الأمانة الخاصة أنه لا يجب دفعها إلا مع الطلب فلو تلفت قبله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣

.....

لم يضمن. و حكم العامة وجوب الدفع على الفور و يضمن مع التأخير و يشتركان فى الضمان مع التعدى و التفريط انتهى كلامهما (قلت) قد عد أبو على و الشيخ فى المبسوط و المقداد من الأمانة الشرعية العين المستأجرة بعد انقضاء المدة و الأكثرون على خلاف ذلك كما بيناه فى باب الإجارة و يدخل فى الثانية ما ينتزع من الغاصب أو السارق حسبة دون ما يستودعه إياه عند المشهور فإنه عندهم لقطه فى وجوب التعريف و التصديق دون التملك كما سيأتى و عند جماعة أنه يتصدق به فىكون مجهول المالك فيدخل فيها كما تقدم فى باب الدين من أن المال المجهول المالك من الأمانات الشرعية التى يجب ردها إلى مالکها فوراً بالتصدق بها و هو ما حصل فى يدك من مالکة أو من يقوم مقامه ثم جهلته أو كان مجهولاً لك من أول الأمر كأن كنت معه فى فندق أو خان أو قافلة و لا تعرفه و حصل فى يدك أو فى متاعك شىء من ماله غفلة أو خطأ (و منها) و منه أى الأمانة الشرعية و مجهول المالك ما يقع الاشتباه فيه من النعال فى الزيارات و الحمامات و يشبهه ما يؤخذ من الحاكم الظالم مما علم أنه حرام و لا يعلم صاحبه مما لا يجدى تعريفه إذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه أو لا يعرف أنه وصل إلى يدك من الظالم و السارق عملاً بالعلة المومى إليها فى خبر يونس حيث قال عليه السلام كيف تعرفه و لم تعرف بلده. و من الأمانة الشرعية العامة اللقطة مع ظهور المالك و الهدايا و الكتب المرسله نصّ عليها الفاضل المقداد فى الكتب و احتمال العدم لأنها ملك المرسل و ضعفه بأن العرف يقتضيه و أن الشرع إن لم يقتضه فلم يقتض عدمه (و منها) الصيد المنتزع من المحرم أو من محلّ أخذه من محرم فإنه يجب رده فوراً إلى الحرم و هذا لا يتصور فيه الإعلام و كذا تخليص الصيد من الجراح ليداويه و من الشبكة فى الحرم (و منها) أيضا ما لو ظفر المقاص بغير جنس حقه فهو أمانة شرعية حتى يباع و هذا أيضا لا يتصور فيه الإعلام فتأمل و ما يؤخذ من الصبى و المجنون من مال الغير و إن كسبه من قمار و ما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما و ما يتسلمه منهما نسيانا و ما بطل من الأمانة المالكية بموت المالك أو جنونه أو موت المؤمن أو جنونه و ما إذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع و بدونه و هذه الثلاثة و نحوها يحتاج فى إدخالها فى أحد التعريفين إلى تجشم فتأمل فحاصل حكم الأمانات الشرعية العامة أنه يجب دفعها فوراً إلى مالکها إن علم و إلا فإلى من قام مقامه من الفقراء أو الحاكم و يبقى الكلام فى مقامات (الأول) ما قبض بالعقد الفاسد من بيع و صلح و نحوهما من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان بصحيتها فإنه لا ريب أن اليد فيها ليست عادية ظالمة فإن كانت أمانة مالكية كما يتوهم بادئ بدء كان ينبغى أنه لا يجب ردها على الفور و أنها لو تلفت لم يضمن مع أنه يضمن قطعاً و يجب عليه إعلامه أو ردها فوراً على الظاهر فكانت أمانة شرعية (فإن قلت) إنها حصلت فى يده بإذن المالك (قلت) ليس كذلك لأنه كان على وجه مخصوص فكانت كما لو بطلت الشركة أو المضاربة و الوديعة بجنون

المستودع و المضارب و الشريك أو موته و هذه أعنى المضاربة و الوديعه و الوكالة و الشركه و نحوه مما لا يضمن بصحيح العقد منها إذا فسد عقدها كانت أمانة مالكيه فكان فرق بين فساد عقدها و بين بطلانه بما ذكر و مثل المقبوض بالعقد الفاسد ما لو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلا- بالغصب و نحوه ما لو دفع إليه المستودع ثوب نفسه بظن أنه ثوبه أى المودع (الثانى) أنه ذكر فى التذكرة و المهذب البار و إيضاح النافع و المسالك و الروضه و كذا الكفايه إن حكم الأمانة الشرعيه و جوب الرد و الدفع على الفور كما فى ما عدا الأول و فيه أى الأول أنه يجب الرد مع التمكن و قد صرح فيما يأتى من الكتاب و الحواشى و جامع المقاصد و مجمع البرهان أنه يجب عليه الإعلام و هو الموافق للأصول و الاعتبار لأنه غير عاد غاصب و إيجاب النقل عليه و كونه على الفور من دون طلب المالك بل مع طلبه يحتاج إلى دليل و لا- نقول إن الجاهل المستودع من الغاصب أو المشتري منه يجب عليه الردّ و إن كان ضامنا نعم قد نقول بذلك

فى المستعير و نحوه على تأمل لأنه قد أقدم على ذلك و قد لا يكون صاحب المهذب و صاحب الإيضاح مخالفين لأن الدفع غير الرد و يبقى الكلام فى كلام من عبر بوجوب الردّ كالكتب الأربعة و يمكن حمله على جوب الدفع و رفع اليد كما سيصرحون به عند قولهم يجب

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

و هى عقد يفيد الاستنباه فى الحفظ (١)

على المستودع ردّ الوديعه إذا طلبها المالك فلتتم الكلمه و قد يكون القائل بوجوب الرد استند إلى ما ستسمعه من الأخبار (الثالث) أنه قيد ذلك فى المهذب و إيضاح النافع بعدم علم المالك و قضيته أنه إذا علم لا يجب عليه نقله و هو قضيه الكتاب فيما يأتى و السرائر و الحواشى و جامع المقاصد و مجمع البرهان و به صرح فى التذكرة فى مقام آخر بل هذا المقام من لوازم المقام الثانى لكن قال فى المسالك إنه لا فرق عندنا بين علم المالك بأنها عنده و عدمه (الرابع) قد استجد المقدس الأردبيلى قولهم بوجوب الإعلام فى الأمانة الشرعيه و قال إن القول بوجوب الرد بل بجوازه سيما مع كل من كان محل تأمل لأنه تسليط الغير على مال الغير بغير إذن فيمكن القول بالضمان لو تلف فى الطريق من غير تقصير و كذلك الضمان مع التأخير من غير تصرف بل بمجرّد وجوده فى الدار بواسطة الريح و نحوه (قلت) أما جوب الإعلام فدليله الأخبار الواردة فى طلب الأجر و صاحب الحق و قوله عليه السّلام فى خبر يونس تحمونه و غير ذلك من فحوى أخبار اللقطه بل قد يستدل عليه بقوله صلى الله عليه و آله على اليد ما أخذت حتى تؤدى و إن كان مخصصا بالأمانات و هذه الأخبار هى التى قلنا إنها يمكن أن تكون دليل القائلين بوجوب الرد (و دليله) أى جوب الإعلام أيضا الإجماع و الاعتبار كما ستسمع و استحبابه «١» لأننا نقول بوجوبه فدليله بعد الإجماع عليه على الظاهر لأنهم بين قائل بوجوبه و بين ناف له خاصة أن فحوى الحال يقضى بأن «٢» المالك يرضى بالبعث مع كل من كان و لهذا كان متداولاً بين المسلمين فى العوارى و الودائع و لا يلزمون ردها مع خصوص الثقة أو مع من أرسله معه الدافع على أن هذين لا يجديان فى دفع الضمان إن ثبت المنع من الرد بل لا بد من التسليم يدا بيد و فيه من المشقه و العسر ما ترى و أما الضمان مع التأخير فقد طفحت به عباراتهم فى الباب و غيره من غير نكير لأن إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن إلا- فيما اقتضته الضرورة و هو ما قبل التمكن من الإعلام و التخليه

(قوله) (و هى عقد يفيد الاستنباه فى الحفظ)

الوديعه مشروعه بالكتاب و السنه و الإجماع كما فى التذكرة و المهذب البار بل فى الأخير إجماع الأمة و فى الغنيه و السرائر أنّ ترك قبولها أولى ما لم يكن فيه ضرر على المستودع (المودع خ ل) قلت لا- شبهة فى رجحان قبولها مع عدم المانع و لو لم يكن هناك غيره ففى التذكرة أن الأقوى أنه يجب عليه القبول لأنه من المصالح العامه و بالجملة أن القبول واجب على الكفايه و فى مجمع

البرهان أن إيجاب حفظ مال على آخر بلا أجره ولا عوض يحتاج إلى دليل قوى و كونه من المصالح العامة بحيث يجب على الناس كلهم ذلك غير ظاهر انتهى فتأمل فيه إذ الوديعة مبنية عندهم على التبرع كما صرح به جماعة والأصل براءة الذمة فشغلها يحتاج إلى دليل نعم لا مانع من اشتراط العوض والأجره وهى فى عرف الفقهاء العقد وفى عرف اللغة والعرف العام المال الموضوع عند الغير ليحفظه كما فى التذكرة وغيرها وفى التحرير أن حقيقتها استنابة فى حفظ المال و أتوا بالهاء لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة والحاصل أنها تطلق على العين وعلى العقد عليها وعلى فعل المودع وقد عرفت فى النافع واللمعة بأنها استنابة فى الحفظ وبها عرف عقدها فى الشرائع (وقد) يعتذر عنهما معا بأن الاستنابة تستلزم قبولها لأنها لو تجردت عنه لم تؤثر فصح تعريفها وتعريف عقدها به لأنهما بمعنى أو يقال إنه لما كان التعريف للعقد كما هو المعلوم من مذهبهما فى الأولين وصريح الثانى و كان المعتبر منه الإيجاب تسامح فى إطلاقها عليه أو يكون المراد بيان المقصود منها بالذات لأن الاستنابة فى الحفظ هى المقصودة أولا وبالذات منها فيخرج نحو الوكالة والمضاربة والإجارة لأن المقصود بالذات منها غير الاستنابة ولا ينتقض باللقطة

(١) كذا فى نسختين ولا يخفى وقوع خلل فى العبارة و كأن صوابها هكذا و أما جواز الرد بالمعنى الأعم من وجوبه واستحبابه إلخ فلتراجع «مصححه»

(٢) كذا فى نسختين و كأن الصواب يقتضى أن أو يقتضى بأن «مصححه».

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥

جائزة من الطرفين (١) و لا بد فيها من إيجاب و هو كل لفظ دال على الاستنابة بأى عبارة (٢) كان و قبول فعلا أو قولاً دالا على الرضا (٣)

إذا أراد الملتقط الحفظ خاصة لأنها استنابة من المالك الحقيقى قوله - (جائزة من الطرفين)

كما طفحت به عباراتهم وقد حكى عليه الإجماع فى التذكرة ونفى عنه الخلاف فى المسالك و مجمع البرهان و الكفاية بل هو ضرورى

(قوله) (و لا بد فيها من إيجاب و هو كل لفظ دال على الاستنابة بأى عبارة)

كما هو شأن العقود الجائزة فيكفى فيها كل لفظ دال عليها بل التلويح والاستعطاء والإشارة المفهومة لمعناها و لا للحصر فى لغة دون أخرى كما صرح بذلك كله فى التذكرة وغيرها و هل يكون الإيجاب فعليا لم أجد تصريحاً به إلا فى مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و حكاة فى الدروس عن التذكرة وغيرها و لم أجد فيها تصريحاً بذلك و حكى فى المسالك عن بعض الأصحاب أن فى قولهم لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها دلالة على جواز كون الإيجاب فعليا. لأن مفهومه أنه لو قبلها لزمه حفظ المال الدال على تحقق الوديعة و لم يحصل من المالك إيجاب قولى بل مجرد الطرح و قال إنه فاسد لأن وجوب الحفظ المترتب على الفرض أعم من كونه بسبب الوديعة لأنه قد يكون بسبب التصرف بمال الغير هذا و الظاهر أن الإشارة و التلويح و الكناية (و الكتابة ظ) لا تعد من الأفعال المعتبرة و لا من الأقوال و يأتى تحقيق الحال بحيث يرتفع الاشتباه و الإشكال

(قوله) و «قبول قولاً أو فعلاً دالا على الرضا»

كما فى الشرائع و التحرير و التذكرة وغيرها من غير خلاف فى ذلك لأن الغرض منه أى القبول الرضا بها و ربما كان الفعل و هو قبضها أقوى من القول باعتبار التزامه به و دخوله فى ضمانه ح لو قصر بخلاف القبول القولى فإنه و إن لزمه ذلك شرعاً إلا أنه ليس صريحاً فى الالتزام من حيث إنه عقد جائز فإذا فسخه و لم يكن قبضه لم يظهر أثره و اليد توجب الحفظ إلى أن يردده على مالكة بل التزامه بحفظها بواسطة القبض إذا لم يحصل إيجاب أولى لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لا كذلك مع تحقق الإيجاب لأن

المستودع يصير أمينا لا يحكم بضمانه غالبا حتى لو ادعى ردها يقبل قوله لاستيمانه بخلاف اليد فإنه قد لا يقبل منه دعوى التلف إلا بالبينه وبهذا اتضحت القوة والأولية فى عبارة الروضة لكنه قال فيها وفى المسالك أن فيه خروجا عن باب العقود التى لا تتم إلا بصيغته من الطرفين و من ثم قيل إنها إذن مجرد لا عقد و فرع عليه عدم اعتبار القبول القولى (و أنت خير) بأن الوكالة و المضاربة و العارية من العقود الجائزة و يكفى فيها القبول الفعلى و قد عرفت أيضا أن الإيجاب لا يشترط فيه أن يكون باللفظ الصريح بل يكفى فيه الإشارة و الكتابة و التلويح و المعروف أنها عقد فلو عزل المستودع نفسه انعزل و ارتفعت الوديعة و بقى المال أمانة شرعية فى يده يجب رده و إن لم يطلبه المالك فإن أخر ضمن و إن كانت إذنا مجردا لا ينزل بالعزل بل يقع لغوا كما لو أذن له فى تناول طعامه فرد الإذن فإن له الأكل بالإذن السابق كما ذكر ذلك فى التذكرة و فى مجمع البرهان أنه لم تظهر له ثمرة هذا الخلاف و ذكر أنه قد قيل فى الثمرة إنه إن كان عقدا فلا بد من كون القبول لفظا و إلا فلا و إنه إن كان عقدا فولد المودعة و ديعة و إلا فلا و إن الصبى و المجنون لا يضمنان إذا استودعا إن كان عقدا و إلا ضمنا و هو جيد جدا فى الأول (و تنقيح البحث) أن العقود الجائزة حيث يكون إيجابها و قبولها قوليين تكون عقودا و يصح نظمها فى سلك العقود التى لا تتم إلا بصيغته من الطرفين و يترتب عليها العزل بالانعزال و غيره مما ذكر و حيث يكون إيجابها أو قبولها بالإشارة أو الكتابة أو بالفعل كان يقول له أو يكتب إليه أقرضنى مائة أو أعرنى دابتك (دابة خ ل) أو أودعنى دراهمك أو وكلنى فى بيع كتابك فيرسل إليه المائة أو الدابة أو الدراهم أو الكتاب فإنها من باب المعاطاء فى العقود الجائزة و قد عدوا الإشارة و الكتابة فى باب البيع من باب المعاطاء فعد العقود الجائزة من العقود إنما هو حيث يكون بصيغته من الطرفين و قولهم تكفى فيه الإشارة و الإيجاب الفعلى و القبول الفعلى معناه أنها تكفى فيها المعاطاء الدالة على إباحة التصرف و يشهد لذلك كلامهم فى باب المعاطاء و قولهم فى العقود الجائزة إن قبولها قول أو فعل مسامحة قطعا كما نبه عليه المصنف فى عدة مواضع من وكالة التذكرة و صرح به فى عاريتها و كما صرح به المحقق الثانى فى باب الوكالة

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

و لا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف (١) فلو استودع من صبى أو مجنون ضمن (٢) إلا- إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان (٣) و لا يبرأ بالرد إليهما (٤) فى صورتين (٥) بل إلى الولى (٦) و لا يصح أن يستودعا فإن أودعا لم يضمننا بالإهمال (٧)

و المقدس الأردبيلي فى باب العارية قال إن ذلك كله مسامحة و مساهلة (و عساك تقول) إن كان كما ذكرت فهلا قالوا يكفى فى الإيجاب أن يكون فعلا- (قلت) قد قالوا فى الوكالة و غيرها إن إيجابها بالكتابة و الإشارة و التلويح بل قالوا فى العارية إنه يكفى إيجابها قرينة الحال كحسن الظن بصديقه و صرحوا فى المقام بأنه أى الإيجاب يكون فعليا ثم إن بعض أقسام الأمانة الخاصة لا إيجاب فيها أصلا لا- قولا- و لا- إشارة و لا تلويحا و قولهم إن قبولها أى العقود الجائزة فعل حتى يكون المعنى أن العقد يتم به فإذا حصل الإيجاب القولى و القبول الفعلى صارت عقدا غير مراد قطعا لأن العقد تترتب ثمرته عليه و لا تكون قبله و ثمرة العقود الجائزة جواز الانتفاع و التصرف بعد العقد فإذا جاز التصرف بهذا القبول الفعلى لم يكن عقدا قطعا و إن كان عقدا لم يجز التصرف به كما هو واضح إلا أن يتجشم له أنه بالرضا قبله يتم العقد كما قال نحوه فى الوكالة فى التذكرة أو ما قالوه فى البيع الضمنى و نحوه مع أنه لا- يكاد يتم فيه بل يقع بأنهم لم يريدوه و عدم تعرض الأكثر لما حررناه لأن المهم فى العقود الجائزة تحصيل الإذن من المالك و الرضا بالتصرف بعقد أو بمعاطاء كما صرح به فى عارية التذكرة لكنهم اختاروا و استحبا ضبط الإيجاب فيها بالأمر الظاهر الكاشف عن المقاصد الباطنة و هو القول و البيان المعبر عما فى ضمير الإنسان و الأفعال قاصرة عن ذلك غالبا إذ غايتها الظن و لا يغنى إذ هو مشار الاختلاف و منشأ النزاع فلذلك تعرض الأ- كثر له و إلا- فقد قال فى التذكرة إنه يكفى فى العقود الجائزة الظن المستفاد من العبارات و الألفاظ و ما يقوم مقامها بل قال لا تفتقر إلى لفظ بل تكفى القرينة بخلاف العقود اللازمة فإنها موقوفة على ألفاظ خاصة اعتبرها الشارع و نحن لا نوافق على الاكتفاء بالظن فى جميع العقود الجائزة فقد اتضح الحال و لم يبق بعد اليوم فى المسألة إشكال و

حكى فى التذكرة عن بعض الشافعية أنه إن كان المودع قد قال أودعتك و شبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً و إن قال احفظه أو هو وديعة عندك لم يفتقر إلى لفظ يدل على القبول كما فى الوكالة و فى المسالك أنه كلام موجه و لم يتضح وجه للمولى الأردبيلي و غيره بل استظهروا أنه لا فرق و كيف كان فلا تجب المقارنة بين الإيجاب و القبول كما طفحت به عبارتهم و نفى عنه الخلاف فى المفاتيح و تشهد له إطلاقات الأخبار و الفتاوى و لو لا ذلك لربما تأملنا فيما إذا كان قولنا فتأمل

(قوله) - (و لا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف)

هذا مما لا ريب فيه و لذلك تركه المعظم و اكتفوا بما ستسمع

(قوله) - (و لو استودع من صبى أو مجنون ضمن)

كما فى الشرائع و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و المسالك و الروضة و المبسوط و السرائر و التحرير غير أن من الثلاثة الأخيرة الاقتصار على الصبى و لم يذكر فيها (المجنون ط) لأنهما ليسا أهلاً للإذن فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعية فيضمن سواء كان المال لهما أو لغيرهما ادعيا الإذن فى ذلك أم لا و قد أطلق الحكم بالضمان فى الكتب المذكورة ما عدا التذكرة و المسالك و الروضة بحيث يشمل ما لو علم تلفها فى أيديهما و عدمه و لعله لأنه استولى على مال غيره بغير إذن و الأولى التقييد بما ذكره المصنف و غيره كما ستسمع من أن ذلك إذا لم يخف تلفها فى أيديهما فيقبضها بنية الحسبة و لا ضمان لأنه محسن فيكون مأذوناً من الشارع

(قوله) - (إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية لما عرفت من أنه محسن و ما على المحسن من سبيل

(قوله) (و لا يبرأ بالرد إليهما)

كما هو ظاهر و به صرح فى المبسوط و السرائر و الشرائع و الإرشاد و غيرها

(قوله) (فى الصورتين)

يعنى صورتى خوف التلف و عدمه

(قوله) (بل إلى الولي)

أى الخاص أو العام مع تعذره (قوله) (و لا يصح أن يستودعاً فإن أودعنا بالإهمال)

كما هو قضية المبسوط و السرائر و صريح الشرائع و التذكرة فى الحجر و الباب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧

أما لو أكلها الصبى أو أتلّفها فالأقرب الضمان (١)

و التحرير فى البابين أيضاً و الإرشاد و جامع المقاصد فى أثناء كلامه فى المقام و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و بعدم ضمانهما لو تلفت اللقطة فى يدهما جزم فى لقطة التذكرة و جامع المقاصد لأن الضمان باعتبار إهمالهما إنما يثبت حيث يجب الحفظ و الوجوب لا- يتعلق بهما لأنه من خطاب الشرع و لا يعارضه قوله «ص» على اليد ما أخذت حتى تؤدى لأن على ظاهرة فى وجوب الدفع أو الحفظ فيكون من خطاب الشرع أيضاً فليتأمل فإنهم قد جعلوه فى باب الغصب من خطاب الوضع و قرب المصنف فى لقطة الكتاب و ولده ضمانهما لو تلفت اللقطة فى يدهما و تعليههم بأن المودع سبب فى إتلاف ماله حيث أودعه من لا يكلف بحفظه لعله تقريبي فإن من دفع ماله إلى مكلف يعلم أنه يتلفه يكون متلفاً لما له مع أن قابضه يضمنه و لعل الفرق ظاهر بالتكليف و عدمه (و ليعلم) أنه فى حجر جامع المقاصد قال إن التفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف فلا فرق عنده بين هذه و ما يأتى و قد تقدم فى باب

الحجر ما له نفع في المقام

(قوله) - أما لو أكلها الصبي أو أتلفها فالأقرب الضمان

كما في المبسوط والسرائر في ظاهرهما أو صريحهما و ظاهر الشرائع والإرشاد و صريح التذكرة و التحرير في الباب و المسالك و قيد في الحواشي و جامع المقاصد بما إذا كان مميزا و قد قطع به أي الضمان في الثاني و قواه فيه إذا لم يكن مميزا في الباب و في باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميز و قرب عدم الضمان في الثاني و قواه فيه إذا لم يكن مميزا في الباب و في باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميز و قرب عدم الضمان مطلقا في حجر التذكرة و التحرير و جزم في لقطتهما و لقطه الكتاب و جامع المقاصد بالضمان (حجة الأولين) أن الإلتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه و الأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيه (فيها خ ل) الصغير و الكبير (و حجة) الحواشي و الجامع أن غير المميز لا قصد له فكان كالدابة و به قال في الثاني أن المميز يضمن قطعاً لوجود المقتضى و انتفاء المانع إذ عدم بلوغه لا يصلح لأن يكون مانعاً خصوصاً المراهق فإنه كالبالغ في فعله و قصده و ركون الناس إليه نعم لا يضمن بالتقصير لعدم وجوب الحفظ عليه ثم فرق بين وضع يده عدواناً فتتلف العين في يده فيضمن و بين ما إذا كان الوضع بإذن المالك و تسليطه فتتلف بتقصيره في الحفظ. و فيه (أولاً) أن المقتضى للضمان و هو الإلتلاف موجود و المانع غير صالح للمانع إذ القصد لا مدخل له في الضمان و عدمه كما يعلم من نظائره (سلمنا) لكن قد عد قصد الصبي فلا قصد في مواضع بل عدواً جميعاً عمدته و قصده خطأ في القتل (و ثانياً) أنك قد عرفت أن التفريط لم يقصر عن الإلتلاف عنده و قد عرفت أن المالك و إن كان قد عرضه للإلتلاف بسبب تسليطه لكن ذلك غير كاف في سقوط الضمان لو بشره و لو بالتفريط (و ثالثاً) أن ذلك كله فرع وجود دليل يدل على السببية مطلقاً و لم نجد إلا قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي و هو مختص بالمكلف كما تقدم و يشهد له التعريف المشهور للحكم فإن وجد ما يدل عليها كذلك فلا كلام و إلا فعدم الضمان هو الأشبه بالأصول و الضوابط كما سمعته عن حجر التذكرة و التحرير لكن في المبسوط و السرائر و غيرهما أن الصبي و البالغ في إلتلاف الأموال سواء و قد قطع جماعه بذلك في عدة مواضع (منها) أنهم قالوا لو أتلف المال بدون إيداع المالك ضمن قطعاً صرح بذلك في جامع المقاصد و قال إن المميز إذا أتلف يضمن قطعاً و قال في المبسوط ما يتلف في يد الصبي على ثلاثة أضرب (الأول) ما يدفع إليه باختياره و يسلطه على هلاكه و إلتافه كما إذا باعه أو أقرضه أو وهبه فلا ضمان هنا على الصبي (الثاني) ما لم يسلطه عليه و لم يختر هلاكه كما إذا أتلف الصبي مال رجل عدواناً (الثالث) ما إذا دفعه إليه باختياره و لم يسلطه على إلتافه و هو ما إذا أودعه إياه إلى آخر ما ذكره و قد يكون مستندهم الخبر المشهور على اليد ما أخذت بتوجيه يلائم ذلك لأن الخبر ذو وجوه أو الخبر الذي رواه المحمّدون عن السكوني قال رسول الله (ص) من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد و تدا أو أوثق دابة أو حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن لأنه يرجع بالأخرة إلى من عطب شيئاً فهو له ضامن (إلا) أن تقول إنه يفهم من سوق الخبر أنه في المكلف و أنه مقيد بكونه في الطريق (و قد) يجاب عن هذا الأخير بأنه لا قائل بالفصل و قد تقدم تمام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨

و لو استودع العبد فأتلف فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق (١) و لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها (٢) و كذا لو أكره على قبضها و لا يضمنها لو تلفت (٣)

الكلام في باب الحجر و كذا البيع هذا و في التحرير أنه لو أودع المجنون لم يضمن بالإلتلاف مباشرة و تسيباً و في الحواشي أن المجنون كالصبي خلافاً للتحرير (قلت) و لم يتعرض في المبسوط لذكر المجنون أصلاً و قد ذكرنا معاً في بقیة الكتب المذكورة معه آنفاً

(قوله) (و لو استودع العبد فأتلف فالأقرب أنه يتبع به بعد العتق)

أى سواء أذن المولى فى قبوله الوديعه أم لا كما فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و هو الذى قواه فى المبسوط فى آخر كلامه و لا تصغ إلى ما نقل عنه خلافه لأنه لا يلزم سيده ما أتلفه و لا مال له فيجب أن يتبع به إذا صار مالكا و ذلك إنما يكون بعد العتق و فى التحرير أن الضمان يتعلق بكسبه إذا أذن المولى فى قبوله الوديعه يستلزم الإذن فى الشيء إذن فى لوازمه و من جملتها الضمان عند الإلتلاف (و فيه) أن الإذن فى قبول الوديعه لا يستلزم الإذن فى إلتلافها و لا يستلزم ضمانها عند إلتلافها و الأصل و عموم و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى دالان على ذلك نعم إذا أذن السيد له فى الإلتلاف تعلق الضمان به إذ لا ذمه للعبد هذا حكم ما إذا أتلف و أما إذا قصر فى الحفظ فتلفت فإن كان قد قبل بدون إذن المولى فلا شيء لمالكها كما فى جامع المقاصد لعدم جواز قبولها و عدم وجوب الحفظ عليه و تضييع المال من المالك فتأمل و فى التذكرة و التحرير أنه يتعلق بذمته يتبع به و إن كان قبل بإذنه ففى التحرير أنه يتعلق بكسبه و فى التذكرة و جامع المقاصد أنه يتعلق بذمته و هو جيد و إن كان تفریط العبد من المولى و لو بمنعه من الحفظ فالضمان على المولى كما فى جامع المقاصد

(قوله) - (و لو طرح الوديعه عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان و كذا اللمعة و الروضة و القبول فى العبارة و ما ذكر معها أعم من كونه قوليا أو فعليا و يرشد إليه قولهم طرح الوديعه فإن فى تسميتها وديعه قرينه على أن المراد بالطرح الإيداع و قد عرفت أن الإيجاب يحصل بالإشارة و التلويح ثم إن القبول يقتضى سبق إيجاب فيؤذن بأنه استفاد من الطرح الإيجاب على أنه لا ريب أن الظاهر من القبول هو القبول القولى ثم إن دعوى أن ليس المراد من طرحها لديه حفظها عنده لا تكاد تسمع بل تكون حينئذ أمانة شرعية كما ستسمع فلم يتجه ما فى المسالك من أن المراد بالقبول هنا القبول الفعلى خاصة لأن القبول اللفظى غير كاف فى تحقق الوديعه قطعا و لم يحصل هنا بمجرد الطرح و أما الفعل فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعه أم لا نظر إلى ثبوت حكم اليد و حيث يحصل القبول الفعلى هنا إنما يجب حفظها لا أنها تصير وديعه شرعية انتهى و نحوه ما فى الروضة (و فيه) أيضا أنها إذا لم تكن وديعه تكون أمانة شرعية يجب ردها فى الحال على مختاره إذ وضع اليد على مال الغير على وجه شرعى بدون إذن المالك هو الأمانة الشرعية و مما ذكر يظهر لك الحال فى الوجوه الأربعة التى ذكرها فى المسالك فى طرح الوديعه عنده إذ من الوجوه الأربعة أن يضعها عنده و لم يحصل منه ما يدل على الاستنابة إشارة و لا تلويحا فيقبلها فعلا فقد قال إنه يضمنها و يجب عليه حفظها إلى أن يردها للخبر فإنها فى هذه الصورة أمانة شرعية و لا ضمان و وجوب الحفظ مع الضمان كأنه متدافع ثم إن هذا هو الذى قلنا آنفا إنه لا يكاد يسمع -

(قوله و كذا لو أكره على قبضها و لا يضمنها لو أهمل)

أى لا- يلزمه الحفظ و وجه الحكمين ظاهر و به صرح جماعة و قالوا إلا أن يضع يده عليها اختيارا بعد زوال الإكراه فإنه يجب عليه الحفظ بسبب إثبات اليد و هل تصير بذلك أمانة شرعية أو وديعه احتمالا و يمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع و عدمه فيضمن على الثانى دون الأول إعطاء لكل واحد حكمه كما ذكر ذلك كله فى المسالك و الكفاية و الرياض «و فيه نظر» ظاهر لأنه حيث يضع يده عليها اختيارا بنية الاستيداع لا مجال لاحتمال كونها أمانة شرعية لكونها بإذن المالك مضافا إلى أن القبول الفعلى إن كان يتم به العقد كما اختاره هؤلاء كان كالإكراه فى البيع إذا تعقبه الرضا فتكون وديعه و إلا كان من معاطاة الوديعه كما هو المختار و كذلك إن وضع يده لا بنية الاستيداع لا تكون أمانة شرعية

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩

و إن أهمل أما لو استودع مختارا فإنه يجب عليه الحفظ (١) و تبطل بموت كل واحد منهما و بجنونه و إغمائه و بعزله نفسه (٢) و إذا انفسخت بقيت أمانة شرعية فى يده فلا يقبل قوله فى الرد كالثوب تطيره الريح إلى داره و يجب عليه إعلام صاحبه به فإن آخر متمكنا

ضمن (٣)

لمكان إذن المالك و لقد أغرب صاحب الرياض و كذا صاحب المفاتيح قال في الرياض لو وضع يده عليها مختاراً ضمن جداً لعموم الخبر و هل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعية إلى آخره لأنه بعد حكمه بالضمان كيف يصح له أن يحتفل أنها وديعة أو أمانة شرعية (قوله) - (أما لو استودع مختاراً فإنه يجب عليه الحفظ)

كما صرحت به عباراتهم و في مجمع البرهان الظاهر أنه لا - خلاف فيه (قلت) و العقل يحكم به لأن ترك الحفظ إضاعة لمال من استأمنه على حفظه و إتيان بالشرط و قضية إطلاق الفتاوى قاطبة أنه متى قبل و جب عليه الحفظ سواء و جب عليه القبول عينا أو كفاية أو استحباب له أو حرم عليه كما إذا حرم عليه القبول لكونه لا يثق من نفسه و قد قيل فوجوب الحفظ حينئذ ظاهر و أما إن كان لخوفه على نفسه أو غيره فإنه يجب عليه ردها و لو أبقاها و فعل حراماً و جب عليه حفظها و لا يضمنها كالأمانة الشرعية و الغاصب كما إذا عرض الخوف بعد قبولها و بقائها عنده (نعم) قد يتأمل في العاجز و بذلك يظهر ما في المسالك و المراد أنه يجب عليه الحفظ ما دام مستودعاً لأن ذلك مقتضى التعليق على الوصف و إلا - فإن الوديعة يجوز ردها في كل وقت و ذلك ينافي وجوب الحفظ (قولك) غاية ما يفرض أن يفسخ فيها في الحال و مع ذلك يجب عليه حفظها إلى أن يردها إلى مالكها فقد صدق وجوب الحفظ على كل حال في الجملة (جوابه) أنه قد لا يتحقق وجوب الحفظ فيها كما إذا كان المستودع مصاحباً له مقيماً معه بحيث لا يتوقف الرد على زمان أو نقول إن الواجب أحد الأمرين أما الحفظ أو الرد على المالك فالحفظ واجب مخير يصح إطلاق الوجوب عليه بقول مطلق و قد تقدم الكلام في أنه هل يستحق عليه أجره أم لا

(قوله) - (و تبطل بموت كل واحد و بجنونه و إغمائه و بعزله نفسه)

كما هو الشأن في العقود الجائزة و الأمر فيه واضح و لذلك تركه الأكثر فتبطل بالأربعة المذكورة فإذا اتفق أحد الثلاثة في المودع و جب ردها إلى وارثه أو وليه أو الإعلام على اختلاف الرأيين كما تقدم و مع عدم العلم بانحصار الإرث في الوارث الظاهر فظاهر كلام بعضهم و صريح المسالك عدم وجوب الرد بل عدم الجواز و الظاهر وجوبه أو جوازه إذ الأصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود و لا يعارضه أصل عدم استحقاقه للكل لانحلاله إلى أصل وجود بخلاف الأول فإنه عدم محض و الظاهر عدم وجود المانع فكان الأصل الأول معتصداً بالظاهر و إن شئت قلت المقتضى موجود و الظاهر عدم وجود المانع نعم لا يجوز مع الشك في كونه الوارث فتأمل ذلك لتعرف حال ما في المسالك و إن اتفق أحد الأربعة في المستودع و جب عليه ردها إليه في صورة الفسخ أو إعلامه بذلك و على وليه في صورة الجنون و الإغماء و على وارثه في صورة الموت أو الإعلام و بقي هنا شيء و هي كما أنها تبطل بهذه الأشياء تبطل بأسباب الضمان جميعها الستة أو السبعة قطعاً كما صرحوا به جميعاً فينبغي ملاحظة التوجيه

(قوله) - (و إذا انفسخت بقت أمانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب يطيره الريح إلى داره و يجب عليه إعلام صاحبه به فإن آخر متمكناً ضمن)

قد تقدم الكلام في أول الباب في أن الواجب في الأمانة الشرعية هو الرد و الدفع أو الإعلام (و أما) كونه فوراً فلا لأنه دخل تحت يده بغير إذن المالك فيقتصر في الحكم بنفي الضمان و الإثم على مقدار الضرورة و حكي الشهيد عن الفخر أنه لا يضمن إذا أقر متمكناً إلا مع التصرف (و أما) أنه لا يضمن إذا لم يتمكن من الإعلام فوراً فلا لأنه غير غاصب و قد دخل تحت يده بغير سعيه أو بطريق إحسان فامتنع كونه ضامناً و سيستشكل المصنف في وجوب الإعلام في فصل الأحكام.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠

(الفصل الثاني) في موجبات الضمان

و ينظمها شىء واحد و هو التقصير (١) و أسبابه ستة

(الأول) الانتفاع

فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقى أو يلبس لدفع الدود عند الحر (٢)

الفصل الثانى «فى موجبات الضمان» (قوله) (و ينظمها شىء واحد و هو التقصير)

الوديعه تستتبع أمرين الضمان عند التلف و الرد عند البقاء لكن الضمان لا يجب على الإطلاق بل إنما يجب عند وجود أحد أسبابه و ينظمها شىء واحد و هو التقصير و لو انتفى التقصير فلا ضمان بالإجماع قال فى التذكرة أن عدم الضمان حينئذ منقول عن أمير المؤمنين عليه السلام و عن أبى بكر و عمر و ابن مسعود و جابر و لم يظهر لهم مخالف فكان إجماعاً (قوله) - (و أسبابه ستة الأول الانتفاع فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقى أو يلبس لدفع الدود عند الحر)

إذا استودعه دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو جارية فاستخدمها أو كتابا فنظر فيه أو نسخ منه أو خاتما فوضعه فى إصبعه للتزيين لا للحفاظ فكل ذلك و ما أشبهه خيانه توجب التضمن عند فقهاء الإسلام لا نعلم فيه خلافا كما فى التذكرة و قال هذا إذا انتفى السبب المبيح للاستعمال أما إذا وجد السبب المبيح للاستعمال لم يجب الضمان و ذلك أنه يلبس الثوب الصوف الذى يفسده الدود للحفاظ فإن مثل هذه الثياب يجب على المستودع نشرها و تعريضها للريح بل يجب لبسها إذا لم يندفع إلا بأن يلبسها و يعبق فيها رائحة الأدمى و لو لم يفعل ففسدت كان عليه الضمان سواء أذن المالك أو سكت و لو احتاج حفظ الدابة المستودعة إلى أن يركبها المستودع إما ليخرج بها إلى السقى أو الرعى و كانت لا تنقاد إلا بالركوب فلا ضمان و لو كانت تنقاد بغير ركوب فركب ضمن إلا مع عجزه عن سقيها أو رعيها بدون ركوب فإنه يجوز و لا يضمن (و ينبغى التنبيه) على شىء آخر و هو أن قضية هذا الإجماع المحكى عن فقهاء الإسلام أن مخالفة المالك فى مثل ذلك من حيث هى موجبة للضمان و سبب فيه كما هو قضية إجماعه الآخر قال فى التذكرة إذا صارت الوديعه مضمونة على المستودع أما بنقل الوديعه و إخراجها من الحرز أو باستعمالها كركوب الدابة و لبس الثوب أو غيرها من أسباب الضمان ثم إنه ترك الخيلة و رد الوديعه إلى مكانها و خلع الثوب لم يبرأ بذلك عنه علمائنا أجمع و لم يزل عنه الضمان و لم تعد أمانته إلى غير ذلك من المواضع الكثيرة من التذكرة و غيرها كما يأتى فى مطاوى مباحث الباب و قال فى التذكرة يجب على المستودع اعتماد ما أمره المالك فى كيفية الحفاظ فإذا أمره بالحفظ على وجه مخصوص فعدل عنه إلى وجه آخر و تلفت الوديعه فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها ضمن و كانت المخالفة تقصيرا و لو حصل التلف بسبب آخر فلا ضمان و هذا يدل على أن مجرد المخالفة ليست سببا للضمان بل هى مع التلف بسببها و قد يستدل عليه كما فى مجمع البرهان بالأصل و الآية و الأخبار الكثيرة الدالة على عدم الضمان بالكليّة كما ستسمع خرج عنه ما تحقق فيه التلف بسبب المخالفة لدليله و بقى الباقي و بأنه ما تلف بسبب المخالفة فلا معنى لتضمينه و مجرد مخالفته التى لا تجوز إذا لم تؤد إلى التلف لا يحكم العقل بسببها للضمان و ليس فى النقل ما يدل على ذلك صريحا و لكن ذلك لا يقاوم الإجماعين المتقدمين بل العلم بالإجماع يحصل للمتتبع كلام القول فى الباب و الأصل فى ذلك إطباقهم كما يأتى على بطلان الوديعه و أنه صار غاصبا خائنا فكان موافقا للقواعد و يجىء على القول بالمعاطاة عدم البطلان إلا- أن يقال إن إباحتها على نحو عقدها فتكون مخصوصة بعدم التعدى و التفريط و قد يمكن الجمع بين الكلام الأخير و الإجماع الأول بأنه فى الأول وضع يده على الدابة و الخاتم و الثوب مثلا- بغير وجه شرعى حيث ركب و ليس فكان ضامنا حتى يتجدد له الاستيداع من المالك بخلاف الصورة الأخيرة فإنه فيها إنما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١

و كذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها و إن كان الكيس ملكه و أعادها إليه (١) و لو نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ لم يضمن (٢) بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية (٣) لأن سبب أمانته مجرد النية و كذا لو جدد الإمساك لنفسه (٤)

قصر فى الحفظ لكنه إن تم لا يتم فى الإجماع الثانى و لا فى غيره من العبارات كقولهم إن أسباب الضمان ستة أو سبعة ينظمها شىء واحد و هو التقصير فى الحفظ مع عدمها أى أسباب الضمان المخالفة و تعليلهم له بمخالفته المالك و نهيته له عن ذلك و لا يتجه حينئذ توجيهه بما إذا لم ير أنه أحوط و أحرز

(قوله) (و كذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها و إن كان الكيس ملكه ثم أعادها إليه)

لأنه صار بحكم الغاصب فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله و ظاهر المبسوط الإجماع على ذلك قال و إذا أخرجها من حرزها ثم ردها إلى مكانها فإنه عندنا يضمن بكل حال و قال فى التذكرة إذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع إما بنقل الوديعة أو إخراجها من الحرز أو استعمالها كركوب الدابة و لبس الثوب و غيرها من أسباب الضمان ثم إنه ترك الخيانة و رد الوديعة لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع و لم يزل عنه الضمان و لم تعد أمانته انتهى

(قوله) - (و لو نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ لم يضمن)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و ظاهر المبسوط الإجماع عليه حيث قال و إن عزم على أن يتعدى فيها لا يضمن عندنا و قال قوم شذاذ إنه يضمن بالنية انتهى لأنه لم يترتب على قصده الخيانة قول و لا فعل و كذا لو نوى الاستعمال و لم يستعمل و فى التحرير أن فيه احتمالاً ضعيفاً و فى التذكرة فى الضمان إشكال مما ذكر و من أنه تمسك بها بحكم نيته كالملتقط كما يسمع و المراد أنه نوى الأخذ من الوديعة بعد أخذها بنية الحفظ ليفرق بينه و بين ما يأتى مما إذا نوى بأخذها من أول الأمر من المالك الانتفاع بها (و بقى شىء) و هو أنه قال فى غضب الكتاب إن المودع إذا جحد الوديعة و عزم على المنع فهو من وقت الجحود و المنع غاصب و هو يخالف ما هنا و أجاب عنه الشهيد بالفرق بين قصد الخيانة للانتفاع و بين العزم على منع المالك منها فإنه وضع (أثبت خ ل) يده حينئذ لنفسه فلا يكون نائباً عن المالك بل يكون إثباتاً بغير حق فيكون غاصباً و أنت خبير بأن قوله أو عزم على المنع هو بمعنى (معنى خ ل) قوله و لو جدد الإمساك لنفسه فلا تنافى بين فتاواه فى البابين كما يأتى فى باب الغصب

(قوله) (بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لأن سبب أمانته النية)

لأن أمانته إنما ثبت بمجرد نية الأخذ للتعريف إذ لا استيمان من المالك و لا ممن يقوم مقامه و إحداث نية الأخذ من قصد الخيانة و بضمائه صرح فى المبسوط و التحرير و التذكرة و غيرها و يذكرونه فى باب اللقطة مسلماً بخلاف الوديعة فإن الاستيمان من المالك فلا يزول بدون مخالفته و لا يتحقق إلا - بفعل ما ينافى الحفظ و هو التصرف و لم يحصل و لم يحدث فعلاً من قصد الخيانة كما سمعت و ليعلم أن الملتقط لا تعود أمانته لو عاد إلى نيتها عملاً بالاستصحاب لكن ذلك لا يخل بتعريفه و لا بتملكه بعد الحول لكننا نقول إنه يجوز انتزاعها منه للحاكم بل لغيره و تعريفها إن لم يكن عرفها و البناء على تعريف ما عرف فتأمل جيداً

(قوله) - (و كذا لو جدد الإمساك لنفسه)

أى يضمن فيكون معطوفاً على قوله لو أخرج الدراهم و وقع قوله و لو نوى الأخذ موقع الاعتراض و معنى تجديد الإمساك لنفسه أنه نوى عدم الرد (و وجه الضمان) أنه إذا نوى أن لا يرد صار ممسكاً لنفسه فيكون متصرفاً تصرفاً منافياً للحفظ و يفرق بينه و بين ما إذا نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ أنه حينئذ لا يصير ممسكاً لنفسه و فيه تأمل و لعل الأصل فيه الإجماع إن ثبت و إلا فمقتضى النظر أن لا يضمن فيهما أو يضمن فيهما و قد يفصل فيما نحن فيه فيقال بعدم الضمان فيما إذا نوى أن لا يرد و لم يطالب المالك و بثبوتها إذا طالب و لا يمكن أن يكون معطوفاً على قوله و لو نوى الأخذ حتى يكون المراد أنه لا يضمن فى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢

أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع (١) وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع (٢) ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة (٣) فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستيمان (٤)

المسألين و أنهما من واد واحد و يكون المراد أن ذلك إذا لم يطالب المالك لأنه ينافيه ما عطف عليه
(قوله) - (أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع)

أى يضمن لو أخذ الوديعة من أول الأمر من المالك على قصد الخيانة لأنه ليس بأمين لأنه لم يقبض على سبيل الأمانة و يفرق بينه و بين ما إذا نوى الأخذ و لم يأخذ لأن إحداث الأخذ هنا من قصد الخيانة
(قوله) (و كذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع و إن لم ينتفع)

كما فى المبسوط و غيره و إجماع التذكرة المتقدم آنفا يتناوله و قد يظهر ذلك من المبسوط حيث حكى عن قوم من العامة أنه لا يضمن بنفس الإخراج و إنما يضمن بالانتفاع و الاستعمال و ظاهره أنه لا مخالف سواهم
(قوله) - (و لا تعود أمانته لو ترك الخيانة)

كما صرح به جماعة و هو قضية كلام آخرين و قد يقال إن إجماع التذكرة يتناوله لأنه ضمن بعدوان فوجب أن يبطل الاستيمان كما لو جردها ثم أقربها و هذا فيما إذا كانت بعقد أما إذا كانت معاطاة فإن أمانته تعود إلا أن تقول إن إباحتها على نحو عقدها كما تقدم
(قوله) - (فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستيمان)

إجماعاً على الحكم بالضمان عند عدم تجدد الاستيمان كما فى التذكرة كما سمعته آنفا و ظاهر المبسوط و الغنية و إجماعاً فيها أى فى التذكرة أيضاً على زواله أى الضمان و عوده أميناً إذا أعادها إليه ثم جدد له الاستيمان و لم يحك الخلاف فى الأول إلا عن أبى حنيفة قال لأنه مأمور بالحفظ فى جميع الأوقات فإذا خالف فى جهة منها ثم رجع و عاد إلى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به أى كان ممسكاً بأمر صاحبها و ينقض عليه بما إذا جردها ثم أقربها و بما إذا رد السارق السرقة إلى موضعها و بالحكم المذكور هنا صرح فى المبسوط و الخلاف و غيرهما فقد ظهر أن لا خلاف بين المسلمين فى تحقق الاستيمان بأن يدفعها إلى المالك ثم يعيدها إليه أمانة و قد سمعت دعوى الإجماع على ذلك بل لا شبهة فيه كما فى المسالك و يتحقق أيضاً بأن يجده له من غير أن يدفعها إليه بأن يقول له أذنت لك فى حفظها أو أودعتك إياها أو استأمنتك عليها و نحو ذلك كما فى المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الضمان إنما كان لحق المالك و قد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانة و يمكن بناء ذلك على أن الغاصب إذا استودع هل يزول عنه الضمان أم لا و قد تقدم لنا فى باب الرهن أن زوال الضمان فى إيداع الغاصب مختار جماعة كثيرين بل استظهرنا أنه ليس محل خلاف و فى الوسيلة فيما نحن فيه أنه لا يزول إلا بالرد و هو شاذ على الظاهر و استشكل فى المسالك و الكفاية لعدم المنافاة بين الوديعة و الضمان مع عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى (و فيه) أنه قد أقام يده مقام يده و جعله و كيلاً فى حفظها و قبضه لمصلحته فكان المال بمنزلة ما إذا كان فى يد المالك فلا ضمان بخلاف الرهن و نحوه و الخبر نقول بموجبه لأن الأداء يتحقق باستناب المالك إياه فتصير يده كيده و يتحقق الاستيمان أيضاً و البراءة من الضمان بأن يبرئه من الضمان كأن يقول له أبرأتك من ضمانها و نحو ذلك كما فى التذكرة و جامع المقاصد و ما يأتى فى الكتاب فى فصل الأحكام و لا ينافى ما هنا بهذا التقرير كما ستعرف و يبرأ من الضمان بذلك كما فى المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و التبصرة و هما متلازمان لأن الضمان كان لحق المالك و قد أسقطه كما لو حفر بئراً فى ملك غيره عدواناً ثم أبرأه المالك من ضمان الحفر لكنه فى ديات التحرير تأمل فى هذا التنظير نعم قالوا لو رضى بالبئر بعد الحفر العدوانى سقط الضمان و المصنف فى رهن الكتاب و ولده و الشهيد و ابن سعيد و الكركى قالوا إنه لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب لم يبرأ و لا

تصير يده يد أمانة لأن معنى الضمان أن العين لو تلفت وجب عليه بدلها و الحال أنها الآن لم تلفت فيكون الإبراء مما لم يجب (و أجب) من قبل الشيخ فى المبسوط و المحقق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣

و لو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن (١) و لو أتلّف بعض الوديعه المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد أو بعض الثوب (٢)

فى الشرائع و المصنف فى التحرير بأن الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمه الودعى متعلقه بالمالك على وجه يلزمه بدل المال له على تقدير تلفه و لزوم البديل ثمرة الضمان و فائدته لا نفسه و الساقط بالإبراء هو الأول لا الثانى (و يدل) على أن المراد من الضمان هو المعنى الأول أنه يحكمون عليه به بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا و لو فعل كذا ضمن و نحو ذلك مع أن لزوم البديل لم يحصل بذلك و إنما حصل قبول ذمته له و هذا معنى يمكن زواله بالبراءة و أما نفس البديل فلا يعبر عنه بالضمان و البراءة إذا تعلقت به فإنما تكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان و قد يقال إنه يتجه على قولهم فى الرهن انتفاء الإبراء و البراءة فيما إذا جدد له الاستيمان و هى فى يده لأنها أدون من التصريح بالإبراء إلا أن تقول المقتضى لزوال الضمان هناك كونه أمانة و هو سبب آخر غير الإبراء و لا- يمتنع إمكان أحد السبين و امتناع الآخر و نحوه إبراء المالك المستعير للدرهم و المشروط عليه الضمان و القابض بالسوم و الشراء الفاسد و تمام الكلام فى باب الرهن (و يعلم) أن المصنف قال فيما يأتى فى فصل الأحكام و لا يبرأ المفرط بالرد إلى الحرز بل إلى المالك أو بإبرائه و قد قال فى جامع المقاصد أن ظاهره يخالف ما هنا لأنه قد يشك فى أن الإبراء من الضمان موجب لتجديد الاستيمان و بما ذكرناه من التلازم و حكيانه عن الجماعة تندفع المخالفة الظاهرية بل هو فى المقام قوى تجدد الاستيمان بذلك كما حكيانه عنه نعم هناك مخالفة من جهة أخرى و هو أن مفهوم اللقب فى عباراتهم حجة و قضية ما هناك الحصر فى الأمرين فتأمل

(قوله و لو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و فى مجمع البرهان كأنه مما لا خلاف فيه و هو كذلك إلا من مالك حيث يخلطها بالمساوى أو الأجود فإنه لا يضمن عنده و لا فرق عندنا بين أن يخلطها بمثلها أو أرفع منها أو أدون كما صرح به فى المبسوط و السرائر و التذكرة و غيرها لاشتراك الجميع فى العدوان الناشئ من التصرف الغير المشروع و تعيينها بالمزج المفضى للشركة التى هى عيب إذ لا أقل من أن تفضى إلى المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه و لا فرق بين أن يمزجها بماله أو مال غيره بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا و إن كانا لواحد و مثله خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده للتعدى فى الجميع و يمكن أن يكون الضمير فى ماله عائدا للمودع و المستودع إلا أن فى عوده إلى أحدهما إخلالا بالآخر و يحتاج إلى تكلف فى عوده إليهما لكن الظاهر عوده إلى المستودع كما ذكرنا أولا- لأنه سيأتى خلطه بمال المودع (و فى) التذكرة أن المزج بغير الاختيار قاض بالضمان (و فيه) أنه ليس تصرفا غير مشروع و لا تقصير فى الحفظ و سيجىء عدم الضمان فى مثله إلا أن يكون أراد أنه سقط من يده بغير اختياره و قضية كلام جماعة لمكان التقييد بعدم التمييز كما هو صريح آخرين أنه لو تميز المالان لا يضمن و الحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرفا غير المشروع منها عنه كما لو كان المال فى كيس مختوم و نحو ذلك فلا ضمان على تقدير الامتياز من حيث المزج

(قوله) (و لو أتلّف بعض الوديعه المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد و بعض الثوب)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه قد خان و تصرف فى المجموع فيضمنه و المراد أن ذلك كان عمدا و أما إذا وقع خطأ فإنه يضمن التالف خاصة كما فى التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد فيضمن العاقلة أرش جنائى قطع اليد و يضمن هو أرش قطع الثوب لأن الباقي مملوك للمودع و لم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ إذ الإلتلاف خطأ إنما يكون بظنه ثوبه أو

بصدوره عن غير قصد و نحو ذلك و ثبوت الضمان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤

و لو كان منفصلا أو المودع مخطئا ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم (١) فإن أعادها بعينها و مزجها فكذلك (٢) و لو أعاد مثلها و مزجها ضمن الجميع (٣) و كذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم (٤)

عليه فى التالف ليس لخيانته بل لجنايته لأن الإلتلاف موجب للضمان عمدا و خطأ نعم لو سرت الجناية على العبد ضمن هو بل العاقلة و إن كان مخطئا لثبوت الإلتلاف بفعله و جمع بين مثالى العبد و الثوب لينبه على عدم الفرق بين ما يكون لمقطوعه قيمة بعد القطع و ما لا قيمة له كذلك و هذا منا بناء على أن الجناية على العبد خطأ كالجناية على الحر (قوله) (و لو كان منفصلا أو المودع مخطئا ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم)

أما ضمانه المنفصل خاصة إذا أتلفه فقد صرح به فى المبسوط و غيره فى عنوان آخر و فى هذا العنوان فى التحرير و الوجه فيه ظاهر سواء كان الإلتلاف عمدا أو خطأ لأن التصرف مع العدوان أو بدونه إنما وقع فيه فلا يتعدى و إن كان الإيداع دفعة واحدة و يزيد الخطأ أنه لم يتعد و لم يخن (و قد) يتأمل فيما إذا دفع له مائة دينار دفعة فإن العرف قد يحكم بأنها وديعة واحدة كالتصل فكانت الصور أربعا لأن الإلتلاف إما عمدا أو خطأ و على التقديرين إما لبعض متصل أو لبعض منفصل و قوله خاصة يتعلق بصور ثلاث و هو ما إذا كان البعض المتلف منفصلا عمدا أو خطأ أو متصلا خطأ و لعل ما كان مثل الدبس و الدهن من المثلى يلحق بالمتصل و المصنف مثل بالقيمين

(قوله) (فإن أعادها بعينها و مزجها فكذلك)

أى يضمن ذلك البعض خاصة كما لو كان منفصلا فإن كان المعاد متميزا فلا خلاف فى أنه لا يضمن البقية كما فى المبسوط و مراده نفى الخلاف بين المسلمين و كذلك إن كان غير متميز على الأصح كما فى المبسوط أيضا و السرائر و التذكرة و التحرير و الإرشاد لأنه و إن خلط مضمونا بغير مضمون فهو مأذون فيه لأن رب المال رضى بأن يكون ذلك مع الباقي و يحتمل أنه يضمن الباقي لأنه بخلطه قد تصرف و هو أحد وجهى الشافعية لكن ظاهر التذكرة كما فهمه منها فى مجمع البرهان أنه لا خلاف عندنا فى عدم ضمان الباقي الغير المتصرف فيه و لعلهم استندوا فيه إلى العرف و تظهر الثمرة فيما إذا كان الكل عشرة و أخذ واحدا و رده و تلفت أى العشرة فإنه لم يلزمه إلا درهم واحد عندنا و قال فى التذكرة و لو تلف منها خمسة لم يلزمه إلا نصف واحد و قد يقال الأصل عدم تلف المضمون معتصدا بأصالة البراءة فلا يعارضه أصل عدم تلف غيره ثم إنه من المعلوم أن المضمون أما أن يكون تلف كله أو بقى بتمامه فالتنصيف فى محل التأمل إلا أن يقال إن تصادم الأصول كتصادم الدعاوى

(قوله) (و لو أعاد مثلها و مزجها ضمن الجميع)

إذا كان المثل المردود غير متميز كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه خلط مال غيره بغير إذن مالكة كما لو كان مقارضا فخلط مال القراض بمال من غيره فإنه يضمن مال القراض كله و الفرق بين إعادته بعينه و إعادة مثله أنه قد حصل فى الثانى عيب الشركة لأن المثل و إن وجب على المستودع إلا أنه لا يملكه المودع إلا أن يقبضه هو أو وكيله فهو باق على ملك المستودع فتتحقق الشركة بخلطه و فى الأول إنما خلط مال المالك بماله فلا يضمن سوى ما تصرف فيه و أما إذا كان المثل المردود مميزا فإنه إنما يضمنه خاصة و لا يضمن الباقي كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير

(قوله) (و كذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك لأن فض الختم تصرف غير مأذون فيه لا- من المالك و لا- من الشارع و لما فيه من الهتك و مثله الصندوق المقفل و كذا ما أشبه الختم مما يدل على قصد المالك

الإخفاء به كالربط و الشد لا- ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار كما فى الخيط و الربط الذى يقصد به شد رأس كيس الثياب و الرزمة منها كما فى التذكرة و المسالك قال فى التذكرة لو حل الخيط الذى شدّ به رأس الكيس لم يضمن و إن فعل ذلك للأخذ (قلت) و الفارق بين الأمرين القرائن و هو يخالف إطلاق الكتاب فيما يأتى و صريح جامع المقاصد حيث قال إن الفرق بين ما يقصد به المنع من الانتشار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥

سواء أخذ منه شيئاً أو لا بخلاف ما لو ختمه (١) هو و لو مزج الوديعتين بحيث لا مائر ضمن الجميع و إن اتحد المالك (٢) و لو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى (٣) و لو مزج غيره ضمنهما المازج (٤) و الشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله بنفس الحل و إن لم يتصرف

و ما يقصد به الكتمان غير ظاهر قال و المعتمد الضمان لمكان التصرف و الهتك انتهى و قد عرفت أن الفارق بين الموضوعين و الحكمين القرائن فحيث يكون الشد للانتشار لا هتك و لا تصرف و فى حكم الختم و القفل الدفن كما فى التذكرة أيضاً و لا فرق فى فتح الختم و القفل بين أن يأخذ شيئاً من الكيس أم لا كما صرح به فى أكثر ما ذكر من الكتب المتقدمة و هو قضية إطلاق ما بقى و لا- فى الختم بين أن يكون مشتملاً على علامة للمالك أم لا- و قال فى مجمع البرهان لا ضمان فى شىء من ذلك للأصل و عدم التصرف و التقصير فى الحفظ و لم يثبت كون هتك الحرز موجبا للضمان و لا بد له من دليل انتهى فتأمل و نبه بقوله الكيس المختوم على أن المراد ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن كما صرح به بعد ذلك إذ لا- هتك فى ذلك و لا نقصان عما فعله المالك هذا إذا لم يكن الختم بأمر المالك بعد الاستيداع أو لم يكن من المستودع قبل الاستيداع مطلقاً فإنه يمكن إلحاقه بختم المالك كما فى حواشى الكتاب و حيث يضمن يكون ضامناً للمظروف كما هو صريح كلامهم و فى ضمانه للظرف و جهان و استقرب فى التذكرة لعدم لأنه لم يقصد الخيانة فى الظرف (و فيه) أن قصد الخيانة لا دخل له فى الضمان و المدار على التصرف المنهى عنه فكل تصرف لغير الحفظ غير معتاد منهى عنه قاض بالضمان كما أفصح به إجماع التذكرة الذى سمعته فيما تقدم و هو قضية الأصل و ينبغى أن يكون هو الأصل فى الباب فيضمن حتى فى الكيس الذى ختمه و هو فتحه لا للحفظ إلا أن يقال إن ذلك مما يعتاده الودعيون كنقلها من مكان إلى آخر كما يأتى فى ضابط الحفظ و قد استشكل فيها فيما إذا عد الدراهم الغير المختومة أو وزنها أو ذرع الثوب من أنه تصرف فى الوديعه و من أنه لم يقصد الخيانة انتهى فتأمل و فى المبسوط و التذكرة و التحرير لو خرق الكيس فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم و إن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق فتأمل فيه أيضاً (قوله) (سواء أخذ منه شيئاً أو لا بخلاف ما لو ختمه هو)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله

(قوله) (و لو مزج الوديعتين بحيث لا مائر ضمن الجميع و إن اتحد المالك)

كما فى التذكرة و لم يقيد فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز أحد المالين عن الآخر لإرادة لتعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف فى المالين بغير إذن المالك حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه و صبه على الآخر و هو الموافق لما أصلناه و قالوا فى توجيهه و قد يتعلق غرض المالك الواحد بعدم المزج و لا حاجة إليه بعد الأصل و قد يقال إنه إنما يضمن المخرج من كيسه و أما الآخر فإن كان مختوماً ضمنه و إلا فلا مع بقاء التمييز لأنه لم يحدث فيه تصرفاً ممنوعاً منه فيتجه ما فى الكتاب فليتأمل و لا تغفل عما تقدم و قد يكون عدم التقييد فى المبسوط و ما ذكر معه لكون المزج فى الغالب يراد منه عدم التمييز أو لأنهم استسلفوا ذلك فتلتهم الكلمة لكن ظاهر جامع المقاصد أو صريحه الضمان مطلقاً و لا فرق بين كون الكيسين معا وديعة أو أحدهما أمانة غير وديعة أو غصبا و هذا كله إذا كان الكيسان للمودع أما إذا تعدد المالك فلا بحث كما

في جامع المقاصد لمكان عيب الشركة أما لو كان الكيسان أى الظرفان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز لأنه له نقل الوديعة من مخل إلى غيره و له تفرغ ملكه و لا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه أولا- كما هو المعتاد الشائع في الودائع إلا- أن يعينه المالك بخصوصه لحفظه أو ينهاه عن نقله كما يأتي

(قوله) (و لو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى)

الوجه فيه واضح و لا يكون إلا فيما إذا تعدد المالك

(قوله) (و لو مزج غيره ضمن المازج)

دون المستودع و لا تَزْرُ وَاِزْرُهُ و زَرَّ أُخْرَى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦

و إلا ضمن بالأخذ (١) و لو أذن له المالك في أخذ البعض و لم يأذن في رد البدل فرده و مزجه ضمن الجميع (٢)

(الثاني) الإيداع

فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبي و إن كان ثقة من غير ضرورة و لا إذن (٣) ضمن و كذا لو سافر بها مختارا مع أمن الطريق أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنه لا يضمن (٤)

(قوله) (و الشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله بنفس الحل و إن لم يتصرف و إلا ضمن بالأخذ)

أى و إن لم يكن من المالك ضمن بالأخذ لا بنفس الحل و قد تقدم الكلام في ذلك كله آنفا

(قوله) (و لو أذن له المالك في أخذ البعض و لم يأذن في رد البدل فردّه و مزجه ضمن الجميع)

أى حيث لا مائل لأنه تصرف في الوديعة تصرفا غير مشروع و عيبها بالمزج فإن الشركة عيب و يجىء احتمال الضمان مع المائل كما تقدم بيانه

(قوله) (الثاني الإيداع فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبي و إن كان ثقة من غير ضرورة و لا إذن ضمن)

قال في التذكرة فإن أودعها (أودع خ ل) من غير عذر ضمن إجماعا لأن المالك لم يرض بيد غيره و أمانته و لا فرق بين أن يكون ذلك الغير عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبيا عند علمائنا أجمع و قال في المسالك لا فرق في ذلك بين الزوجه و غيرها عندنا بل يضمن مع عدم إحرازها عنها و إن لم يسلمها إليها إجماعا و في موضع آخر من المسالك أنه موضع وفاق و قد صرح بالحكم المذكور في المبسوط و غيره و هو قضية إطلاق الغنية و السرائر و قد نبهوا بذلك على خلاف بعض العامة على تفاصيل لهم في المقام و لعل ذلك مخصوص عندنا بمن يتولى ذلك بنفسه فالعالم و السلطان و من ليس من شأنه الحفظ بنفسه يجوز له الحفظ بأمنائه و غلمانه و العادة جارية بتسليم الغنم إلى الراعى أو المراد إذا لم تدل قرينه على الرخصة في وضعها عند غيره كما يرشد إليه تعليلهم بأن المالك لم يرض فلو فهم رضاه بأي شىء كان جاز و في المبسوط إن قال لزوجته أو جاريته اجعلها في الصندوق أو أدخلها البيت و هو يرى ما تفعل و يشاهد فلا يضمن انتهى و يأتي الكلام إن شاء الله تعالى فيما إذا كان الإيداع من ضرورة كما يأتي الضابط في حفظ الوديعة و عليه تنزل هذه العبارات و غيرها

(قوله) (و كذا لو سافر بها مختارا مع أمن الطريق أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنه لا يضمن)

من جملة أسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة و لا إذن من المالك سواء كان الطريق أمنا أو مخوفا كما صرحت بذلك كتبهم كالمبسوط و غيره بل لا أجد فيه خلافا قال في التذكرة لا يجوز للمستودع إذا عزم على السفر أن يسافر بالوديعة بل يجب عليه دفعها إلى صاحبها أو وكيله الخاص في الاسترداد أو العام في الجميع «١» فإن لم يجد (يوجد خ ل) دفعها إلى الحاكم فإن تعذر

الحاكم دفعها إلى أمين و لا- يسافر بها فإن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف انتهى و قال فى المبسوط إذا أراد أن يسافر فردّها على المودع أو وكيله فلا ضمان عليه فإن لم يتمكن منهما و ردها على الحاكم فلا- ضمان عليه و إن لم يتمكن منه و ردها على ثقة فلا ضمان أيضاً كل هذا لا خلاف فيه لأن السفر مباح فلو قلنا ليس له ردها لمنعناه من المباح الذى هو السفر انتهى و قضيته أنه يضمن إن سافر بها و قال فى التذكرة لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك و لا يلزمه المقام لحفظ الوديعة لأنه متبرع بإمسائها و يلزمه ردها إلى صاحبها أو وكيله إلى آخر ما قال على نحو ما فى المبسوط (و يبقى الكلام) فيما إذا أراد السفر مختاراً من غير ضرورة فى وقت السلامة و أمن البلد و تعذر عليه صاحبها و الوكيل و الحاكم و الثقة فى ظاهر التذكرة أنه يجوز له السفر بها و يضمن حيث صرح بأنه مخير بين تأخير السفر و الترام خطر الضمان و نحوه ما فى التحرير قال و لو أراد السفر ردها إلى المالك أو وكيله فإن فقدهما فعلى الحاكم فإن تعذر فإلى ثقة فإن تعذر جاز له السفر بها و استحسنته فى الكفاية و قد يفهم ذلك مما فى الشرائع و الإرشاد من قولهما لا يجوز السفر

(١) أى وكيله فى جميع أموره من الاسترداد و غيره (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧

.....

بها مع ظهور أمارات الخوف إذ قضيته أنه يجوز مع عدم ظهور الأمارات لكن هذا يمكن تنزيهه على وجه آخر ستسمعه إن شاء الله تعالى و فى جامع المقاصد و المسالك أنه لا يجوز له السفر بها و لا تركها فى يد غير ثقة لأن الإذن مع الإطلاق إنما تناول الحفظ فى الحضر عملاً بالعادة و لأن السفر لا يخلو من خطر كما ورد فى الخبر عنه صلى الله عليه و آله و سلم أن المسافر و ماله لعلى تلف إلا ما وقى الله تعالى و على ما يأتى من الضابط يجوز له السفر و لا ضمان وفاقاً لظاهر التحرير (و أما) إذا اضطر إلى السفر للخوف على الوديعة أو لحاجته و ضرورته فإنه يجوز أن يسافر بها حينئذ و لا يضمن مع تعذر إيصالها إلى من ذكر كما نص عليه جماعة قال فى المبسوط إذا كان التلف. مخوفاً ففزع من النهب و الحريق فله أن يسافر بها و لا ضمان عليه بلا خلاف بل فى التذكرة لو اضطر إلى السفر بالوديعة بأن يضطر إلى السفر و ليس فى البلد حاكم و لا ثقة و لم يجد المالك و لا وكيله أو أنفق جلاء لأهل البلد أو وقع حريقه أو غارة أو نهب و لم يجد المالك و لا وكيله و لا الحاكم و لا العدل سافر بها و لا ضمان إجماعاً لأن حفظها حينئذ فى السفر بها و الحفظ واجب فإذا لا يتم إلا بالسفر بها كان السفر واجباً و لا نعلم فيه خلافاً انتهى و عليه ينزل ما فى الشرائع و الإرشاد من قولهما يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة ثم لا يضمن بأن يكون أراداً بالجواز معناه الأعم فلا ينافى الوجوب إذ لا يجوز تركها مع الخوف عليها و هو على إطلاقه مشكل إذ قد يكون عليه فى إنشائه السفر ضرر و مؤنة كثيرة أضعاف الوديعة و ستسمع كلام فخر الإسلام و قد قال فى الشرائع و الإرشاد بعد هذه العبارة بلا فاصلة و لو ظهرت أمارات الخوف لم يجز السفر كما تقدم نقله عنهما أنفاً فيكون المراد أنه إذا خاف على الوديعة التلف مع الإقامة جاز له السفر بل و جب إلا أن يكون فى السفر خوف عليها أيضاً قد ظهرت عليها أماراته فلا يجوز و قضيته أنه إذا اشترك السفر و الحضر فى الخوف تساويهما فيه أو تفاوتتا لا يجوز السفر بها و لعل الأظهر الأحوط مراعاة أقل الخوفين و هذا هو الوجه الذى أشرنا إليه آنفاً و قال فخر الإسلام لا يجب السفر عليه لأجلها و إن خاف تلفها بدونه بل إن اختار السفر و جب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجباً و إنما يجب مصاحبها لو اختاره فيصح إطلاق جواز السفر عليه و هذا أيضاً على إطلاقه مشكل و قد سمعت ما فى التذكرة (و المراد) بالسفر السفر العرفى لا الشرعى و إلا لم يجب عليه الرد إلا بالخروج إلى مسافة و هو مشكل لأنه متى خرج من بلد الوديعة على وجه لا تعد فى يده عرفاً يجب أن يكون ضامناً لأنه أخرج الوديعة من يده فقصر فى حفظها كما نبه عليه جماعة و على هذا فيجوز استصحابها فى تردداته فى حوائجها إلى حدود البلد و ما قاربه من القرى التى

لا- يعد الانتقال إليها سفرا مع أمن الطريق فلا يجوز إيداعها في مثل ذلك مع إمكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك (والمعتبر) في تعذر الوصول إلى أحد الأربعة المذكورة سابقا المشقة الكثيرة و هي المعبر عنها بالتعذر عرفا لا معناه لغة لما في إزمائه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين كما نبه على ذلك كله جماعة أيضا وبعد ذلك كله (نقول) إن ذلك خلاف ما استمرت عليه سيرة السلف والخلف من العلماء والصلحاء وإن ذلك يقضى بأن تكون الحال في الوديعة أصعب شيء وليس في الأخبار والآثار ما يمنع من السفر للودعي إلا بأن يسلمها للمالك أو الحاكم أو الثقة وليس فيها ما يمنع من السفر بالوديعة وحينئذ فلا يجب علينا أيضا تحقيق السفر وإنما هو للفقهاء بل الضابط في الوديعة أن المدار فيها على وجوب الحفظ على ما يقضى به العرف والعادة من حفظ مثل هذه الوديعة من مثل هذا الشخص من جهة أحواله ونظره واجتهاده وذلك يختلف باختلاف الوديعة والودعي من المباشرة بنفسه أو زوجته والسفر والإقامة والخروج إلى القرى القريبة والبساتين إلا أنه لما كان الغالب في السفر حصول الخوف والخطر تعرضوا

لذلك وإلا فقد يكون السفر أحرز من الحضر وغير الودعي أحفظ لها منه كأن يكون مهابا تخافه السراق إلى غير ذلك مما نبه عليه مولانا المقدس الأردبيلي وهذا الذي يستفاد من عدة مواضع من كلامهم كما يأتي بلطف الله تعالى وتوفيقه ثم عد إلى عبارة الكتاب فلو قال وإن كان مع أمن الطريق لكان أولى لأنه يشمل حكم الخوف ولعله تركه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨

و كذا لو أودعه حالة السفر (١) وإذا أراد السفر ردها على المالك فإن تعذر فعلى الحاكم فإن تعذر أودعها من الثقة ولا ضمان (٢) وكذا لو تعذر ردها على مالكها فإنه يعيدها إلى الحاكم فإن تعذر فالثقة مع الحاجة (٣) فإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن (٤) والأقرب وجوب القبض على الحاكم (٥)

لوضوحه

(قوله) (و كذا لو أودعه حالة السفر)

أى لا يضمن لو أودعه حالة السفر أو كان المستودع منتجعاً فإنه يجوز السفر بها حينئذ من غير ضمان لقدم المالك على ذلك حيث أودعه ماله على تلك الحالة وليس على المستودع ترك السفر لأجلها وكان هذا في معنى الإذن بالسفر بها بدلالة القرائن الحالية وبالحكم المذكور صرح في التذكرة والتحرير و جامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان وكان دليلهم لا يدل إلا على السفر الذى سلمه المالك فيه فتأمل وقال فى القاموس المنتجع المنزل لطلب الكلاء

(قوله) (و إذا أراد السفر ردها على المالك فإن تعذر فعلى الحاكم فإن تعذر أودعها من الثقة ولا ضمان)

قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله) (و كذا لو تعذر ردها على المالك فإنه يعيدها إلى الحاكم فإن تعذر فالثقة مع الحاجة)

يريد أنه إذا أراد ردها على مالكها من دون إرادة السفر وتعذر المالك ردها على الحاكم ومع تعذره فالثقة لكن إنما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية إلى ذلك أى الرد على الحاكم أو الثقة وبدونها يضمن كما فى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وتعليقه و جامع المقاصد والمسالك بل فى الأخير هكذا ذكره الأصحاب لا نعلم فيه خلافا بينهم و وافقهم جماعة من العامة و حكى عن بعض العامة أنه أجاز دفعها إلى الحاكم مطلقاً عند تعذر المالك ونفى عنه البعد فى المسالك (و الوجه) فيما ذكره الأصحاب واضح لكنه يلزمه لزوم الوديعة فى هذه المدة والجواب ممكن والأمر هين أما الدفع إلى الحاكم فلأنه له ولاية على الغائب على هذا الوجه وأما الثقة فلمكان الحاجة وكان دليله الإجماع كما فى مجمع البرهان وأما الضمان عند عدم الحاجة فلأن المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة فليحفظها حتى يجد المالك أو يتجدد له عذر و يبقى الكلام فيما إذا أرادوا بالحاجة قال فى جامع المقاصد لم

أجد لها تعيينا في كلامهم و في التذكرة قال إذا تبرم المستودع بالوديعة فسلمها إلى القاضى ضمن إلا مع الحاجة و لقائل أن يقول إن دوام وجوب المحافظة على الوديعة و مراعاتها من الأمور الشديدة المشقة و دفع هذه المشقة أمر مطلوب و هو من أكد الحاجات فليسوغ معه التسليم إلى الحاكم لكن هذا إنما يكون مع طول الزمان و نحو ذلك انتهى (قلت) قد فسرت الحاجة في المبسوط و التحرير و التذكرة و المسالك بالحرق و النهب و غير ذلك و فسر في المالک غير ذلك بالضرورات ثم إن الحاجة كغيرها من الأمور التي لا- تعيين لها في الشرع فيرجع فيها إلى العرف فلو كانت هناك حاجة لا ترتكب عرفا للوديعة جاز دفعها للحاكم و منها السفر للنفقة و قضاء الدين و السفر الواجب بأصل الشرع و بالندر إلى غير ذلك مما يعد عرفا أنه حاجة و ضرورة بالنسبة إلى الوديعة كما في مجمع البرهان

(قوله) (و إذا خالف هذا الترتيب في الموضوعين مع القدرة ضمن)

كما صرح به في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و هو صريح الشرائع و الإرشاد في بعض و قضية كلامهما في الباقي و المراد بالموضوعين حالتا السفر و الحضر لكنه في التحرير استشكل في الضمان مع المخالفة فيما إذا أراد السفر لكنه وصفه بالضعف و نسب في التذكرة إلى علمائنا القول بالضمان إن دفع إلى الأمين و هو يجد الحاكم إذا أراد السفر بل قد يظهر منها الإجماع في بقیة المخالفة و هذا في الحقيقة إيداع للغير و قد قال في التذكرة إن أودع من غير عذر و لا إذن ضمن إجماعا كما تقدم و قد يقال إن قوله في الكتاب مع القدرة مستدرک لأنه لا معنى له إلا العدول عن المالک إلى الحاكم بدون تعذر المالک و كذلك القول في العدول عن الحاكم إلى الثقة

(قوله) (و الأقرب وجوب القبض على الحاكم)

كما جزم به في التذكرة و في الإيضاح و المسالك أنه أقوى و في جامع المقاصد أنه الأصح لأنه منصوب للمصالح و لو لم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩

و كذا المديون و الغاصب إذا حملا الدين أو الغصب إليه (١) و لو أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخاف المعاجلة (٢)

يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه و لا ترجيح في التحرير و في جامع المقاصد يحتمل ضعيفا عدم تمسكا بأصل البراءة و ستعرف ما فيه (و الظاهر) أنهم يريدون الوجوب العيني و إلا فالكفائي على كل أحد لا خصوصية له بالحاكم و في مجمع البرهان في كون الحاكم منصوبا لمثل هذه المصلحة منع و دفعه بالدليل غير ظاهر بل هو منصوب للحكم و القضاء و لحفظ ما يتلف من مال الأطفال و الغياب أيضا إذا لم يوجد من يحفظه و هنا يمكنه الحفظ بعدم السفر إلا أن يكون ضروريا فبالإيداع عند ثقة نعم لو تعذر تعيين عليه كما لو لم يكن إلا- ثقة واحد فإنه يجب عليه عندهم عينا و إن لم يكن حاكما فلا فرق بين الحاكم و غيره (قلت) فيه أنه ينافي إطباقهم على وجوب الدفع إلى الحاكم عند تعذر المالک إلا أن تقول إنه يجب عليه الدفع و لا يجب على الحاكم القبول يکنه إذا كان وليا عن الغائب كما طفحت به عباراتهم كان القول بالوجوب عليه لا مناص عنه لا بمعنى أنه لقبضه بنفسه و يكون هو ودعيا لأن ذلك فيه من العسر و المشقة ما لا يخفى لأن أمثال ذلك كثير الوقوع كاللقطة و الديون و الغصوب و أموال الأطفال و الغياب فلو وجب عليه قبض ذلك بنفسه لم يكن له شغل غير ذلك فالظاهر أن المراد بوجوب قبضه و قبوله أعم من أن يكون بنفسه فيصير هو ودعيا أو يعين له أمينا يكون قابضا بحكمه و ولايته لا بوكالته فيكون الودعي الأمين لا الحاكم و هذا به أولى لأنه في شغل شاغل عن مباشرة أمثال هذه الأمور كما عرفت فكان الجزم بذلك كما في التذكرة هو الصحيح و لا معنى لقولهم الأقرب و الأقوى و الأصح فليتأمل في ذلك فإنه عام في جميع الأمانات التي يليها الحاكم و لم يبينوا لنا الحال في الثقة هل يجب عليه القبض لأنه كالولي أم لا ثم إن ذلك لعله مبني على وجوب حفظ مال الغير و قد تقدم الحال فيه

(قوله) (و كذا المديون و الغاصب إذا حملا الدين أو الغصب إليه)

أى يجب القبول على الحاكم إذا حمل الدين والغضب إليه كما فى الإيضاح وكذا المسالك وقال فى جامع المقاصد لا يتقيد هذا بإرادة السفر ولا بحصول الحاجة بالنسبة إلى الغاصب لأن يده يد عدوان وينبغى أيضا فى المديون ذلك لأن براءة الذمة أمر مطلوب ثم احتمال عدم وجوب القبول نظرا إلى أن البقاء فى يد الغاصب أعود على المالك لكونه مضمونا فى يده وكذا المديون لأن الدين فى ذمته (قلت) هذا هو الأحوط لكنه إنما يتم إذا لم يكن له معارض والحاجة المنفية فى كلامه غير الحاجة القائمة فى الغاصب والمديون

(قوله) (و لو أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخاف المعاجلة)

كما فى الشرائع والإرشاد وهذا الإطلاق يشمل ما إذا تعذر الوصول إلى المالك أو الحاكم أو إيداع الثقة أو لم يتعذر سواء دفنها فى حرز أو غير حرز أعلم بها الثقة أو الفاسق أو لم يعلم أحدا وسواء كان الثقة فى منزل الدفن أو خارجا عنه ولا فرق فى ذلك كله بين كونه مضطرا إلى السفر أو لا ولا بين كون الدفن مغيرا لها أم لا ففضية الكتب الثلاثة أنه يضمن بدفنها فى جميع هذه الصور إلا أن يخاف عليها معاجلة السارق أو الظالم فإنه لا يضمن لأن حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن فيجب ويجزى لأنه المقدور ويعتبر كونه فى حرز مع الإمكان وهذا تحرير كلام المبسوط والتذكرة والتحرير وكلام العامة وهو صحيح إلا فيما إذا دفنها ولم يتمكن من أحد الأربعة وأعلم الثقة بها الساكن فى موضع دفنها لأن إعلامه بذلك إيداع له وقد فهم وقيل أو نقول إن السكنى فى موضع الدفن مع العلم بما فيه مستلزم لليد عليه فيكون داخلا فى حفظه وتحت يده فيجب عليه الحفظ وهو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ونظر المصنف فى الكتابين والمحقق فى الشرائع إلى أنه إعلام لا إيداع لأن الإيداع يستلزم إيجاب الحفظ والقبول بخلاف الإعلام فإنه لا يلزمه حفظها بمجرد الإعلام وقال فى المسالك إن فيه قوة وإن فسرت المعاجلة فى الكتب الثلاثة بمعاجلة الرفقة إذا أراد السفر وكان ضروريا وكان التخلف عنها مضرا فإنه لا ضمان عليه فى دفنها لمكان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠

و من حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة (١)

الحاجة والتفسير أن للمعاجلة محكيان عن الشهيد والأول هو المتبادر من التذكرة والتحرير (و أما عباراتهم فى المقام) ففى المبسوط فإذا أراد المودع السفر فدفنها فلا يخلو إما أن يعلم به غيره أو لم يعلم به فإن لم يعلم به غيره ضمن لأنه غرر لأنه ربما مات المودع فى السفر ولم يعلم وتلف الوديعة فى الدفن وربما تلف أيضا بالغرق أو الحريق أو تحت الأرض وإن أعلم غيره فإن كان فاسقا ضمن لأنه أشهرها وإن عرف ثقة أمينا نظرت فإن كان ممن لا يسكن تلك الدار التى دفن فيها فإنه يضمن لأنه عَرَفَ من لا يأمنه المودع كما لو كان المودع حاضرا وإن أعلم من سكن تلك الدار التى دفن فيها فهل يضمن أم لا فيه الفصول الثلاثة التى ذكرناها فيما قبل فى رد الوديعة انتهى وقد كان ذكر فى رد الوديعة أنه إما على المالك أو غيره لعذر أو لغير عذر وأنه مع العذر يرد على الحاكم فإن فقد فعلى الثقة كما تقدم بيانه وذكر فى التذكرة مثل ما فى المبسوط بدون تفاوت فى المعنى إلى قوله فإن أعلم من سكن فإن فى التذكرة فإن كان ساكنا فى الموضع فإن كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جاز لأن الموضع وما فيه فى يد الأمين والإعلام كالإيداع وإن كان فيه مع القدرة على الحاكم فعلى الوجهين السابقين انتهى ولم يتعرض فيهما «١» لخوف المعاجلة وعدمه لكنه قال بعد ذلك فى التذكرة فى جملة فروع لو دفن الوديعة فى غير حرز عند إرادة السفر ضمن على ما تقدم إلا أن يخاف عليها المعاجلة وكذا يضمن لو دفنها فى حرز ولم يعلم بها أمينا أو أعلم أمينا حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين انتهى ومراده فى قوله وكذا يضمن أنه يضمن إلا مع خوف المعاجلة وفى التحرير لو دفنها فى موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يغيره الدفن فهو كإيداعه عنده وإن لم يعلم بها أحد ضمنها إلا مع خوف المعاجلة عليها وكذا يضمن لو أعلم بها غير الثقة أو أعلم بها الثقة ولم يشعر بالمكان أو أشعره وليس ساكنا بالمكان أو كانت مما يتغير بالدفن

(قوله) (و من حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة)

جعل الواجب هو الإيصاء كما فى التذكرة و المفاتيح و ظاهر جامع المقاصد و هو يتحقق بدون الإشهاد و الموجود فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد أنه يجب عليه الإشهاد عند خوف الموت أو ظهور أماراته أو حضور الوفاة على اختلافهم فى التعبيرات كما ستسمع و المتبادر من الإشهاد أن يشهد شاهدين ليحصل بهما الإثبات حيث ينكر الورثة أو يكون بعضهم صغاراً لثلاثا يمتنع الوصى من تسليمها إلى مالكةا من دون الإثبات و قد يكون أراد المصنف فى كتابه ما أرادوا كما هو صريحه فى الفرع الرابع كما أنه يحتمل أنهم أرادوا مجردا الإيصاء و هو بعيد جدا لأنه خلاف المتبادر من الإشهاد لتكرره فى المبسوط و السرائر قالوا إذا حضرته الوفاة فإنه يلزمه أن يشهد على نفسه بأن عنده وديعة لفلان و يشهد حتى لا يختلط بماله و لعلهما أرادا بالإشهاد الأول الإيصاء و قد جعل فى الكفاية فى المسألة قولين قال فى الكفاية وجب الإشهاد على قول أو الإيصاء على قول آخر و نحوه ما فى المفاتيح غير أنه استظهر براءته بالإيصاء و قد عبر بمن حضرته الوفاة فى المبسوط و السرائر و التحرير و المراد حصول الظن بالموت بظهور العلامات كما فى الشرائع و الكفاية و المفاتيح قال فى الشرائع إذا ظهر للمودع أمارات الموت وجب الإشهاد و هو معنى ما فى التذكرة و جامع المقاصد من أنه إذا مرض مرضا مخوفا أو حبس ليقتل و ظاهر عبارات الجميع ما عدا التحرير و التذكرة فى أول كلامه فيها أن الإيصاء و الإشهاد كاف و إن قدر على إيصالها إلى مالكةا أو من يقوم مقامه لأنه لم يخرج بذلك عن أهلية الأمانة فيستصحب و الأصل عدم الوجوب و وجوب الإشهاد لا ينافيه لأنه من وجوه الحفظ الواجب عليه و قال فى التحرير إذا حضرت المودع الوفاة وجب عليه دفعها إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقة على الترتيب و لو تعذر وجب الإيصاء بها و الإشهاد و نحوه ما فى التذكرة فى أول كلامه و لعل وجهه أن الإيصاء غير كاف فى دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها إلى أهلها لاحتمال عدم وصولها إلى يد الوصى بسبب من الأسباب و احتمال تلفها فى يده بتفريط و عدمه و لا ريب أنه أحوط و قال

(١) أى المبسوط و التذكرة (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١

فإن أهمل ضمن (١) إلا أن يموت فجاء على إشكال (٢)

فى التذكرة بعد ذلك فى فروع المسألة الأقرب الاكتفاء بالوصية و إن أمكنه الرد إلى المالك لأنه مستودع لا يدرى متى يموت فيستصحب الحكم و يحتمل أن يجب عليه الرد إلى المالك أو وكيله عند المرض فإن تعذر أودع عند الحاكم أو أوصى إليه كما إذا عزم على السفر و هو قول أكثر الشافعية و مراده بالمرض المرض المخوف و إلا ففى مجمع البرهان أن الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب عند مطلق المرض و أيضا كلامه يقضى بالتخيير بين إيداع الحاكم و الإيصاء إليه لكن الظاهر أن مراده بقريئة قوله كما إذا عزم على السفر أنه بعد تعذر الحاكم يودع الثقة ثم إن تعذر فالإيصاء كما تقدم مثله مرارا لكن فيه أن كلامه صريح فى الإيصاء إلى الحاكم فتأمل و ليس المراد بالإيصاء هو الإيداع كما صرح هو به قال توهم بعض الناس أن المراد من الوصية بها تسليمها إلى الوصى ليدفعها إلى المالك و هو الإيداع بعينه و ليس كذلك بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده فإنه و الحال هذه مخير بين أن يودع للحاجة و بين أن يقتصر على الإعلام و الأمر بالرد لأن وقت الموت غير معلوم و يده مستمرة على الوديعة ما دام حيا و هذا أيضا صريح فى عدم وجوب الرد عينا بل تخييرا و ذلك هو المراد من آخر عبارتى المبسوط و السرائر و إن أوهمتا خلاف ذلك و لا ترجيح فى الكفاية (و كيف كان) فالظاهر أن دليل وجوب الإيصاء هو أن المدار على وجوب حفظ الوديعة مهما أمكن حتى تصل إلى أهلها و ذلك لا يتم هنا إلا بالإيصاء و أدلة وجوب الوصية على المحتضر بل لعله لا خلاف فى وجوبها عليه و لكن حيث كان المدار على وجوب الحفظ كما قضت به قواعد الوديعة فلا ريب أنه تارة يحصل بالإيصاء فقط و تارة لا بد منه و من الإشهاد و أخرى

يكفى فيه الإشهاد بل قد لا يحتاج إلى الوصية فعمل اختلاف الكلمة على اختلاف النظر واختلاف المقامات في الحفظ فليتأمل
(قوله) (فإن أهمل ضمن)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و هو قضية كلام المبسوط و السرائر و الشرائع و الإرشاد و إن لم يصرح به فيها لأنه فرط حيث غرر بها و معنى ضمانه أنه يحكم بكونها مضمونة في يده فلو تلفت بغير تفريط في وقت الضمان و لو قبل الموت كانت مضمونة عليه تؤخذ من ماله كالدين و عوض الغصب و كذا بعد الموت و إن لم يقصر الورثة في المبادرة إلى إعلام المالك و الرد عليه فتلفت قبله بآفة أو إتلاف متلف أو بترد في بئر و نحوها و يكون آثما أيضا بتركه الوصية و لعل التفريط و التقصير إنما يحصل بتركها حين الموت أو قبيله حيث يئأس من الحياة و لا يقدر على الوصية و إن لم يكن مات لكن في المسالك أنه لا يستقر الضمان إلى أن يموت فيعلم التفريط في أول زمان ظهر فيه أماره الموت سواء كان ذلك في ابتداء المرض أم في أثنائه و هذا معنى قوله في التذكرة التقصير هنا إنما يتحقق بترك الوصية إلى الموت فلا يحصل التقصير إلا إذا مات لكن يتبين عند الموت أنه كان مقصرا من أول ما مرض انتهى (و قد يقال) إن التقصير يحصل قبل الموت كما عرفت ثم إن الظاهر أن الوقت موسع لأنه إذا ظن بقاء قادرا على الوصية كان كحال الصحة فكونه من أول المرض كأنه محل تأمل إلا أن تقول إن مراده من قوله من أول ما مرض ما قاله في المسالك من أنه أول زمان ظهر فيه أمارات الموت إلى آخره و قد يرد على المسالك ما إذا ظهرت أمارات الموت و ظن البقاء معها يوما أو نصف يوم أو نحو ذلك فتأمل إذ الكشف قوى لا بأس به
(قوله) (إلا أن يموت فجأة على إشكال)

و مثله القتل غيلة و عدم الضمان خيرة التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و هو الذي حكاه الشهيد عن فخر الإسلام و لعله سمعه منه شفاها لأنه لا يعد مقصرا و لو وجب الضمان لاقتضى وجوب الوصية على كل مستودع من حين قبض الوديعة حتى لو أخر ساعة يضمن و عمل جميع الفقهاء على خلافه و الضمان خيرة الإيضاح (و احتج) عليه بأن الوصية و الإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها و في وجوب أدائها ظاهرا إن علم بها و في نفس الأمر إن لم يعلم و ذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ و لا معنى للتفريط إلا ذلك (و فيه) أن المدار في الضمان على التقصير و التفريط عرفا أو شرعا بمعنى مخالفة الواجب عليه فإذا ترك سببا لا يعد سببا في نظر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢

و لو أوصى إلى فاسق أو أجمل كقوله (له خ) عندي ثوب و له أثواب ضمن (١) أما لو قال عندي ثوب و لم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال (٢)

الشارع و أهل العرف و ما هو في نظرهم إلا كالمسرع تحت الجدار المستقيم مخافة أن يسقط عليه لا يعد مقصرا و لذلك لم يجب الإشهاد و الإيضاء إلا- عند أمارات الموت فلا- معنى للتعليل بالتفريط و لعل الاستثناء منقطع لأن موت من حضرته الوفاة فجأة غير متصور

(قوله) (و لو أوصى إلى فاسق أو أجمل كقوله عندي ثوب و له أثواب ضمن)

كما هو خيرة التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك في الحكمين و خيرة المفاتيح في الأول و ظاهر المبسوط في الثاني ذكره في أثناء مسألة أخرى (أما الأول) فلأن الوصية إلى الفاسق تزيد في التضييع لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانة قال في التذكرة يجب الإيضاء إلى أمين فإن أوصى إلى غير ثقة فهو كما لو لم يوص و يجب عليه الضمان لأنه غرر بالوديعة و لا يجب أن يكون أجنبيا بل يجوز أن يوصى بها إلى وارثه و يشهد عليه و مراده أن يشهد على الإيضاء و هذا ما أشرنا إليه آنفا و في الكفاية و كذا مجمع البرهان أنه لا يبعد الاكتفاء بكونه آمينا و إن لم يكن عدلا (قلت) وجه الحكم ظاهر على تقدير اشتراط العدالة في الوصية

مطلقا كما نقل عليه الإجماع جماعة كما بين فى محله و يكون الضمان من حين الوصية إلى غير العدل و يحتمل أن يراعى بالموت فإذا مات و ترك الوصية إلى العدل علم أنه ضامن من حين الترك لاحتمال أن يرجع و يوصى إلى العدل مع الإشهاد و أما على تقدير عدم اشتراطها فى الوصى فلا- ضمان و يحتمل اشتراط العدالة هنا و إن لم نشترطها فى مطلق الوصى لأن الإيصاء كالإيداع فليأمل (و أما الثانى) فلأن الوديعه مع الإجمال لا تعرف بعينها فلا يمكن ردها بحسب العادة و ذلك مناف للفظ قال فى التذكرة إذا أوصى بالوديعه و جب أن يبينها و يميزها عن غيرها بالإشارة إلى عينها أو بيان جنسها و وصفها فلو لم يبين الجنس و لا أشار إليه بل قال عندى وديعه فهو كما لو لم يوص و لو ذكر الجنس فقال عندى ثوب لفلان و لم يصفه فإن لم يوجد فى تركته جنس الثوب فأكثر علمائنا على أن المالك يضارب الغرماء بقيمة الوديعه لتقصيره بتركه البيان إلى أن قال و إن وجد فى تركته جنس الثوب فإما أن يوجد أثواب أو ثوب واحد فإن وجد أثواب ضمن لأنه إذا لم يميز كان بمنزله ما إذا خلط الوديعه و ذلك سبب موجب للضمان و كذا ما ساواه و هو عدم تنصيصه على التخصيص و إن وجد ثوب واحد ففى تنزيل كلامه عليه إشكال قال الشافعى إنه ينزل عليه و يدفع إليه و منهم من أطلق القول بأنه إذا وجد جنس الثوب ضمن و لا يدفع إليه عين الموجود أما الضمان فلتقصير بترك البيان و أما أنه لا يدفع إليه عين الموجود فلاحتمال أن تكون الوديعه قد تلفت و الموجود غيرها و هو جيد انتهى و قضيه كلامه فى الكتاب أنه لو لم يكن إلا- ثوب واحد فلا- ضمان و هو خيره التحرير بمعنى أنه ينزل كلامه عليه لأن الأصل عدم غيره و الأصل بقاء حقه الثابت بالإقرار فيستصحب إلى أن يعلم التلف و لا يعارضه احتمال أن تكون قد تلفت قبل الوصيه بغير تفريط فلا ضمان و الثوب الموجود من التركة لأنه يدفعه أن مقتضى كلام الموصى بقاؤها إلى حين الوصيه و الأصل عدم التلف فينزل إطلاق كلامه عليه لكنه فى المسالك نسب إلى ظاهر كلامهم أن الإجمال المذكور يعدّ تقصيرا يوجب الضمان و قد عرفت المتعرض لهذا الفرع و هو المصنف فى التذكرة و التحرير و ظاهر الكتاب و أما المحقق الثانى فلم يجزم بعد ذلك تقصيرا لا فى أول كلامه و لا فى آخره نعم قد يمكن فهم ذلك من عبارة المبسوط و ستمعها فى المسألة الآتية قال فى المسالك الحق أن الحكم مبنى على أن الإجمال المذكور هل يعدّ تقصيرا يوجب الضمان كما هو ظاهر كلامهم أم لا فإن قلنا بالأول ضمن قطعاً للتفريط و إن قلنا بالثانى فلا لأصالة عدمه و براءة الذمه و أما أصالة بقاءه فلا تقتضى الضمان بل هى أعمّ و قد أومى إلى نحو ذلك فى جامع المقاصد

(قوله) (أما لو قال عندى ثوب و لم يوجد فى التركة ثوب لم يضمن تنزيل على التلف على إشكال)

حكم هنا بعدم الضمان على إشكال كما فى التحرير و الحواشى فى خصوص المثال و حكم فى الإرشاد بالضمان على إشكال و نحوه ما فى الشرائع فيما يشبه المثال أو هو هو قال فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣

.....

الشرائح إذا اعترف بالوديعه ثم مات و جهلت عينها قيل تخرج من أصل تركته و لو كان له غرماء و ضاقت التركة خاصهم المستودع و فيه تردد و تردده يحتمل أمرين أحدهما أن يكون فى أصل الضمان و الثانى فى كفيته كما يأتى مثله فى الكتاب حيث قال و لو مات المستودع و لم توجد الوديعه فى تركته فهى و الدين سواء على إشكال هذا إن أقرّ أن عنده وديعه أو عليه وديعه أما لو كانت عنده فى حياته و لم توجد عينها و لم يعلم بقاؤها ففى الضمان إشكال و الظاهر أن الإشكال الأول فى كفيته و الثانى فى أصله كالإشكال الموجود هنا فى المثال قال فى الإيضاح إن الإشكال فى الكيفية مبنى على الإشكال هنا أى فى المثال فقال إن هذا فى أصل الضمان و ذاك فى كفيته (و وجهه) أى التردد فى الأول أى أصل الضمان أن أقصى ما ثبت من اعترافه بها فى حياته و جوب حفظها و إلا فذمته بريئة من ضمانها فإذا لم تعلم بعد الموت احتمال تلفها قبله بدون تفريط و ردها إلى مالكها و الأصل براءة ذمته من الضمان و أصل عدم تلفها و عدم ردها لا ينافى أصل البراءة إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمه (و وجهه) فى الثانى أن أصل بقائها يقتضى كونها فى

جملة التركة غاية أن عينها مجهولة فيكون مالها بمنزلة الشريك القهرى فيقدم بالحصة على غيره من الغرماء و الانتقال إلى البدل إذا تعذرت العين إنما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال و إلا منعنا البدل و أصالة البقاء قد أوجبت ذلك كذا قيل و فيه نظر ظاهر لأن ذلك يقضى بوجودها في التركة و المفروض عدمه و فرض الوجود للأصل لا يجدى فى الشركة القهرية فتأمل و جعل وجهى إشكال الكتاب هنا فى الإيضاح و جامع المقاصد من قول أكثر علمائنا بأنه يضمن لأنه يجب عليه الرد لقوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى و المسقط هو التلف من غير تفريط و هو مشكوك فيه و إنا قد تحققنا أن عنده وديعه يجب عليه ردها لكن جهلت عينها فيوجب ضمانها فى ماله كما لو كانت عنده وديعه فدفنها و سافر و لم يطلع عليها أحد فإن الضمان يجب عليه فالسفر و الموت فى هذا المعنى واحد و هذان حجة الشيخ فى المبسوط على الضمان حيث قواه و مراده بجهل عينها جهل مكان عينها لأنه لو كان الجهل بتمييزها عن غيرها مع وجودها لم يكن فى الضمان إشكال كما لو أوصى بثوب و له أثواب كما تقدم و هذه عبارة المبسوط التى وعدنا بها آنفاً و من أن الوديعة ليست سبباً للضمان بل سببه التفريط و لم يعلم و الحكم بوجود الضمان مع الجهل بسببه باطل و وجوب الرد مشروط بوجود العين و لم توجد و أنت خبير بأنه إذا كان المفروض إجماله فى الوصية و تقصيره فى البيان ينبغى أن يكون توجيه الإشكال بغير ما ذكر فليتأمل جيداً إذ لعل الحال لم يبين على الإجمال (و كيف كان) فالظاهر قول أكثر علمائنا كما فى التذكرة فى موضعين منها أحدهما ما نحن فيه و الإيضاح و جامع المقاصد و عليه نص الأصحاب كما فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام و هو المشهور كما فى المسالك و الكفاية لكنى لم أجد مصرحاً به غير الشيخ فى المبسوط و المصنف فيما سمعته من كلامه فيما يأتى حيث يجعل الإشكال الأول فى الكيفية لا فى أصل الضمان كما فى الكنز و الموافق لهما فى خصوص المثال صاحب المسالك نعم هو خيرة المحقق و المصنف فى مضاربة النافع و التذكرة و كذا مضاربة الكتاب و التحرير على إشكال له فيهما و هو الظاهر من جامع الشرائع و قد نقلنا بعض عباراتهم فى باب الرهن فى أول الفصل السادس لكننا لم نتحقق هذه الشهرة بعد التتبع فى الباب و لا باب المضاربة و لا الرهن لكن الناقل لها جماعة كثيرون كما عرفت و هم أدرى و أطلع و قد استوفينا الكلام فى المسألة فى باب المضاربة أكمل استيفاء. و لعل حجته ما رواه الشيخ فى التهذيب عن ابن محبوب عن أحمد عن البرقى عن النوفلى عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن آباءه عن على عليهم السلام أنه كان يقول من يموت و عنده مال مضاربة قال إنه إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له و إن مات و لم يذكر فهو أسوء الغرماء و رواه فى الفقيه عن على عليه السلام مرسلًا و رواه بالمعنى فى السرائر كما عرفت و

لا فرق بين الوديعة و المضاربة فى ذلك و الشهرة إن تمت جبرته سنداً و دلالة و كان حجة و الظاهر تماميتها. و قد احتج لهم بقوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى كما سمعت (و فيه) أنه مخصوص بالأمانات و لم يعلم هنا ما يزيل الأمانة و الأصل عدمه و بأنه قصر فى ترك الرد أو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤

و لو وجد على كيس مختوم أنه وديعة فلان لم يسلم إليه و كذا لو وجد فى دستوره إلّا بالبيئة (١)

(الثالث) التقصير

فى دفع المهلكات فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن (٢)

الإيصاء و التعيين و فيه أن الأصل فى فعل المسلم و الظاهر من حاله أن لا يخل بواجب إلا أن تقول إنه بتركة التعيين أخل بواجب فتأمل و بأن الأصل البقاء و الأصل عدم التلف إلا على وجه مضمون و قد عرفت أن أصل البقاء لا يعارض أصل البراءة و الأصل الثانى غير أصيل و لذلك قال فى التذكرة إن الذى يقتضيه النظر عدم الضمان و الذى عليه فتوى أكثر العلماء منا و من الشافعية الضمان

انتهى و عدم الضمان خيرة الإيضاح فى المثال و فى جامع المقاصد أن التحقيق أنه إن أجمل الوصية و لم يبين الثوب بنى الضمان على عد ذلك تقصيرا و إن بينه فلا مقتضى للضمان فقد فرق بين ما نحن فيه و بين ما حكيناه عنهم من قولهم فيما يأتى إذا اعترف بالوديعة ثم مات و جهلت عينها إلى آخره و كذلك صاحب المسالك حيث جزم بالضمان فيما نحن فيه لمكان الإجمال و حكم فيما يأتى بعدمه و نحوه ما فى مجمع البرهان حيث احتمل فرض قولهم فيما يأتى فيما إذا اعترف بالعين و عينها و حكم بعدم الضمان و تأمل فيه فيما نحن فيه و لم يتعرض فى الكفاية إلا لقولهم فيما يأتى إذا اعترف بالوديعة و جزم بعدم الضمان و لم يفرق فى المبسوط و التذكرة و الإيضاح و غيرها بين المسألتين بل جعلتا فى الإيضاح و جامع المقاصد فى كلام المصنف من سنخ واحد و نحن بينا كلاً على حدة و تمام الكلام يأتى فى قولهم الآتى إن شاء الله تعالى

(قوله) (و لو وجد على كيس مختم أنه وديعة فلان لم يسلم إليه و كذا لو وجد فى دستوره إلا بالبينة)

كما فى المبسوط و التذكرة فيهما و التحرير فى الأول أى لا- يجب على الوارث التسليم لأنه ربما كتبه عبثاً و لهوا أو تلقينا و ربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحقها أو رد الوديعة بعد ما أثبت فى الجريدة و لم يمحقها و بالجملة إنما يثبت كونها وديعة بأن يقر أن هذه وديعة ثم يموت و لا يكون متهما فى إقراره عندنا أو مطلقاً عند جماعة من علمائنا أو يقر الورثة بأنها وديعة أو تقوم البينة بذلك فإذا ثبتت الوديعة بأحد هذه الوجوه و جب على الورثة إعلامه بذلك و ليس لهم إمساكها إلى أن يطلبها المالك منهم لأنه لم يأمنهم عليها كما إذا أطارت الريح ثوبا إلى دار إنسان و لم يعلم صاحبها فإن عليه إعلامه فإن آخر ذلك مع إمكانه ضمن كما ذكر ذلك كله فى التذكرة (قلت) قد يعلم بذلك أى الكتابة أنها وديعة فيعمل الوارث بما علم و قد تقدم فى أول الباب بيان الحال فى الضمان مع التأخير و وجوب الرد أو الإعلام بالنفس أو الوكيل و إن لم يكن ثقة كما هو الشأن فى جميع الودائع و العوارى فإنه هو المتداول بين المسلمين من غير نكير

(قوله) (الثالث التقصير فى دفع المهلكات)

من موجبات الضمان التقصير فى دفع مهلكات الوديعة و ما يوجب نقص ماليتها و هو مما لا أجد فيه خلافاً لأن الحفظ واجب و لا يتم إلا بذلك

(قوله) (فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصير عليه عادة فهلكت ضمن)

فى عباراتهم اضطراب فعبارة الشرائع و اللمعة كعبارة الكتاب غير أنه زاد فى الشرائع لفظه به قال فماتت به و عبارة المبسوط و التذكرة بمعنى قال فى المبسوط فإن لم يسقها و لم يطعمها فماتت الدابة نظرت فإن كان قد منعها من العلف فى مدة تموت الدابة بمثل تلك المدة لمنع السقى و العلف فإنه يضمن قيمتها لأنه معلوم أنها ماتت من منع علفها و إن كانت مدة لم تمت الدابة لمثل تلك المدة إذا منعت العلف و السقى فإنه لا يضمن انتهى و قال فى التذكرة فإن امتنع من ذلك أى العلف و السقى حتى مضت مدة يموت مثل تلك الدابة فى مثل تلك المدة نظر إن ماتت ضمنها و إن لم تمت دخلت فى ضمانه و إن نقصت ضمن النقصان و تختلف المدة باختلاف الحيوان قوة و ضعفاً فإن ماتت قبل مضى تلك المدة لم يضمنها إن لم يكن بها جوع و عطش سابق و إن كان و هو عالم ضمن و كذا لو كان جاهلاً فقد وافق المبسوط فى أول كلامه و فى قوله فإن ماتت قبل مضى تلك المدة لم يضمنها و زاد فروعا سننه عليها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥

سواء أمره المالك أم لا و يرجع على المالك (١)

إن شاء الله تعالى ثم إنه لا يخفى ما فى كلامه من التناقض فى الظاهر و فى بعض العبارات أن مجرد الترك و لو مرة يوجب الضمان كقوله فى الإرشاد فلو ترك سقى الدابة ضمن و هو خيرة جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو الذى تقتضيه قواعد الباب إذ الواجب علفها و سقيها بحسب المعتاد لأمثالها فالتقصان عنه يعد تفريطاً سواء صبرت عليه أم لا و متى عد تفريطاً صار ضامناً لها و إن

ماتت بغيره إذ لا- يفترق الحال حينئذ بين تلفها ونقصها بذلك السبب وغيره وقد مضى و يأتي له نظائر كثيرة في كلامهم (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة الكتاب و ما وافقها فإن أرادوا من تعليق الحكم على موتها بسبب تركها أى العلف و السقى مدة لا تصبر عليه عادة كما هو صريح الشرائع و ظاهر الكتاب و اللمعة هذا المعنى الذى تقتضيه قواعد الباب بأن يكون مرادهم بعدم صبرها عليه نقصانها عن المعتاد فله عبارتان فلا إشكال من هذه الحثية لكن يدفعه اختصاص الضمان بموتها به مع كونها مضمونة بالتفريط الذى من شأنه الضمان بذلك السبب وغيره و إن أرادوا معنى آخر كما هو الظاهر زاد الإشكال حيث يكونون قد رتبوا الضمان على الموت بتركها و على تركها أى العلف و السقى هذه المدة مع أن الواجب القيام بالمعتاد منهما و بتركه يتحقق التفريط و قد لا يكون القيد مراداً فى عبارتى الكتاب و اللمعة فيبقى الكلام فى عبارة الشرائع و الاعتذار عن الكتاب بموافقة العنوان لا يجدى مع المخالفة فى الحكم على أنه أدرج فى آخر العنوان ما ليس منه و أما عبارتا المبسوط و التذكرة فقد علق الضمان فيهما على الموت بتركها مدة تموت فيها عادة لا تأخيرها زيادة عن المعتاد و لا زيادة عما تصبر عليه عادة لأن كلامهما صريح فى أن التقصير مطلقاً لا يوجب الضمان إلا- مع التلف به بل هو صريح أو كالصريح فى أنه لا- يوجب مع التلف به إذا لم يكن التقصير متلفاً و مهلكاً عادة هذا إن لم يكن حكمهما بعدم الضمان فيما إذا ماتت قبل تلك المدة لاحتمال الموت بغير هذا السبب بل كان الحكم بعدم الضمان بالموت به لكونه غير مهلك لكن الظاهر من المبسوط الأول لمكان التعليل فى الأول فتأمل و يرد على التذكرة أنه ينبغى عدم الضمان فى الجوع السابق إذا جهل لأنه لا يكون كما إذا ماتت قبل مضى تلك المدة التى لا يموت فيها مثلها فتأمل و إن جعل الضمان مترتباً على التقصير بأن يكون الموت بعده و إن كان معه شيء آخر له مدخلية فى ذلك و جب أن يحكم بالضمان مع التلف بالتقصير دون المدة المذكورة الخالية عن عطش سابق و جوع كذلك فليتأمل و على تقدير الضمان فى ذات الجوع و العطش السابقين ينبغى التقسيط لتعدد الموجب و فى مجمع البرهان أن أدله عدم الضمان قوية حتى يثبت الناقل

(قوله) (سواء أمره المالك أم لا و يرجع على المالك)

لما كانت الدابة و الآدمى من الأموال المحترمة التى لا يسوغ إتلافها بغير وجه شرعى و جب على المستودع علفها و سقيها بما جرت العادة به لأمثالها و لو أخل بذلك كان من جملة التفريط و قد حكى على الوجوب فى الرياض الإجماع تارة و نفى عنه الخلاف أخرى و قال فى المبسوط إذا أودع حيواناً ففيه (ثلاث) مسائل (إحداها) أن يأمره بسقيها و علفها (الثانية) أطلق و لم يأمره و لم ينهه (الثالثة) قال لا تسقها و لا تعلقها فإنه يلزمه سقيها و علفها لأن لها حرمتين لوجهين إحداهما حرمة مالكها ألا ترى أنه لو أتلفها عليه إنسان ضمنها و لها حرمة فى نفسها و هى حق لله عز و جل ألا ترى أنه ليس لصاحبها أن يعذبها فإذا كان هكذا لزمه أن يسقيها و يعلقها و ظاهرها فى المسألتين الأخيرتين فى أواخر كلامه أنه يرجع على المالك بما أنفق إذا أشهد و لم يقدر على الحاكم و هو صريح الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة كما ستعرف بل فى المسالك أنه لو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع و استحسنته فى جامع المقاصد و أما الرجوع فى الأولى فمما لا ريب فيه عندهم لأنه أمره بعلقها فكان كما لو أمره بإتلاف ماله فيما عاد نفعه إليه فكان كما لو ضمن عنه ما لا- بأمره و أداه عنه و لم يتأمل الأردبيلي فقال إن الأمر أعّم من الرجوع (وفيه) أنه إجماعى بين المسلمين و العادة قضت بذلك و قال فى السرائر إذا أطلق عرف بفحوى الخطاب أمره بالسقى لأن العادة جارية بأن الدابة تسقى و تعلق فوجب حمل ذلك على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦

و إن نهاه على إشكال إذا لم يتبرع (١) أما لو نهاه عن العلف و السقى فترك عصى و لا ضمان (٢) و يضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه أو طرح الأقمشة فى المواضع التى تعفنها أو لم يعرض الثوب الذى يفسده الدود للريح و لو لم يندفع إلا باللبس و جب إلا مع نهى المالك (٣) «متن»

العرف و إن لم يتلفظ به و حكم بأنه يرجع على المالك إذا أشهد أنه يرجع عليه بذلك و لم يتعرض للحاكم و لا للمسألة الثالثة و قضية وجوب الحمل على العرف تقضى بالرجوع و إن لم يشهد و ظاهر إطلاق التحرير في موضع منه أنه يلزمه الإنفاق في المسائل الثلاث و قد ينزل إطلاقه على ما إذا أطلق لأنه في موضع آخر قبل ذلك قال إذا نهاه لم يجز له الإمساك و قرب الرجوع إذا تعذر الحاكم و أشهد و مراده في غير الأولى و قال إنه لو تمكن من الحاكم فلم يستأذنه فالأقرب عدم الرجوع و إن أشهد و لو عجز عن الحاكم و لم يشهد فالأقرب عدم الرجوع انتهى و نحو ذلك ما في التذكرة فيما إذا أطلق و ظاهر التحرير أن ذلك جار في الصورتين الأخيرتين و قال في التذكرة أنه إذا تعذر الإشهاد يرجع مع قصده الرجوع كما سمعته عن المسالك و جامع المقاصد و ظاهر الكفاية التأمل في صورة الإطلاق و استشكل في الرجوع في الأخيرة في التذكرة كما ستمتع و إنما اشترط الرجوع إلى الحاكم في ذلك ليتحقق عدم التبرع و مثل ذلك اشتراط الإشهاد و قد يكون ذكره إرشادا لا اشتراطا فتأمل لأنه لا يتأتى في بعض العبارات (قوله) (و إن نهاه على إشكال إذا لم يتبرع)

كما في التذكرة أصححه الرجوع كما هو ظاهر المبسوط و التحرير و صريح الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان قال في الأخير الإشكال مع وجوب الإنفاق على المالك و المستودع بعيد فينبغي الجزم بالرجوع على تقدير الإيجاب ثم أمر بالتأمل و هو معنى ما في جامع المقاصد من الاحتجاج بعدم اعتبار هذا النهي فإنه محرّم و العلف و السقي لوجوبهما مأذون فيهما شرعا فالشارع قائم مقام إذن المالك و هو معنى ما في الإيضاح من أن نهى المالك منهي عنه و النهي في غير العبادات إن اقتضى الفساد بطل نهى المالك فصار وجوده كعدمه و إلا فالأقوى هنا البطلان لأن حكمه النهي إذا لم تتم إلا باقتضائه الفساد و جب القول به و هو هنا كذلك لأن النهي عن نهى المالك لغرض حفظ الحيوان و لا- يتم إلا بفساده أى فساد نهى المالك و حفظ مال المنفق فوجب القول به أى بأن النهي يدل على الفساد في المعاملات و وجه عدم الرجوع ينشأ من نهى المالك المقتضى لصدورها بغير إذن المالك (قوله) (أما لو نهاه عن العلف و السقي فترك عصي و لا ضمان)

□
كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان أما العصيان فلتركه حق الله تعالى لإيجابه سبحانه عليه ذلك و لهتك حرمة الروح لأن الحيوان له حرمة في نفسه فيجب إحيائه و أما عدم الضمان فلأن المالية حق للمالك و قد أسقط عنه الضمان بنهيه فكان كما لو قال له اقتل دابتي فقتلها أو أمره بإلقاء ماله في البحر و نحوه من ضروب الإيتلاف و قد استدلل على العصيان في التذكرة بأن فيه تضييع المال المنهي عنه شرعا (و فيه) أن حفظ المال غير الحيوان إنما يجب على مالكة لا على غيره و إنما وجب في الحيوان لكونه ذا روح يتألم فدليلة العقل و الإجماع على الظاهر و قد حكاها في الرياض كما سمعت و في موضع آخر قال فعل مكروها (و بقى شيء) و هو أن هذا المالك سفيه يبطل إيداعه إلا أن يقال باشتراط حكم الحاكم في منعه من التصرف كما هو المختار في محله أو يقال بأنه يصح إيداعه و إن كان سفيها أو يكون جاهلا و معذورا هذا و الضمان ظاهر إطلاق اللمعة لوجوب حفظ المال عن التلف و في حكم النفقة ما يفتقر إليه من الدواء، و الحل و غيرهما قيل و في حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث و قد عرفت الحال

(قوله) (و يضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه أو طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها أو لم يعرض الذي يفسده الدود للريح و لو لم يندفع إلا باللبس و جب إلا مع نهى المالك)

قال في التذكرة يجب على المستودع دفع مهلكات الوديعه و ما ينقص ماليتها إذ الحفظ واجب و لا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧

و لو أمر خادمه بالسقي و العلف لم يضمن لاعتياده (١)

يتم إلا بذلك فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها و تعريضها للريح بمجرى العادة لئلا يفسدها الدود و لو لم تندفع إلا بأن تلبس و تعبق بها رائحة الآدمي و جب على المستودع لبسها فإن لم يفعل ففسد بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامنا سواء أمره المالك أو سكت عنه أما لو نهاه عن النشر و فعل ما يحتاج إليه الحفظ فامتنع من ذلك حتى فسدت فعل مكروها و لا ضمان عليه و به قال أكثر الشافعية و لهم وجه آخر إن عليه الضمان هذا إن علم المستودع بذلك فإن أودعه صندوقا مقللا لا يعلم ما فيه لم يضمن إجماعا لعدم التفريط و انتفاء التقصير منه و بعدم الضمان مع نهى المالك لو أهمل اللبس فيما يفتقر إليه صرح في التحرير و المسالك و هو قضية عبارة الكتاب و لا-ريب أنه يجوز له فعله حفظا للمال و قضية عبارة الشرائع و التحرير و الإرشاد و الكتاب و غيرها حيث قالوا و يضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه أنه يضمن لو تلفت أو فسدت بسبب آخر كالسرقة و نحوها كما هو الضابط في الباب و قضية قوله في التذكرة و لو لم يفعل ففسد بترك اللبس كان ضامنا خلاف ذلك و هو أنها لو فسدت مع الترك بسبب آخر لم يضمن و قضية إطلاق الجميع ترتب الضمان على التلف بالترك و إن غفل أو نسى أو جهل و سيصرح به المصنف و غيره في الخامس فيما إذا نسى أو جهل و لعله لأنه سبب فلا يحتاج إلى العلم إذ كل من أتلف مال غيره نسيانا فهو ضامن و يمكن أن يكون الوجوب و الضمان مترتبين على العلم و التقصير عمدا لأن الأمين غير ضامن نسا و إجماعا خرج ما ثبت بالدليل من إجماع و غيره و هو العائد الخائن المتلف مضافا للأصل و عدم تكليف الغافل و عدم صدق الخيانة و الإلتلاف و يسمع قوله فيه مع اليمين و الظاهر أن المدار على التفريط و التقصير كما يأتي بيانه عند تعرض المصنف له و قد عرفت حال هذا الشخص الذي ينهى عن فعل ما يحتاج إليه و أنه سفيه و عرفت أنه قال في التذكرة في بحث الإيداع فيما لو نهاه المالك فأهمل حتى فسدت إن الأقرب أنه فعل محرما فكان كلامه في التذكرة في بحث دفع المهلكات غيره في بحث الإيداع فكان صاحب جامع المقاصد لم يتبع كلامه في المقامين و مثل طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها وضع الكتب في المواضع التي تفسدها بالنداوة أو شدة الحر و لو وضعها فيها أي المواضع التي تفسدها مدة يقطع فيها بعدم الضرر عازما على نقلها قبل الفساد جاز على تأمل لأنه ليس بحرز عادة و لو افتقر فعل ذلك إلى أجره فالحكم فيها كالنفقة

(قوله) (و لو أمر خادمه بالسقى و العلف لم يضمن لاعتياده)

هذا معنى قوله في الشرائع يجوز أن يسقيها بنفسه و بغلامه اتباعا للعادة و هو المراد من قوله في الإرشاد يجب سقى الدابة و علفها بنفسه و غلامه و قوله في التحرير لو أمر المودع غلامه أو صاحبه بعلف الدابة أو سقيها فالأقرب عدم الضمان و الأصل في ذلك كلام المبسوط و منه يفهم المراد من هذه العبارات و بذلك يظهر ذلك ما في جامع المقاصد و المسالك قال في المبسوط فإن سقاها فلا يخلو إما أن يسقيها في بيته أو في غير بيته فإن كان قد سقاها في بيته نظرت فإن كان سقاها بنفسه فقد زاد خيرا و بالغ في حفظها و إن أمر غيره من غلامه فسقاها الغير جاز و لا-ضمان عليه لأن العادة جرت بأن الإنسان لا يسقى الدابة بنفسه و إن أخرجها من داره و سقاها في غيره فلا يخلو إلى آخر ما قال و قد زاد في التذكرة زيادة قال إذا تولى المستودع السقى و العلف بنفسه أو أمر به صاحبه أو غلامه و كان حاضرا لم تزل يده بذاك فكان حاصل كلام المبسوط و ما وافقه أنه يجوز مباشرة الغلام و الصاحب لذلك مع كونها في بيته لم تزل يده عنها مع كونه أمينا بمعنى أنه يوثق به أنه لا-يخالف ما أمر به غالبا و حاصل ما في التذكرة أنه يجوز مباشرته لذلك مع حضور المستودع عنده مطلقا على قيامه بما يجب فهي باقية في يد المستودع و عليه لا فرق بين وقوع ذلك في المنزل و خارجه و لعلمهم أرادوا ما في التذكرة لكن لا-باعث عليه إلا- ما أطبقوا عليه كما في المسالك من أنه لا-يجوز إيداع الودعي مع الإمكان و هذا في معناه (و فيه) أنه في التذكرة قرب عدم الضمان فيما إذا أخرجها من يده و بعثها على يد الخادم و كان أمينا لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك و قربه في جامع المقاصد أيضا و مال إليه المقدس الأردبيلي فكانت العادة مخصصة للقاعدة ثم إن أمره لغلامه بسقيها و علفها في منزله و هو غير حاضر

و لو أخرجها من منزله للسقى مع أمن الطريق أو خوفه ضمن إلا مع الضرورة كعدم تمكنه من سقيها و علفها فيه و شبهه (١)

(الرابع) المخالفة فى كيفية الحفظ

فلو عين له موضعا للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه و يضمن لو نقل إلا إلى ما هو أحرز أو مساو على رأى (٢)

مشاهد ليس من إيداع الغير فى شىء و ليس وضع الغلام أو الصاحب العلف أو السقى لها فى غيبته فى منزله محرما موجبا للضمان على أن إرادة ما فى التذكرة قد ينافيه على الظاهر قولهم بعد ذلك و لا يجوز إخراجها من منزله لذلك إلا مع الحاجة و لذلك لا يصح ما فى جامع المقاصد و المسالك من تقييد عبارة الكتاب و الشرائع بأحد أمرين إما بما إذا كانت فى يده أو بما إذا كان أمينا و لا يصح لقائل أن يقول إنا نبقي عبارات ما عدا المبسوط و التذكرة على إطلاقها من أن الإيداع إنما يجرى به فى الحفظ على مقتضى العادات و مقتضى العادة جواز تولى الغلام ذلك سواء كان المستودع حاضرا عنده أم غائبا فى المنزل و غيره أمينا كان أو لا نعم هذا يتم فيمن لا يتعاطى مثله بنفسه لأن إيداع مثل هذا الشخص رضا بذلك و تجوز له و لذلك قيل إن ما فى الكتاب و غيره فى المقام مخصوص بمن يتولى ذلك بنفسه و أما غيره فلا ضمان عليه قطعاً حتى ذلك فى التذكرة عن بعض الشافعية و فى جامع المقاصد أنه لا يخلو من وجه و فى المسالك أنه ضعيف و هو غريب لأن تكليف مثل هذا الرجل الفقيه الجليل بسقى حمار يقوم به بعض خدمته و تلامذته بل لا يدعون أنه يفعل إن أرادته تكليف شاق مخالف لقواعد الشريعة ساد لقبول الوديعه التى هى من الأمور العامة البلوى و البلية و كذلك الشأن فى جميع صور الإيداع فى جميع الأمور التى هى من هذا القبيل و نحوه كما بيناه آنفاً هذا و إن أراد فى التذكرة بالأمين ما قلناه آنفاً فذاك و إن أراد العدل صعب الأمر

(قوله) (و لو أخرجها من منزله للسقى مع أمن الطريق أو خوفه ضمن إلا مع الضرورة كعدم تمكنه من علفها و سقيها فيه و شبهه) كما هو حاصل ما فى المبسوط و قضيه كالمهما أنه لا فرق بين كون العادة مطردة بالإخراج لذلك و عدمه و لا بين كونه متولياً لذلك بنفسه أو غلامه مع صحبته له و عدمه لأن النقل تصرف و هو غير جائز و قال فى الشرائع لا يجوز إخراجها من منزله لذلك إلا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها أو علفها فى منزله و شبه ذلك من إعدار و نحوها ما فى الإرشاد و لا يخرجها من منزله للسقى إلا مع الحاجة و نحوه ما فى التحرير و يمكن تقييد عبارة الشرائع و الإرشاد بعدم الأمن لأنهما ترك فيهما التصريح بعدم الجواز عند الأمن أو عدم العادة و عبارة الكتاب بعدم العادة و تقييد الحاجة فى عبارة الإرشاد و كذا الشرائع بالشديدة التى لا يمكن فيها تأخير السقى إلى وقت آخر فتدبر قال فى التذكرة إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابة لعلفها أو سقيها جاز له ذلك لأن الحفظ متوقف عليه و لا ضمان و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً إذا خاف التلف بترك السقى و اضطر إلى إخراجها و إن أخرجها من غير ضرورة للعلف و السقى فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه و أمكنه سقيها فى موضعها فالأقرب عدم الضمان لاطراد العادة بذلك و كأنه أراد بقوله و اضطر أن خوف التلف بترك السقى أكثر من خوف تلفه فى الطريق الذى يمكن وقوعه و عدمه و أن التأخير إلى وقت آخر يزيد فى الضرر و إلا فلو كان أقل ضرراً و خطراً لم يكن مضطراً فتأمل و فى جامع المقاصد أن ما فى التذكرة قريب و فى تعليق الإرشاد أنه قوى و مال إليه أو قال به المقدس الأردبيلي لاطراد العادة بذلك و الحفظ إنما ينزل على الأمور المطردة فى العادة

(قوله) (الرابع) المخالفة فى كيفية الحفظ فلو عين له موضعا للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه و يضمن لو نقل إلا إلى ما هو أحرز أو مساو على رأى

إذا أودعه شيئاً فيه أقسام ثلاثة (الأول) أن يودعه و لا يعين له موضعا يحفظها فيه فإن المودع يحفظها فى حرز مثلها فإن وضعها فى حرز ثم نقلها إلى حرز مثلها جاز و لا ضمان سواء كان مثل الأول أو دونه لأن المودع رد ذلك إلى حفظه و اجتهاده (الثانى) أن يعين

له موضعا فيقول له احفظها فى هذا البيت مثلا و لم ينه عن غيره فإن كان البيت ملكا لصاحب الوديعه عينا و منفعة أو منفعة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩
فإن تلفت بالنقل إليه كأنهدامه ضمن (١)

لم يجوز له نقلها مطلقا لأنه ليس بمستودع فى الحقيقة و إنما هو وكيل فى حفظها فليس له إخراجها من ملك صاحبها و إن كان الموضوع ملكا للمستودع كذلك فإن نقلها إلى ما هو دونه فى الحرز ضمن قطعا كما فى التحرير و إجماعا كما فى المسالك و الغنية فيما حكى عن الأخير لأن فيما عندنا من نسخه سقطا فى المقام و به صرح فى المبسوط و السرائر و ما تأخر عنهما مما تعرض له فيه و إن نقلها إلى مثله ففى المبسوط و التذكرة أنه لا يضمن لأن تعيينه البيت أنما أفاد تقدير الحرز فقط و ليس الغرض تعيينه فالمراد ما كان فى هذه المرتبة كما كان تعيين الحنطة فى الإجارة و هذا الراكب دالا على جواز المساوى و الأدون و فى المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الرياض أنه يضمن و هو خيرة كل من قال بالضمان فى النقل إلى الأحرز كما ستسمع و ظاهر الشرائع و التحرير التردد و استندوا فى مخالفة الشيخ إلى أن المتبادر من التعيين هو الواجب و أن ما استند إليه الشيخ من أن التعيين أنما أفاد تقدير الحرز إلى آخره غير محل النزاع و لذلك قال فى جامع المقاصد لا ريب أن الانتقال إلى المساوى غير ظاهر لثبوت المخالفة (قلت) و فى كون ما ذكره غير محل النزاع تأمل و إن نقلها إلى الأحرز فظاهر الإيضاح الإجماع على عدم الضمان حيث جعل الخلاف فى المساوى و حكى مثل ذلك فى جامع المقاصد عن الشهيد و قال إنه ظاهر السيد العميد و حكى فى المسالك عن جماعة الإجماع على جواز نقلها إلى الأحرز و قال إن شراح عبارة القواعد المتقدمين صرحوا بأن الخلاف فى المساوى خاصة و قال فى جامع المقاصد خرّج الشارح و شيخنا الشهيد فى حواشيه بأن رأى فى المتساوى و هو الظاهر من السيد العميد و عبارة الشرائع و الإرشاد تشهد بذلك فعلى هذا النقل إلى الأحرز جائز و لا ضمان به قولنا واحدا على ما يفهم من كلامهم انتهى و قال أيضا إن اللائح من كلام جمع من الأصحاب أنه لا خلاف فى الأحرز و قال أيضا إن الذى يقتضيه النظر الضمان مطلقا و المنع من النقل إلا أن القول به موقوف على وجود الموافق (قلت) كأنه لم يلحظ النافع و فى المفاتيح أنه مذهب الأكثر بل كاد يكون إجماعا و فى الرياض أنه مذهب الأكثر و أن ظاهر عبارة الحلّى التى حكيت له الإجماع عليه و هو غريب نعم يفهم جوازه من صريح عبارة السرائر فى موضعين منها و من مفهومها من آخر و ليس فيها جميعا (جميعا خ ل) إجماع و هو خيرة المبسوط حيث جوز النقل إلى المساوى و صريح الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الإيضاح و الرياض هذا ما وجدناه و وجهه بعد ما عرفت أن هذه الأولوية عرفية و هى حجة فى أبواب الفقه و اختلاف الأغراض مع الجهل بأن المقصود من التعيين هو الخصوصية غير قادح كيف لا و مراعاته فى عدم الأخذ بها فى المسألة يوجب انسداد إثبات الأحكام الشرعية بها فى غيرها بطريق أولى بالضرورة و لم يقل به هؤلاء الجماعة كما قاله شيخنا فى الرياض و المنع و الضمان فيما نحن فيه أى النقل إلى الأحرز ظاهر النهاية و التبصرة و موضع آخر من السرائر موافق للغنية حيث قال فيهما أو خالف مرسوم صاحبها على ما فهمه المحقق الثانى من هذه العبارة و هو صريح النافع و حواشى الشهيد على ما وجدناه و حكاه عنها الشهيد الثانى و تعليق الإرشاد و الروضة و مجمع البرهان و كذلك المسالك و كأنه ميل إليه فى التحرير و إيضاح النافع عملا بمقتضى التعيين و منع دلالة الموافقة هنا فإن الأغراض تختلف فى مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير التفات إلى كون بعضها أحفظ من بعض و الإجماع ممنوع بل لأن ظاهر جماعة من الأصحاب منع التخظى مطلقا و أنت قد عرفت الحال و تعبيرهم بمفهوم الموافقة مسامحة أو اصطلاح و يأتى الكلام فى القسم الثالث و هو ما إذا عين الموضوع له و نهاه عن نقله عنه (قوله) (فإن تلف بالنقل إليه كأنهدامه ضمن)

كما فى التذكرة قال و لو كان التلف بسبب النقل كما لو انهدم عليه البيت المنقول إليه فإنه يضمن لأن التلف هنا جاء من المخالفة و فى التحرير بعد أن استشكل فى عدم الضمان فى النقل إلى الأحرز و المساوى قال و يقوى الإشكال لو تلفت بالنقل كأنهدام البيت

المنقول إليه و فى جامع المقاصد أن الحكم بضمانه بتلفها بانهدام المنزل المنقول إليه مع تجويزه النقل مما لا يجتمعان فإن النقل إن استفيد الإذن فيه من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠

و لا- يجوز نقلها إلى أدون و إن كان حرزا إلا مع الخوف فى إبقائها فى الأول و عدم تمكنه من المساوى (١) و لو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل إلى الأحرز و المساوى (٢) إلا أن يخاف تلفها فيه و لو قال و إن تلفت (٣)

كلام المودع فلا- ضمان و إلا- ثبت الضمان مطلقا و مثل ذلك ما فى المسالك و الرياض مع زيادة و هى نسبة القول بالضمان إلى المصنف بمطلق التلف مع أنه خصه بتلف مخصوص (و تنقيح البحث) أن المصنف أراد أن ينبه على أنها لو تلفت لا- بسبب النقل كالموت فإنه لا يضمن لأنه فعل سائغ لم يستعقب تلفا ظاهرا بسببه بخلاف التلف بالانهدام فإنه بانهدامه ظهر أنه ليس مساويا و لا أحرز فلا- يكون صالحا للنقل فلا- إذن من المودع فى الواقع و مثله مكترى الدابة للركوب لو ربطها فى بيت أو إصطبل فماتت لم يضمن و إن انهدم ضمن لأنه تبيين أنه فُزط فى ربطها فيه حيث لم يراعه و يبقى الكلام فيما إذا سرقت أو غصبت من ذلك البيت المنقولة إليه فيه و جهان

(قوله) (و لا يجوز نقلها إلى أدون و إن كان حرزا إلا مع الخوف فى إبقائها فى الأول و عدم تمكنه من المساوى)

كما فى التذكرة و التحرير و المسالك و الروضة لأن التعيين أنما أفاد تقدير الحرزية فإذا تعذر الشخص (الشخصى خ ل) و جب الانتقال إلى المساوى أو الأحرز و أطلق فى المبسوط و الشرائع و النافع و الإرشاد و اللمعة و مجمع البرهان و المفاتيح فلا تقييد فيها بعدم تمكنه من المساوى و لعله لأن التعيين قد زال و ساغ النقل للخوف فيتخير المستودع حينئذ لأنه يكون كما لم يعين و قضية كلام الأولين أنه لو تمكن من المساوى أو الأحرز ضمن مطلقا و فصل فى التحرير فقال إن تمكن و لم يكن حرزا مثلها ضمن و إن كان حرز مثلها ففى الضمان إشكال فتأمل و قضية كلام التذكرة أنه يراعى الأحرز فإن تعذر فالمساوى فإن تعذر فالأدون و قد تشعر بذلك عبارة المسالك و الخوف يتحقق بالعلم أو الظن المتأخم له أو مطلقا و لو شك أو توهم الخوف فنقل ضمن و قد تقدم الكلام فيما إذا نقلها إلى الأدون من دون خوف و نحوه

(قوله) (و لو نهاه عن النقل من حرز معين (فنقل خ) ضمن بالنقل إلى الأحرز و المساوى)

عندنا كما فى التذكرة و لا يجوز نقلها إلى غيره و إن كان أحرز إجماعا كما فى التنقيح و المسالك و بلا خلاف كما فى الرياض و به صرح فى المبسوط و غيره و وجهه ظاهر و هذا هو القسم الثالث الذى وعدنا به فيما سلف

(قوله) (إلا أن يخاف تلفها فيه و لو قال و إن تلفت)

أى لا يضمن إن نقلها إذا خاف تلفها فيه و إن قال له لا تنقلها و إن تلفت كما هو خيرة الشرائع و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و فى التذكرة أيضا و ما يأتى من الكتاب و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان أنه لا- يضمن سواء نقلها أم لم ينقلها للأصل فى الثانى و هو ما إذا لم ينقل و لأن المالك قد يعرض عن ماله و لا يجب على الغير حفظه و السعى فيه إذ ليس ذلك بأقل من الإعراض و هو مثل النهى عن نشر الثوب و اللبس اللذين تتلف الوديعه بتركهما و فى المبسوط أن الأقوى أنه يضمن لأنه يلزمه حفظها و كان الحفظ فى نقلها و فى التحرير فى عدم الضمان إشكال و لعل الشيخ فهم من النهى أن الغرض نوع من الصيانة و الاحتياط (و ليعلم) أنه على تقدير أن الغرض الإعراض تكون بعد النقل أمانة شرعية و على تقدير إرادة الصيانة و المبالغة فى الحفظ تكون وديعة و وجه عدم الضمان إذا نقل عند الخوف و إن قال له لا تنقلها بعد الأصل أن النقل جائز و هو محسن مبالغ فى الحفظ و الصيانة و الإصلاح أو واجب عليه كما هو أحد قوليه فى التذكرة و خيرة المبسوط و الكتاب فيما يأتى و جامع المقاصد و المسالك و هذا يقضى بأن الغرض من النهى عن النقل و لو مع خوف التلف نوع من الصيانة و الاحتياط لأن

ذلك إهمال له و إعراض و قضية ذلك أنه يضمن و إن قال له لا- تنقلها و إن تلفت كما مرّ عن المبسوط و قال المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى المسألة و فيما يأتى أنه إن نهاه أو لم ينهه قال له فى الأول و إن تلفت أو لم يقل إنها وديعة يجب حفظها لكنه لا يضمن حيث يقول له و إن تلفت لأن التلف المستند إلى عدم النقل مستند إلى المالك لأنه على وفق قوله و لم يلتفتا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١

و لو عين له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة فإن آخر متمكنا ضمن (١) و لو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق أو حرق و جب نقلها إلى حرز غيره فإذا تركها و الحال هذه ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره (٢) و لو قال لا تنقلها و إن خفت فنقلها من غير خوف ضمن (٣) و لو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال أتلفها (٤) و لو ادعى الناقل عن المعين السبب كالعرق فأنكر المالك احتمال تقديم قول المالك لإمكان إقامة البيئه (٥) و قول الودعى لأنه أمينه (٦)

إلى المراد من قوله و إن تلفت هل هو الإعراض أو هو نوع من الحفظ مبالغا فيه و يأتى الكلام المتقدم فى المنقول إليه من اشتراط كونه مساويا أو أحرز و عدمه

(قوله) (و لو عين له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة فإن آخر متمكنا ضمن)

كما فى الشرائع و نحوه ما فى المبسوط و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان فلو أمره بوضعها فى البيت و كان فى الدكان فإنه يلزمه فى الحال أن يحملها إلى البيت و لا يعد و بل يمشى على حسب عادته و يدق الباب على جارى العادة و إن لم يحملها حين الأخذ و آخر عن المبادرة مع التمكن منها و إن قلّ ضمن كما صرح به فى المبسوط و غيره لأن الواجب عليه وضعها فيما عينه له و ذلك شامل لجميع أجزاء الزمان الذى يكون فيه مستودعا فلزم وجوب المبادرة إلى وضعها فيه و أما أن المبادرة بمعنى عدم التأخير و عدم العد و فى المشى إنما تجب على جارى العادة فلأن الإطلاق إنما يحمل على الأمور المتعارفة فى العادة فلا يجب عليه العدو و الركض و لا يجوز التأخير الخارج عن العادة الزائد عن المتعارف و قد يعطى كلام المبسوط و غيره مما قيد بالإمكان أنه لا يجوز التأخير لاستكمال وطره و حاجته من بيع أو شراء أو تدريس أو أكل أو حمام مما ليس ضروريا فليتأمل و هل يبقى الضمان مع عدم المبادرة و إن وضعها بعد ذلك فى المعين وجهان و يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعى و العقلى و قد مثل الشرعى بما إذا كان فى وقت فريضة و قد ضاق بحيث تستلزم المبادرة فواتها

(قوله) (و لو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق أو حرق و جب نقلها إلى حرز غيره فإن تركها و الحال هذه ضمن سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره)

الغرض من هذه العبارة أنه لو وضعها فيما عينه له سواء نهاه عن نقلها و قال و إن خفت تلفها لا تنقلها أو لم يقل أو لم ينهه و عرض إحدى الحالات و أمكن النقل ضمن لأنه مفترط فى الحفظ إذ الظاهر أنه قصد بالتعيين أو النهى عن النقل نوعا من الصيانة و الاحتياط لا أنه قصد بالنهى الإعراض فإذا عرضت هذه الأحوال فالاحتياط فى النقل لأنه مأمور بالحفظ الذى لا يتم إلا بالنقل فإذا لم ينقلها كان مفترطا ضامنا لها سواء تلفت بالمخوف أم بغيره و يدخل فى إطلاق العبارة ما إذا نهاه عن النقل و إن تلفت كأن قال له لا تنقلها و إن خفت تلفها علما أو ظنا لكنه لما ذكره بعده عرفنا أنه لم يرد منها

(قوله) (و لو قال لا تنقلها و إن خفت فنقلها من غير خوف ضمن)

يدل عليه بالأولوية ما تقدم من الإجماع المعلوم و المنقول فى التنقيح و المسالك

(قوله) (و لو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال أتلفها)

هذا ما أخرجه المصنف من إطلاق العبارة المتقدمة و قد تقدم الكلام فيه مستوفى و لعل فيه شائبة التكرار و قد كان يمكن الاختصار و لعل ظاهر كلامه فى المقامين أنه لم يقصد بالنهى عن النقل و إن خاف التلف الإعراض لكن التشبيه قد يقتضيه لكن الظاهر أنه لا

يخلو في الواقع من أحد أمرين إما الإعراض أو الاجتهاد في الحفظ و الصيانة و الاحتياط كما مرّ و احتمال خلوه عن أحدهما كاللجاج و العناد بعيد جدا

(قوله) (و لو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك احتتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة) هذا خيرة المبسوط و التذكرة لأن المستودع ادعى أمرا ظاهرا لا يخفى كالحريق و النهب و الغرق فيمكن إقامة البينة عليه بخلاف السرقة و الغصب و التلف في يده فإنها أمور خفية يقبل قوله فيها مع يمينه (قوله) (و قول الودعي لأنه أمينه)

و لأنه محسن فلا سبيل عليه و لأنه إنما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله ليمينه و لأن عدم مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢

و لو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن (١) و لو قال ضعها في كمك فوضعها في جيبه لم يضمن لأنه أحرز (٢) و يضمن بالعكس و لو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتتمل الضمان لكثرة السقوط (٣) من اليد و عدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبط (٤) أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن (٥) فإن ربطها امتثالا له و جعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه إغراء للطرار و لا يضمن لو جعله من داخل (٦)

تقديم قوله يفضى إلى تنفير الأمانة من الوديعه فربما أدى إلى تعذر حصولها و إن إمكان إقامة البينة لا يستلزم توقف القبول على إقامتها كما في دعوى التلف و قد اختاره في المختلف و قواه في جامع المقاصد بل في المختلف أنه أشبه و لعله استند في دعوى الأشهرية إلى عمومات النص و الفتوى فقد روى في الفقيه في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام و رواه ثقة الإسلام و الشيخ في الحسن الذي هو كالصحيح عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان و هو بإطلاقه شامل للغرق و غيره كإطلاقات الفتاوى و إلا- فلم نجد من أفتى به قبله في خصوص الفرض غير الشيخ في المبسوط مخالفا له

(قوله) (و لو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن)

كما في التحرير و التذكرة مع زيادة قيد في الأخير و هو أنه خرج بها بعد وضعها في ثيابه و لا فرق في ذلك بين أن يربطها في ثيابه و يحكم شديدا أو لا- لأن البيت أحرز لها و لو أودعه في البيت و لم يقل له شيئا فخرج بها مربوطه في ثيابه احتتمل عدم الضمان لأنه احترز عليها بالشد و الربط و ذلك حرز مثلها و لم ينص على حرز بعينه (قوله) (و لو قال ضعها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمن لأنه أحرز)

كما في المبسوط و السرائر و التذكرة لأنه ربما نسي فسقط الشيء من كفه و في جامع المقاصد أنه يضمن بناء على ما حققه من أنه لا يجوز النقل إلى الأحرز إذا عين المودع موضعا و في التحرير إن جعلها في جيبه الباطن لا يضمن و إن جعلها في الظاهر ضمن و في التذكرة لو انعكس ضمن لا محالة فتأمل

(قوله) (و لو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتتمل الضمان لكثرة السقوط)

هذا هو الذي يقوى في نفس الشيخ و ابن إدريس و يندرج تحت قوله في الغنية أو خالف مرسوم صاحبها و هو خيرة التذكرة و في جامع المقاصد أنه قوى لمكان المخالفة و أحرزية الكم لأن الإنسان قد يسهو و يغفل فتسقط من يده و في التحرير لو قال اربطها في كمك فجعلها في يده فأخذها ظالم فالأقرب الضمان و في المبسوط و السرائر و التذكرة فرضت المسألة فيما إذا قال له اربطها في كمك فجعلها في يده كالتحرير و هما بمعنى

(قوله) (و عدمه لأنه أحفظ من الطرار بالبط)

لأن اليد أحرز من الكم لأن الطرار يأخذ من الكم ولا- يتمكن من الأخذ من اليد وهذا أحد النقلين عن الشافعي وحمله بعض أصحابه على ما إذا أمسكها باليد بعد الربط بالكم لأن كون اليد أحفظ إنما هو في حال اليقظة أما مع الغفلة والنسيان فلا وذلك من الأمور اللازمة فكانت أدون في الحرزية و يلزم على هذا التعليل أنها لو تلفت بأخذ غاصب لا يضمن ويمكن دفعه بأدنى تأمل وقد سمعت ما في التحرير

(قوله) (أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن)

أى حيث يأمره بالربط في الثوب فيضعها في اليد فيسترخي لأنها لو كانت مربوطة بالكم ما ضاعت بهذا السبب فالتلف حصل بسبب المخالفة (و فيه) أنه إذا كان جائزا فلا تقصير فلا ضمان وقد يقال إن اليد ليست حرزا إلا في حال اليقظة لأن ما فيها يضع بالنسيان والبسط وما في الكم لا يضع بهما فإذا حصل الاسترخاء بنوم ونحوه زالت الحرزية وجاء الضمان

(قوله) (فإن ربطها امتثالا له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه إغراء للطرار ولا يضمن لو جعله من داخل)

إذا ربطها في كمه بأمر المالك فإن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرار ضمن لأن فيه إظهار الوديعه وتبنيه الطرار على ما لم يكن بصدده حيث أعد له الفرصه بسهولة القطح والحل عليه وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقد لم يضمن إذا احتاط في الربط وقوة الشد لأنها إذا انحلت بقيت الدراهم في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣

ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن (١) ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت (٢) ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل ففعل عليها لم يضمن (٣) ولو قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحدا فأدخل قوما ضمن سواء سرقت حال الإدخال أو بعده سرقها من دخل البيت أو غيره (٤) ولو قال اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البصر لم يضمن بخلاف العكس (٥)

الكم وإن جعل الخيط الرابط داخل الكم انعكس الحكم فإن أخذه الطرار لم يضمن وإن سقط بالاسترسال ضمن لأن العقد إذا انحل تتأثر الدراهم وقد يقال إن المأمور به مطلق الربط فإذا أتى به وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فأفضى إلى التلف وقضية هذا التفصيل أنه إذا قال له احفظ الوديعه في هذا البيت فوضعها في زاوية منه فانهدمت ضمن لأنها لو كانت في زاوية أخرى لسلمت وإن هذا لبعيد ويمكن الفرق

(قوله) (ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن)

كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد لأن المالك بوضعه قد عين الحرز فإذا خالف المستودع كان تصرفا غير مأذون فيه فيضمن وإن كان أحرز لأن في ذلك تغييرا لحال الوديعه إلا مع الخوف والحاجة إلى النقل بل في التحرير أنها في الحقيقة وكاله لا استيداع وبما عرفت يظهر الفرق بين كون الصناديق للمالك أو المستودع وكذلك لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك ومثل الصندوق الظرف والخريطة

(قوله) (ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت)

كما في التحرير فإن كان النقل إلى أدون في الحرز ضمن وإن كان إلى مثله أو أحرز فالخلاف ووجهه في التذكرة بأن له تفرغ ملكه ولا يتعين الحفاظ فيما وضعه فيه فجاز له النقل وهو قد يقضى بجوازه إلى الأدون ولو قال هنا كما قال في التحرير ولو نقل من صندوق إلى صندوق فالتفصيل فيه كما في البيوت لكان أوجز وأجود

(قوله) (ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل ففعل عليها لم يضمن)

كما في المبسوط والتحرير لأنه زادها حرزا فكان كما لو قال له اطرحتها في صحن دارك فأدخلها في البيت وقفله قال في المبسوط ومن الناس من قال يلزمه الضمان لأنه نبه عليه اللصوص بأن فيه مالا و ردّه بأنه لو قال بلفظه إن فيه مالا لم يضمن فبالأولى أن لا يضمن

بالتنبية (قلت) قد يجيء على هذا أنه لو قيل له هل لفلان عندك وديعة فأخبره فسرقها السائل أن لا ضمان و هو كذلك كما سيأتى من أنه لو أخبر السارق بالوديعة لا يضمن فإن عين الموضع ضمن و قد يقال إن كتمانها من حفظها فإذا أخبره فقد ترك الحفظ و أولى منه ما إذا قال له لا تخبر بوديعتى أحدا فخالف و أخبر غيره فسرقها المخبر أو من أخبره فإنه يضمن كما يأتى مثله لإفضاء الإخبار إلى السرقة و إن تلفت بسبب آخر فتدبر

(قوله) (و لو قال اجعلها فى هذا البيت و لا يدخله أحد فأدخل قوما ضمن سواء سرقت حال الإدخال أو بعده سرقها من دخل البيت أو غيره)

لو أمره بالحفظ فى بيت معين و نهاه عن أن يدخل إليه أحد أو نهاه عن الاستعانة بالحرسه فخالف فإن حصل التلف بسبب المخالفة بأن سرقها الذين أدخلهم أو الحرسه ضمن قطعا كما فى التذكرة و به صرح فى التحرير و جامع المقاصد و استشكل فى التذكرة فيما لو سرقها غير الداخلين و الحارسين أو تلفت بحرق أو غرق من التفريط بالمخالفة و لولاه لم تضمن بذلك السبب و من حصول التلف بغير سبب المخالفة ثم قوَى الأول و هو الذى قربته فى التحرير و هو ظاهر جامع المقاصد و ليس إدخال القوم معتبرا فى الحكم بل هو جار فى الواحد و الظاهر اعتبار الشرط فيما إذا نقلها إلى المساوى بل و إلى الأحرز

(قوله) (و لو قال اجعل الخاتم فى الخنصر فوضعه فى البنصر لم يضمن بخلاف العكس)

كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و شرط فى الأخير فى صورة الأصل أن يكون الخاتم متسعا ينزل إلى أسفل قال و إن كان ضيقا يقف عند الأنملة ضمن و هو مراد فى بقية العبارات و كذا إذا كان وضعه فى البنصر مفضيا إلى تلفه بالكسر أو الفك مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤

و لو لم يعين موضعا و جب حفظها فى حرز مثلها أو أعلى و لا يضمن بالنقل عنه و إن كان إلى أدون (١) و لو كانت فى بيت صاحبها فقال له احفظها فى موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه (٢)

(الخامس) التضييع

بأن يلقيا فى مضيعة أو يدل سارقا (٣) أو يقربها لظالم (٤) أو يسعى بها إلى من يصادر المالك فيضمن (٥) و لو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان (٦)

فإنه يضمن لو تلف و ينبغى التقييد فى صورة العكس بما إذا كان يبلغ أسفل البنصر و إلا فأصل الخنصر أوثق منه و هذا كله مبنى على أن النقل إلى الأحرز عن المعين جائز اختيارا و أما على القول بعدم جوازه إلا عند الضرورة فلا يتأتى ذلك

(قوله) (و لو لم يعين موضعا و جب حفظها فى حرز مثلها أو أعلى و لا يضمن بالنقل عنه و إن كان إلى أدون)

أى أدون من الأعلى لا أدون من حرز مثلها فإنه ليس بحرز فالضمير فى عنه راجع إلى الأعلى و بالأحكام الأربعة صرح فى التحرير و هو قضية كلام الأصحاب فى مطاوى الباب إذا قصد بنقلها الحفظ و الصيانة و أما إذا قصد به مع ذلك الاستعمال بالتزين و غيره فالظاهر أنه يضمن و إن كان النقل إلى الأعلى قال فى التذكرة فيما إذا أودعه خاتما و لم يعين له شيئا فإن جعله فى الخنصر لم يضمن إن قصد الحفظ لأن الخنصر حرز مثل الخاتم و إن قصد الاستعمال و التزين به ضمن و هو أحد الاحتمالين عند الشافعية و أما إذا قصد بالنقل التزين فقط فلا ريب فى الضمان عند علماء الإسلام

(قوله) (و لو كانت فى بيت صاحبها فقال له احفظها فى موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه)

تقدم الكلام فى مثله غير مرة قال فى جامع المقاصد لو كانت الوديعة فى بيت مالكة فقال له احفظها فى موضعها لم يجز له نقلها بحال و إن كان إلى أحرز قولاً واحداً لأنه ليس بمستودع فى الحقيقة و إنما هو وكيل فى الحفظ و فى الحواشى أن فيه دقيقة و هى أنه

لا يشترط كون الحرز للمستودع حالة الإيداع

(قوله) ((الخامس التضييع) بأن يلقبها فى مضبعة أو يدل سارقا)

أى على مكانها قال فى التذكرة و لو أخبر المستودع اللص بالوديعة فسرقها فإن عين له الموضوع ضمن لأنه فُزط فى حفظها و لو لم يعين المكان لم يضمن انتهى و قد يقال إن مجرد إخبار السارق موجب لسعيه فى معرفة مكانها و أخذها فكان سببا لتضييعها (قوله) (أو أقرّ بها لظالم)

كما فى الغنية و السرائر و غيرهما و ظاهر الأول الإجماع عليه و قضيته أن مجرد الإخبار هنا يقتضى الضمان و لا يفتقر إلى تعيين المكان و لا إلى غيره و استجوده فى جامع المقاصد و فرق بأن الظالم إذا علم أخذها قهرا و السارق لا يمكنه إلا إذا علم موضعها و قد سمعت الاحتمال

(قوله) (أو يسعى بها لمن يصادر المالك فيضمن)

أى يأخذ أمواله و لعله كالمستغنى عنه لأن المصادر ظالم و السعاية بها إليه إخبار و زيادة و نعم ما قال فى التحرير أو يسعى بها لظالم فشمّل القسمين

(قوله) (و لو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان)

كما فى التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد لأنه فُزط بالنسيان لقدوته على التكرار الموجب للتذكار و المشهور أن النسيان كالعلم مقدور و معناه أنه حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها كأن ترك نشر الثوب حيث يفسده الدود بتركه و سقى الدابة مع الضرورة و كذا إحرازها و نحو ذلك (و وجه) عدم الضمان قوله عليه و آله الصلاة و السلام رفع عن أمتى الخطأ و النسيان و المراد رفع الحكم مضافا إلى الأصل و أنه أمين فلا يضمن نسا و إجماعا و المتيقن خروج العامد مع عدم صدق الخيانة و الإلتاف كما تقدم بيان ذلك إلا أن تقول كما فى جامع المقاصد قال ما حاصله المفروض أنه ضيع بنسيانه فكان مفرطاً فكانت يده يد عدوان و العدوان موجب للضمان سواء عدّ مقصرا بالنسيان أم لا فإن من وضع يده على مال الغير بغير حق أو أتلّفه نسيانا ضامن لا محالة (قلت) لك أن تمنع أنه يقال له مضيع مفرط عرفا و فرق بين الودعى المتلف نسيانا و غيره لأن الأول دل الدليل على عدم تضمينه إلا ما خرج به و قد يشهد له ما يأتى فى المكروه و الجاهل و الغالط و المخطئ كالعامد عندهم فى مثل ذلك و يبقى التأمل فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥

و لو سلمها إلى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم (١) و الأقرب انتفاؤه عنه (٢) و هل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الأقرب ذلك (٣) و يجوز الحلف كاذبا للمصلحة و يجب التورية على العارف (٤)

كلام جامع المقاصد فكأنه غير ملتئم لأنه رتب الحكم تارة على التفريط و أخرى على الأسباب و الظاهر أن بناء الحكم عندهم على التقصير و التفريط كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين و يمنعون كون الناسى غير مفرط بعد ما اشتهر عندهم أن النسيان مقدور و نحوه الغافل و الجاهل و يبقى الكلام فى الغالط و المخطئ كما إذا أراد أن ينشر الثوب المستودع فغلط و نشر غيره فتلف فتأمل و بناء الحكم على الأسباب مردود من وجهين لأن أخبار الباب أخص منها و لم يعدوا مثلها فى باب الغصب أسبابا موجبة للضمان

(قوله) (و لو سلمها إلى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم)

لأن تلفها لو فرض وقوعه إنما كان فى يده

(قوله) (و الأقرب انتفاؤه عنه)

إذا أخذها الظالم منه قهرا فإما أن يتولى أخذها بيده أو غلامه من يده أو مكانه أو يأمره بدفعها إليه بنفسه فيدفعها إليه كرها فإن كان الأول فلا- ضمان عليه قولاً- واحداً و إن كان الثانى فكذلك كما هو المشهور كما فى المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر

الإسلام والأشهر كما فى الرياض وخير السرائر والشرائع والنافع والمختلف والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض والمخالف أبو الصلاح فيما حكى عنه وأبو المكارم والمصنف فى التذكرة والتحرير قال فى الغنية فى تعداد ما يوجب الضمان وكذا لو أقر بها لظالم يريد أخذها من دون أن يخاف القتل أو سلمها إليه بيده أو بأمره إن خاف ذلك وظاهره الإجماع عليه وقال فى التحرير للمالك الرجوع على من شاء منهما (و الوجه) فى المشهور أنه غير مقصر و يده يد أمانة فلا ضمان لانتفاء مقتضيه والإكراه صير فعله منسوباً إلى المكره ولأنه محسن فلا سبيل عليه إذ التسليم بإذن الشارع على أن قبضه إنما كان لمصلحة المالك فلا يناسب تضمينه بغير عدوان على ما فيه من سد باب الوديعه (و وجه) القول الآخر أنه مباشر لتسليم مال الغير إلى غير مالكة ولعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى وقد علمت غير مرة أنه مخصوص بالأمانات ولعل معنى ضمانه عند هؤلاء أنه يجوز له الرجوع عليه وإن استقر الضمان على الظالم ومعنى عدم ضمانه عند المشهور أنه لا يجوز له مطالبته والأخذ منه كما أفصحت به بعض كلماتهم وكأن ما فى المسالك يخالف ذلك فإنه جعل معنى عدم ضمانه أنه لا يستقر عليه بل يرجع بما غرم على الظالم وهو كما ترى خال عن التحصيل (و كيف كان) إنما يتنفي عنه الضمان إن لم يكن سبباً فى الأخذ القهرى بأن كان سعى بها إلى الظالم أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته (قوله) (و هل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الأقرب ذلك)

كما فى التحرير والتذكرة والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقاً فيجب ما يتوقف عليه فلو أهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن ويحتمل العدم لما فيه من الضرر ولعل الأولى التفصيل بين الكبير الجليل وغيره (قوله) (و يجوز الحلف كاذباً للمصلحة وتجب التورية على العارف)

قد نقل الإجماع فى الغنية على أنه يجوز له أن يحلف أن ليس عنده وديعه ويورى وظاهره أن كليهما جائزان وهو ظاهر السرائر والشرائع والنافع والإرشاد والتحرير حيث قيل فى الأول له أن يحلف ويورى وفى الثانى يجوز أن يحلف مورياً وهكذا البقية ولم يفرق فيها بين العارف وغيره ولعل مرادهم العارف وفى صريح اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح أنه يجب عليه الحلف وهو ظاهر التبصرة والكفاية وصريح التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة أنه يجب على العارف التورية وقد يظهر من اللمعة ذلك من دون تعرض للعارف وقد استدلل فى جامع المقاصد والمسالك على وجوبهما بأن جواز الحلف كاذباً إنما يكون حيث يتوقف حفظ الوديعه عليه والحفظ واجب لأن ذهاب مال المسلم أشد قبحا من هذا الكذب وأن وجوب التورية على العارف للتفصى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦

ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلم ضمن (١) ولو أكرهه على التسليم فسلم لم يضمن به (٢) فإن تمكن من الدفع وجب (٣) فإن أهمل ضمن (٤) ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع (٥)

عن ارتكاب القبيح (قلت) وجوب الحلف حينئذ كأنه واضح الدليل ولا قبح فيه لا أنه أقل قبحا كما ستعرف وإلا لامتنع النسخ ولعل مراد من عبر بالجواز بالمعنى الأعم وأن الغرض رفع الحجر والحظر لكن وجوب التورية على العارف إنما يتأتى على القول بأن الكذب الواجب باق على قبحه (وفيه) أنه إذا وجب الكذب واليمين لحفظ المعصوم مثلاً أو المسلم مطلقاً كان واجباً صرفاً ونفعاً محضاً لا أنه قبيح و ضرر وجب ارتكابه لأن كان أقل قبحا وأخف ضرراً كما قاله سلطان المحققين نصير الملة والدين والمحقق الثانى والشهيد الثانى لأنه يلزم منه اجتماع الحسن والقبح والضرر والنفع والمدح والذم والثواب والعقاب فى شىء واحد شخصى فيلزم أن يكون فى كذبه لإنقاذ المعصوم قد فعل محرماً يعاقب عليه وفعل واجباً يثاب عليه على أن سلطان العلماء إنما التزم ذلك فى جواب اعتراض من قال إن الكذب قبيح لذاته فلا رد له بناء على ذلك إلا بذلك (و الجواب) عن التناقض بأن القبح الذاتى لم ينعلم

و إنما عرض له شيء قوى عليه فألغى اعتباره كما في ملائم الطبع فإنه قد يعرض له ما يشينه كالمعشوق الملطخ وجهه بالعدرة فإن عاشقه ينفر عنه مع أنه كان مشغوفاً به يرجع (١) إلى الاعتبار ونحو قولهم إن هذا الجزئي القبيح مندرج تحت كلى حسن فكان أحدهما غير الآخر وما نراه من اعتذار الفاعل لذلك فإنما هو باعتبار لمح أصله الذى كان عليه فالقول بأن الحسن والقبح يكونان بالذات وبالوجوه والاعتبارات هو الحسن ولعل من قال بوجوبها فى الباب وغيره غير المحقق الثانى والشهيد الثانى أراد أنها إن قدر عليها ولم يفعلها يكون قد اختار الكذب مع التمكن من الصدق لأنه لا كذب مع التورئة ومن قال بجوازها واستحبابها قال إن الشارع أوجب عليه الكذب والأفضل له أن يورى بأن يكذب ظاهراً وعند الظالم لا واقعا (و كيف كان) فلا ريب فى رجحانها فى كل كذب إذا أُلجئ إليه وقد فسرت فى مجمع البرهان بأن يقصد ما يمكن إطلاق اللفظ عليه بقرينة مجاز إن عرف وعلم وفسرت فى كتب اللغة بأن يكون اللفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر فتتطوع وتريد الخفى ومثلت فى الروضة بأن يقول والله ما استودعت من فلان ويخصه بوقت أو مكان أو جنس ونحوها مغاير لما استودعت فليتأمل فى ذلك وفى جامع المقاصد أن العبارة لا تخلو عن مناقشة حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التورئة ومعلوم أن لا كذب معها وأنت خير بأن هذا مبنى على أن المراد بقوله تجب التورئة أنها تجب التورئة فى الحلف كاذبا والظاهر أن الوجوب راجع إلى المقيد بدون القيد والقرينة عليه ظاهرة ثم إن التورئة لا تخلو عن كذب ظاهراً

(قوله) (و لو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلم ضمن)

كما فى جامع المقاصد لأن الإكراه على أحد أمرين ليس إكراهها على أحدهما بعينه ومتى سلم الوديعه مختاراً ضمنها وهذه القاعدة مما لا خلاف فيها إذا كان أحد الأمرين مستحقاً للمكره وعليه دلّت الأخبار وأما إذا لم يكن أحدهما مستحقاً له ففيه إشكال كما لو قال له اقطع هذا أو هذا وإلا قتلتك أو طلق إحدى زوجتيك وأراد منه التعيين لا قول إحدى زوجتي طالق كما ذكروا ذلك فى بابى القصاص والطلاق وربما نفى الخلاف عن تحقق الإكراه فيما لو خيره بين فعل تتوقف صحته على اختياره وبين تغريم مال ولعل اليمين لما كانت واجبة عليه فيما نحن فيه جرت مجرى المستحق للمكره فليتأمل جيداً

(قوله) (و لو أكرهه على التسليم لم يضمن به)

كما تقدم بيانه ولعل الأولى تركه

(قوله) (فإن تمكن من الدفع وجب)

كما فى الشرائع والنافع والتحرير واللمعة والمسالك والروضة والكفاية وغيرها وفى الرياض أنه لا خلاف فيه لتوقف الحفظ الواجب عليه والدفع غير مخصوص بوجه بل بما أمكن من وسيلة وغيرها ومنه الاختفاء

(قوله) (و إن أهمل ضمن)

كما هو صريح أكثر الكتب المتقدمة وقضية الآخر

(قوله) (و لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع)

كما فى النافع والتحرير وغيرهما

(١) خبر الجواب (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧

(السادس) الجحود

وهو موجب للضمان (١) إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبته غيره (٢) وفى سؤال المالك إشكال (٣) فإن لم يقم بينه ولم

يعترف بالقول قوله (٤) مع اليمين فإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل فإن كانت صيغته جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة و لا معها على الأقوى لتناقض كلاميه (٥)

كالجرح و أخذ المال كما فى الشرائع و اللعنة و الكفاية و المفاتيح و قضيه هذه أن مطلق أخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمله و إن جاز و مما نفى فيه وجوب بذله المال من نفسه الروضة و أما جواز ذلك فواضح و قد صرح به فى المسالك و الروضة و الكفاية و فى جامع المقاصد أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشىء يرجع به على المالك و إليه مال شيخنا فى الرياض أو قال به لوجوب الحفظ و لا يتم إلا به و الضرر يندفع برجوعه على المالك إذا لم يتبرع به و لم يمكنه استيذانه و المرجع إلى نيته و قوله هذا كله إذا لم يستوعبه و أما إذا كان مطلوب الظالم بقدرها مستوعبا لها و لا يندفع إلا به ففى المسالك أنه لا يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة (و يبقى الكلام) فيما لو بذله بنى الرجوع فهل يرجع به جميعه أو يرجع بجزء منه ينقص عنها أو لا يرجع بشىء احتمالات و لعل الأوسط أوسط إذ الفرض عدم إمكان ما يقصر عن الجميع و غير المأذون فى المساوى إنما هو القدر الذى تنتفى الفائدة معه لا جميع المبدول على أنه من البعيد أن يرجع بمقدار ما يقصر عن قدرها بدرهم مثلاً و لا يرجع بشىء أصلاً مما يساويها فتأمل جيداً و لو أمكنه الدفع عنها ببعضها فإن لم يستوعبها و جب دفعه إليه من باب المقدمة فلو ترك مع القدرة فأخذ الجميع ضمن ما يمكن فيه السلامة لا الجميع لأن مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين كما فى المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و احتمال ضمان الجميع ضعيف إذ لا وجه له إلا- أنه فرط فكان كما لو فرط فيها فتلفت بغيره مع أنها ذاهبة على التقديرين مع الفرق بين التقديرين فيما نحن فيه فإنه فى الأول بأمر الشارع و بتفريطه فى الثانى (و فيه) أن التفريط ليس إلا فيما زاد لحصول اليقين بأخذه الجميع و به يظهر الفرق بينه و بين المثال مضافاً إلى أصل البراءة و أنه أمين فليتأمل و أما الضرر بغير المال فيختلف باختلاف الأحوال فرب رجل تكون الكلمة اليسيرة من الأذى كثيرة فى حقه و كم من رجل ليس كذلك

(قوله) (السادس الجحود و هو موجب للضمان)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح تصريحا فى بعضها و ظهورا فى بعض و إشارة فى آخر و فى المبسوط فى باب العارية أنه لا- خلاف فى ذلك و وجه إيجابه الضمان أنه لما جحد خان لأنه بجحوده يزعم أن يده عليها ليست بنائبة عن المالك فلا تكون أمينه و مثل جحود الوديعة جحود العارية كما يأتى

(قوله) (إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبته غيره)

يعتبر فى تحقق الضمان بالجحود أمور أن لا يظهر بجحوده عذرا بنسيان و لا غلط و يصدق المالك و أن لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصد دفع ظالم للمالك أو نحو ذلك و الثالث أن يكون بعد طلب المالك لها منه فلو جحدها ابتداءً أو عند سؤال غيره لم يضر لأن الوديعة مبنية على الإخفاء فإنكاره لها حينئذ أقرب إلى الحفظ

(قوله) (و فى سؤال المالك إشكال)

كما فى التحرير و كذا الكفاية حيث قال فيه وجهان من دون ترجيح و رجح فى الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك الضمان و هو قضية كلام الحواشى و عدمه فى التذكرة (وجه الأول) أن جحوده يقتضى كون يده ليست عن المالك لأن نفى الملزوم يقتضى نفى لازمه من حيث إنه لازمه فلا يكون أمينا عنه فيضمن (و وجه الثانى) أنه لم يمسكها لنفسه و لم تقر يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها و مجرد السؤال لا يبطل الوديعة بخلاف الطلب

(قوله) (فإن لم يقيم بينة و لم يعترف بالقول قوله)

أى مع يمينه كما فى التذكرة و اللعنة و الروضة لأصالة البراءة

(قوله) (فإن أقيمت عليه البيئـة فادعى الرد أو التـلف من قبل فإن كان صيغـة جـحوده إنكار أصل الوديعـة لم يقبل قوله بغير بيئـة و لا معها على الأقوى لتناقض كلاميه)

كما هو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨

و إن كانت صيغـة الجحود لا يلزمنى شىء قبل قوله فى الرد و التلف مع البيئـة و بدونها فى الأخير و فى الأول على رأى (١)

صريح المبسوط و جامع المقاصد و قضية كلام الشرائع و اللمعة و الروضة لكن المصنف سيستشكل فى ذلك عن قريب و فى مضاربة الكتاب و الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و الكفاية أنه لو أنكر الوديعـة و القراض ثم ادعى التلف بعد الإقرار أو البيئـة ضمن و لم تقبل دعواه و فى وكالة الكتاب و التذكرة و التحرير و كذا جامع المقاصد أن الوكيل لو أنكر قبض الثمن ثم ثبت بيئـة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بيئته و فصل فى وكالة الإرشاد فقال إن ادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود لم يقبل قوله و لم تسمع بيئته لأنه أكذب دعواه الجحود و لو ادعى الرد بعد الجحود سمعت دعواه و بيئته و هذا له معنيان أحدهما و لعله هو المراد أنه ادعى بعد الجحود أنه قبض و ردّ و لكن ينافيه تعليقه بالخيانة و تمام الكلام فى الوكالة و المراد هنا أن الوديعـة أقام البيئـة قبل حلفه و معنى تناقض كلامه أنه بقوله ما أودعتنى أنكر أن يكون هناك وديعة تلفت فإذا شهدت البيئـة بتلفها فقد شهدت له بشىء قد أنكره و قال الشهيدان إن أظهر لإنكاره تأويلاً قبل كأن يقول ليس لك عندى وديعة يلزمنى ردها أو ضمانها أو نحو ذلك و نقل فى المبسوط تفصيلاً عن قوم و قال إنه قريب و هو إن شهدت بيئته بالتلف بعد إنكاره و جحده لم تسمع و إن شهدت بأنها تلفت قبل الإنكار سمعت لأن الوديعـة إلى حين تلفها كانت على أمانته و طريان الجحود لا يقدح فى أمانته انتهى و اختاره فى التذكرة و فيه نظر واضح و قد سمعت ما فى الإرشاد و قال أبو على كلاماً حاصله أن دعواه التلف تسمع من غير بيئـة فإذا حلف سقط الضمان لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو و نسيان و رده فى المختلف بأنه بإنكاره مكذب لدعواه أى و الأصل عدم النسيان على أنه لم يدعه و إن ادّعه و كان من التأويل الممكن سمع و قال فى المختلف و التذكرة نعم لو طلب إحلاف الغريم كان له و نظر فيه فى جامع المقاصد بأن المقتضى لمنع سماع بيئته هو تكذيبه لدعواه و هو قائم فلا تتوجه اليمين و هو كلام متين و هو أحد وجهى الشافعية إلا أن يقال لعل الغريم يقر فينتفع و إقرار الغريم ينفعه و إن كانت بيئته أى المستودع لا بنفسه لأن الغريم إذا رجع عن التكذيب سمع و ليعلم أنه حيث يدعى التلف يصدق كالغاصب و يكون ضامناً مثله

(قوله) (و إن كانت صيغـة الجحود لا يلزمنى شىء قبل قوله فى الرد و التلف مع البيئـة و بدونها فى الأخير و فى الأول على رأى)

هذه الصيغـة لا تنافى حصول الإيداع بخلاف الأولى فتقبل بيئته على الرد أو التلف بلا خلاف على الظاهر و تثبت بيمينه دعواه التلف لأنه أمين و لا يتناقض قوله البيئـة لإمكان تلفها بغير تفریط فلا تكون مستحقة عنده و هو الذى عناه بقوله فى الأخير و لا فرق بين أن يكون التلف بأمر ظاهر أو خفى عند علمائنا كما فى التذكرة و عليه الإجماع فى مجمع البرهان و المخالف الشيخ فى المبسوط ففصل و الصدوق فى المقنع فقدم قوله من دون يمين كما يأتى بيان ذلك كله إن شاء الله تعالى و هل تثبت دعواه الرد بيمينه و هو الذى عناه بقوله فى الأول لا أجد فيه خلافاً أى ثبوتها به بعد التتبع فى المسألة و فيما يأتى و إن حكاها أى الخلاف فى جامع المقاصد بل حكى جماعة الإجماع عليه و الشهرة آخرون فيما يأتى أعنى ما إذا ادعى المستودع الرد و أنكر المالك و إنما استشكل فيها المصنف فى الكتاب و التذكرة كما يأتى مع أنه فى التذكرة جزم به بل فيما نحن فيه و قد حكيت الشهرة عليه فيما نحن فيه فى الإيضاح و الحواشى و اختاره فيهما و حكياه عن المبسوط و هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد و قضية كلام اللمعة و الروضة (و الحاصل) أنه لا فرق بين مسألتنا و بين ما إذا ادعى المستودع رد الوديعـة و أنكر المالك و الإجماعات المؤيدة بتطابق الفتاوى و الشهورات و الأخبار النهائية عن رمى الأمين بالتهمة و أنه محسن لا سبيل عليه و الضمان سبيل و أن المالك يجعله بدعواه مفرطاً بل متعدياً و الأصل عدمه

تخصص الأصل و عموم الخبر المشهور البيئـة على المدعى على أن الأصل معارض بأصل عدم التعدى و أصل براءة الذمة من الضمان و أصل بقاء الأمانة و هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه أو
 مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩
 و لو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان (١) و فى سماع بيئته بذلك إشكال (٢) نعم تقبل لو شهدت بالإقرار

(الفصل الثالث) فى الأحكام

يجب على المستودع حفظ الوديعه بمجرى العاده كالثوب فى الصندوق و الدابه فى الإصطبل و الشاه فى المراح (٣)

وكيله أما لو ادعاه على الوارث فكغيره من الأمانه يكلف بالبيئـة لأصالة عدمه و هو لم ياتمه و قد نفى فى ذلك كله الخلاف بعضهم و تمام الكلام يأتى عند تعرض المصنف له
 (قوله) (و لو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان)
 الظاهر كما قال فى جامع المقاصد أن هذا من تتمه أحكام الشق الأول أعنى الصيغه الأولى بدليل ما يأتى من تردده فى سماع البيئـة و فى الصيغه الثانية لا يأتى ذلك و إنما قيد الإقرار بكون التلف قبل الجحود لأنه بدون ذلك لا يسقط الدعوى لأن التلف بعده يقتضى الضمان و كذا التقييد بكونها فى الحرز
 (قوله) (و فى سماع بيئته بذلك إشكال)

فى الإيضاح و جامع المقاصد ما حاصله أنه إن كان المشار إليه بذلك الإقرار حتى يكون المعنى أنه لو ادعى إقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود و أقام بذلك بيئـة على الإقرار ففى سماعها إشكال فىكون منشأ الإشكال من أنه لا تسمع بيئته بالتلف فلا تسمع بالإقرار به مع أنه أضعف من البيئـة و من أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز فكان موجبا لزوال الضمان و لم ينكر المستودع الإقرار أولا لكن ذلك ينافى منافاه صريحه قوله بعد ذلك متصلا به نعم تقبل لو شهدت بالإقرار كما فى جامع المقاصد و فى الإيضاح أنه ينافى ذلك ظاهرا فوجب أن يكون المشار إليه بذلك هو التلف فىكون تكريرا للمسأله المتقدمه فى قوله و لا- معها على الأقوى لتناقض كلاميه و إنما كثرها لأنه أولا قد قوى عدم السماع ثم تغير اجتهاده فاستشكلا هنا لأن البيئـة حجه يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه و من أن سماعها فرع سماع الدعوى و هى غير مسموعه لتكذيب المدعى إياها و زاد فى جامع المقاصد وجها آخر فى تكثيرها و هو الفرق بين الإقرار و البيئـة حيث إن الإقرار يمضى و إن كذبه المقر له إذا رجع إلى التصديق لما سيأتى فى الإقرار إن شاء الله تعالى و قال فى جامع المقاصد و الأصح عدم سماع البيئـة لأنها كاذبه باعتراف المدعى فلا تكون حجه على المدعى عليه و ما ذكره فى الإقرار متجه و إن كان يرد عليه أن دعوى الإقرار ينبغى أن لا تسمع أيضا للتكذيب و هذا تحقيق رشيق و إن كان فيما يرد على الإقرار تأمل و لم يزد الشهيد على أن بين الإشكال بنحو ما ذكر

الفصل الثالث فى الأحكام (قوله) (يجب على المستودع حفظ الوديعه بمجرى العاده كالثوب فى الصندوق و الدابه فى الإصطبل و الشاه فى المراح)

كما فى الشرائع و النافع و الإرشاد و اللمعه و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و مجمع البرهان و الكفايه و علل فى الخمسه المتأخره بأن الشارع لم يجد لها حدا فيرجع إلى العاده فى الحفظ لمثل تلك الوديعه و هو معنى قوله فى المبسوط و التذكرة يلزمه أن يحفظها فى حرز مثلها و لم يتعرض لذلك فى التحرير و نعم ما قاله قدماء أصحابنا كالمفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و أبو المكارم فى الغنيه و ابن إدريس فى السرائر قالوا يجب عليه حفظها بعد القبول كما يحفظ ماله و معناه أن ضابطه أن لا يكون عرفا مقصرا فى حفظها و معياره أن تكون كماله و يرشد إليه قولهم عليهم السلام فى اللقطه اجعلها فى عرض مالك و لعله أسد إذ قضيه

كلام المتأخرين أنه يجب عليه حفظها بما جرت به العادة فالدابة فى الإصطبل و الدراهم فى الصندوق مثلا و أنه لا فرق فى وجوب الحفظ كذلك بين علم المودع بأن المستودع قادر على تحصيل الحرز و عدمه فلو أودعه دابة مع علمه أنه لا إصطبل له أو دراهم مع علمه أنه لا صندوق له و نحو ذلك لم يكن عذرا و قد صرح بذلك فى المسالك و الروضة و الرياض و يلزم من ذلك أنه يلزمه أن يبنى لها إصطبلا أو يضعها فى إصطبل جاره و يقيم عندها فى ليله و نهاره و إلا ضمنها و على ضابط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠

و يجب عليه ردها متى طلب المالك (١) و إن كان كافرا (٢)

القدماء لا يجب عليه تحصيل الإصطبل و الصندوق بل يحفظها كما يحفظ فرسه و دراهمه من أنواع الحفظ و قد فرغ أيضا فى التذكرة و المسالك و الروضة أنه لا بد من كون الحرز محرزا عن غيره بأن لا يدخل إلى البيت غيره و أن لا يشاركه فى البيت الذى فيه الصندوق يد أخرى لعدم اعتبار مثله فى الحفظ عادة و قضيه كلام المتقدمين أن المعتبر إحرازه عن يخاف منه فقط لا عن الزوجة و الولد و الوالد إذا كانوا أمناء كما استمرت عليه السيرة من العلماء و غيرهم و إلا لما صح له أن يباح قعر بينه ساعة و لا أقل من ذلك مع أنه محتاج إلى تحصيل المعاش و الخروج للصلاة و غيرها بل قد نقول إن العادة قاضيه بذلك و به قطع فى الرياض و استظهره فى مجمع البرهان (و منه يعلم) صحة ما قلناه فيما مرّ من أنه يصح تسليم الدابة للعبد و الصاحب و إخراجها للسقى و تسليمها للراعى و نحو ذلك و إن كان ظاهر كلامهم خلافه و قد يكون المراد من ضابط المتأخرين ما أرادته المتقدمون لو لا تلك التفرجات و بالعكس يشتد الخطب و يعظم الأمر و زاد الشهيد الثانى أنه لا بد من كون الصندوق مقفلا مع كونه فى بيت محرز عن الغير و من كون الإصطبل مضبوطا بالعلق و الشاة فى المراح كذلك أو محفوظا بنظر المستودع لأن هذه الثلاثة مما جرت العادة بكونها حرزا لما ذكر و قال و قد تفتقر إلى أمر آخر ككون الصندوق كبيرا لا ينتقل عادة بحيث يمكن سرقة كذلك مقفلا و هكذا القول فى الإصطبل و المراح و قال و قد يقوم غيرها مقامها عادة كوضع الدابة فى بيت السكنى و الشاة فى داره و نحو ذلك (قلت) و هذا الذى أرادته المحقق بقوله أو ما يجرى مجرى ذلك و فى مجمع البرهان أن فى بعض الأمثلة تأملا- إذ الدراهم و الثياب لا تحفظان دائما فى الصندوق

(قوله) (و يجب ردها مع طلب المالك)

للكتاب و السنه و الإجماع كما فى المفاتيح و بلا خلاف كما فى الرياض و هو كذلك و فى التذكرة و المسالك و الروضة و الكفاية أنه يجب عليه ردها فى أول أوقات الإمكان و بالفورية أيضا صرح فى التنقيح و إيضاح النافع و غيرهما و فى مجمع البرهان كأنه إجماع و الوجه فيه القاعدة المقررة من وجوب الاقتصار فى وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه و المطالبة بالرد تقتضى انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به الرد نعم إذا انضم إلى المطالبة ما يدل على التوسعة من عرف أو عادة فلا فورية فى الوجوب و هل يجوز له التأخير للإشهاد مطلقا أو لا كذلك أو إن كان وقت الدفع أشهد عليه فالأول و إلا فالثانى أقوال و احتمالات اختار ثالثها فى التذكرة و استجاده فى المسالك و فى الكفاية أن الأول لا يخلو عن قوة دفعا للضرر و التهمة و هو خيرة وكالة التذكرة لكن تجب المبادرة إلى الإشهاد و الثانى أحد وجهى الشافعية لأن قوله فى الرد مقبول و المراد بردها رفع يده عنها و التخليه بينه و بينها كما فى التذكرة و المسالك و الروضة و ما يأتى فى جامع المقاصد و ليس عليه تحمل مؤنتها كما صرح به فى الأول

(قوله) (و إن كان كافرا)

هذا هو المشهور و قد أطلق الأصحاب ذلك كما فى المختلف و المشهور كما فى جامع المقاصد و المسالك و لا نعلم فيه مخالفا غير الحلبي كما فى المسالك أيضا و الأشهر كما فى الكفاية و فى الرياض أن قول الحلبي شاذ (و الحجته) عليه بعد الإجماع على الظاهر

إطلاق النصوص و الفتاوى (و روى) الفضل عن الرضا عليه السلام قال سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة و الرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئا و المودع رجل خارجى شيطان فلم أدع شيئا فقال قل له يرد عليه فإنه ائتمنه بأمانه الله و قد استدل على الحكم به فى جامع المقاصد و غيره و مثله رواية حريز فى رد وديعة قاتل أمير المؤمنين عليه السلام و تمام الكلام مستوفى فى باب القضاء و عن أبى الصلاح أنه إن كان المستودع حربيا و جب على المستودع أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام العادل و استحسنة فى التنقيح و لا تنافيه رواية الفضل لأن الخارجى مظهر كلمة الإسلام حرام المال إلا وقت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١

فإن آخر لغير عذر ضمن و معه لا ضمان (١) و ليس استتمام غرض النفس كمن كان فى حمام أو على طعام عذرا (٢) و لو قال رد على و كيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن (٣) و لو لم يطلب و تمكن من الرد ففى الضمان إشكال (٤)

الحرب و لا كذلك الحربى و قد يظهر من المختلف أنه استدلوا بها على رد الحلبي
(قوله) (و لو أخر لغير عذر ضمن و معه لا ضمان)

كما صرحت به كلمات أكثرهم و هى صريحة فى أن المراد بالتأخير مطلق التأخير و لو كان قليلا عملا بالقاعدة و ليس كتأخير الشفعة عرفيا و العذر العقلى واضح و العذر الشرعى كما كمال الصلاة و إن كانت نافلة كما فى الروضة لكن صريح التذكرة فى آخر كلامه و قضية كلام جامع المقاصد أنه يقطع النافلة و أما العذر العادى كانتظار المطر المانع و نحوه فقضية كلام التذكرة أو صريحها أنه ليس عذرا و خالف فى ذلك فى الروضة و المسالك و ستسمع ما فى التحرير

(قوله) (و ليس استتمام غرض النفس كمن كان فى حمام أو على طعام عذرا)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و عدها فى التحرير أعذارا و زاد الإهمال ليهتضم الطعام و فى المسالك و الروضة و الكفاية فيه و جهان و حكم فى موضع من وكالة التذكرة بأن هذه أعذار و وافقه على ذلك يحيى بن سعيد فى وكالة الجامع و المحقق الثانى فى وكالة جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى المسالك و الروضة و ينبغى أن يكون هنا أولى إذ هو الموافق لشرعية الوديعه
(قوله) (و لو قال رد على و كيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن)

كما فى التحرير و التذكرة لأن حكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يرد إلا أنه له هنا التأخير حتى يشهد على الوكيل لأن الوكيل لو أنكر الدفع سقط بيمينه و ذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم على أحد الأقوال فى المسألة إذ لعل الخصومة تكون عند مجتهد يرى ذلك و معنى الرد ما سبق من رفع اليد و التخليه هذا و لو صدق مدعى الوكالة فإن له أن يمتنع كما نص عليه جماعة لأنه تصديق فى حق الغير نعم يجوز له تسليمها إليه و يضمن إن أنكر المالك و لا كذلك الدين فإن الأجداد أنه يجب عليه التسليم
(قوله) (و لو لم يطلب و تمكن من الرد ففى الضمان إشكال)

و فى التحرير قرب الضمان على إشكال و نحوه ما فى التذكرة و استوجه فى الإيضاح و جامع المقاصد الضمان (و ينبغى) تحرير معنى الرد فى قوله و تمكن من الرد لا- جائز أن يكون بمعنى الحمل لأنه لا يذهب إليه و لا يجب عليه الضمان إن لم يحملها إليه فلا وجه لجعله أحد وجهى الإشكال فى الإيضاح و لا أن يكون بمعنى التخليه لأنه قال فى جامع المقاصد لأنه لا معنى للإشكال حينئذ فى الضمان بل يجب القول بالضمان قطعاً (قلت) القطع ليس فى محله و الإشكال متجه ينشأ من عدم طلب الوكيل و المفروض علمه بذلك و لا- تجب عليه التخليه إلا- عند الطلب كما هو قاعدة الوديعه و أمر المالك لم يتضمن طلب الوكيل و من أن المالك أمر بالتخليه بينها و بين الوكيل فلم يفعل فكأنه قد انعزل أو أن الأمر تضمن الطلب (و فيه) أن التخليه معناها لغه الترك كما فى الصحاح و القاموس و عرفا رفع المانع و رفع يده كما طفحت به عباراتهم فى باب القبض و زاد فى المسالك الإذن فيه و كل ذلك لا يتحقق فى الوديعه إلا عند الطلب و إلا لزم أن يلقيها فى مضيعة أو يحملها إليه أو يذهب إليه و يقول له هلم فخذ وديعة موكلك و لا شىء منهما

بواجب عليه للأصل وغيره وإن كان المراد من الرد الإعلام إذا لم يكن قد علم بمعنى أعلم وكيلي بأني أمرتك بأن تدفعها إليه و أن تظهر التخليئة بينها وبينه وبعبارة أخرى كأن يقال أراد خل بينها وبينه والتخليئة لا تكون إلا بإعلامه فرجع بالأخرة إلى إرادة الإعلام باللائم فيكون الرد بمعنى التخليئة المستلزمة للإعلام ولعله أقرب إلى اللفظ وهو مبني على أن الأمر يستلزم العزل و أنها تصير في يده أمانة شرعية كالثوب يصيره الريح في داره كما يرشد إليه آخر كلامه و إلى هذا المعنى أشار في الإيضاح قال قال المصنف في منشأ الإشكال أنه لما أمره بالدفع إلى وكيله فكأنه عزله فيصير ما في يده كالأمانات الشرعية كالثوب تطيره الريح إلى داره وفيه وجهان أحدهما أن تمتد الأمانة إلى المطالبة و أظهرهما أن تنتهي بالتمكن من الرد فمبني هذا على أن الأمر بالرد على الوكيل هل هو عزل أو طلب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٢

و كذا كل أمانة كالثوب تصيره الريح في داره (١) فإن رد على الوكيل و لم يشهد فلا- ضمان لو أنكر بخلاف التصير في ترك الإشهاد على قضاء الدين لأن مبني الوديعه على الإخفاء (٢)

فينزل بمنزلة قوله أعطني انتهى و هو حاصل ما في التذكرة و لا يخفى ما في كلامه من التعبير بالدفع و الفرق بين العزل و الطلب و قد تقدم أن الطلب يقضى بانقطاع الإذن و هذا لم يذكر في التذكرة فتأمل و قال في جامع المقاصد إن كان المراد بالرد وجوب الإعلام لو لم يكن قد علم بأمر المالك فهو محتمل و ليس ببعيد القول بوجوب ذلك لأن الأمر يتضمن العزل و على هذا يكون منشأ الإشكال من التردد في المعزول عن الوديعه هل هو مأمور بالردّ على الفور أو وقت المطالبة كما في الثوب الذي أطارته الريح إلى أن قال و المعتمد الضمان لأن إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن إلا فيما اقتضته الضرورة و هو ما قبل التمكن من الإعلام و التخليئة و هذا كله إذا لم تدل القرينة على عدم العزل انتهى فقد نفى البعد عن وجوب الإعلام و جزم بأن الأمر يتضمن العزل و كلاهما في محل التأمل ثم إن المعزول عن الوديعه و من أطارت الريح الثوب إلى داره لا- يجب عليه إلا- التخليئة في الأول إذا كان هو العازل له و الإعلام في الثاني أن لم يعلم كما تقدم و يأتي و قال الشهيد يرجع إلى قرائن الأحوال في تعجيل الردّ فإن دلّ اللفظ على الاتصال مطلقاً من دون تأخير ضمن و إلا توقف على الطلب حسب و قد بين وجه الإشكال في الكتب الثلاثة في أول كلامهم بوجوه مختلفة فليقف عليها من أرادها و كيف كان فالظاهر عدم الضمان بأي معنى فسر الردّ و كأنّ كلامهم غير محرّر لمنافاته لكلامهم الآخر في مواضع آخر فيما مضى و يأتي

(قوله) (و كذا كل أمانة كالثوب تصيره الريح في داره)

أى يجيء ذلك الإشكال السابق في الضمان إذا تمكن من الردّ فلم يرد قال في جامع المقاصد و نعم ما قال هذا إذا كان المراد من الردّ إعلام المالك و التخليئة بينه و بينه رجوع عما سبق من الجزم إلى التردد و إن كان المراد حملها إليه ففيه ما سبق من الإشكال فإن إيجاب ذلك بعيد

(قوله) (فإن ردّ على الوكيل و لم يشهد فلا ضمان لو أنكر بخلاف التصير في ترك الإشهاد على قضاء الدين لأن مبني الوديعه على الإخفاء)

هذا التفصيل خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و وكالة الشرائع على تردد في الأخير و حكي في المسالك و الكفاية القول بوجوب الإشهاد فيهما أى الدين و الوديعه فإن فعل و لم يشهد فأنكر المدفوع ضمن و هذا لم تجده لأحد من أصحابنا في الباب و لا باب الوكالة و لا الضمان و لا الرهن و حكي فيهما أيضا القول بأنه لا يجب الإشهاد فيهما و قد مال إلى هذا في المختلف أو قال به و هو خيرة وكالة مجمع البرهان و ستسمع ما نحكيه من كلامهم في باب الرهن و قد نص في الشرائع و وكالة الإرشاد و الكتاب و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و غيرها على عدم الضمان في الوديعه إذا لم يشهد و استشكل في وكالة التذكرة و كذا

التحرير و نص على الضمان فى الدين إذا لم يشهد فى وكالة المبسوط و التحرير و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و وكالة اللمعة و الروضة و ضمان الكتاب و جامع المقاصد و استشكل فى وكالة الكتاب و مثل الدين تسليم المبيع (و قضية) كلامهم أنه يضمن بترك الإشهاد مطلقا حتى لو كان الأداء بحضرته إلى الموكل و قد قيده بعضهم بما إذا لم يكن بحضرته و فى رهن الكتاب لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله فى حق الراهن لأنه و كيله على إشكال و قد قيل بالقبول فى ذلك فى الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد و قال فى الإيضاح هناك إن الإشكال فى مسألتين إحداهما أن الوكيل فى الدفع إذا دفع من غير إشهاد هل يكون ضامنا أم لا- و قال أيضا فى الرهن فإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان الدفع بحضرته أو بينه غابت و إلّا رجع على إشكال و حكينا هناك عن المبسوط و التذكرة و التحرير و الإيضاح أنه يرجع و قد استدلل فى التذكرة على تفصيل الكتاب هنا بوجهين (الأول) أن الوديعة أمانة و قول المستودع مقبول فى الردّ و التلف فلا معنى للإشهاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٣

و أجره المسكن إن احتاجت و مؤنّه الرد على المالك و إن قلت (١)

و قد يكون أراد بالمستودع الوكيل أيضا لأنه مستودع أيضا و قوله مقبول فلا يؤثر عدم الإشهاد فى تغريمه فتأمل (و الثانى) ما ذكره هنا من أن الودائع حقها الإخفاء بخلاف قضاء الدين و منه يفهم أن الوكيل فى الإيداع لا يجب عليه الإشهاد كما صرحوا به و زاد فى جامع المقاصد (ثالثا) و هو أن المطلوب بقضاء الدين انقطاع مطالبة الدين للمديون و براءة ذمته و ذلك موقوف على الإشهاد المطلوب فى الوديعة إيصال الحق إلى مستحقه و يد الوكيل يد الموكل فكما لا يجب الإشهاد عند الدفع إلى المودع لا يجب عند الدفع إلى الوكيل بل ربما يقال إن نافي ذلك الفورية عدّ به ضامنا و لا يخفى عليك الفرق بين الوجوبين فى كلامه و كذا كلام غيره فلا تغفل (و وجه) القول بوجوب الإشهاد فيهما و إلا ضمن إن كان قولنا نعم هو أحد وجهى الشافعية أن إطلاق الإذن يقتضى دفعا ثابتا يمكن الرجوع إليه عند الحاجة فإذا ترك فقد قصر و لعل إطلاقه يقتضى بالضمان و لو أقر فى الوديعة و لعله مقيد بما إذا لم يقر كما ستسمع (و وجه) عدم الوجوب فيهما أن المأمور به هو الدفع و لا دلالة فى مطلق الأمر على الإشهاد فيحصل الامتثال بدونه و لعل الظاهر عدم الضمان أما فى الوديعة فظاهر و أما فى الدين فلأنه وكيل فهو أمين و ظاهر حاله أداء الأمانة و لأنه لو لا ذلك لأدى إلى عدم قبول الوكالة فيفضى إلى الضرر و سيأتى إن شاء الله تعالى فى الوكالة أن الوكيل إذا ادعى الردّ كان القول قوله مع يمينه إذا لم تكن الوكالة بجعل فتأمل و فى جامع المقاصد أن فى قول المصنف فلا ضمان لو أنكر مناقشة لأننا لو قلنا بالضمان و عددناه مقصرا أوجبناه على كل حال سواء أنكر أو أقر و امتنع من التسليم أو تلفت العين فى يده فإنه على كل واحد من التقديرات يرجع على المستودع (قلت) لعل المناقشة فى غير محلها لأن غرضه بيان محل الضمان غالبا

(قوله) (و أجره المسكن إن احتاجت و مؤنّه الرد على المالك و إن قلت)

قد تقدم أنه قال فى التذكرة إنه لا يجب عليه مباشرة الردّ و لا تحمل مؤنّته و إن ذلك على المالك و هو الموافق لأصول المذهب و الاستيداع و إن اقتضى وجوب الحفظ لكن لا- يجب على المستودع أن يبذل من ماله ما جرت العادة ببذل المالك فى مقابله مما يتوقف عليه الحفظ من أجره المسكن و ثمن العلف و أجره السقى إن كان له أجره و أجره الراعى و أجره نشر الثوب بل يجب ذلك على المالك و هل يجب عليه دفع أجره المسكن و نشر الثوب من ماله إذا احتيج إلى ذلك ثم يرجع به على المالك أو لا يجب عليه ذلك احتمالا كما تقدم فى مصانعه الظالم أما ثمن العلف و أجره السقى فقد تقدم وجوب ذلك لمكان احترام الحيوان و لو كان المسكن للمستودع أو تولى شيئا من الأعمال التى جرت العادة ببذل الأجره فى مقابله مما لا بدّ منه فالظاهر أنه يرجع بأجرته أيضا كما صرح بذلك كله فى جامع المقاصد (و الضابط) فى ذلك كله أنه يطالب به المالك فإن امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم و مع عدمه فالإشهاد و مع تعدّره يرجع إذا بذل غير متبرع على ما سبق (فروع) يناسب ذكرها فى المقام ذكرها فى التذكرة (الأول) لو

تعدى في الوديعة و بقيت في يده مدة لزمه أجره مثلها عن تلك المدة لأنه صار كالغاصب عليه عوض المنافع (الثاني) لو دخل خانا فجعل حماره في صحن الخان و قال للخاني احفظه كى لا يخرج فخرج في بعض غفلاته فالأقرب الضمان لأنه قصر في الحفظ بالغفلة (قلت) و كذلك الحال في الثياب بالنسبة إلى الحمامي (الثالث) لو خاف الغرق أو الحريق أو السلب فبادر إلى نقل أمتعته قبل الودائع فغرقت أو احترقت أو سلبت فلا ضمان كما لو لم يكن عنده إلا الودائع فأخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله (الرابع) إذا دفع إلى رجل خاتما و نحوه ليمضى إلى وكيله علامة و يقبض منه شيئا و قال إذا قبضته رد الخاتم على قبض و لم يرد الخاتم فقد قرب في التذكرة أولا الضمان ثم احتمال العدم لأنه ليس عليه الرد و لا مثنوته (الخامس) إذا دفع قبالة إلى غيره وديعة ففترط فيها فإنما يضمن قيمة الكاغذ مكتوبا و لا شيء عليه مما في القبالة (السادس) لو دفع إليه وثيقة وديعة و قال لا تعطها لزيد حتى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٤

نعم لو سافر بها بغير إذنه أو بغير ضرورة كانت مثنوة الرد عليه (١) و لو كان المودع غاصبا لم يجوز رد الوديعة إليه بل إلى مالكيها إن عرف (٢) و لو جهل عرفت سنة ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان و إن شاء أبقاها أمانة أبدا من غير ضمان (٣)

تأخذ منه دينارا فردها إليه قبله ضمن قيمة القبالة مكتوبة و أجره الكاتب و ينبغي التأمل في أجره الكاتب (قوله) (نعم لو سافر بها بغير إذنه أو بغير ضرورة كانت مثنوة الرد عليه)

لأنه غاصب بخلاف ما إذا اقتضت الضرورة ذلك

(قوله) (و لو كان المودع غاصبا لم يجوز رد الوديعة إليه بل إلى مالكيها إن عرف)

قد ذكر ذلك في المقنع و جميع ما تأخر عنه إلا المبسوط و التحرير و اللمعة فلم يتعرض فيها لها و لا فرق بين الغاصب و السارق و غيره و بالجملة الظالم و ما في معناه و لو لم يمكن منعه أو كان يخاف منه إذا منعه جاز له ردّها عليه كما في المقنعة و التذكرة و غيرها و عليه نبه في النهاية و غيرها و أما الضمان ففي المسالك أن الذي تقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء و إن كان قرار الضمان على الغاصب (قلت) الذي تقتضيه قواعد الوديعة أن لا رجوع له عليه و قد تقدم مثله فيما إذا أكرهه الظالم على دفعها إليه

(قوله) (و لو جهل عرفت سنة ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان و إن شاء أبقاها أمانة أبدا من غير ضمان)

قال في جامع المقاصد هذا هو المشهور و مستنده رواية حفص بن غياث (قلت) الرواية و الفتوى لم تتضمن أنه إن شاء أبقاها أمانة بل قضيتها و جوب التصديق بها نعم استجد ذلك في المسالك و كلام النهاية في اللقطة و الإرشاد في مقام آخر ستسمعه و على ذلك أى تعريفها سنة ثم التصديق بها عن المالك مع الضمان نقلت الشهرة في المسالك و الكفاية و الرياض و المفاتيح و به صرحت عبارة النهاية في الباب و الشرائع و النافع و كشف الرموز و غيرها و هو المحكى عن أبى على و القاضى و إليه مال في الغنية و السرائر و المختلف و التنقيح و على الخبر اقتصر في المقنع و رواه في الفقيه و عقد له وحده بابا و هذه صورته. باب ما يكون حكمه حكم اللقطة روى سليمان بن داود المنقرى عن حفص بن غياث النخعي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم فهل يرد عليه قال لا- يردّه فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها و إلا تصدق بها فإن جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الأجر و الغرم فإن اختار الأجر فالأجر له و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له و قد رواه في التهذيب عن محمد بن علي بن محبوب عن علي بن محمد بن شيرة عن القسم بن محمد عن سليمان بن داود عن حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله عليه السلام و السند غير واضح الضعف لأن لنا تأملا في تضعيف هؤلاء الأربعة ثم إن الشهرة تجبره و لم يذكر أحد ممن عمل بالرواية جواز التملك كما في المسالك و الرياض و المفاتيح إلا ما سمعته عن الفقيه و ما ستسمعه عن النهاية نعم سيأتى للمصنف التأمل في ذلك و عموم المنزلة يقضى به و أما إبقائها

عنده أمانة أبدا من غير ضمان إلا مع التقصير فهو من أحكام اللقطة لكنه صعب شاق و استجد ما في الكتاب من التخيير بين الأمرين بعد التعريف في المسالك و معنى الضمان في المقام أنه لو ظفر بصاحبه وجب على القابض فقط رده إليه لا أنه يجب الإيضاء به عليه و على الورثة كالديون و المال المغضوب لأن ذلك هو المناسب للأصل كما في مجمع البرهان و الكفاية و قد احتمل في مجمع البرهان عدم الضمان لو تصدق به لأن إخبار المال المجهول المالك خاليه عنه (قلت) لكن الخبر هنا معمول به في ذلك أيضا و ليس لك أن تقول إنه ليس من باب مجهول المالك لأنه يمكن إدراجه في قاعدته و إن جعله في الفقيه و النهاية من باب حكم اللقطة (و تنقيح) البحث في المسألة أن مورد الخبر و فتوى الأكثر إنما هو المال المجهول المالك لأنه ليس بضائع حتى يكون لقطه فيكونون قد خرجوا بالخبر عن حكمه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٥

و ليس له التملك مع الضمان على إشكال (١) و لو مزجها الغاصب بما له فإن تميزت و جب ردها على مالكةا دون المودع و إلا رد الجميع على المودع على إشكال (٢)

في التعريف سنه و إلا فحكم المجهول المالك أنه يتصدق به فورا بعد اليأس و أما قبله فلا بد من الفحص و السؤال حتى يئأس عرفا و لا يقيد بالتعريف سنه فقد لا يحصل بالسنة و قد يحصل بما دونها و به يفارق اللقطة فإنه يتصدق بها أو يملكها بعد التعريف سنه و إن رجا الظفر بصاحبها و أما إذا يئس من الظفر بمالكها فإنه يملكها من دون تعريف إلا إذا كان من تأخيره التعريف فإنه مخير بين أن يتصدق بها أو يعرفها و يملكها (و أما الضمان في مجهول المالك فهو صريح الخبر المذكور هنا و قد يعطيه غيره و المخالف ابن إدريس حيث قال يردّها إلى إمام المسلمين فإن تعذر أبقاها أمانة ثم يوصى بها إلى عدل و نحوه ما في الغنية و ما حكى عن التقى و في المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد و التنقيح أنه أقوى و في جامع المقاصد له وجه و استحسنته في المالك (و ليعلم) أن في الغنية و السرائر و إيضاح النافع أنه أحوط أي من قول الشيخ و قال المفيد يخرج خمسة لمستحق الخمس و الباقي يتصدق به و لم يذكر التعريف و نحوه ما في المراسم و قال في لقطه النهاية إن حكمه حكم اللقطة سواء و قد سمعت ما في الفقيه و قال في الإرشاد لو جهله تصدق به و ضمن و زاد في التبصرة إن شاء و قال في الإرشاد بعد ذلك أو أبقاها أمانة و لعله استند في التصديق من أول الأمر إلى الأخبار الدالة على فعل ذلك في المال المجهول المالك لكنها خالية عن الضمان و إلى الإبقاء أمانة إلى خبر معاوية بن وهب الوارد في الأجير كما تقدم في باب الدين و قال في إيضاح النافع إنه مخير بين التصديق و الإبقاء أمانة و الدفع إلى الحاكم و قد وقع في الرياض خلل في النقل عن الإرشاد

(قوله) (و ليس له التملك مع الضمان على إشكال)

أصح أنه ليس له ذلك كما في جامع المقاصد و الإشكال ينشأ من أن الأصل عصمة مال المسلم و من ورود الخبر بأنها بمنزلة اللقطة و من أحكامها التملك بعد التعريف و هو قضية كلام الفقيه و لقطه النهاية و اعترضه في جامع المقاصد (أولا) بأنه لا عموم في الرواية (قلت) و كأنه لم يلحظ عموم المنزلة (و ثانيا) بأن المتبادر من قوله عليه السلام فيعرفها بيان وجه نزولها منزلة اللقطة (قلت) هذا يصلح لرفع عموم المنزلة بأن يقال إن العموم ينزل على المتبادر و ليس وجهها ثانيا لكن ذلك قد يمنع في عموم المنزلة نعم يتم في التشبيه البليغ

(قوله) (و لو مزجها الغاصب بماله فإن تميزت و جب ردها على مالكةا دون المودع و إلا ردّ الجميع على المودع على إشكال)

رد الجميع على المودع خيرة المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و الشرائع و النافع و الإرشاد و التنقيح و إيضاح النافع و الرياض و الغنية و السرائر و في الأخيرين الإجماع عليه و هو أي الإجماع ظاهر الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و جامع المقاصد حيث نسب فيها إلى الأصحاب و في إيضاح النافع أنه المشهور و أنه يشهد له النظر (و أول) من تأمل في ذلك المصنف في التذكرة فإنه

بعد أن أفتى برد الجميع قال و يحتمل عندي رد قدر مال اللص إليه و احتفاظ الباقي لمالكه قال و القسمة هنا ضرورية و مثله ما حكى عن السيد العميد و فى الإيضاح و إن الأولى ردها إلى الحاكم و وافقه على ذلك فى جامع المقاصد و قال و لو لم يجد الحاكم احتمال رد قدر ما يملكه الغاصب إلى آخر ما فى التذكرة و فى الرياض أن الأوفق بالقواعد ما فى المسالك من رده على الحاكم مع إمكانه ليقسمه و يرد على الغاصب ما له و مع تعذره يحتمل قويا جواز تولى الودعى القسمة إن كان مثليا و قدر حق الغاصب معلوما جمعا بين الحقين و القسمة هنا إجبارية للضرورة تنزيلا للودعى منزلة المالك حيث قد تعلق بضمانه و للحسبة و لو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلا ففيه إشكال و يتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق قال و يحتمل عدم جواز الرد مطلقا مع إمكانه إلى أن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٦

و لا يبرأ المفطر بالرد إلى أحرز بل إلى المالك أو بإبرائه (١) و لو أنكر الوديعه (٢) أو ادعى التلف و إن كان بسبب ظاهر (٣)

يعترف الغاصب بقدر معين أو يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعى بالحقين انتهى (و فيه) أن القسمة من الحاكم و غيره فى المساوى غير بعيدة و لا كذلك إذا مزجه بالأعلى اللهم إلا أن يرضى الغاصب فينبغى أن يقال إن مزجه بالأدنى بحيث ما بقى لمال المالك قيمة أمكن تسليمه إلى الغاصب و يجب عليه رد مال المالك مثلا أو قيمة و يمكن وجوب تسليمه للحاكم ليقسمه مع رد أرش النقصان بحيث لا يستلزم الربا و إن كان بالمساوى كان شريكا و كذا بالأعلى لأنه بتقصيره فتأمل. و يحتمل جعله كالتالف و الإلزام بالعوض و نظر الأصحاب إلى أن الودعى لا يعلم قدر المغصوب و لا عينه و حينئذ لا وسيلة لاستنقاذه لعدم معرفته و منع الجميع غصب و ليس له ولاية فى القسمة لأنها تستلزم إعطاء بعض مال كل واحد للآخر فهى كالمعاوضة من دون تراض و الظاهر أنهم عثروا فى ذلك على خبر لأن المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة متون أخبار و قال فخر الإسلام إنه يستلزم رد المغصوب إلى الغاصب و هو حرام لا يجوز قطعا

(قوله) (و لا يبرأ المفطر بالرد إلى الحرز بل إلى المالك أو بإبرائه)

قد تقدم الكلام فى ذلك فى أول الباب مستوفى عند شرح قوله لو رد الوديعه إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان و قد قال فى جامع المقاصد إن ظاهر ذلك يخالف ما هنا لأنه قد يشك فى أن الإبراء موجب لتحديد الاستئمان بل قد يشك فى براءته بالإبراء مع أنه هناك قوى ما يدفع هذه المخالفة و قد بينا ذلك هنا لك و قلنا إن هناك مخالفة من جهة أخرى فيلاحظ

(قوله) (و لو أنكر الوديعه)

أى فالقول قوله مع اليمين كما فى المبسوط و غيره و فى المسالك أنه لا شبهة فيه و فى مجمع البرهان الظاهر أنه لا إشكال فيه

(قوله) (أو ادعى التلف و إن كان بسبب ظاهر)

أى فالقول قوله مع اليمين قال فى التذكرة إنه إذا ادعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا سواء كان بسبب ظاهر أو خفى و فى مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فيه و فى المسالك و الكفاية أنه المشهور و به أى بأن القول قوله مع يمينه صرح فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و غيرها مضافا إلى الفتاوى و الإجماعات و الشهرة التى ذكرناها فى باب الوكالة و المخالف الشيخ فى المبسوط فيما إذا ادعى التلف بأمر ظاهر فلم يقبل قوله إلا بينة لإمكان إقامتها و قد رماه بعضهم بالشذوذ و عموم البينة على المدعى شامل لهذا الفرد و لما إذا ادعاه بسبب خفى و لما إذا ادعى الرد و لم يلتزم ذلك فى هذين و الصدوق قبل قوله بلا يمين و وافقه على ذلك الشيخ فى النهاية صاحب الوسيلة و قيد فى الأخير بما إذا لم تظهر منه خيانه و قد يلوح أو يظهر ذلك من النهاية قال فى الفقيه مضى مشايخنا رضى الله تعالى عنهم على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن و لا يمين عليه و قال رجل للصادق عليه السلام إنى اتئمت رجلا- على مال أودعته إياه فخاننى فيه و أنكر مالى فقال لم يخنك الأمين و إنما اتئمت الخائن و روى فى المقنع فيما حكى

مرسلا عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله قال نعم ولا يمين عليه وربما اعتضد بالنصوص الناهية عن اتهام الأيمن ولا - ينفك عن الإحلاف مضافا إلى الأصل النافى للزومه ولكن ذلك لا يعارض ما مرّ والأخبار لم يتضح سندها والمرسلة معارضة بمفهوم مرسله الغنية قال وروى أنه لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب و بمضمونها أفتى أبو على و أبو الصلاح حيث قال لا - يمين عليه إلا - مع التهمة حكاه عنهما صاحب التنقيح وقد يكونان موافقين للنهاية والوسيلة لكن نسبته إلى مشايخنا المفيد للعموم الظاهر فى الإجماع مع الأخبار المذكورة و موافقة الإسكافى و التقى مما يقضى بقوة قوله جدا و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى باب الوكالة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٧

أو نقص القيمة (١) أو عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين (٢) و فى الرد نظر (٣) أما لو ادعى الإذن فى التسليم إلى غير المالك فالمصدق المالك مع اليمين (٤)

(قوله) (أو نقص القيمة)

أى لو اختلفا فى القيمة بعد الاتفاق على التلف بالتفريط فالقول قول المستودع يمينه كما فى السرائر و كشف الزموز و المختلف و إيضاح النافع و فى الرياض أنه أشهر بل لعل عليه عامة من تأخر و فى السرائر و النافع أنه أشبه و حكاه فى المختلف عن التقى و ابن حمزة و عبارة الوسيلة كان القول قول المودع يمينه فتحتمل فتح الدال و كسرهما و فى المقنعة و النهاية و الغنية أن القول قول صاحبها مع يمينه و فى السرائر أن هذا القول خلاف الأصول و الإجماع و الأخبار المتواترة بل قال إنه خلاف ما عليه كافة المسلمين ثم قال إن الشيخ فى نهايته عوّل على خبر واحد و لعله لم يلحظ المقنعة و لا الغنية و ربما استدلل لهم بأنه بالتفريط خرج عن الأمانة و فيه أنها ليست مأخذ القبول حتى يقال إنه خرج عن الأمانة بل لأنه منكر فيدخل تحت الخبر المشهور للزيادة و الرواية المدعاة مرسله خاصة بذلك و لا جابر لها فيه

(قوله) (أو عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين)

كما فى النهاية و الغنية و السرائر و النافع و التنقيح و الكفاية و فى الرياض أنه لا خلاف فيه إلا من حيث لزوم اليمين فىأتى فيه خلاف الصدوق لعموم دليله
(قوله) (و فى الردّ نظر)

كما فى التذكرة فى الباب و الوكالة و المختلف فى الوكالة و الإرشاد و الكفاية حيث قيل فيها (فيهما خ ل) فيه إشكال و فى المبسوط و السرائر و النافع و التحرير و شرح الإرشاد لولده و الإيضاح و و اللعة و جامع المقاصد و إيضاح النافع و مجمع البرهان و غيرها أنه يقبل قوله مع يمينه و هو المشهور كما فى التنقيح و المسالك و الروضة و الكافية و مذهب الأكثر كما فى مجمع البرهان و فى وكالة السرائر و المهذب البارع و كذا المسالك الإجماع عليه و هو المحكى عن نهاية المرام للصيمرى و قال فى المهذب إن استشكل العلامة نادر و قد قال الأكثر فى باب المضاربة فى جواب من يدعى قبول قول العامل بالردّ قياسا على المستودع بأنه مع الفارق لكونه قبض لمصلحة المالك فهو إحسان محض و العامل قبض لمصلحته فلو لا أن يكون الحكم إجماعيا لقليل و لو فى كلام بعضهم بمنع الحكم فى المقيس عليه و لم يشر إليه أحد إلا المصنف فى التذكرة ثم إنهم يأخذونه مسلما فى باب الوكالة و فى باب القضاء حيث ينقضون به حد المدعى و المنكر مع أنه مدع بجميع معانيه فيقولون الودعى المدعى رد الوديعه عليه اليمين و لا شىء من المدعى عليه يمين فكان شكلا ثانيا نتيجته أن الودعى المدعى رد الوديعه ليس بمدع و يجيبون بمنع الكبرى للرخصة أو بمنع الصغرى لأن المودع يدعى خلاف ظاهر المسلم لأن ظاهر الأمين الصدق ثم إن ظاهرهم الاتفاق على تقديم قوله فى التلف و لو فى الجملة استنادا إلى مجرد الأمانة و هى جارية فى المقام فكما يخصص بها الأصل و عموم الرواية المتقدمة فى صورة التلف فليخصصا بها هنا و تؤخذ

الأخبار الناهية عن رمي الأمين بالتهمة و تكليفه البينة مؤيدة هذا كله مضافا إلى ذهاب المشهور كما في الشرائع وغيرها إلى قبول قول الوكيل في الردّ إذا كان بغير جعل بل الظاهر إطباق القدماء عليه كما أشار إليه في غاية المراد و هذا كله إذا ادعى ردّها على من أئتمنه أو على وكيله لأن يده يده أما لو ادعاه على الوارث فكغيره من الأئمة يكلف بالبينة لأصالة عدمه و هو لم يَأتمنه فلا يكلف تصديقه و قد صرحت بذلك جملة من عباراتهم كالمبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و غيرها صرحوا جميعا به في باب الوكالة و في الرياض نفى الخلاف فيه و هو الموافق للأصل و قد جعلوا لذلك ضابطا صرحوا به في باب الوكالة و هو أنّ كل أمين ادعى ردّ الأمانة على من لم يَأتمنه و أنكر ذلك المدعى عليه كان القول قوله مع يمينه و كلف المدعى البينة و تمام الكلام في الوكالة

(قوله) (أما لو ادعى الإذن في التسليم إلى غير المالك فالمصدّق المالك مع اليمين)

كما في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد لأن الأصل عدم الإذن فهو بالتسليم عاد حتى يثبت الإذن ثم المدفوع إليه إن كذبه فالقول قوله إذ الأصل عدم الدفع و إن صدقه ردت الوديعة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٨

فإن صدق الإذن و أنكر التسليم فكدعوى الرد (١) و لو مات المستودع و لم توجد الوديعة في تركته فهي و الدين سواء على إشكال (٢) هذا إن أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة (٣) أو ثبت أنه مات وعده وديعة أما لو كانت عنده وديعة في حياته و لم توجد بعينها و لم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال (٤)

(العين خ ل) إن كانت باقية و إن كانت تالفه كان بالخيار بين تضمين المستودع و المدفوع إليه

(قوله) (فإن صدق الإذن و أنكر التسليم فكدعوى الرد)

و نحوه ما في التذكرة و قوى في المبسوط أنّ القول قول المستودع لأن الدعوى على المأذون في تسليمه كالدعوى على الوكيل و قد سمعت أن حاله حال المالك و وجه احتمال تصديق المالك أن المستودع يدعى على من لم يَأتمنه و المفتى به الأول كما في جامع المقاصد

(قوله) (و لو مات المستودع و لم توجد الوديعة في تركته فهي و الدين سواء على إشكال)

قال في الإيضاح الإشكال السابق في أصل الضمان و هذا في كفيته و أراد بالإشكال السابق هو ما ذكره في قوله و لو لم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال قال في الإيضاح كفيته أنه يحتمل تقديم صاحب الوديعة لحصولها لأصالة البقاء و اشتباه عينها و يحتمل التحاص كالديون و الأصح الأول لأن حق الوديعة متعلق بعين التركة كالرهن أى في تقديم حق المرتهن (و معنى) الوجه الأول أن أصالة بقاء عين ماله الذى هو مختص به تقضى بالاختصاص ببدله (و معنى) الوجه الثانى أن المختص به هو العين فإذا تعذرت كان البدل من جملة الديون و السيد العميد قال فيما حكى عنه إن الإشكال في أصل الضمان و هو الظاهر من سوق كلام التذكرة و لكن سوق عبارة الكتاب يقتضى ما قاله في الإيضاح فإنه لو لا ذلك لكان قوله إن أقر أن عنده وديعة إلى آخره و قوله أما لو كانت عنده وديعة في حياته إلى قوله ففي الضمان إشكال كله فاسد الوضع لأن الإشكال إذا كان في أصل الضمان استوت هذه المسائل كلها فيكون قوله هذا إن أقر غير صحيح و أيضا فإن عدوله عن جعل الإشكال في الضمان إلى كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك

(قوله) (هذا إن أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنه مات و عنده وديعة)

لأن الإقرار يقضى بوجودها في التركة وقت صدوره في الأولى و يبعد تلفها في الزمن المتخلل بينه و بين الموت و يقضى في الثانية بثبوت الحق في الذمة بل قد قيل إنه يقضى ببقائها في التركة كأولى و إنها آكد و أما الثالثة فإذا ثبت أنه مات و عنده وديعة كان

أدل على وصولها إلى الورثة غير أنها لم تعلم بعينها

(قوله) (أما لو كانت عنده وديعة فى حياته و لم توجد بعينها و لم يعلم بقائها فى الضمان إشكال)

يريد أنه لو ثبت بالبينه أو بإقرار الورثة أو نحو ذلك أنه كان عنده وديعة فى حياته و لم توجد و لم يعلم بقاؤها فإن فى أصل الضمان هنا إشكالا ينشأ من تعارض أصل البراءة معتصدا بظاهر حال المسلم لأن الظاهر أنه قد ردّها أو تلفت بغير تفريط و إلا لأقر بها عند الموت و من استصحاب البقاء و خبر السكونى و قد تقدم تمام الكلام فيما سلف مستوفى و قد قال فى التذكرة إن الذى يقتضيه النظر عدم الضمان و الذى عليه أكثر علمائنا و الشافعية و جوب الضمان ثم حكى عن أصحاب الشافعى فى المسألة طرقا مشتملة على تفاصيل تخالف ما هنا و الحاصل إن حصل ما فى التذكرة يخالف ما هنا و قد حاول السيد العميد الفرق بين هذه المسألة و المسائل التى قبلها بأن الضمان فى هذه أخف و ليس بجيد لأن المصنف إذ ساوى بين المسائل فى مجيء الإشكال كان قوله هذا إن أقر و قوله أما لو كانت ضائعا كما ذكر ذلك فى جامع المقاصد و قال إن ما ذكره هنا كان يعنى عما ذكره سابقا من قوله و لو لم يوجد فى التركة ثوب إلى آخره (قلت) ذكره لذاك هناك جاء بالتبع لما قبله و قال إن الذى يقتضيه النظر أنه إن علم بقاء عينها و لم يتميز من التركة قدم مالها على الغرماء و إن علم تلفها بتفريط فهو أسوء الغرماء و إلا فلا ضمان أصلا و هو المفتى به (قلت) هذا النظر يدفعه ظاهر خبر السكونى المنجبر سنده و دلالاته بالشهرة فليحظ (و ليعلم) أنه يمكن أن يكون قول المصنف هذا إن أقر أن عنده وديعة و قوله فيما سلف أما لو قال عندى ثوب منزلين على ما إذا أقر بالوديعة على وجه يرتفع الإجمال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٩

و يصدق المستودع مع اليمين فى تعيين أحد المدعيين (١) فإن نكل غرم للآخر (٢) و فى نفي العلم (٣)

و ينتفى التقصير و يكون وجه أصل الضمان ما حكيناه عن المبسوط هناك و إن كان ضعيفا و وجه الإشكال فى كفيته ما عرفته آنفا و سالفاً و يتضح ما فى الإيضاح و الفرق حينئذ بين قوله إن أقر و قوله أما لو كانت واضح لما (بما خ ل) بيناه من أن الظاهر فى الثانى أنه قد ردّها أو تلفت و إلا لأقر بها عند الموت و يمكن أن يكون قولاه منزلين على الإجمال فى المقامين و يمكن توجيه الإشكال فى أصل الضمان و يتم ما فى الإيضاح أيضا و أما تنزيل الأول على الإجمال و الثانى على التعيين كما فى المسالك و غيرها كما تقدم فهو الظاهر من كلامه السالف و الموافق لما فى الكنز و يؤيده بعد العهد مع الفرار عن التكرار و لكن فيه ما قد عرفت و مقتضى النظر ما تضمنه الخبر أنه إن عين فلا ضمان و إلا كان ضامنا

(قوله) (و يصدق المستودع مع اليمين فى تعيين أحد المدعيين)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان (و تحرير) القول فى المسألة أنه إذا ادعى كل من شخصين على ثالث بأن ما فى يده من المال المخصوص وديعة له عنده فقد قال فى المبسوط إن حال المودع و هو الثالث لا يخلو من أربعة أحوال إما إن ينكرهما أو يقر بها لهما معا أو يقر بها لأحدهما بعينه أو يقر لأحدهما لا بعينه و نحوه ما فى التذكرة و التحرير و زاد فى المسالك خامسا و هو ما إذا قال لا أدري لمن هى أهى لكما أو لأحدكما أو لغيركما و أطالوا الكلام فى بيان هذه الأقسام و قد ذكروا مثل ذلك فى باب القضاء فيما إذا تداعيا عينا فى يد ثالث و قد أسبغنا الكلام هناك و ينبغى أن نتبع هنا مواقع كلماتهم لنحظى برشحة من بركاتهم (فنقول) إذا أقر لأحدهما بعينه حكم للمقر له و يحلف للآخر فإن حلف سقطت دعواه أيضا و استقر ملك المقر له على العين كذا قال فى المسالك و قريب منه ما فى التذكرة و جامع المقاصد (وفيه) أنه لا بد فى استقرار ملك المقر له على العين من حلفه للآخر على البت كما ذكروا ذلك فى كتاب القضاء من دون خلاف فحلف المصدق أعنى المستودع إن ادعى علمه بملكه لفائدة دفع الغرم عن نفسه لأنه إن امتنع حلف الآخر و أغرم لا لفائدة القضاء بالعين و حلف المصدق له لأن التصديق بمنزلة اليد فكان كأنه صاحب يد و منكر و الآخر خارج و مدع

(قوله) (فإن نكل غرم للآخر)

يريد أنه لو نكل المستودع عن اليمين أحلف الآخر على استحقاقها إن لم نقض عليه بمجرد النكول و أغرم المستودع له المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبينه بإقراره الأول و لا أجد في ذلك خلافا في البابين و قد نص عليه في المبسوط وغيره في الباب أيضا و وجهه في المبسوط بأن اليمين المردودة تنزل منزلة إقرار المنكر لأنه لو أقر بها ثانيا للآخر أغرم له فكذا إذا حصل ما هو بحكم الإقرار و تبعه المصنف في التذكرة و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و قال في جامع المقاصد و أما إذا قلنا إنها كالبينة فقد يقال يجب انتزاع العين من المقر له لثبوت كونها له بالبينة قال و يجاب بأن كونها كالبينة إنما هو في حق المتداعيين فلا يتفاوت الحال باعتبار كونها كالإقرار أو كالبينة لأنها حيث لم تكن في يده و قد حال بينها و بين الآخر الحالف بإقراره و جب الغرم و إن كانت كالبينة انتهى ما أردنا نقله من كلامه و قد وافقه على ذلك صاحب المسالك و هذا الاحتمال و جوابه للشافعية و ليس شيء منهما بصحيح عندنا لأننا قد بينا في باب القضاء أن اليمين المردودة أصل برأسه لأنها في بعض المواضع لا تكون كأحدهما كما تقدم في الكفالة و الحجر في رد من لا يقبل إقراره و قد جعلوا من فروع الخلاف ما إذا اشترى من الوكيل في البيع ثم ادعى عليه فسخره ببيع سابق و أنكر الوكيل العيب و الفسخ و نكل عن اليمين و ردّها على المدعى فقد قالوا على كونها كالبينة في حق غير المتداعيين فتأمل و في اعتبار كون القيمة وقت الحلف أو وقت الإقرار إشكال يلتفت إلى أن وقت الإقرار هو وقت التلف و وقت اليمين هو وقت الثبوت و لم يرجح شيء في التذكرة و لا في جامع المقاصد

(قوله) (و في نفى العلم)

أى و يصدق المستودع مع اليمين في نفى العلم يكون العين لهما أو لأحدهما و تحريره أن الودعى إذا ادعى النسيان كأن يقول ليست لى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٠

و تفر في يده حتى يثبت المالك (١) فإن ادعى علمه أحلفاه على نفى العلم (٢) يمينا واحدة (٣) و يحتمل التعدد (٤) فإن نكل أحلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما (٥)

و لا- أعرف صاحبها أو هي لأحدكما و قد نسيت عينه فإن قلنا إن المستودع يضمن بالنسيان فهو ضامن و يبقى الكلام في أنه لمن يضمن و ما إذا يضمن و الظاهر أنه يضمن القيمة لهما فتجعل هي و العين في أيديهما و تقسم العين بينهما و إن لم تضمنه به فإن صدقاه في النسيان فلا خصومة لهما معه بل الخصومة بينهما و صار المال كأنه في أيديهما و إن كذباه فيه و ادعى كل واحد منهما علمه بأنه المالك و قال- إنك لتعلم لمن الوديعه منا فالقول قوله مع يمينه و يحلف لأنه لو أقر بها لأحدهما كانت له فإذا ادعى عليه علمه سمعت دعواه و يحلف كما ستسمع

(قوله) (و تفر في يده حتى يثبت المالك)

لأن يده في الأصل يد أمانه و الأصل بقاؤها و لأننا إذا انتزعتها من يده لا نسلمها إلى أحدهما و إنما توضع على يد عدل و هذا عدل و هو خيرة المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و غيرها و احتمال في التذكرة و غيرها فيما إذا قال المال لأحدهما و لا أعلمه أن ينتزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إياه و قد يلوح أو يظهر ذلك من المحكى عن الخلاف و ضعف بأن المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم و هو ممتنع هنا فلا يكون وجها و في المختلف أن الوجه أن الأمر في ذلك للحاكم و استجاده في المسالك فيما إذا حصرها فيهما لا فيما إذا أدخل معهما غيرهما (قلت) هو المفروض في المختلف و لم يتعرضوا في باب القضاء لهذا الفرع

(قوله) (فإن ادعى علمه أحلفاه على نفى العلم)

كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والإرشاد والتحرير وهذا يفهم مما تقدم لكنه أعاده ليرتب عليه ما بعده مع فائدة التصريح به والتفريع
(قوله) (يميناً واحدة)

كما في الخلاف والسرائر والمسالك وهو المنقول عن الشافعي وظاهر كلام أبي على لأن إحدى الدعويين كاذبة قطعاً لاستحالة أن تكون ملكاً لكل منهما وحيث لم تكن معينة حكماً بأنه يحلف لهما وفي التحرير لا تكفى يمين واحدة على إشكال فإذا حلف احتمال استعمال القرعة فمن خرج اسمه أحلف وسلمت العين إليه أو تقسم بينهما نصفين كما عن الخلاف
(قوله) (و يحتمل التعدد)

كما هو خيرة المبسوط والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكى عن الكوفي لأن كل واحد منهما مدع بانفراده لا يعلم كذبه فيندرج في عموم الحديث ولكل واحد منهما أن يستقل بالدعوى والأصل براءة الذمة من وجوب الاجتماع وإمكان كونها لهما معا فإذا أحلف فالشيخ في المبسوط تارة حكم بالإيقاف حتى يصطلحا وهو خيرة أبي على وتارة قوى القرعة والأقوى أنهما يحلفان وتقسّم بينهما لتكافؤ الدعويين وتساويهما في الحجة وهو يقتضى القسمة كذلك فلا يكون الأمر مشكلاً حتى يحتاج إلى القرعة والإيقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم

(قوله) (فإن نكل أحلفاً على عمله فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما)

إذا نكل فإما أن يحلفاً على علمه أو على الاستحقاق (فإن كان الأول) توجه غرم القيمة لأن يمينهما قضتا أن يكون بالنسبة إلى كل واحد منهما بخصوصه عالماً بأن العين له و إنكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه فوجب أن يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر فتجعل العين والقيمة معا في أيديهما وتقسّم العين بينهما لكن ذلك بعد حلفهما ثانياً على الاستحقاق لأن اليمين الأولى لم تتناولها وإنما أثرت غرمه القيمة لهما فتأمل (و إن كان الثاني) قسمت بينهما فقط وقال الشيخ لو حلفا فيه قولان أحدهما أنها تقسم بينهما والثاني أنها توقف حتى يصطلحا والأول أقوى ثم قال و لو قلنا بالقرعة كان قويا وقال في التحرير عندي فيه نظر وقد عرفت وجه القول بالقسمة آنفاً هذا و لو أقر بها لهما معا على سبيل الاشتراك قسمت بينهما ويكون قد صدق كل واحد في البعض وكذبه في دعوى الجميع وحكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة إلى الودعي بالنسبة (و بالنسبة ظ) إليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فإن حلفا أو نكلا قسم بينهما وإن حلف أحدهما خاصة اختص قال في المسالك ولا خصومه للناكل مع المستودع (قلت)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥١

و إن سلم العين بحجة إلى أحدهما رد نصف القيمة إلى الودعي ولم يجب على الثاني الرد لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل (١) و لو مات المالك سلمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص فيضمن معه (٢)

إن ادعى عليه العلم حلفه ثم إن الودعي يغرم للحالف النصف إن كان سلمه إلى الناكل الذي ادعى عليه الحالف العلم فأراد تحليفه فنكل وإن كذبهما انتفت دعواهما لأن اليد له ولكل منهما إحلالة على البت فإن نكل ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء فإن حلفا أو نكلا قسمت بينهما وإن حلف أحدهما اختص و لو قال لا أدري أهي لكما أو لأحدكما أو لغيركما و ادعى عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مرّ فإذا حلف تركت في يده وليس لأحدهما تحليف الآخر لأنهما لم تثبت لهما ولا لأحدهما عليها بخلاف ما سبق و لو نكل عن اليمين ففي تسليمها إليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمال و يحتمل العدم لعدم حصر ذي اليد الحق فيهما

(قوله) و إن سلم العين بحجة إلى أحدهما ردّ نصف القيمة إلى الودعي ولم يجب على الثاني لأنه استحق بيمينه ولم يعد إليه المبدل

يريد أنهما إذا حلفا على علمه و جعلت العين و القيمة فى أيديهما فإما أن لا- ينازع أحدهما الآخر أو يجرى بينهما النزاع فإن كان الأول كما إذا رضيا بما صار إليهما فلا كلام و إن كان الثانى فإن ثبت بحجة شرعية أن العين لأحدهما بعينه كما إذا أقام بينة أو حلف مع نكول الآخر فإن العين بكمالها تسلم إليه فحينئذ يجب عليه أن يرد نصف القيمة لأنه استحقها للحيلولة بينه و بين نصف العين و قد زالت فيجب ردّها و أما الثانى فلا يجب عليه الردّ لأنه استحق بيمينه للحيلولة و لم تزل إذ لم يعد عليه المبدل و هو النصف الذى فى يد الأول كما نبه على ذلك كله فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المبدل العين و البدل القيمة (و يعلم) أن سلم فى العبارة ينبغى أن يروى مبنيا للمجهول إذا الحكم ليس مبنيا على تسليم المودع و لا مرجع للضمير إذا كان مبنيا للمعلوم سواء و لأن المقر قبل ذلك جعل العين فى أيديهما فكيف يكون التسليم منه

(قوله) (و لو مات المالك سلمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص فيضمن معه)

كما فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لكن فى بعضها سلمها إلى الكل أو من يرتضونه و فى بعضها أو من يقوم مقامهم أى كالوكيل و الولى و هو معنى ما فى المراسم و إن لم يذكر فيها الضمان عند التخصيص و معنى ما فى السرائر و المقنعة و النهاية و عبارات هذه الكتب الثلاثة ينبغى ملاحظتها إذ فى عبارة الأول دفعها إلى ورثته عند المطالبة فيحمل على أنه أعلمهم بها أو علموا و أقرها قال فى التذكرة قال بعض الشافعية إن مع علمهم لا يجب الدفع ثم نفى عنه البأس و لا- تصح إلى ما فى المسالك من قوله أنه وجيه إلما أنه لم يتحقق به قائل منا و لا- فرق فى وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعه و عدمه عندنا انتهى و تبعه على ذلك صاحب الرياض مبالغا فيه و كأنهما لم يلحظا ما فى السرائر و المذهب البارع و إيضاح النافع و الكتاب و جامع المقاصد كما تقدم بيانه فى أول الباب و هو الذى تقضى به أصول المذهب كأصل البراءة و أصل الإباحة (و أما) عبارة المقنعة فهى هذه فإذا عرفهم أى الورثة أعطى كل ذى الحق حقه منها فإذا رضيت الجماعة بواحد منهم يتسلمها كان عليه دفعها إليه برضا الجماعة به فى ذلك و قال فى النهاية لم يسلمها إلا إلى جماعاتهم أو واحد يتفقون عليه أو يعطى كل ذى حق حقه و اعترضه فى السرائر بأن الأولى دفعها إلى الحاكم لأن الودعى لا يجوز له قسمتها و أجاب فى المختلف بأن هذا ليس واردا على الشيخ لأن الشيخ قال أو يسلم إلى كل ذى حق حقه و ذلك إنما يكون بالتسليم مشاعا أو برضا كل واحد منهم بما يدفعه إلى صاحبه و إلا لم يكن حقا له لكنه لقصور فهمه يعترض بمثل هذه الإيرادات الفاسدة و قال صاحب التنقيح هذا الجواب ليس بشىء و إلا لزم تداخل الأقسام (قلت) الجواب بالإشاعة لعله فى محله و لعله هو الذى أراده المفيد لكن فيه شىء و هو أنه لا- يجوز له التسليم على سبيل الإشاعة إلى كل واحد من الجماعة بل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٢

(المقصد الثانى فى العارية)

إشارة

و فيه فصلان

«الأول» فى الأركان

إشارة

و هى خمسة

«الأول» (١) العقد

و هو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا أو مدة معينة و ثمرته التبرع بالمنفعة (٢)

يأثم و يضمن إذا فعل فكان الأولى بالمقداد أن يعترض بهذا لا بتداخل الأقسام و كأنه فهم تسليمها للجميع على سبيل الإشاعة لكن الجواب بالرضا خال عن كل وصمة سوى البعد و ما بال ابن إدريس اقتصر على ذكر عبارة النهاية فكأنه لم يلحظ المقنعة أو لعدم صراحتها كالنهاية و اتفاق الكتابين على هذه العبارة يرشد إلى أن هناك خبرا لكننا لم نجد في الجوامع العظام و لا غيرها و قد يحمل على بعد أيضا كلام الشيخين على ما إذا كان عوض الوديعة في ذمته فإنه يجوز له تسليم الكل إلى البعض و تسليم كل ذى حق حقه و في الأول أن رضوا فذاك و إلا أخذوا حصصهم منه و رجع هو على من يسلم إليه الكل المقصد الثاني في العارية (قوله) (و فيه فصلان الأول في الأركان و هي خمسة الأول العقد) قد بينا في أول باب الوديعة الوجه في تسمية العقود الجائزة عقودا مع أن إيجابها و قبولها يصح بالكتابة و الإشارة و التلويح و الفعل بيانا شافيا و هو من متفردات هذا الكتاب

(قوله) (و هو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا أو مدة معينة و ثمرته التبرع بالمنفعة)

قد فسرت بأنها عقد في الوسيلة و الشرائع و التحرير و التذكرة و الروضة و فسرت في النافع بأنها إذن في الانتفاع بالعين تبرعا و ينبغي أن يريد مع بقائها و استردادها كما صرح بالأخير في المهذب البارح و لم يتعرض للبقاء و بالأول في الروضة و لم يتعرض للاسترداد و القائلون بأنها عقد اختلفوا في بيانه ففي الوسيلة أنها عقد على عين مملوكة للمعير لينتفع بها غيره من غير أجره و فيه ما لا يخفى كما ستعرف و في التذكرة أنها عقد شرع لإباحة الانتفاع بعين من أعيان المال على جهة التبرع و في التحرير أنها عقد جائر من الطرفين و يفقر إلى إيجاب و قبول و قد يحصل القبول بالفعل و في الشرائع عقد ثمرته التبرع بالمنفعة و من الكلام على تعريف الكتاب يعرف الحال في بقیة التعاريف و لم تعرف في غير ما ذكر و قد أورد عليه في جامع المقاصد ثلاثة إيرادات (الأول) أن قوله إن ثمرته التبرع إن كان جزء التعريف انتقض في عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك و إلا- انتقض في طرده بالإجارة (و الثاني) أنه ينتقض بالسكنى و الرقى و الحبس و العمرى و الوصية بالمنفعة (الثالث) أن الثمرة المذكورة حاصله بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب و القبول فلا- تكون ثمرتها معا قال و يمكن الجواب عن الأول بكونه جزءا و لا يرد ما ذكر لأن هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع و إنما جاء العوض من أمر زائد على العقد و هو الشرط فإنه عقد مع شرط و قال أجيب عن الثاني بما لا يدفع و الأولى أن يزداد في التعريف مع بقاء الجواز (قلت) في جميع ما ذكر نظر و ذلك لأننا نقول إن قوله و ثمرته غير داخل في التعريف و لا ترد الإجارة لأن التسويغ ظاهر في التبرع الذى هو ثمرته و المقصود منه و ثمرة الإجارة خلاف ذلك لأن ثمرتها تملك المنفعة بعوض معلوم و المصنف صرح و أوضح ذلك بقوله و ثمرته و حينئذ لا- ينتقض بالسكنى و العمرى و الرقى و الحبس و الوصية بالمنفعة و لا يحتاج إلى زيادة بقاء الجواز بحاله كما هو واضح و بذلك يعرف حال ما في المسالك أيضا (و أما) جوابه عن الأول ففيه أنه قد اعترف أن هذا فرد من أفراد العارية ليس فيه تبرع فلا يكون عارية و إذا كان مقتضى العقد التبرع كيف يجوز اشتراط عدمه إذ الشرط المخالف لمقتضى العقد و ضد له غير جائز فكيف يجتمع معه و يخرج عن مقتضاه و ما سيذكر في الإيضاح و جامع المقاصد في توجيه تصحيحه عارية لم يتضح لنا وجهه (و يمكن) أن يجاب بأننا نقول إن جنس العارية على التبرع و ذلك لا ينافى اتفاق كون بعض أفرادها على خلاف ذلك كما قيل نحو ذلك في الهبة و غيرها فتأمل أو نقول إنها إجارة فاسدة و تنقيح عند تعرض المصنف له (و الجواب) عن الثالث بأن القبول لما كان شرطا في صحة العارية عنده حيث تكون عقدا لم يتحقق الثمرة بدونه و إن بذلها المعير فإنه

و لا يختص لفظا (١) و لا يشترط القبول نطقا (٢)

«الثانى» المعير

و يشترط كونه مالكا للمنفعة (٣) حائز التصرف فلا تصح عارية الغاصب و لا المستعير و لا الصبى و لا المجنون و لا المحجور عليه لسفه أو فلس (٤)

لو تبرع بالعين و أوقع الإيجاب فردّه الآخر لم تحصل الثمرة و إن حصل التبرع بالمنفعة فالمرتب على العقد هو التبرع على وجه يشمر و ذلك لا- يتم بدون القبول و حيث يكون معاطاة يكفى فى حصول الثمرة مجرد الإيجاب قولاً أو إشارة أو تلويحاً أو كتابةً أو فعلاً و لعله لهذا قيل إن العقد فيها مجرد الإيجاب و هذا هو الذى يرد على التعريف فكان الأولى الاعتراض به و لا بد من مراجعته ما ذكرناه فى تعريف الوديعه
(قوله) (و لا يختص لفظاً)

كما هو شأن العقود الجائزة بل قد صرح فى التذكرة بأنه لا يشترط فيها اللفظ بل تكفى الكتابة و الإشارة بل قال الأقرب عندى أن العارية لا- تفتقر إلى لفظ بل تكفى قرينه الإذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعارة و الاستعارة لا من طرف المعير و لا من طرف المستعير كما لو رآه عارياً فدفع إليه قميصاً فلبسه تمت العارية و كذا لو فرش لضيغه فراشاً إلى آخر ما قال و قال أيضاً قد تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه فإنه يكفى فى الانتفاع عن العقد و قد وافقه على ذلك جماعة و قد تقدم أن ذلك ليس بعارية و إنما هو من معاطاتها و قد جرت العادة بالانتفاع بأوانى الهدايا و الأكل منها و فى الروضة بعد أن نقل عن التذكرة الاكتفاء بحسن الظن بالصديق قال ينبغى تقييده بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد فى الآية بجواز الأكل بمفهوم الموافقة و تعديه إلى من تناولته من الأرحام لا مطلق حسن الظن لعدم الدليل إذ المساوى قياس و الأضعف يمتنع بطريق أولى (و فيه) أنه فى التذكرة بصدد بيان عدم الحاجة إلى اللفظ لا أنه يتناوله الإذن الوارد بجواز الأكل من بيت الصديق حتى يستدل بمفهوم الموافقة و يلزم تقييده بما كان حكمه أضعف من الأكل بل دليله حصول الرضا ظناً من صديق و غيره لأنه قد اكتفى بالظن فى ظروف العارية و غيرها فلا ينقدح كلامه بعدم الدليل على المساوى نعم لو منع دليله بأن مطلق ظن الرضا لا- يستلزم حصوله لكان متوجهاً و ما استند إليه من جريان العادة باستعمال الظروف و غيرها فإنه يدعى فيه إفادة القطع و لقد وافق صاحب الرياض الروضة فليتأمل
(قوله) (و لا يشترط القبول نطقاً)

هذا قد يشعر بأن الإيجاب يشترط فيه النطق كما هو الظاهر من عبارات الأكثر و قد سمعت ما فى التذكرة و عرفت الوجه فيما ظهر من الأكثر مما مرّ فى الوديعه و تسميته هذه كلها أعنى ما خلا عن القول إيجاباً و قبولاً عقوداً مما لا يصغى إليه
(قوله) (الثانى المعير و يشترط كونه مالكا للمنفعة)

هذا الشرط لم أجد أحداً ذكره غير المصنف فى التحرير و التذكرة و لا تغفل عما حكيناه عن الوسيلة و لعله لما ذكر أيضاً فى التذكرة من أنه يمكن أن يقال يكفى جواز الانتفاع و إن لم تكن المنفعة مملوكة له كالموقوف إن قلنا به أى بعدم ملك المنفعة و كذا المعارة فتجوز مع إذن المالك و يحتمل أن يكون المعير بالحقيقة هو المالك

(قوله) (جائز التصرف فلا تصح عارية الغاصب و لا المستعير و لا الصبى و لا المجنون و لا المحجور عليه لسفه أو فلس)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و التحرير و الوجه فيه ظاهر لأنهم ممنوعون من التصرف و هو مراد من اقتصر على اشتراط جواز التصرف لكن فى بعض عباراتهم ما ينبغى التنبيه عليه قال فى الشرائع جائز التصرف فلا تصح إعارة الصبى و لا المجنون و لو أذن الولي للصبى جاز مع مراعاة المصلحة و قال فى الإرشاد و إنما تصح من جائز التصرف و لو أذن الولي للطفل صح أن يعير مع

المصلحة فقد صرح فيهما و فى التحرير و اللعنة و غيرها أنه يجوز للصبي أن يعير إذا أذن له الولي و قيده فى التحرير بما إذا كان مميزا و ذلك لأن المدار فى العارية و نحوها من العقود الجائزة على رضا المالك و هو هنا الولي فأذنه للصبي بمنزلة الإيجاب و العبرة هنا بإذنه لا بعبارة الصبي فعلى هذا لا فرق بين المميز و غيره و لا بينه و بين المجنون فلا وجه لتخصيص الصبي

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٤

و تصح من المستأجر (١) و يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه و بوكيله (٢)

«الثالث» المستعير

و شرطه أن يكون معينا (٣) أهلا للتبرع عليه (٤)

بالذكر و خصوصا الشرائع فإنه ذكرهما فيها أولا و خصه ثانيا و مما ذكر يعرف الفرق بين العقود الجائزة و اللازمة فإن الضابط فى اللازمة أن تكون عبارات مخصوصة مقررة معتبرة بمعنى أن تكون عن بالغ عاقل و فى العقود الجائزة مجرد حصول الإذن و لو خلى عن العبارة بالكلية فمناقشة بعضهم فى الفرق و قول آخر أنه لا يبعد أن تعتبر أقوالهم فى العقود اللازمة إذا أذن الولي مما لا يصغى إليهما و هذا إذا علم المستعير بإذن الولي و إلا لم يقبل قول الصبي فى حقه إلا أن ينضم إليه قرائن تفيد الظن المتآخم للعلم به كما صرح به جماعة

(قوله) (و تصح من المستأجر)

كما فى التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و فى الأخيرين إلا أن يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم و فى الأخير إذا أعار حيث يجوز له يجب عليه أن لا يخرج العين من يده و فيه تأمل إذا لم يشترط و فى التذكرة أيضا أن الموصى له بخدمة العبد و سكنى الدار يجوز لهما أن يعيراهما

(قوله) (و يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو وكيله)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و لا يكون ذلك إعاره للوكيل إذا لم تعد المنفعة إليه و اشترط فى الأخير أن لا يخرج العين من يده

(قوله) (الثالث المستعير و شرطه أن يكون معينا)

فلو قال له أعتت أحد هذين لم يصح كما فى التذكرة و جامع المقاصد قال فى التذكرة لعدم التعيين و كل واحد لا يتعين للإجارة لصلاحيه الآخر لها و استباحه منافع الغير لا يكون إلا بوجه شرعى لأن الأصل تحريم منافع الغير على غيره إلا بإذنه و لم يثبت و لو عمم المستعير جاز سواء كان التعميم فى عدد محصور كقوله أعتت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة أو فى عدد غير محصور كقوله لكل الناس أو لأى أحد من أشخاص الناس أو لمن دخل الدار و بالجملة الكلى معين و إن لم يكن عاما كأتى رجل و أى داخل و أحد الشخصين مجهول انتهى (و أنت خير) بأن أحد الشخصين محتمل لمعنيين (أحدهما) و لعله الظاهر أن المراد أنه أعاره لمن أراد الانتفاع به منهما لأنه المتبادر و الموافق للأصل أعنى أصل عدم الإجمال حمل كلام العاقل على الفائدة و عدم اللغو (و الثانى) أنه أعاره واحدا منهما معينا عنده و هو زيد مثلا لا غير و قد أبهمه فى العبارة و لم يعينه فكأنه قال أحد هذين لا الآخر حتى يكون مجملا كالمطلق إذا أطلقه و أراد به معينا عنده من دون نصب قرينه فإن كان أراد هذا المعنى فالأمر كما قال و يمكن تطبيق التعليل عليه و قد يدعى أنه الظاهر و إن كان أراد الأول كان كما لو قال أعتت لعالم أو للعالم فيكون مبينا لا-مجملا و كان كقوله لأى أحد من أشخاص الناس فليتأمل فى أيهما هو الظاهر

(قوله) (أهلا للتبرع عليه)

كما فى التذكرة و التحرير لأن من الأعيان ما لا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز إعارتها لهم و ذلك مثل الكافر يستعير عبدا

مسلمًا أو أمّة مسلمة كما في بيع جامع المقاصد و المسالك و في بيع التذكرة و نهاية الأحكام تجوز إعارته و إيداعه إذ ليس ذلك ملك رقبه و لا منفعة و لا حق لازم و نحو ذلك ما في بيع الإيضاح و في بيع الكتاب أن الأقرب جواز الإيداع له و العارية عنده و قد اختلف الشارحون في مرجع ضمير عنده و في حواشي الشهيد أن الإعارة و الإيداع أقوى منعا أي من الارتهان و استشكل في التحرير و التذكرة في المقام قال في الأول في جواز إعارته إشكال ينشأ من جواز إجارته و من السلطنة عليه و التسلط و إثبات السبيل و قد نفاه الله سبحانه بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا بخلاف استيجاره الذي هو في مقابلة العوض ثم قال و الأقرب الكراهية و قال و كذا لا يجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم و غيره تكرمة للكتاب العزيز و صيانة له عن لا يرى له حرمة انتهى فتأمل في العبارة و قال و أما استعارة أحاديث النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أحاديث أهل بيته المعصومين عليهم السلام فإنها مبنية على جواز شرائهم لها (قلت) و قد استشكل في ذلك أيضا في بيع التذكرة و نهاية الأحكام و جور ولده في شرح الإرشاد بيع أحاديث

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٥

بعقد يشتمل على إيجاب و قبول فلا تصح استعارة الصبي و لا المجنون (١)

«الرابع» المستعار

و شرطه أن يكون منتفعا به مع بقاءه (٢) كالثوب للبس و الدابة للركوب و الأرض للزرع و الغرس و البناء دون الأتعمه فإن منفعتها في استهلاكها (٣)

النبي صلى الله عليه و آله و سلم لهم و عن المحقق الثاني أنها في حكم المصحف ثم إنه في التذكرة في المقام حكم بضمان المستعير المحرم الصيد و وجوب إرساله من يده و حكم مع التلف بالضمان للمالك و الجزاء لله سبحانه و قد يستشكل في ذلك مع علم المالك بأن الصيد إذا وقع بيده يجب عليه إرساله فيكون المعير مفوتا لماله و أما مع الجهل فينبغي الضمان لكن يجيء الإشكال في وجوب الإرسال فإنه تصرف في مال الغير و تمام الكلام عند تعرض المصنف له (قوله) (بعقد يشتمل على إيجاب و قبول فلا تصح استعارة الصبي و المجنون)

الجار صلة للتبرع فيكون المعنى أن شرط المستعير بصيغته أو بدونها أن يكون ممن يصح أن يعقد معه عقد التبرع أعنى صيغة العارية فالصبي و المجنون صيغتهما ملغاة فلا يصح إعارتهما بصيغته و لا بدونها و كذا الكافر فيما لا تجوز إعارته له فإنه لا يصح عقده عليه (و أما الحكم) ففي جامع المقاصد أن المراد أنه لا يترتب على الصبي و المجنون أحكام العارية لا أن استيفاءهما المنفعة مضمون عليهما فلو أعارهما و شرط عليهما الضمان لم يضمننا إذا لم يتلفا هكذا ينبغي أن يفسر هذا و إن لم أظفر في ذلك بشيء بخصوصه انتهى (قلت) و الأمر كما قال في عدم الظفر لكن تقدم لنا في الوديعه فيما إذا استودع الصبي ما يفهم منه الحال في المقام و أن استيفاءهما المنفعة غير مضمون عليهما و أنها لو تلفت بإهمالها لم يضمننا فلا بد من مراجعة ذلك و يبقى الكلام فيما إذا ادعى الصبي أنه بالغ فأعاره و استوفى المنفعة و تعدى القدر الذي سلطه عليه أو ما جرت به العادة فهل يضمن جميع المنفعة لأنه يجري مجرى الإتلاف أو ما زاد عن المعتاد أو لا يضمن أصلا لأنه قصر في حفظ ماله احتمالات و الظاهر أن المحجور عليه للفلس بل للسفه قابل للاستعارة كما في مجمع البرهان

(قوله) (الرابع المستعار و شرطه أن يكون منتفعا به مع بقاءه)

قد صرحت عبارات المتأخرين بذلك كالشرائح و ما تأخر عنها لكن بعضهم جعله شرطا و بعضهم جعله ضابطا قال في التذكرة المستعار له شرطان كونه منتفعا به مع بقاء عينه و إباحة المنفعة فكلما ينتفع به انتفاعا محللا مع بقاء عينه تصح إعارته كالعقارات و

الدواب و العبيد و الثياب و الأقمشة و الأمتعة و الصفر و الحلى و الفحل للضراب و الكلب للصيد و الحفظ و أشباه ذلك بلا خلاف انتهى و غرضه نفيه بين المسلمين و فى الرياض نفى الخلاف أيضا و فى المبسوط يجوز استعارة الحيوان الذى فيه منفعة و هو إجماع سواء كان مما يجوز إجارته، و لا تجوز و هذا الحكم بحسب الأصل أو الغالب و إلا فسيأتى جواز إعاره المنحة و المستوفى منها أعيان لا- منافع كاللبن و الصوف و الشعر و قال فى التذكرة أيضا إن الإعاره أوسع من الإجارة فتجوز إعاره الفحل للضراب و منع كثير من إجارته و الكلب تجوز إعارته و لا تجوز إجارته على أحد وجهى الشافعى انتهى (قلت) إعاره الفحل للضراب مندوب إليها و قد جاء بها الخبر و استيجاره للضراب ليس محرما عند علمائنا كما فى مكاسب التذكرة و نهاية الأحكام

(قوله) (كالثوب للبس و الدابة للركوب و الأرض للزرع و الغرس و البناء دون الأطعمة فإن منفعتها فى استهلاكها)

أى فلا تصح إعارتها كما طفحت بذلك عبارات المتأخرين حيث يقولون لا يجوز أو لا يصح إعاره ما لا يمكن الانتفاع به إلا بإتلافه كالأطعمة و الأشربة و لكن لم يتضح لنا مرادهم و لعلمهم أرادوا أنه حيث يقول له أعرتك هذا الرغيف مثلا أو هذا الماء أنه لا يصح له و لا يجوز أن ينتفع به فى الأكل أو الشرب بمجرد لفظ الإعاره إذ لا دلالة فيه على الرضا بالإتلاف بشىء من الدلالات لا فى العرف و لا فى اللغة لأنه إنما يدل فىهما على ما ينتفع به مع بقاء عينه فكان معنى لا تصح إعارتها و لا تجوز أنه لا يصح إتلافها و التصرف بها و أن إعارتها فاسدة لا تفيد شيئا نعم إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله أعرتك كأن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٦

و الأقرب جواز إعاره الدراهم و الدنانير إن فرضت لها منفعة حكمية كالترين بها و الضرب على طبقها (١)

«الخامس» إباحة المنفعة

فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم و لا محل فإن أمسكه ضمنه للمحل و إن لم يشترط عليه (٢)

صمّ إليه قرينه واضحة كان هبة أو إباحة و ستسمع ما سنذكره فى إعاره الدراهم مما يقضى بجواز إعاره الأطعمة و الأشربة بالمعنى المتعارف

(قوله) (و الأقرب جواز إعاره الدراهم و الدنانير إن فرضت لها منفعة حكمية كالترين بها و الضرب على طبقها)

قال فى المقنع ليس على مستعير عارية ضمان إلا أن يشترط إلا الذهب و الفضة فإنهما مضمونان شرط أو لم يشترط و هذا بإطلاقه يقضى بتسوية إعاره الدراهم و الدنانير و مثله ما فى النهاية و المبسوط و قال فى المقنع ليس على المستعير ضمان إلا أن يكون ورقا أو عينا و مثله ما فى المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و غيرها و الورق العين المضروبة بل فى الوسيلة ذكر الثمن (و الحاصل) أن كتب الأصحاب من المقنع إلى الرياض مصرحة بأن الذهب و الفضة و الدراهم و الدنانير مما تعار مضافا إلى الإجماعات المحكية و الأخبار الواردة بأنهما أى الدراهم و الدنانير مضمونان فلا- معنى لقوله الأقرب لأن الحكم معلوم مقطوع به و حاول فى الإيضاح الاعتذار عنه قال اعلم أن الشيخ فى المبسوط و الخلاف جوز إجارة الدراهم و علل بجواز الانتفاع مع بقاء عينها و يلزم من قوله و تعليقه جواز إعارتها و منع ابن إدريس من إجارتها لأنها لا منفعة لها إلا باستهلاك عينها و يلزم من تعليقه منع العارية (قلت) قد سمعت كلام الشيخ فى عارية المبسوط فلا حاجة بنا إلى ما يلزم من كلامه فى الإجارة و كلام ابن إدريس فى عارية السرائر و ما ذكر فى إجارتها إنما كان منه بعد موافقة القوم فى أول كلامه و اعترض على الكتاب فى جامع المقاصد بأنه إذا كان لها منفعة كما فرضت كان المقضى موجودا و لا- مانع فلا وجه للمنع فلا يحسن قوله و الأقرب حينئذ و قال كان عليه أن يترك قوله إن فرضت إلى آخره ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعة و كون المنفعة المقصودة منها غالبا فى الإنفاق و الإخراج و ذلك مناف للعارية قال و يرده أن إرادة المنفعة الضعيفة بخصوصها ينفى ما ذكر انتهى فتأمل فيه و معنى كلامه الأخير أنه إذا صرح فى الإعاره بالمنفعة الضعيفة بأن

يقول أعرنيتها لأتزين بها أو لأرهنها أو لأجذب قلوب الناس إلى معاملتي و الركون إليّ حيث يجعل تلك المنفعة مقصدا عظيما له و إن ضعفت انتفت المنافاة و قد نبه على ذلك كله في التذكرة لكن يرد عليه أن ذلك يجري في إعاره الأئمة و الأشربة و الحنطة و الشعير و غير ذلك و قد سمعت ما قالوه في الأئمة فليلاحظ

(قوله) (الخامس إباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم و لا محل فإن أمسكه ضمنه للمحل و إن لم يشترط) كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و ما يأتي من الكتاب في فصل الأحكام و كذلك الإرشاد و كأنهما قصدا به الردّ على الشيخ في المبسوط حيث قال ضمنه للمحل بشرط الضمان و كأنه غير بعيد عن الاعتبار لأنه إذا علم أن الصيد إذا وقع بيد المحرم يجب عليه إرساله كان مفوّتا لماله و وجه ما قاله المصنف أنه من باب الأسباب فكان كمن أعطى ماله لمن يعلم أنه يتلفه فإنه ضمنه و قد استدل (يستدل خ ل) عليه بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلّف صيدا مملوكا فعليه ضمانه لمالكة و في المبسوط و التذكرة و التحرير أنه إن تلف في يده ضمن قيمته لصاحبه المحل و الجزء الله سبحانه و تعالى و هو قضية كلام الكتاب و الشرائع و يشكل في الأول لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و لا يتجه الاستدلال بالإطلاق المذكور على تقدير تسليم تناوله له لأنه معارض بالنص الصحيح الدال على أن العارية غير مضمونة و هو يشمل الصحيحة و الفاسدة و إن أمكن تخصيص هذا بغير الصيد أمكن تخصيص الإطلاق بالصيد المأخوذ من غير إذن و يمكن أن يقال إن أمر الصيد غليظ جدّا فربما وجب ضمانه للمالك تغليظا فكانت أخبار العارية مخصصة بغير الصيد ثم إن قضية كلام الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٧

و لو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام كما يؤخذ من الصيد ما ليس بملك (١) و لا يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع (٢) و يجوز للخدمة و إن كان المستعير أجنبيا (٣)

و المصنف في الكتاب و التحرير و صريح التذكرة أنه أي المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله و ضمن للمالك قيمته (و فيه) أنه يشكل الحكم بوجوب إتلاف مال الغير و حق الآدمي مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر فينبغي رده على مالكة و ضمان الجزء كما ذكره أخيرا في التذكرة (و قد يقال) لما كان أمر الصيد غليظا قدم في المقام حق الله سبحانه على حق الناس فليلاحظ ذلك فإنني لم أجد من تأمل في الأمرين غير المحقق الثاني و الشهيد الثاني و المقدس الأردبيلي و قد قال الأول أنه لم يظفر إلى الآن بمخالف و ترتيبهم الحكم على المحرم المستعير لأنه المباشر و المعير معين

(قوله) (و لو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام كما يؤخذ من الصيد ما ليس بملك) كما ذكر ذلك كله في الشرائع و كذلك الإرشاد و قد اعترضهما المحقق الثاني و الشهيد الثاني و المقدس الأردبيلي بأن المعار شرطه كونه ملكا للمعير و هو هنا منتف لمكان زوال ملكه و بأن تسليمه للمحل إعانة على الصيد و إثبات سلطنة للغير عليه و هو محرم على المحرم فلا يناسبه الجواز و بأنه يحرم قبوله من المحل لإعانته على الإثم (قلت) من المعلوم أن ذلك إنما هو إذا كان المحرم في الحلّ و الصيد في الحلّ و أن ليس هناك إلا صورة عارية فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له و أنه لا شيء للمحرم عليه و إن فعل حراما بالإعانة كما نبه عليه فخر الإسلام في شرح الإرشاد بل قد لا نقول إن ذلك إعانة بل نوع اكتساب بل قد يكون على بعض الوجوه إعانة على فعل الخير كما إذا كان مصرّا على إبقائه في يده أو أكله و قال في التذكرة لو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فإن قلنا إن المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحلّ لأنه إعاره ما ليس ملكا له و على المحرم الجزء لو تلف في يد المحلّ يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحلّ لأنه إعماراه ما ليس ملكا له و على المحرم الجزء لو تلف في يد المحلّ لتعديه بالإعارة فإنه كان يجب عليه الإرسال و مثله قال في الفرع الأول فيما يأتي من الكتاب إذ المراد بالضمان ضمان الجزء فقد وسم المحرم في الكتابين بالتعدى و لم يسم المحل بأنه معين على الإثم فتأمل (و لقاتل أن يقول) إنه صار مثل صيد الحرم و فيه تأمل و قال

فى التذكرة و إن قلنا ملكه لا- يزول صحت الإعارة و على المحل القيمة لو تلف الصيد عنده و قد اعترض كلامه هذا فى جامع المقاصد بأن صحة الإعارة مع وجوب الإرسال و رفع السلطنة عنه مشكل و إثبات القيمة أشكل لأن العارية تقتضى عدم الضمان إلا أن يراد بالقيمة الجزاء لله سبحانه (قلت) إن كان الصيد تلف عند المحلّ فى الحلّ كما هو المفروض فى عبارة التذكرة و غيرها فلا شىء عليه و لعلّ صحة الإعارة لأين الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص عنده فتأمل جيداً لأنه يمكن أن يقال إنهما نقيضان كالحركة و السكون أو أن النهى فى المعاملة لا يفسدها أو أنه لأمر خارج عنها كالبيع وقت النداء لأن المنفعة مباحة للمحل و أهل للتبرع عليه بالعقد لكن القول بأنهما نقيضان يهدم ذلك (و ليعلم) أن المقدس الأردبيلى أخذ يتأول الجواز فى عبارة الإرشاد بتأويلات بعضها بعيد عنها ثم حمل المعير على ما إذا كان جاهلاً أو كان غائباً عنه و الصيد محبوس فى ملكه أو فى غيره أو فى يد وكيله و لم يعلم الوكيل أى بإحرامه فقال المحلّ أعرنى يعنى أعطنى أنتفع به فأخذه قال و سماها استعارة للاشتراك فى الفائدة (قوله) (و لا يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و فى الأخير الإجماع عليه و ظاهره أنه إجماع من الخاصة و العامة لكن قال فى التذكرة لا يجوز استعارة الجوارى على الأشهر و كأنه يشير إلى ما حكاه فى المبسوط عن مالك حيث قال بجواز ذلك و قال فى الشرائع و لا يستباح وطى الأمة بالعارية و قد يعطى ذلك جواز التقبيل و اللمس فتأمل (قوله) (و يجوز للخدمة و إن كان المستعير أجنبياً)

كما نص عليه فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و فى الأخير أنه لا خلاف عندنا فى جواز عارية الجارية للخدمة سواء كانت حسنة أو قبيحة و سواء كان المستعير أجنبياً أم محرماً لكن يكره إعارتها للأجنبى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٨ و يكره استعارة الأبوين للخدمة و يستحب للترفة (١) و يحرم إعاره العبد المسلم من الكافر (٢)

(فروع)

الأول) لو تلف الصيد عند المحل المستعير

من المحرم لم يضمه المحل بزوال ملك المحرم عنه بالإحرام و على المحرم الضمان لأنه تعدى بالإعارة لما يجب إرساله (٣)

(الثانى) لو قال أعتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز (٤)

لكن لا يجب (٥) و ليس على واحد منهما أجره (٦) أما لو لم يعر الثانى فالأقرب الأجره (٧)

و تتأكد الكراهة إذا كانت حسنة خوف الفتنة انتهى و تتأكد كراهية إعارة الشابة لمن لا- يوثق به صرح به فى التذكرة و جامع المقاصد و ظاهر الأخير الإجماع عليه و لم يذكر تأكدها فيها فى المبسوط و حكى عن الشافعى المنع من إعارتها أى الشابة للخدمة عند من لا يوثق به و فى المبسوط و إن كانت عجوزاً جاز بلا خلاف (قوله) (و يكره استعارة الأبوين للخدمة و يستحب للترفة)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الوجه فى الحكمين واضح

(قوله) (و يحرم إعاره العبد المسلم من الكافر)

قد تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (فروع الأول لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمه المحل لزوال ملك المحرم بالإحرام و على المحرم

الضمان لأنه تعدى بالإعارة لما يجب إرساله)

قد تقدم الكلام فيه أيضا بما لا مزيد عليه

(قوله) (لو قال أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز)

كما فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد قال فى الأخير لوجود المقتضى و انتفاء المانع لأن المذكور شرط لا عوض و لا ريب أن العارية عقد يقبل الشرط الذى لا ينافى مقتضاه و ليس الشرط عوضا إنما العوض ما جعل مقابلا كهذا بهذا (قلت) هذا تفصيل ما أجمله فى التذكرة و نحوه ما فى الإيضاح من أنه شرط و ليس بعوض لأن المقتضى للعوضين عقد واحد و هنا ليس كذلك انتهى فتأمل فيه و لعله أراد بالعقد الواحد ما إذا قال له أعرتك بدرهم و بالعقدين ما إذا قال له أعرتك لتعيرنى و قد تقدم لنا أن هذا شرط ينافى مقتضى العقد ثم إنهم قد قالوا فى باب شروط البيع إن الشرط داخل فى أحد العوضين و قالوا فى مواضع إنه جزء من الثمن و رتبوا على ذلك ما رتبوا لكن قد يقال إن هذا ليس من ذاك و نظرهم فى المقام إلى ما قالوه فى باب القرض بشرط البيع محاباة من أنه لو قال له أقرضتك هذه المائة درهم بشرط أن تزيدنى خمسين درهما كان حراما و ربا لأن الزيادة جاء بها العقد بنفسه و أنه لو قال له أقرضتك هذه المائة بشرط أن تبيعنى دارك التى تساوى مائة بخمسين فلا ربا لأن هذه الزيادة جاءت بواسطة عقد آخر و ما نحن فيه من هذا القبيل فإنه إذا قال له أعرتك بدرهم فالعوض جاء به العقد الواحد و إذا قال له أعرتك بشرط أن تعيرنى فقد جاء العوض بواسطة عقد آخر فليلاحظ ذلك فى باب القرض و فى نسختين من التحرير أنه لو قال أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالأقرب الجواز و يحتمل أن يكون أراد جواز الإجارة و يمكن توجيهه بوجه و أن يكون أراد جواز الإعارة و يحتمل أن يكون أعرتك من سهو النساخ أثبتوها مكان أعرتك و قد تقدم فى الكلام على التعريف ما له نفع فى المقام (قوله) (لكن لا يجب)

أى لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير كما فى التذكرة و جامع المقاصد للأصل و انتفاء المقتضى

(قوله) (و ليس على واحد منهما أجرة)

أى للآخر لأن بناء العارية على التبرع

(قوله) (أما لو لم يعر الثانى فالأقرب الأجرة)

كما فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد قال فى التذكرة لأن الإذن فى الانتفاع لم يقطع مطلقا بل مع سلامة النفع أى الشرط فإذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض و وجهه فى الإيضاح بأن كل شرط صح فى عقد يثبت الفسخ بفواته فإذا فسخت العارية انتفى مبيع العين بغير عوض فوجبت الأجرة و هذا إن تم فإنما يؤثر فيما سيأتى أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا و قد أطال فى جامع المقاصد فى تحقيق ذلك و لكن المولى الأردبيلي قال إنه لم يعرفه تحقيقا و هو كذلك على الظاهر و حاصله أن عقد العارية فى غاية الضعف لأنه يعول فى العقد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٥٩

و لو قال أعرتك الدابة بعلفها فهى إجارة فاسدة تقتضى أجرة المثل و كذا أعرتك الدابة بعشرة دراهم (١)

(الثالث) لو أذن الولي للصبى فى الإعارة جاز

مع المصلحة (٢)

(الرابع) تجوز استعارة الفحل للضراب

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 ٦، ص: ٥٩

و الكلب للصيد و السنور و الفهد (٣) و استعارة الشاة للحلب (٤) و هي المنحة و له الرجوع في اللبن مع وجوده عنده

فيها على قرائن الأحوال كظروف الهدايا و ثمرته في غاية الضعف لأنه مجرد إباحة فتنفى ثمرته بأدنى سبب و هو انتفاء الشرط لا أن انتفائه يسلب على الفسخ كما في العقد اللازم القوي التحقيق أن المطلوب في العقود التمليك مثلا و اللزوم فانتفاء الشرط يسلب على فسخ اللزوم و لا كذلك العارية فإن المطلوب فيها مجرد الإباحة فالشرط فيها شرط للإباحة فإذا انتفى انتفت و لعله أراد و لم يحرره (فرع) قال في التحرير لو قال اغسل ثوبى فهو استعارة لبذنه إن كان مما لا يؤخذ عليه أجره

(قوله) (لو قال أعرتك الدابة بعلفها فهي إجارة فاسدة تقتضى أجره المثل و كذا أعرتك الدابة بعشرة دراهم)

فرض الأولى فيما إذا كان العوض و المدة مجهولين و الثانية فيما إذا كان المدة مجهولة و لم يستجد في التذكرة كونها إجارة فاسدة و في كلامه بعد ذلك ما يقضى بأنها عارية صحيحة قال في التذكرة له الانتفاع فيهما بالإذن و لا تضر الجهالة في العوض و لا في المدة لكونها من العقود الجائزة (قلت) المضاربة و الوكالة و الهبة من العقود الجائزة و قد قالوا لا تصح المضاربة على المجهول و اشترطوا في الموكل فيه أن يكون معلوما نوعا من العلم و قالوا لا تصح هبة المجهول و قد يفرق بينه (بينها خ ل) و بين العارية فإن ما اشترط فيه العلم في هذه أركان فيها (و فيه) أن من أركان العارية ما لا يشترط فيه العلم فيصح أن يعيره أحد ما في الإصطبل من الدواب (و كيف كان) فمراده في التذكرة أن من العقود الجائزة ما لا يشترط فيها و لا فيما يشترط فيها ما يشترط في اللازمة و ما يشترط فيها و ليس ما نحن فيه من المعاطاة في العارية لأن معاطاتها لا تزيد عليها و لا فارق بينهما إلا الصيغة و عدمها فينبغي أن تكون إجارة فاسدة و هو أحد وجهي الشافية فليس عليه ضمان لأنها لا يضمن بصحيحها و عليه أجره المثل لأن المالك لم يبذل المنفعة مجانا بل بعوض فإذا فات لفساد العقد وجبت أجره المثل و أما كونها عارية فاسدة فلأن الأصل في اللفظ أن يكون حقيقة و كونها مجازا في الإجارة حتى تكون إجارة فاسدة يحتاج إلى دليل و مع ذلك فالعقود بالقصود و مع قصد العارية باللفظ كيف يكون إجارة و في جامع المقاصد أن التحقيق أن يقال إن أراد المصنف بقوله فهي إجارة فاسدة أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض من حيث الحكم باعتبار وجوب أجره المثل إذ المالك لم يبذل المنفعة مجانا و امتناع معنى العارية لانتفاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه فهو حق (قلت) الممتنع إنما هو معنى العارية الصحيحة لا الفاسدة و قال و إن أراد أن لفظ العارية مراد به الإجارة البتة و لا يقع على هذا العقد اسم العارية الفاسدة فليس كذلك و من أين يعلم هذا و الأصل في الاستعمال الحقيقة نعم شبهه بالإجارة الفاسدة أكثر فلعل المصنف أراد هذا المعنى فيندفع الإشكال عن كلامه انتهى و ليعلم أنه قد ذهب في الشرائع إلى جواز الإجارة بلفظ العارية

(قوله) (الثالث لو أذن الولي للصبى في الإجارة جاز مع المصلحة)

لا شك في الجواز مع المصلحة و العبرة بإذن الولي لا بعارة الصبي

(قوله) (و يجوز استعارة الفحل المضراب و الكلب للصيد و السنور و الفهد)

قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله) (و استعارة الشاة للحلب)

إجماعا كما فى المسالك على تأمل له فى تحقيقه و مجمع البرهان و المفاتيح و فى موضع آخر من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و فى الكفاية و موضع آخر من مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فيه و قد أخذ جماعه من باب الإجارة مسلما و ظاهرهم أنه إجماعى و بالحكم صرح فى المبسوط و الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٠

و كذا غيرها (١)

و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و مجمع البرهان قال فى الأخير لأنه لا مانع منه عقلا و لا نقلا و الأصل الجواز و تسلط المالك على ملكه فله أن يسلط غيره عليه بالانتفاع به و لأنه بمنزلة الوكالة فى الانتفاع و لأنه قد وجد جميع شرائط صحتها فتوجد ضرورة و لأنه قد يحتاج إليها فشرعها يناسب الشريعة السمحة و الحكمة و لعموم أدلة العقود انتهى فتأمل و استدل عليه فى التذكرة بما روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال العارية مؤداة و المنحة مردودة و الدين مقضى و الغريم غارم و المنحة هى الشاة و يأتى تمام الكلام و لقد أغرب فى الغنية قال فى باب الهبة و من منح غيره ناقة أو بقرة أو شاة ليتنفع بها مدة لزمه الوفاء بذلك إذا قصد به وجه الله تعالى

(قوله) (و كذا غيرها)

أى يجوز استعارة غير الشاة للحلب من الأنعام و غيرها و عداه فى التذكرة إلى غير اللبن من الصوف و الشعر قال فى التذكرة تجوز إعاره الغنم للصوف و الشعر و استدل عليه بأن الحكمة تقتضيه و بما رواه العامة و هو ما سمعته من الخبر النبوى و بما رواه الخاصة عن الحلبي فى الحسن عن الصادق عليه السلام فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضرية سمننا شيئا معلوما أو دراهم معلومة من كل شاة كذا و كذا قال لا بأس بالدراهم و لست أحب أن يكون بالسمن و عن عبد الله ابن سنان فى الصحيح أنه سئل الصادق (ع) عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة لكل شاة كذا و كذا فى كل شهر قال لا بأس بالدراهم فأما السمن فلا أحب ذلك إلا أن تكون حوالب فلا بأس قال و إذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى و مراده إذا جاز إعطاء اللبن بالسمن و الدراهم فإعطاؤه بدون ذلك أولى و ليس مراده ما ذكره فى مجمع البرهان بعد نقل كلامه من أنه إذا جاز جعل اللبن عوضا لعمل الراعى من الرعى و الحفظ فإعطاؤه بلا عوض يكون جائزا بالطريق الأولى و أكثر ما حكيناه عن مجمع البرهان مما استدل به على جواز استعارة الشاة اللبن جار فى استعارتها للصوف و استعارة غيرها للبن و غيره و ميل فى المسالك و الكفاية و الرياض إلى عدم التعدى عن محل الوفاق و فى الروضة أنه أجود قال فى المسالك لعدم الدليل مع وجود المانع و هو أن الإعارة مختصة فى الأصل بالأعيان ليستوفى منها المنافع و النص من طرفنا غير واضح و من طرق العامة لا يدل على غير الشاة انتهى (و فيه) أن الدليل ما تقدم من الأصل و غيره و المانع الذى أشار إليه هو قول جماعه منهم فى تعريفها إنها عقد فائده التبرع بالانتفاع بالعين مع بقائها (و فيه) أنه قد يقال أن الانتفاع قد يكون بأخذ عين أخرى منها كلبنها و نمائها و ثمرتها لأنه يقال عرفا إنه انتفع بهذه النخلة و الشاة إذا أخذ من ثمرة النخلة و صوف الشاة و لبنها و ولدها و قد يكون بمجرد الانتفاع بمنفعتها فإطلاق المنفعة على الأعيان الحاصلة من الأعيان المعارة جائز واقع لغه و عرفا بل و شرعا كما فى المنحة التى هى محل إجماع فلم يبق إلا إجماعهم على عدم صحة إجارة الشاة لصوفها و لبنها لأنها لتمليك المنفعة لا العين مع أنه يقتضى أيضا بعدم صدق المنفعة على العين (و فيه) أن حمل الإعارة على الإجارة قياس و لا تلازم بينهما و استوضح ذلك بإجماعهم على جواز إعارة الشاة للحلب مع أنه لا يجوز إيجارها لذلك مع أنه قضى أى إجماعهم فى باب الإعارة بصحة صدق

المنفعة على العين كما عرفت «١» فتصح إعاره النخلة و الزيتون و التينة و التوتة و غيرها من الأشجار التى ينتفع بأثمارها أو أوراقها لأن العارية إباحة محضة فإن لم تسمها عارية فبأى عقد تدخلها بل تصح استعارة الجارية للانتفاع بلبنها و غزلها و تطريزها و نحو ذلك و قد يقال إنها نوع إباحة على حدة كما فيما لو قاطعه على اللبن مدة معينة بعوض معلوم فإنهم قالوا إنها ليست بيعا و لا إجارة بل نوع معاوضة و مرضاة سائغة غير لازمة و لا بد من ملاحظة المسألة فى باب الإجارة فإننا أسبغنا الكلام فيها

(١) و على تقدير تسليم عدم تناول التعريف للفظ يقول إنه مبنى على الغالب كما أجمعوا على أن كل ما تصح إعارته تصح إجارته و لا- ريب أنه أكثرى و غالبى و إلا- فهذه المنحة تصح إعارتها و لا تصح إجارتها و قد أجمعوا أيضا على أنها جائزة و أجمعوا على لزومها فى بعض الأحوال (منه).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦١

(الفصل الثانى) فى الأحكام

إشارة

و هى أربعة

(الأول) الرجوع

إشارة

العارية عقد جائز من الطرفين (١) إلا إذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر إلا أن يندرس أثر المدفون (٢) فلو رجع فى إذن البناء أو الغرس قبلهما و جب الامتناع (٣) فإن غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً و المطالبة بالأجرة و طم الحفر (٤) و لو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لكن بشرط دفع أرش الغرس و لو قبل إدراكه (٥)

الفصل الثانى فى الأحكام و هى أربعة (قوله) (الأول الرجوع العارية عقد جائز من الطرفين)

إجماعاً كما فى التذكرة و المسالك و كذا التحرير لأن العارية تبرع و تفضل فلا يناسبه الإلزام فيما يتعلق بالمستقبل و فى الكفاية أنه الأشهر نظراً إلى خلاف أبى على حيث حكم بلزومها من طرف المعير إذا عين لها مدة لكنه خص الحكم بإعارة الأرض القراح للغرس و البناء

(قوله) (إلا إذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر إلا أن يندرس أثر المدفون)

و نحو ذلك ما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان الإجماع ذكره فى أثناء كلام لهما و قال فى التذكرة إذا أعار لدفن ميت مسلم ثم رجع بعد الدفن لم يصح رجوعه و لا- قلع الميت و لا- نبش القبر إلى أن يندرس الميت لما فيه من هتك حرمة الميت و لا- نعلم فيه خلافاً و غرضه نفيه من الخاصة و العامة و حكى ذلك عن التذكرة فى جامع المقاصد ساكتاً عليه و فى موضع آخر من المسالك أن عدم صحة الرجوع موضع وفاق حكاة فى التذكرة و لا كلام فى أنه له أن يرجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت و به صرح فى التذكرة و غيرها و إنما الكلام فيما إذا رجع بعد وضع الميت و قبل أن يواريه فى التراب ففى التذكرة و الكتاب فيما يأتى و جامع المقاصد و

المسالك و الروضة أن له الرجوع و لعله لعدم صدق النيش بعد الوضع و قبل الطم لغنة و لا عرفا (و قد يدعى) أنه نيش في عرف الشرع لاستلزامه هتك حرمة الميت و لهذا أمروا بقص النجاسة إذا لم يمكن غسلها و لم يجوزوا إخراجها بعد وضعه لغسلها و لا نقله إلى قبر آخر بعد وضعه إلا- إلى أحد المشاهد المشرفة فلي تأمّل لأننا قد نقول كما سيأتي أن الوجه في المنع من الرجوع ليس هو لاستلزامه النيش المحرم كما في جامع المقاصد بل لأن المقصود من مثل هذه العارية التأييد كما مر بيانه مفصلا و يأتي عن قريب و قال في التذكرة إن مئونة الحفر إذا رجع بعد الحفر و قبل الدفن لازمة لولى الميت و استشكل في المسالك و الروضة و الرياض فيما إذا تعذر عليه غيره مما لا- يزيد عوض الحفر و أجرته عنه فيقوى كونه من مال الميت و قد يقال إن ذلك على المالك لأنه أذن في الوضع ثم منع فكان مثل أرش الزرع كما يأتي فتأمل و اتفقت كلمة من تعرض للفرع أنه ليس عليه طم الحفر لأنه مأذون فيه و المراد بالميت المسلم كما في التذكرة و من بحكمه كولدته و المجنون و اللقيط كما في غيرها و المرجع في اندراس أثر المدفون إلى النظر الغالب بحسب التراب و الأهوية

(قوله) (فلو رجع في إذن البناء و الغرس قبلهما وجب الامتناع)

كما هو معلوم بالإجماع كما أنه يجوز إعاره الأرض للبناء و الزرع و الغرس بلا خلاف كما في المبسوط

(قوله) (فإن غرس فللمالك القلع و المطالبة بالأجرة و طم الحفر)

و كذا أرش النقص إن نقصت لأنه حينئذ غاصب ظالم و ليس لعرق ظالم حق و قد فوت منفعتها و أتلف بعض أجزائها

(قوله) (و لو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لكن بشرط دفع أرش الغرس أو الزرع و لو قبل إدراكه)

و كذا أرش البناء و تركه اكتفاء ببيان حكم الزرع و الغرس كما صرح بجميع ذلك في الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و

المسالك و كما صرح بالإجابة مع دفع الأرش في الغرس في الخلاف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٢

.....

(و فيه) إذا أجمعنا على أن له قلعه مع الضمان و كما صرح بذلك في السرائر في الغرس و البناء و صرح بذلك في الزرع و الغرس في الإرشاد و كما هو ظاهر المختلف في الزرع و لو قبل إدراكه و نحوه ما في شرح الإرشاد لولده (و ليعلم) أنه لا أرش في الزرع إلا قبل الإدراك فكل من ذكره فيه أراد ذلك و إطلاق هذه العبارات جميعها و إطلاق عبارة صلح الكتاب و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك في خصوص البناء بل و الإيضاح هنا (هناك خ ل) يتناول ما إذا كانت العارية مطلقة غير مقيدة بمدة أو كانت موقته بأمدة معين بل في كل من البناء و الغرس و الزرع كما في الكتاب هنا و ما وافقه و في الغرس كما في الخلاف و فيه و في البناء كما في السرائر و في الزرع و الغرس كما في الإرشاد و قال في الإيضاح في الباب إن الخلاف في مسألتين (إحدهما) في البناء و الغرس فإن العارية لهما إن لم تكن إلى مدة جاز الرجوع فيها إجماعا و إن كان إلى مدة قال ابن الجنيد لا يجوز قبل انقضائها (و الثانية) في الزرع قال الشيخ و ابن إدريس ليس له قلعه قبل إدراكه و إن دفع الأرش لأن له وقتا ينتهي إليه انتهى (قلت) يشهد له أنه قال في المبسوط إذا أذن له في الغرس و لم يعين له مدة فغرس كان له المطالبة بالقلع إذا دفع الأرش و قال إذا أذن له إلى سنة و رجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف و لعل نظره إلى هذا في الإيضاح و عبارة التحرير ليست ظاهرة في هذا التفصيل و إنما فيها تفصيل آخر و قال في جامع المقاصد بعد نقل كلام الإيضاح بالمعنى ما نصه و كلام الشيخ في المبسوط في العارية و كلام ابن إدريس في السرائر مصرح بالمنع من الرجوع في الموضوعين المذكورين و عنى بهما الزرع قبل إدراكه و ما إذا كانت عارية البناء و الغرس موقته بأمدة معين ثم قال لكن هذا لا يدل على ما ادعاه من الإجماع (قلت) في كلام المبسوط شهادة على ذلك و لم يصرح في السرائر بالمنع في صورة التوقيت كالمبسوط و الموجود فيها أنه يجبر المستعير على القلع في البناء و الغرس من دون فرق

بين الإطلاق و التوقيت كما حكينا عنها آنفا هذا و الشيخ فى صلح المبسوط لم يجوز له الرجوع ما دامت الجذوع فى صورة الإطلاق فى البناء لأن المقصود بوضعها التأييد دون القلع و هو المحكى عن القاضى و كأنه مال إليه أو قال به الشهيد و قد قويناه فى باب الصلح لمكان الضرر الذى لا يجبره الأرش لأنه قد لا يجد من يبنى له و أنه لو لم يعره لربما سهل عليه تحصيل غيره فقد غره و لا يعارضه أن المنع أيضا ضرر على المالك لأنه هو أدخله على نفسه و العادة بأن هذه العارية دائمة و لا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكانت كالعارية للدفن و لا يجدى الفرق بأن النباش حرام و أنه قياس لتفتيح العلة المشتركة و ظهورها و لا فارق إذ على تقدير جواز الرجوع لا- يكون النباش حراما بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات و هذا كله جار فى الغرس و وجهه ما قالوه هنا أن بناء العارية على الجواز و اللزوم يحتاج إلى دليل و هو منتف و اللزوم فى الدفن خرج بالإجماع و القياس باطل مع وجود الفارق فإن هتك حرمة المسلم لا بدل لها بخلاف ما يتلف من المال بالقلع فإن له بدلا (قولكم) لا ضرر و لا ضرار (قلنا) هو مشترك بين المعير و المستعير و الضرر لا يدفع بالضرر مع أنه إذا دفع الأرش حصل الجمع بين الحقين و أنت قد عرفت الحال فى ذلك و أن هتك حرمة المسلم و أذيته و إذلاله لا بدل لها فى بعض الصور كما إذا هدم بناؤه فى الشتاء حيث لا يجد غيره و لا يضرنا إجماع الإيضاح كما لم يلتفتوا هم إلى إجماع المبسوط و قد اتفقت كلمتهم فى المقام على لزوم الأرش كما سمعت و فى مجمع البرهان أنه هو المسطور فى الكتب فكأنه لا خلاف فيه (قلت) قد استشكل فيه المصنف و ولده و الشهيد من أنه بناء و غرس محترم صدر بإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصه و من أنه أى المستعير قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضى بالتخريب فى أى وقت شاء فكان هو المهدم و السبب

مع أن الأصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهة تخليص ملكه منه بل أصالة البراءة مطلقا هذا و على تقدير ثبوت الأرش هل هو عوض ما نقص من آلائه الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر و الخراب أو عوض جميع ما أخرجه المالك حتى أجره الأركان أقوال و احتمالات تقدم بيانها فى باب الصلح و يأتى أيضا و فى الشرائع و المسالك و مجمع البرهان ليس له مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٣ و الأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة (١) أو الإبقاء بالأجرة على التراضى (٢) منهما و لو رجع فى عارية الجدار لوضع خشب قبله جاز (٣) و بعده على الأقوى (٤)

المطالبة بدون الأرش و هو مقتضى كلام التذكرة إذ قد يقلع و لم يعطه شيئا بخلاف أن أخذ و لم يقلع فإنه و إن كان فيه ضرر و لكن يتولى الأمر الحاكم فيجبره و إلا قلعه بنفسه (و الحاصل) أن هذا الدفع نوع من المعاوضة و من شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض و إنما حكموا هنا بسبق دفع الأرش لامتناع المعية و فى البسط على الأجزاء حرج و الضرر عن الدافع مندفع بخلاف العكس فلذا حكموا بتقدمه و نبه بقوله و لو قبل إدراكه على رد خلاف المبسوط و السرائر حيث منع فيهما من الرجوع فى العارية للزرع قبل إدراكه لأن له أمدا ينتظر فلا يجوز الرجوع قبله كما سمعته آنفا فهو متعلق بالزرع خاصة كما هو الواقع لأن الخلاف إنما هو فيه و عليه نبهت عبارة الشرائع حيث فصله عن البناء و الغرس و لا يصح أن يكون تنبيها على خلاف أبى على فيكون متعلقا بحكم الغرس و البناء لوجوه و لا ترجيح فى التحرير و ما اختاره هنا هو المشهور كما فى الكفاية و خيرة الشرائع كما سمعت و المختلف و جامع المقاصد و المسالك لكنه سيستشكل المصنف فيه قريبا و لما كان الأرش مترتبا على التفاوت بين الحالتين فحيث ينتفى التفاوت كما إذا كان الرجوع بعد إدراك الزرع لا- أرش فالإتيان بلو الوصلية يحتاج فى توجيهه إلى تكلف تعرض له فى جامع المقاصد و المسالك و الأرش فى الزرع هو تفاوت ما بين كونه مقلوعا و بين كونه مدركا إن كان للمقلوع قيمة و إلا فيحتمل جميع قيمته إذا أدرك (قوله) (و الأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة)

أى على التراضى منهما كما يأتى و هو خيرة التذكرة و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و وجهه ظاهر لأنه معاملته فى بيع و

المخالف الشيخ في المبسوط قال و إن قال المعير أنا أغرم لك قيمتها فطالبه بأخذ القيمة كان ذلك له و أجبر المستعير على قبضها لأنه لا ضرر عليه و حكى مثله عن أبي علي فيما إذا كانت الإعارة غير موقتة و في التحرير بعد نقل كلام الشيخ أن فيه نظرا و لعلهما نظرا إلى أن قلعه سفه و أن العارية مكرمة و مبرة و إحسان فلا- يلقى منع المعير و لا تضييع مال المستعير و الأصل في ذلك الموثق الذي رواه الشيخ في باب المزارعة في رجل أكرى دارا و فيها بستان فزرع في البستان و غرس نخلا و شجرا و فواكه و غير ذلك و لم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال عليه الكرى و يقوم صاحب الدار الأرض و الغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك لكن ليس في رواية الكافي إن كان استأمره في ذلك فعليها يكون الخبر لأبي علي فيما يذهب من أن لصاحب الأرض المغصوبة أن يملك ما زرع الغاصب فيها و ما غرس كما يأتي الكلام فيه مسبغا في باب الغصب و باب الإجارة و ضعفه بأن نقل الملك من مالك إلى آخر لا يكفي فيه عدم الضرر بل لا بد من التراضي و يأتي للمصنف في باب الإجارة موافقة المبسوط و قد أسبغنا الكلام فيه هناك و قد استدلل عليه في مزارعة الخلاف بالإجماع و الأخبار و مفهوم الخبر المشهور ليس لعرق ظالم حق و بخبر عائشة كما بيناه في باب الإجارة

(قوله) (أو الإبقاء بالأجرة على التراضي)

إجماعا كما في الإيضاح و في التحرير لو قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لم يلزم المالك إجابه إجماعا و لعله لما تقدم و لأن الأرض أصل و الغرس و البناء تابعان و ينبغي التأمل في وجه درجة تحت الأقرب مع أنه إجماعي و لعل المصنف نظر إلى أن كلام الشيخ في مثله يقضى بأنه لا يتوقف هنا على التراضي كما بيناه في باب الإجارة

(قوله) (و لو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز)

إجماعا مستفيضا نقله كما تقدم في باب الصلح

(قوله) (و بعده على الأقوى)

قد تقدم الكلام فيه في باب الصلح و حكينا هناك جواز الرجوع عن عشرة كتب في البابين و حكينا عدم جوازه عن الشيخ فيه في باب الصلح و حكينا هناك جواز الرجوع عن عشرة كتب في البابين و حكينا عدم جوازه عن الشيخ و القاضي و قويناه و قلنا ظاهر الشهيد في الدروس التردد و لعله إنما أعاده ليرتب عليه ما بعده أو يكون غفل عنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٤

فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضا المستعير و بين القلع مع دفع أرش النقص (١) و إن أدى إلى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الآخر مثبتة عليه على أشكال (٢) و لو انهدم الحائط لو أزال المستعير الخشب باختياره أو يكره أو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو غيرها ما لم يجدد له الإذن (٣))

فروع

الأول) لو رجع في الإعارة للدفن

بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز

(الثاني) لو رجع قبل الغرس

فلم يعلم حتى غرس كان له القلع مجانا على أشكال (٥) و في استحقاق الأجرة قبله نظر (٦)

لتناول العهد

(قوله) (فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضا المستعير و بين القلع مع دفع أرش النقص)

يريد أن المعير يستفيد برجوعه تخيير الشارع له بين الأمرين

(قوله) (و إن أدى إلى خراب ملك المستعير بكون الأطراف الأخر مثبتة عليه على إشكال)

كما في الشرائع والتحرير وهو ظاهر التذكرة و مجمع البرهان حيث لا ترجيح و في المبسوط و السرائر و الإرشاد الجزم بمنعه من الرجوع و إن بذل الأرش و اختير في المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك أن له الرجوع و احتجوا للشيخ بأن رجوعه أى المعير مستلزم للتصرف في ملك الغير و تخريب بنائه الواقع في ملكه و الثابت له شرعا أنما هو تفرغ ملكه لا تخريب ملك الغير و هو احتجاج واه ضعيف جدا و لهذا أجابوا بأنها عارية و من لوازمها جواز الرجوع و ما ذكر لا يصلح للمنع لأن تفرغ مال المعير من المطالبة واجب فإذا توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب إلا بها فيجب من هذه الحيثية و المستعير أدخل الضرر على نفسه ببنائه في ملكه بناء معرضا للزوال و الأجدود في الاستدلال للشيخ بلزوم الضرر الذي لا يجبره الأرش و أن العادة قاضية في مثل ذلك بالزوم و بدونه لا يرتكبها عاقل فكأنه قال أعرنى ما دام خشبي باقيا و ليس لك الرجوع قبله و قد أعاره و التزم بذلك فكانت كالعارية للدفن كما تقدم بيانه و بهذا يصير لكلام الشيخ و من وافقه وجه و لعل ذكر هذا الفرع هو السبب في إعادة المسألة التي قبله كما نهينا عليه آنفا

(قوله) (و لو انهدم أو أزال المستعير الخشب باختياره أو يكرهه أو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدد له الإذن)

قد أسبغنا الكلام و استوفيناه في المسألة في باب الصلح و حكينا عن ظاهر التذكرة الإجماع على ذلك و حكينا الحكم عن عشرة كتب و قلنا إن الشيخ تعرض للمسألة في أربعة مواضع من المبسوط و أنه لا يرد عليه ما أورده في المختلف

(قوله) (فروع الأول لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز)

قد تقدم الكلام فيه مستوفى آنفا

(قوله) (الثاني لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجانا على إشكال)

إذا رجع المعير قبل الغرس و قد علم المستعير فإن غرس حينئذ وجب عليه قلعه مجانا لقوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس لعرق ظالم حق و يجب عليه أجرة ما استوفاه من منفعة الأرض على وجه التعدى و طم الحفر لأنه غاصب و أما إذا لم يعلم حتى غرس فالأقوى أن ليس له القلع مجانا بل مع الأرش كما لو لم يرجع لأنه غير مفرط و لا غاصب كما في التذكرة و يشبه تصرف الوكيل جاهلا بالعزل و قد جعل منشأ الإشكال في الإيضاح و جامع المقاصد من أن المأذون له في أمر إذا رجع الآذن و لم يعلم المأذون هل يبطل إذنه أم لا و قد اختير فيهما في الوكالة أنه لا يبطل إذنه إذ لو بطل إذنه و نفذ هنا رجوعه لاقتضى تكليف ما لا يطاق لأنه يستلزم خطاب الغافل لكن المصنف هناك اختار انعزال الوكيل بالعزل سواء علم أم لا و يأتي تحقيقه في باب الوكالة إن شاء الله تعالى

(قوله) (و في استحقاق الأجرة قبله نظر)

أى في وجوب الأجرة للمالك و استحقاقها قبل القلع نظر أصح عدم الوجوب كما في جامع المقاصد و هو قضية كلام الإيضاح إذ منشأ النظر هو منشأ الإشكال المتقدم فإن الرجوع إن نفذ كان تصرفه في ملك الغير بغير إذن فتجب الأجرة و إلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٥

و لو حمل السيل نواة فبنت في أرض غيره أجبر المالك على القلع (١) و الأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه (٢) و لصاحب الأرض الإزالة مجانا (٣)

و قد بلغ القصل وجب فصله مجاناً لانتفاء الضرر و مع الضرر الأرض (٤)

فلا

(قوله) (و لو حمل السيل نواة فنبتت فى أرض غيره أجبره المالك على القلع)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق فيجب تخليصها منه و لا أرش عليه كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و هو معنى قول المصنف و لصاحب الأرض الإزالة مجاناً (و قد يقال) إنه لا يجبر إن كان زرعاً لأن قلعه إتلاف على المالك و لم يوجد منه تفريط و لا عدوان و ضرره غير دائم فأشبهه ما لو حصلت دابته فى ملك غيره على وجه لا- يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فإنه لا يجبر على قتلها فيقر فى الأرض إلى حين حصاده بأجرة المثل بخلاف الشجر فإن ضرره يدوم فيجبر على إزالته كأغصان الشجرة السارية فى هواء أرض غيره و هو قوى لكن يشهد لكلامهم فى المقام كلامهم فى باب الديات فيمن دخلت دابته زرعه المحفوف بملك الغير و يوافق كلامهم فى باب الغصب فيما إذا وقع دينار فى محبرته أو دخل فصيل بيته من دون تفريط منهما (و الذى ينبغى أن يقال) فى المقام و نحوه مما لا تقصير فيه من أحد أن يلحظ الأكثر ضرراً أما لدوام الضرر أو لغيره فيجبر الآخر على الإزالة فإن تساوى فيجاب من بذل الأرض و يجبر الآخر فإن بذلاً أو امتناعاً فالقرعة فليحظ هذا الضابط و قال فى التذكرة لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزة أو لوزة إلى أرض آخر كان على صاحب الأرض رده على ماله إن عرفه و إلا كان لقطعة فإن نبت فى أرضه و صار زرعاً أو شجراً فإنه يكون لصاحب الحب و النوى و الجوز و اللوز لأنه نماء أصله كما أن الفرخ لصاحب البيض لا نعلم فيه خلافاً انتهى و فى المبسوط و السرائر و جامع المقاصد أن له على المالك أجره الأرض لأنها حصلت فيها بغير صنع منه و فى الأخير أن ذلك إذا قصر فى القلع و قضية كلامه أن ليس عليه أجره إن لم يقصر فيه و قد يقال ليس عليه أجره أصلاً لأنه قد حصل بغير تفريط فأشبهه ما لو ماتت دابته فى دار إنسان بغير تفريط فليتأمل و قد تعرضنا لهذه المسألة فى باب المزارعة فلتلحظ هناك

(قوله) (و الأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه)

كما فى التحرير و الأقوى كما فى الإيضاح و الأصح كما فى جامع المقاصد فى الباب و باب المزارعة و به جزم فى التذكرة قال فأشبهه فصيلاً دخل دار إنسان ثم كبر فاحتاج صاحبه إلى نقض باب الدار فإن عليه رده و إصلاحه فلأنه فعله لتخليص ملكه و هذا التعليل مشترك بين صاحب الأرض و النوى فلا يستلزم ما ادعاه بل الفائدة فى التخليص لصاحب الأرض أكثر بل قد لا يكون للمالك فائدة و لعل الأولى فى التعليل أن يقال إن شغل أرض المالك لما كان بغير حق وجب أن يكون دفع ذلك واجبا على مالك النوى و ما يحدث من الضرر عليه إزالته فتأمل و الحظ ما إذا تركه لصاحب الأرض و أعرض عنه فإنه لا يلزمه نقله و لا أجره و لا غير ذلك لأنه حصل بغير تفريطه و لا- ريب أن صاحب الأرض حينئذ مخير بين إبقائه و بين قلعه و أما إذا كان النوى و الحب مما أعرض عنه المالك فلصاحب الأرض تملكه و لصاحبه الرجوع فيه قال فى جامع المقاصد و لو جهل المالك مع عدم تحقق الإعراض فهو مال مجهول المالك (قلت) هو لقطعة كما مر عن التذكرة يجب تعريفه إلا أن يحصل اليأس من ملكه فى الحال فيجوز التصديق به و إن أراد تملكه فلا بد من التعريف

(قوله) (و لصاحب الأرض الإزالة مجاناً)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (لو رجع فى إذن الزرع و قد بلغ القصل وجب فصله مجاناً لانتفاع الضرر و مع الضرر الأرض)

(و قال فى التحرير إن كان مما يمكن حصاده فصيلاً فالوجه التردد و قال فى التذكرة إذا استعار للزرع فزرع ثم رجع المعير قبل أن

يدرك الزرع فإن كان مما يعتاد قطعه بالفضل قطع فإن امتنع أجبر إن لم ينقص بالفضل ولا أرش إذ لا نقص وإن نقص فله القطع لكن مع دفع الأرش وإن مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٦

(الرابع) لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً

و تسوية الحفر ألزم الوفاء ولا أرش وإن شرط الأول لم يكلف المستعير التسوية (١)

(الخامس) لو لم يشترط القلع فأراد المستعير فله ذلك

و هل عليه التسوية إشكال ينشأ من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعادة و من أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت (٢)

كان مما لا يعتاد قطعه فالأقرب أن حكمه حكم الرجوع في الغرس في القلع و التبقية فقد التفت في التذكرة على ما فهمه منها صاحب جامع المقاصد إلى أن إطلاق الزرع في كلام المعير و المستعير ينزل على العادة الغالبة فيه فإن كان مما يعتاد فصله تنزل الإعارة عليه فيجب فصله عند بلوغه أو أن الفصل مع الأرش و بدونه على التفصيل و إلا فالأقرب أن حكمه حكم الرجوع في الغرس و قد جزم فيه أى الغرس فيه أى التذكرة بالرجوع مع الأرش و المصنف هنا لم يفصل بالاعتقاد و عدمه و قضية إطلاق كلامه الجزم بوجود فصله و قطعه مجاناً إذا رجع و لا ضرر و إن لم يعتد فصله فالمخالفة أنما هي في خصوص هذا الشق و عند التحقيق لا اختلاف بين الكتابين في الحكم و لا - أراه إلا - أراد في أحدهما ما أراد في الآخر مع اختصار في عبارة الكتاب لأن ما لا يعتاد فصله لا يقال فيه إنه بلغ الفصل فتأمل و في جامع المقاصد أنهما متخالفان فوافق هو التذكرة و خالف الكتاب و لم يظهر لنا الاختلاف إلا أن يكون قد أراد أنه إذا كان حكمه حكم الغرس تكون المسألة خلافية بخلاف ما إذا كان معتاد الفصل فإنه لا خلاف فيه و قد علمت أن الخلاف هناك ضعيف نعم في كلام المصنف في الكتاب مخالفة و هو أنه في الغرس قال الأقرب إجابته و قضية إطلاقه هنا الجزم بوجود الإجابة (ثم) إن في عبارة التذكرة مناقشة على ما فهمه منها صاحب جامع المقاصد و هو أنه فرض المسألة فيها فيما إذا أعاره للزرع ثم رجع قبل أن يدرك فالظاهر أنه استعارها له إلى أن يدرك ثم فصل بأنه إن كان مما لا يعتاد فصله نزلت الإعارة على إدراكه و إن كان مما يعتاد فصله فذاك إدراكه حملاً للإطلاق على العادة الغالبة فينبغي أن يكون المعير رجع قبل أو أن الفصل فيما يعتاد فصله فليتأمل جيداً ثم إنه إن كان مما يعتاد فصله و كانت الإعارة منزلة عليه و أنه يجب فصله فلا يتجه إلزامه بالأرش و إن نقص فتأمل و هو مما يرد على الكتابين على ما فهمناه (و كيف كان) فلا نرى وجهاً لفصله عما سبق إلا بيان أن من الزرع ما لا أرش فيه إن قلع قبل إدراكه و هو ما إذا بلغ الفصل فإنه تارة فيه ضرر و أرش و تارة لا ضرر فلا أرش فليتأمل

(قوله) (لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً و تسوية الحفر ألزم و إن شرط الأول لم يكلف المستعير التسوية)

إذا غرس قبل رجوعه فإن أمكن قلعه من غير نقص يدخله قلع و إن لم يمكن إلا مع النقص و العيب فإن كان شرط عليه القلع مجاناً و تسوية الحفر ألزم ذلك عملاً بالشرط لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فإن امتنع قلعه المعير مجاناً و إن كان قد شرط القلع مجاناً دون التسوية لم يكن على المستعير التسوية لأن شرط القلع رضا بالحفر كما في المبسوط و التحرير و التذكرة (قوله) (لو لم يشترط القلع فأراد المستعير فله ذلك و هل عليه التسوية إشكال ينشأ من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة و من أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت)

هذا الأخير خيرة التذكرة لما ذكر و لا - ترجيح في المبسوط و التحرير و في جامع المقاصد أن المسألة محل تردد فحن فيها من المتوقفين (و نحن نقول) إن الإذن في الغرس لا - يقتضى الإذن في القلع و لا دليل يدل على ذلك إذ لعله مما لا يقلعه أحد منهما و

يبقى إلى أن يفنى فالقلم جناية لا إذن فيها و يكفى الشك فى تناول اللفظ له إذ الأصل فى الجناية على مال الغير أن تكون مضمونة إلا أن يعلم الإذن فيها و يشهد على عدم العلم بالإذن لعدم الدليل الواضح تردد هؤلاء الأجلاء مع اختيار التذكرة أن عليه التسوية و قال إنه أظهر وجهى الشافعية و لا يعارضه أصل البراءة لأن شرط التمسك به أن لا يكون فى مقام الإضرار بمسلم لأن الضرورة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٧

(السادس) يجوز للمعير دخول الأرض

و الانتفاع بها و الاستغلال بالبناء (١) و الشجر و كل ما لا يضر البناء و الغرس و للمستعير الدخول لسقى الشجر و مرمة البناء دون التفرج (٢)

قاضية بنفى الإضرار الثابت بالعقل و الشرع (و ليس لك أن تقول) إن الدال على اقتضاء الإذن التلازم الخارجى كما هو الشأن فى مقدمته الواجب (لأننا نقول) إن شرط ذلك القطع العقلى و العرفى و إليه يثول نظر المستدل و لا قطع بل و لا ظن عرفى و لا عقلى و يرشد إلى ذلك أنه يصح اشتراطه و اشتراط عدمه منهما و لو كان من باب التلازم فى الخارج لما صح ذلك سلمنا لكنه إنما إذن له فيه على وجه لا يدخل عليه فيه ضرر فكان كالإذن فى رد العارية حيث يحتاج إلى مئونة فإنها على المستعير لا على المعير قولا واحدا و كان كما لو إذن له فى إدخال فصيله إلى داره ثم كبر فاحتاج مالكة إلى نقض باب الدار فإن عليه رده و إصلاحه فإن فعله لتخليص ملكه و ليس الإذن فى إدخال الفصيل إذنا فى نقض الباب فتأمل فى هذا الأخير و فى جامع المقاصد أن مثل ما نحن فيه ما لو نقصت الأرض بالقلم فإن فى وجوب الأرش إشكالا و نحن نقول إنه يجب عليه الأرش نعم لو نقصت بالغرس فلا- أرش و به صرح فى التذكرة و سنتعرض لمثل ذلك فى باب (كذا) و نستوفى الكلام فيه إن شاء الله تعالى و قضية قول المصنف إنه لو لم يشترط القلم أنه لو اشترط لم يجب عليه التسوية و وجهه أن القلم حينئذ مأذون فيه فلا يكون ما أحدث بسببه مضمونا و هو خيرة جامع المقاصد و القول بالوجوب ليس بذلك البعيد كما عرفت

(قوله) (يجوز للمعير دخول الأرض و الانتفاع بها و الاستغلال بالبناء و الشجر و كل ما لا يضر البناء)

قد صرح بأنه يجوز للمعير دخول الأرض و الاستغلال بشجرها فى المبسوط و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و زيد فى المبسوط و التذكرة الانتفاع بالأرض كما فى الكتاب كما زيد فى الثانى الاستغلال بالبناء و الكل بمعنى و من اقتصر على الاستغلال بالشجر فرض المسألة فى العارية للغرس (و الضابط) كما فى المسالك أنه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف فى الغرس و البناء و هو معنى قوله فى الكتاب و كل ما لا يضر بالبناء إذ معناه أنه يجوز له كل ما لا يضر بالبناء فتأمل قال فى التذكرة للمعير دخول الأرض و الانتفاع بها و الاستغلال لأنه جالس على ملكه و ليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر و لا غصن و لا ورق و لا غير ذلك و لا يضر و تدا (كذا) فى الحائط و لا التسقيف عليه و فى المبسوط و التحرير ليس له الانتفاع بالشجر من شد دابة و غيرها هذا و قال فى الشرائع للمستعير أن يدخل الأرض و يستظل بشجرها و هذا لم يذكره أحد كما فى المسالك إلا الشهيد فى اللمعة فإنه ذكر جواز استغلال كل منهما بالشجر و لعله أجود من الاقتصار على المستعير ثم إنهم شرطوا فى جواز دخوله أن يدخل لما يتعلق بمصلحة الشجر و على تقدير جوازه له لا نكتة للشرائع فى تخصيصه من بين الوجوه التى ينتفع بها إلا أن يكون أراد بيان الفرد الأخصى فتأمل

(قوله) (و للمستعير الدخول لسقى الشجر و مرمة البناء دون التفرج)

فى المبسوط و التحرير أنه ليس له الدخول بغير حاجة و زاد فى الثانى قطعاً قال ليس له الدخول بغير سماجة قطعاً و فى دخوله لحاجة سقى الغرس وجهان قوى الشيخ المنع و هو كذلك لكنه ذكره فى مسألة بيع الغرس على الأجنبى قال و الأقوى أنه لا- يجوز فى

المسألتين و لم يذكر هنا إلا الوجهين من دون تقوية لأحدهما قال وجهان أحدهما ليس له الدخول لأن الانتفاع بالأرض لا يجوز بعد رجوعه و الثانى له ذلك لأننا إن لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس أتلفنا عليه ذلك و ذلك لا يجوز انتهى و قد فرض المسألة فى الرجوع فى العارية و نحوه ما فى التحرير حيث فرض المسألة فيما إذا رجع المعير و لم يدفع قيمة الغرس و لا ضمن الأرش و امتنعا من البيع و ظاهر جماعة خلاف ذلك كما تسمع إلا أن يحمل على صورة عدم الرجوع و عدم البيع على الغير فلتشم الكلمة و على تقدير المنع ينبغى أن لا يدخل إلا بأجرة فليتأمل قال فى التذكرة ليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا بإذن المعير لأنه تصرف غير مأذون فيه نعم يجوز

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٨

(السابع) لكل من المستعير و المعير

بيع ملكه من صاحبه و من أجنبى (١)

(الثامن) لو أعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع

قبله و قبل انقضائها مع الأرش (٢) و هو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة و مقلوعة قبل انقضائها (٣) و له الرجوع بعدها و الإلزام بالقلع مجاناً (٤)

له الدخول لسقى الشجر و مرمه الجدر حراسه لملكه عن التلف و الضياع و نحوه ما فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية لأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة و هو الغرس فلا يتعدها و قد سمعت ما فى الشرائع و اللعة و حكى عن الشافعية فى الوجه الثانى المنع لأنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهى إلى ملكه و قال فى التذكرة على ما اخترناه من الجواز لو تعطلت البقعة على صاحب الأرض بدخوله لم يمكن إلا بالأجرة جمعا بين حفظ المالىن و يعلم من قولهم أن ليس للمستعير الدخول للتفرج أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك نعم لو كان صديقا توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهية و قد نبه على ذلك فى المسالك

(قوله) (لكل من المستعير و المعير بيع ملكه من صاحبه و من أجنبى)

أما بيع المستعير للمعير فمما لا - خلاف فيه فيما أجد قال فى المسالك الخلاف فى بيعه لغير المعير (قلت) و كذا لا خلاف فى بيع المعير للمستعير و للأجنبى و إنما الخلاف فى بيع المستعير للأجنبى ففى المبسوط أن الأقوى أنه لا يجوز لأنه لا يمكن تسليمه و قد تقدم أنه قوى فى المبسوط أنه ليس له الدخول فلا يمكن التسليم و فى التحرير أنه يبتنى على جواز الدخول فإن سوغنا جاز البيع و إلا فلا - و قد نسب القول بالمنع فى جامع المقاصد لبعض العامة و فى المسالك لبعض منا و لم يعينه و قد حكاه فى التذكرة عن أحد وجهى الشافعية و قال إنهم استندوا إلى أنه فى معرض الهدم و لأن الهدم و لأن ملكه غير مستقرّ و ردّه بأن الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه و كذا العبد المستحق للقتل قصاصا و لم يتعرض هو و لا غيره لذكر الشيخ و لا لدليله (و القول بالجواز) هو المشهور كما فى الروضة و خيرة الشرائع و التذكرة و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأنه مالك غير ممنوع من التصرف فيه فيبيعه على من شاء و فى المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة أنهما لو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمان واحد صح و وزع الثمن عليهما و فى الخمسة الأخيرة أنه يقسط الثمن على أرض مشغولة به على وجه الإعارة مستحق القلع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة أو التملك بالقيمة مع التراضى و على ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه فلكل حصه ما يملكه (و أنت خير) بأن القلع لا تجرى فيه الوجوه السابقة بل الأرش خاصة و الآخران أعنى الأجرة و القيمة إنما يجريان فى الإبقاء فالتعبير لا يخلو عن قصور

(قوله) (لو أعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله و قبل انقضائها مع الأرض)

قد أشار إليه المصنف فيما سبق و قد استوفينا الكلام فيه هناك و التقييد بالأرض مخصوص بما إذا رجع قبل انقضاء المدة لأنه إذا رجع قبل الغرس لا نقص

(قوله) (و هو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة و مقلوعه قبل انقضائها)

فى المبسوط و غيره أنه التفاوت بين كونها مقلوعه و قائمة و هو شامل لما إذا وقت و أطلق و المراد أنها تقوم قائمة إلى المدة إن وقت و تقوم قائمة على حالها مستحقة الإبقاء إن أطلق لأن بقائها فى الصورتين مستحق إلى أن يبذل الأرض و قبله لا يجوز قلعها فيهما أى الصورتين و المصنف لما فرض المسألة فى التوقيت قال هو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة و مقلوعه قبل انقضائها و أما الأرض فى الزرع فهو تفاوت ما بين كون الزرع مقلوعا و بين أن يدرك أن فرض للمقلوع قيمة و إلا فجميع قيمته إذا أدرك و قد تقدمت الإشارة إلى أرض البناء

(قوله) (و له الرجوع بعدها و الإلزام بالقلع مجانا)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و قد يقتضيه كلام المبسوط بل قد يظهر ذلك من الجميع لأن الظاهر أن فائدة توقيت المدة حيث توقت إنما هو لانتهاؤ مدة العارية و الظاهر من التذكرة أن فائدة التوقيت أن للمستعير تجديد الغرس فى كل يوم إلى انقضاء المدة و لهذا فصل تفصيلا يخالف ما هنا قال إذا أعاره أرضا للبناء أو للغرس عارية مؤقتة أو أطلق فإن كانت الإعارة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٦٩

و لا فرق بين الغرس و الزرع على إشكال ينشأ من أن الغرس و البناء للتأييد و للزرع مدة تنظر فليس له الرجوع قبلها (١)

(الثانى) الضمان (٢)،

العارية أمانة (٣) لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط فى الحفظ أو التعدى (٤) أو اشتراط الضمان (٥)

مقيدة بالمدة كان للمستعير البناء و الغرس فى المدة إلا أن يرجع المعير و له أن يجدد و كل يوم غرسا فإذا انقضت المدة لم يجز له إحداث البناء و الغرس إلا بإذن مستأنف ثم إن للمالك الرجوع فى العارية قبل انقضاء المدة بالأرض و بعدها مجانا إن شرط المعير القلع أو نقض البناء بعد المدة أو شرط عليه القلع متى طالبه بالقلع عملا بالشرط فإن فائدته سقوط الغرم فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع و لا يجب على المستعير طم الحفر لأنه أذن له فى القلع بالشرط ثم قال ما حاصله و إن لم يكن شرط القلع و اختاره المستعير كان له ذلك و الأقوى أن عليه تسوية الحفر لأنه أحدث فى أرض الغير حدثا باختياره و إن لم يختر القلع و أراد المعير فلا بد من الأرض و قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله) (و لا فرق بين الزرع و الغرس على إشكال ينشأ من أن الغرس و البناء للتأييد و للزرع مدة تنظر فليس له الرجوع قبلها)

قال فى الإيضاح و من أن العارية غير لازمة قال و قد تقدمت هذه المسألة و أشار إلى خلاف الشيخ و ابن إدريس مع الجماعة فى جواز الرجوع قبل الإدراك و عدمه و المحقق الثانى حمل العبارة على معنى آخر أدق و أتقن يناسبه (يناسب خ ل) سوق العبارة و إن بعد عن نفس العبارة و قد نبه عليه فى التذكرة قال لو قيد المعير للزرع مدة فانقضت و لما يدرك فإن كان ذلك لتقصير المستعير كالتأخير فى الزرع قلع مجانا و إن كان لهبوب الرياح و قصور الماء أو غير ذلك مما لا يعد تقصيرا للمستعير كان بمنزلة ما لو أعاره مطلقا يعنى فىجب له الأرض كما لو أعاره للغرس و لم يقيده بمدته فجزم به من دون إشكال و هو الذى صححه المحقق الثانى قال فى جامع المقاصد فى تفسير العبارة لو أعاره للزرع مدة معينة فانقضت و لما يدرك فهل يكون الحكم كما سبق و هو وجوب القلع مجانا أم يفرق بينهما فيكون الحكم فى الزرع كالحكم فيما لو أعار للغرس و لم يقيده بمدته فيجب الأرض إذا أراد القلع فى الفرق و عدمه

إشكال ينشأ من أن البناء و الغرس للتأييد فيمكن التأقيت فيه بأي مدة أراد المعير لعدم تفاوت الأزمنة بالنسبة إليه بخلاف الزرع فإن له مدة تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها و من أن الناس مسلطون على أموالهم و للمسلمون عند شروطهم و لم تصدر الإباحة من المالك إلا إلى الأمد المخصوص و قد دخل المستعير على القلع عند انقضائه فيجب الوفاء و هو الأصح و ضعف الأول ظاهر لا يخفى و قال موضع الإشكال ما إذا لم يكن عدم الإدراك مستندا إلى تقصير المستعير فإن آخر باختياره حتى ضاق الوقت و جب القلع مجانا قطعاً

(قوله) (الثاني الضمان)

هذا هو الثاني من أحكام الفصل الثاني

(قوله) (العارية أمانة)

بالإجماع كما في جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و ظاهر التذكرة و من الأمانات الخاصة و الأصل فيها عدم الضمان عند الفرقة المحققة كما في المهذب البار و نحوه إجماع الغنية و النصوص بذلك مستفيضة (قوله) (لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط في الحفظ أو التعدي)

كما طفحت به عباراتهم و في التنقيح الإجماع عليه و إجماع الغنية منطبق عليه و إن كان معقده التعدي بل كاد يكون ضروريا بل قيل كان يستغنى عن استثنائهما لأن معنى عدم ضمانه الأمانة في كل موضع أنها لو تلفت بدونهما لم يضمن و مقتضى كلامهم أنه يضمن بهما و إن تلفت بسبب آخر غيرهما كما تقدم في الوديعة و لم يذكر هنا أنها تضمن إذا أعارها ليرهنها إما لتقدمه في باب الرهن أو للشك في كونها عارية

(قوله) (أو اشتراط الضمان)

إجماعاً كما في الغنية و جامع المقاصد و كذلك التذكرة و ليس فيه مخالفة للعقل و النقل و لا لمقتضى العقد كما في مجمع البرهان و قولهم مقتضى العارية التبرع و عدم الضمان يريدون به مع الإطلاق و عدم الشرط و فرق بينها و بين الوديعة أن الوديعة لا تستعقب انتفاع الأمين بها فلا يناسبها الضمان و يدل عليه بعد قوله صلى الله عليه و آله

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٠

أو كانت ذهباً أو فضةً و إن لم يشترط (١) الضمان إلا أن يشترط سقوطه (٢) و في دخول المصوغ نظر (٣)

و سلم المسلمون عند شروطهم الأخبار المستفيضة كصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بل عارية مضمونة و صحيحة ابن مسكان قال قال أبو عبد الله عليه السلام لا يضمن العارية إلا أن يكون اشترط فيها ضماناً إلا الدنانير فإنها مضمونة و إن لم يشترط فيها ضماناً و حسنة الحلبي الصريحة بذلك أيضاً و حسنة زرارة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة قال فقال جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب و الفضة فإنهما يلزمان إلا أن تشترط أنه متى توى لم يلزمك تواه و كذلك جميع ما استعرتة و اشترط عليك لزمك و الذهب و الفضة لازم لك و إن لم يشترط عليك و هذا الخبر رواه المشايخ الثلاثة و مثلها صحيحة إسحاق بن عمار و صحيحة عبد الملك ابن عمر على الصحيح فيه و في جميل بن صالح عن أبي عبد الله «ع» قال ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم فإنها مضمونة اشترط صاحبها أم لم يشترط (قوله) (أو كانت ذهباً أو فضةً و إن لم يشترط)

إذا كان الذهب و الفضة دنانير أو دراهم فلا خلاف في ضمانهما و إنما الخلاف في غيرهما من الذهب و الفضة كالحلي كما في جامع المقاصد و المسالك و عليه الإجماع في الغنية و الإيضاح و المفاتيح و الرياض و قد سمعت الأخبار و ستمتع تمام الكلام و في عبارة جامع المقاصد حرازة حيث حصر الخلاف في المصوغ

(قوله) (إلا أن يشترط سقوطه)

أى الضمان فإنه يسقط قطعاً كما فى جامع المقاصد و به صرح فى المبسوط وغيره و قد سمعت حسنة زرارة و لكن قال فى التذكرة الأولى السقوط فتأمل فيه و لعله لأن فيه إسقاط ضمان ما لم يلزم و قد بيناه فى الوديعه و يصح إسقاط ضمان ما اشترط ضمانه كما فى التذكرة و هو واضح و لو شرط سقوط الضمان مع التعدى و التفريط فاحتمالان الجواز لأنه فى قوة الإذن فى الإتلاف كما لو أمره بإلقاء متاعه فى البحر و العدم لأنهما من الأسباب فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه و قوى الأول فى الروضة و هو ظاهر اللمعة و ذلك بخلاف الاستعارة من المستعير و استعارة الصيد المأخوذ من الحرم و استعارة المحرم له فإن الضمان فى هذه الثلاثة لا يسقط باشتراط سقوطه

(قوله) (و فى دخول المصوغ نظر)

يريد أن فى دخول المصوغ منهما فى الحكم بالضمان نظر و مثله ما فى التذكرة و التنقيح و المفاتيح من عدم الترجيح و ظاهر المقنع و النهاية و المبسوط و فقه الراوندى و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و المختلف و قواعد الشهيد الحكم بالضمان حيث قيل فيها إلا أن يكون ذهباً أو فضةً بل قد يدعى أنه صريحها كما هو صريح اللمعة و المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان بل هو الظاهر من المقنعة و المراسم و الكافى و الغنية و السرائر حيث قيل فيها إلا أن يكون ورقاً أو عينا بل ظاهر الوسيلة و التبصرة حيث قيل فيها الثمن إذ قد فسر الثمن بالورق و العين و قد فسر الورق فى القاموس و النهاية و كتب التفسير بالفضة و فى مجمع البحرين بها و بالدرهم المضروبة و فسر العين فى القاموس بالدينار و الذهب لكن فى الصحاح أنه ما ضرب من الدينار و فسر الورق بالدرهم المضروبة و قد قالوا فى الصرف أنه بيع الأثمان بالأثمان و قالوا إن المراد بالأثمان الذهب و الفضة سواء كانا مسكوكين أم لا- (و كيف كان) فالظاهر أن مراد هؤلاء هنا ما هو أعم من الدراهم و الدنانير ظهوراً لا يكاد ينكر بل هو ظاهر الفقيه حيث لم يذكر إلا أخبار الذهب و الفضة و الشيخ فى التهذيب و الإستبصار لم يتعرض للجمع بين الأخبار لأنه لم يفهم التنافى فكانت كلمة المتقدمين متفقة على ذلك بل و معظم المتأخرين إذ لم يعرف الخلاف من أحد قبل الفخر فى الإيضاح بلفظ الأقوى و قد بنى خلافه على أصل فاسد مخالف للقوانين كما ستسمع و بعد ثلاثمائة سنة أو أكثر تبعه صاحب الإيضاح النافع و بعد ذلك تبعهما صاحب الكفاية و شيخنا صاحب الرياض و قد بنى ذلك أيضاً على أصل فاسد ستسمعه إن شاء الله تعالى هذا كله مضافاً إلى إجماع الغنية و عمل من لا يعمل إلا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧١

.....

بالقطعيات و أما ما فى المختلف و التنقيح من أنه المشهور بين الأصحاب فإن هذه الشهرة لم تسق لخلاف فى المسألة بل لخلاف أبى على و التقى فى ضمان الحيوان و نقص التالف و ما وجدنا أحداً حكى خلافاً فى المسألة إلا الشهيد حكاه عن الفخر خاصة و حكاه بعده المحقق الثانى و الشهيد الثانى من دون تعيين المخالف لكن كلامهما يرشد إلى أنهما أرادا الفخر لأنهما ذكرا ما يرد استدلاله بل الفخر لم يحك فيه خلافاً و صاحب التنقيح ذكر عدم الضمان احتمالاً على أن هاتين الشهرتين ترشدان إلى أن ضمان الذهب و الفضة من المسلمات كما يظهر ذلك على من لحظهما و لا بد قبل النظر فى الأخبار من بيان أمرين (الأول) أن العام إنما يبنى على الخاص إذا تنافى ظاهرهما إما بالإثبات و النفى كأكرم الرجال لا تكرم الجهال أو بوصف يظهر منه التنافى كاقطع كل سارق اقطع كل سارق من الحرز ربع دينار و أما حيث لا تنافى كأكرم العلماء أكرم زيدا العالم و كقولنا عارية الذهب و الفضة مضمونة عارية الدراهم و الدنانير مضمونة فهو من التنصيص و التأكيد (الثانى) أن وجوب حمل المطلق على المقيد إنما هو حيث يعلم أن المتكلم أراد من المطلق فرداً واحداً معيناً عنده غير معين عند المخاطب و هو معنى قولهم المقيد بيان للمطلق و الخاص بيان للعام و به يتم تقسيمهم

المجمل إلى ما له ظاهر و ما ليس له ظاهر فمرادهم بما له ظاهر هو الظاهر في الظاهر و النظر الأول و مرادهم بكون الخاص مبينا للعام و المطلق مبينا للمقيد أن العام و المطلق مجملان في النظر الثاني بعد ظهور الحال (و الحاصل) أن المطلق أو العام ينكشف بعد ورود المقيد أو الخاص أنه كان مجملا مرادا به فرد واحد معين عنده مبهم عند المخاطب فلا تنافى بين وصف العام أو المطلق بالظاهر و المجمل و ذلك إنما يتم حيث يكون بينهما اختلاف و تنافى بتوصيف و نحوه مما يفيد بيان ما أجمل كما هو الشأن في العام و الخاص كقولك اتجر بالفضة اتجر بالفضة الخالصة و لا كذلك اتجر بالفضة اتجر بالدرهم لأن الأمر بالكلية أمر ببعض أفراده و الأمر ببعض الأفراد لا- ينافى الأمر بالكلية فلا اختلاف بل و لا إجمال و الحاكم بذلك العرف و استوضح ذلك حيث يقوم احتمال عدم الإجمال كما في المستحبات كما إذا أمذيت فتوضاً إذا أمذيت من شهوة فتوضاً فإنه لا تقييد هنا لأن مراتب الاستحباب تتفاوت فيحمل المقيد على تأكيد الاستحباب عند الأستاذ الشريف قدس سره و جماعه و من ذلك يعرف عدم التفاتهم إلى التقييد في غير التكاليف كالقصص و الحكايات (إذا تقرر هذا) فقد عرفت أننا أن صحيحة ابن مسكان قد تضمنت استثناء الدنانير من عدم الضمان و صحيحة عبد الملك تضمنت استثناء الدراهم و حسنة زرارة تضمنت استثناء الذهب و الفضة و مثلها صحيحة إسحاق بن عمار على الصحيح فيه إذا كان راويا عن الصادق عليه السلام و في علي بن السندی و هناك أخبار أخر عامه ناطقة بعدم الضمان من غير تقييد كصحيحة الحلبي و غيرها و قد قال في الإيضاح أن روايتي عبد الملك و ابن مسكان قد حكم فيهما بعدم ضمان العارية و هو عام لأن النكرة في النفي عام إلا في الدراهم و الدنانير و اشتراط الضمان فيدخل المصوغ في عموم عدم الضمان لأنه ليس بدراهم و لا دنانير و قال إن هذا مخصص للاستثناء الأول يعني الذهب و الفضة قال لأن الأول أعم من هذا إلى أن قال فكانت هاتان الروايتان أخص من الأولى و العام يبنى على الخاص و قد عرفت الشرط في بناء العام على الخاص و نعم ما قال في جامع المقاصد في رد هذا لا محصل له و لا- ينطبق على القوانين لأن استثناء الذهب و الفضة تارة و استثناء الدراهم و الدنانير تارة أخرى لا- يقتضى أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقا فيخص العام بكل منهما لا أن أحدهما يخص الآخر قال و ما توهمه بعضهم من أن أحدهما مطلق و الآخر مقيد فيحمل المطلق على المقيد ليس بشيء أيضا لأنه إذا أخرج من العموم الدراهم و الدنانير في لفظ و أخرج الذهب و الفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاة لأن إخراج الكل إخراج لبعض أفرادها كما أن إخراج البعض لا ينافى إخراج الكل انتهى و هو عين ما قدمناه و تبعه على ذلك صاحب المسالك و أطال في تحريره و تهذيبه و قال صاحب الكفاية و تبعه شيخنا صاحب الرياض إنه وقع التعارض بين الأخبار و لا بد

من حمل العام على الخاص أو المطلق على المقيد إذا كان بينهما تنافى كما إذا كان أحدهما مثبتا و الآخر منفيًا و المستثنى في خبر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٢

أو استعار من المستعير (١) أو صيدا في الحرم (٢) لو كان محرما (٣) فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليا و إلا فالقيمة يوم التلف و يحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف (٤)

زرارة لا- ينافى المستثنى في خبر عبد الملك و ابن سنان لتوافقهما في كونهما إثباتا و كذا المستثنى منه من الجالين لتوافقهما على كونهما منفيين بل وقع التعارض بين المستثنى منه في خبري الدراهم و الدنانير و حاصله لا ضمان في غير الدراهم و الدنانير و بين المستثنى في خبري الذهب و الفضة و النسبة بين الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر فإن خصص الأول بالثاني كان الحاصل لا ضمان في غير الدراهم و الدنانير إلا أن يكون ذهبا أو فضة و إن خصص الثاني بالأول كان الحاصل كل من الذهب و الفضة مضمونان إلا أن يكون غير الدراهم و الدنانير فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت و هو حصول الضمان في الدراهم و الدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم عن عموم الأخبار الدالة على عدم الضمان و تبقى الأخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض فإذا المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم و الدنانير و نحن نقول (أولا) أن ليس بينهما عموم و خصوص من وجه عند التأمل

الصادق بل المستثنى في خبرى الذهب و الفضة تخصيص آخر غاية الأمر أنه خصص العام بمخصصين أحدهما أعم من الآخر كما مر و لم يقدر العام فيهما (و ثانيا) على تقدير التسليم أن القاعدة في الموضوعين الذين بينهما عموم و خصوص من وجه أن ينظر إلى الترجيح فما كان أرجح بقى على عمومه و خصص الآخر به و خبرا الذهب و الفضة أرجح من وجوه (منها) أن من رواتهما زرارة و هو أصدق بالحق (و منها) أنهما أصح سنداً من بعض تلك (و منها) شهرة العمل بهما بل إطباق الأصحاب على ذلك إلا من شذ كما عرفت (و منها) أن تخصيص الثانى بالأول يرجع إلى قولنا الذهب مضمون إلا أن يكون غير دينار و هو بعيد عن كلام الحكيم تصريحاً و لزوماً و إن هو إلا- كالأكل باليد من وراء الرداء (و منها) أنه يلزم منه حمل أخبار الباب على كثرتها على فرد نادر لا تمس الحاجة إليه إلا- نادراً و هو الضرب على طبعها مثلاً (و منها) أن الذهب و الفضة لو لم يضمنا لتوصل كثير من الناس إلى أكل أموال الناس بالعارية أو إلى ترك الناس المستحب المندوب إليه بأن زكاته إعارته فكان تخصيصهم مخالفاً للاعتبار و حكمة الشارع (و منها) فإن أحد الخبرين الآخرين لم يخص إلا الدنانير و أبقى الباقي فيه على حكم عدم الضمان صريحاً و الآخر لم يستثن إلا الدراهم و أبقى الباقي فيه على حكم عدم الضمان كذلك فدلالتهما قاصرة و العمل بظاهر كل منهما لم يقل به أحد بخلاف خبرى الذهب و الفضة سلمنا أن التخصيص بهما معاً لكن كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر لأنهما وقعا في وقتين فظهر أن إرادة الحصر من كل منهما غير مقصودة فلم يكونا ليخرجا عن القصور في الدلالة على المطلوب و مثل ذلك يقال في مقام الترجيح ثم إنه من الممكن الذى لا ينكره العرف أن يراد بالدنانير و الدراهم فى الخبرين الذهب و الفضة فلا منافاة أصلاً و لعل إليه نظر القدماء

(قوله) (أو استعار من المستعير)

أى يضمن سواء تعدى فيها و فرط أم لا و سواء شرط المعير الضمان أم لا و سواء كانت يد المعير يد أمانة أو يد ضمان لأنه استولى بغير إذن المالك لأنها عارية من غير المالك فكانت غصبا فى الحقيقة لا عارية و لما كانت بصورة العارية أجروا عليها اللفظ فلا استثناء عند التحقيق و فى صحيح إسحاق بن عمار المتقدم آنفا إذا استعرت عارية بغير إذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن و منه يعلم أنه لو أذن له المالك فى أخذها من المستعير و لم يعلم فأعاره إياها فإنه لا يضمن

(قوله) (أو صيدا من الحرم)

يريد أنه إذا استعار صيدا أخذ من الحرم ضمنه لأنه ممنوع منه و إن كان محلاً فكان متعدياً باستيلائه عليه

(قوله) (أو كان محرماً)

أى إذا كان المستعير محرماً و العارية صيد فإنه يضمن لأن إمسাকে حرام فيكون متعدياً و ضامناً و قد تقدم الكلام فيه مفصلاً رافعا للإشكال

(قوله) (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً و إلا فالقيمة يوم التلف و يحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف)

تقدم الكلام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٣

و يجب رد العين مع الطلب و الممكنة فإن أهمل معها ضمن (١) و لو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فأشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه و من انصراف الإذن غالباً إلى استعمال غير متلف (٢) فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم (٣) و كذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت (٤)

فى مثل ذلك مرارا و قد استوفيناه فى بيع الفضولى و رجحنا ضمان قيمته يوم التلف بمعنى حين التلف

(قوله) (و يجب رد العين مع الطلب و الممكنة فإن أهمل ضمن)

كما صرح به فى التذكرة و نبه عليه فى المبسوط و غيره و ينبغى أن يكون فوراً فى أول أوقات الإمكان كما مر فى الوديعه عملاً

بالقاعدة المقررة من أنه يجب أن يقتصر في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه و المطالبة بالرد تقتضى انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به و هل يجوز له التأخير إلى الإشهاد احتمالات تقدمت في الوديعة و مئونة الرد هنا على المستعير كما في التذكرة و غيرها كما يأتي لأنها نوع من المعروف فلو كلف المالك مئونة الرد امتنع الناس من الإعارة (قوله) (و لو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فإشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه و من انصراف الإذن غالباً إلى استعمال غير متلف)

عدم الضمان خيرة التحرير و الإرشاد و الكتاب كما يأتي قريبا و الحواشى و الروضة و مجمع البرهان لأنه سلطه على ما يقتضى ذلك بلا- عوض فلا معنى للالتزام بالعوض لأن مقتضى إطلاق هذا العقد عدم الضمان و المفروض أنه أطلق فلو لبس الثوب حتى بلى و انمحق و أذهب الشمعة بالإشغال إن جوزنا إعارتها فلا ضمان. و قد استدل عليه في مجمع البرهان بالروايات الصحيحة مثل صحيحة ابن سنان و الظاهر أنه عبد الله لتصريحه به في الكافي و لرواية النظر عنه و روايته عن أبي عبد الله عليه السلام عن العارية قال لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأمونا و في جامع المقاصد أن الذى يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضمانا و اختاره في التحرير و فيه قوة نعم لو شك في تناول اللفظ إياه فالضمان قوى و لا استبعد أن يكون من صور الثانى ما لو أذن له في لبس الثوب و لم يزد بخلاف ما لو أذن في كل لبس أو في لبسه دائما لأن إذنه في لبسه في الجملة لا يقتضى الإذن في كل لبس انتهى و قد سمعت ما في التحرير و قد يفهم من عبارة اللمعة أنها لو تلفت به أى الاستعمال ضمنها و لعله لأن الغالب في الاستعمال ما لا يكون متلفا فيحمل الإطلاق عليه و هو أحد وجهى الإشكال في الكتاب و الوجه الثانى أن ظاهر الإذن في الاستعمال يدل على تجويز كل استعمال و عليهما ينزل ما في الكتاب لأنهما أى وجهى الإشكال فيه بظاهرهما لا يتعلقان بمسألة واحدة لأن الاستعمال المتلف إما أن يكون بحيث يتناوله الإذن فيكون مأذونا فيه أو لا فعلى الأول لا يجىء الوجه الثانى و على الثانى لا يجىء الأول كما بينه في جامع المقاصد و يبقى الكلام في استشكله هنا و جزمه بعدم الضمان فيما يأتي من دون تقادم عهد و قد يحمل كلامه هنا على أنه من تتمه ما قبله ليوافق ما يأتي كما ستسمع فتكون مسألة أخرى (قوله) (فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم)

أى فإن أوجبنا الضمان في هذه الصورة حملا للإذن في الاستعمال على استعمال غير متلف ضمنه بقيمة آخر حالات تقويمه قبيل التلف لأن الضمان حينئذ منتف إلى حين التلف (قوله) (و كذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت)

إذا شرط الضمان فيما أن يشترط ضمان عين المستعار على تقدير التلف فلا يضمن إلا العين خاصة أو يشترط ضمان نقصانه على تقديره فيضمن النقصان خاصة إلى أن تنتهى حالات تقويمه أو يشترط ضمانهما فيضمنهما معا و لا ريب في اتباع مقتضى شرطه في هذه الثلاثة كما في المسالك و كذا الكفاية و عليه نبه في المبسوط أو يطلق اشتراط الضمان و هو المفروض في كلامهم و الكتاب قد اختير في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٤

أو استعمالها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف لأن النقص غير مضمون على إشكال (١)

المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و المختلف و الحواشى أنه يضمن قيمتها يوم التلف لأن النقص حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا و لأنها لو لم تلف و ردها على تلك الحال لم يجب عليه شىء فإذا تلفت و جب مساويها في تلك الحال فيضمن قيمتها آخر حالات التقويم و هذا منهم بناء على أن الإطلاق منزل على ضمان العين خاصة و هو المتبادر من إطلاق النص و الفتوى و عرف المعير و المستعير و لا يخطر ضمان الأجزاء بالبال لأنه قد لا تكاد تنفك عارية غالبا عن نقصها بالاستعمال و لو يسيرا إلا ما قل

كما نبه عليه فى المبسوط ولا نسلم أن تضمين العين يقتضيه فيكون مأذونا فيه بالإذن بالاستعمال فتأمل والمصنف استشكل من استناد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا ومن أنها عين مضمونة بالاشتراط ونحوه ما فى الكفاية وفى جامع المقاصد أنه قد تعارض فيه تضمين الأجزاء الذى هو مقتضى تضمين العين والإذن فى الاستعمال الذى هو مقتضى لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان وهو محل التردد ثم قال ولا استبعد ضمانها أى الأجزاء لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ولا منافاة بين كون الاستعمال مأذونا فيه والنقص مضمونا قال وهو قوى جدا وهذا يقتضى بضمان النقص وأن ردها إلى المالك وأن ذلك من محل الإشكال وموضع النزاع وإليه مال فى المسالك وهو الذى صححه فى الإيضاح بلفظ الأصح وحكاة هو وأبوه عن أبى على وأبى الصلاح وبه جزم المصنف فيما يأتى قريبا وفى خبر وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا «ع» قال من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن ومن استعار حرا صغيرا فهو ضامن وقد حملته فى الإستبصار على ما إذا استعار من غير مالكة تارة وعلى ما إذا فرط فى حفظه أو تعدى تارة وعلى ما إذا اشترط الضمان عليه أخرى وهذا قد يوافق ما فى الإيضاح وجامع المقاصد لكن الظاهر أنهم يفرقون بين تلف الأجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن على الثانى دون الأول نعم كلام التقي وأبى على قاض بإطلاقه بعدم الفرق وعلى القول بالضمان فإنه يضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف لمكان ذهاب الأجزاء على التدرىج كالثوب يلبس وينسحق على التدرىج ولا يضمن الأعلى لو كان اختلاف القيم بحسب اختلاف القيمة السوقية لأن ذلك ليس من مدلول ضمان العين على أنا لم نوجهه على الغاصب ويبقى الكلام فى الجمع بين كلامى المصنف لعدم تقادم العهد وليعلم أن الصفات تجرى مجرى الأجزاء وأنه قد ينساق من العبارة بملاحظة السوق وجه آخر ولا ريب أنه غير مراد

(قوله) (أو استعملها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف لأن النقص غير مضمون على إشكال)

عدم ضمان النقص الذى حصل بالانتفاع الذى جوزه له قد حكى فى الإيضاح وكذا المختلف عن المبسوط ولعل فيما عندنا منه سقطا أو استنبطاه من تعليقه فى المسألة المتقدمة بأنه مأذون فى إذهابها وهو خيرة التحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان بل إنما يضمن العين الناقصة سواء تلفت بذلك التفريط أم لا لأن ضمان هذه الأجزاء مع القول بأن النقص بالاستعمال غير مضمون إذا رد العين لا-وجه له كما نبه عليه فى جامع المقاصد (و المراد) بالنقص فى العبارة ونحوها كما يرشد إليه السوق والمقام مع ظهور الحال نقص الأجزاء المتقدمة على التفريط كما نبهنا عليه لا المتأخرة عنه لأن هذه مضمونة بلا خلاف ولا إشكال على الظاهر لأن العين بعد التفريط قد خرجت عن الأمانة وصارت مغصوبة مضمونة وعليه أجرتها بعد التفريط فما اعترض به فى المسالك على الكتاب من عدم فرقه بين الأجزاء الذاهبة المتقدمة على التفريط والمتأخرة غير وارد بل احتمال فى مجمع البرهان أنها غير مضمونة لأنه لم يعلم حينئذ عدم جواز الاستعمال الذى كان جوزه أقصاه أنه لما فرط دخل فى ضمانه وهو كما ترى (و القول) بالضمان أى ضمان نقص الأجزاء المتقدمة على التفريط خيرة الإيضاح بلفظ الأصح وحكاة كوالده عن التقي وأبى على والمستند خير وهب وقد ضعفه فى الإيضاح واستدل بأن مقتضى الضمان مع عدم رد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٥

و للمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك فى العارية (١) والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك (٢) ولو استعار من الغاصب عالما بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأجرة وأرش النقص والقيمة لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير (٣)

العين بأجزائها وصفاتها أن يضمن ما فات وهو كما ترى

(قوله) (و للمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك فى العارية)

هذا هو ما أشرنا إليه آنفا من أنه يخالف ما سبق باعتبار المستثنى منه والمستثنى قال فى جامع المقاصد لا يخفى أن هذا مناف لما

سبق في كلامه من الإشكال في كل من المسألتين و لو حملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه و هذه على مأذون فيه لم يتجه الإشكال بل يتعين الضمان قطعاً و لو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع ليكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التناهي إلا أنه بعيد عن الظاهر جدا انتهى (و قد يقال) إن العبارة الأولى من متعلقات قوله و يجب رد العين مع الطلب و الممكنة فإن أهمل معهما ضمن و لو تلفت بالاستعمال إلى آخره بمعنى أنه لو أهمل و لم يردها و تلفت بالاستعمال لا غيره ففيه إشكال لأن الاستعمال حينئذ لم يعلم نهيته عنه بل يبقى على الإذن عملاً بالاستصحاب و أقصى ما هناك أنه فعل حراماً في عدم الرد و دخلت في ضمانه و لم يعلم عدم جواز الاستعمال كما قدمنا مثله آنفاً عن المقدس الأردبيلي و يأتي مثله فيما لو أعاره الدابة إلى مكان معين فتجاوزته فإنه يأثم و يضمن و يغرّم الأجره لكن له ركوبه إلى بلد المعير كما يأتي بيانه و ليس هو أول وجهي جامع المقاصد (و كيف كان) فالظاهر أنه لا خلاف في عدم الضمان إذا نقص من العين شيء و ردها إلى مالكها حيث لم ينقل في المبسوط و لا غيره فيه خلاف و لا إشكال إلا ما مر مما احتمله المحقق الثاني و الشهيد الثاني من أنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص إلخ (قوله) (و المستعير من المستأجر و الموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك)

لأن كل واحد منهما مالك للمنفعة فله نقلها إلى غيره قال في جامع المقاصد هذا إذا لم يشترط عليه استيفائها بنفسه و الظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلا بإذن المالك كما يأتي بيانه في الإجارة انتهى (و قد يقال) حيث تجوز الإجارة يجوز تسليمها من غير ضمان لأن القبض من ضروريات الإجارة للعين و قد حكم بجوازها و الإذن في الشيء إذن في لوازمه و تشهد له صحیحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام في رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفتت فقال إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن و إن لم يسم فليس عليه شيء و غيرها أي الدابة أولى و قد حملها في إجارة جامع المقاصد على ما إذا كان هناك إذن أو على ما إذا لم تخرج من يده كما إذا أركبه إياها و هي في يده تمسكاً بعموم تحريم مال المسلم إلا عن طيب نفس إلا أن يوجد المخصص (قوله) (و لو استعار من الغاصب عالماً بالغصب للمالك الرجوع على من شاء بالأجره و أرش النقص و القيمة لو تلفت و يستقر الضمان على المستعير)

و نحو ذلك ما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية و غيرها و الحاصل كأنهم متفقون على أن المستعير من الغاصب إذا كان عالماً بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الأحكام و من حكم ترتب أيدي الغاصب العالم على المال أن المالك يتخير في الرجوع على أيهما شاء و يستقر الضمان على من تلفت العين في يده و قد وصفت هذه القاعدة في مجمع البرهان تارة بأنها مشهورة و أخرى بأنها مجمع عليها و ظاهره أيضاً الإجماع على أن المستعير العالم غاصب و لا ريب أنه لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بقبضه و احتمال في مجمع البرهان لو لا الإجماع أنه لو رجع على المعير الغاصب لا يرجع على المستعير الذي تلفت في يده للأصل و لأنه هو الذي غصب و تصرف و صرف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٦

و مع الجهل يضمن الغاصب الجميع إلا أن يكون ذهباً أو فضةً فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة (١)

غيره نعم إن تلفت في يد المستعير بتقصير اتجه رجوعه عليه و في الحواشي ربما توهم بأن الضمان على المستعير خاصة يريد اختصاصه بالمطالبة و الأخذ منه قال لأن الغاصب سلمها إلى عالم بالغصب و قد استقر التلف في يده فسقط عنه الضمان و رده بأنه لا يزيد على الغاصب من الغاصب مع أن المالك يتخير في الرجوع قطعاً

(قوله) (و مع الجهل يضمن الغاصب الجميع إلا أن تكون ذهباً أو فضةً فالأقرب الضمان على المستعير خاصة)

ظاهر العبارة أن الضمان يختص بالغاصب في غير الذهب و الفضة و فيهما يختص بالمستعير و معنى ذلك أنه لا يجوز له أي المالك أن يطالب غير الغاصب في الأول و غير المستعير في الثانية و هو الذي استوجهه في الشرائع في الأولى قال و الوجه تعلق الضمان

بالغاصب حسب فمعنى الضمان جواز المطالبة و الأخذ منه و وجهه أن المستعير مغرور فضعفت مباشرته فكان السبب الغار أقوى و هو الذى اختاره فى مجمع البرهان قال الأخذ منه ظلم ظاهر لأنه ما قصر أصلا و لما علم بادر بالإعلام إلا أن يكون نص أو إجماع و الظاهر عدمهما (و المشهور) أنه أى المالك يتخير فى الرجوع على كل منهما كما فى المسالك و هو خيرته و خيرة التحرير و الإرشاد و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و قد حمل فى الأخير عبارة الكتاب على ذلك و قال معنى قوله يضمن الغاصب الجميع أنه يستقر الضمان عليه و توهم ما يقتضيه ظاهرها فاسد (قلت) لمكان القاعدة المقررة عندهم أى المشهور و بها صرح فى الإيضاح و غيره من أن كل يد ترتبت على يد الغاصب من غير إذن المالك يد ضمان سواء كان عالما بالغصب أم جاهلا و هى فى العالم كما علمت آنفا محل إجماع فعلى ما فى الشرائع من أنه لا رجوع له على المستعير الأمر واضح و على المشهور إذا رجع عليه رجوع على الغاصب إن لم تكن العارية مضمونة و من المعلوم أن الكلام فى عارية غير مضمونة كما هو الغالب المتبادر فلا يعجبني الاعتراض على الشرائع و الإرشاد و التحرير بترك استثنائها كما أن من المعلوم أنه إنما يرجع على الغاصب إذا لم يفرط فيها و لم يقصر فى إعلامه بها و لم يشترط عليه ضمان العارية و حيث يرجع عليه بجميع ما أخذه منه من أجره و أرش نقص و قيمة بل يرجع بما حصل له فى مقابله نفع مثل عوض اللبن الذى شربه و أجره الركوب لأنه غرّه و لو لا العارية لم يقدم على الشرب و الركوب و لكن يرد ما بقى من عين اللبن و الصوف مثلا (و يبقى الكلام) فيما إذا لم يغرّه و إنما توهم أنه ماله فأعاره و قصد صلته و برّه فإن الضمان يستقر على المستعير لمكان التلف فى يده و تعارض القاعدتين غير جار فى المقام لأنها ليست بعارية حقيقة حتى لا يضمن بفاسدها فتعمل قاعدة ضمان مال الغير إذا كان الاستيلاء بغير إذن عملها و على تقدير تسليم التعارض فالثانية أقوى ثم إنه يتعارض أصل البراءة و الأصل فى الجناية على مال الغير أن يكون مضمونا إذا كان بغير إذن و هذا أقوى لأنه معنى القاعدة هذا و فى التذكرة فى تذييب ذكره أنه لو استعار من غير المالك عالما أو جاهلا ضمن و استقر الضمان عليه لأن التلف حصل فى يده و لا يرجع على المعير و لو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير (انتهى) و هو يخالف كلام جميع من تعرض لهذا الفرع و هو أحد القولين فى مثل المسألة و قد تقدم بيان ذلك فى مكاسب التجارة تارة و فى فروع شروط البيع أخرى و هو ما إذا تلفت العين المغصوبة فى يد المشتري الجاهل فأخذ المالك منه قيمتها فقد ذهب جماعة إلى أنه لا يرجع بها على الغاصب منهم الشيخ فى المبسوط فى موضع منه و المحقق فى غضب الشرائع و المصنف فى مواضع من كتبه و المحقق الثانى فى مواضع من كتابه لأن التلف صار فى يده و اليد عادية فيجب رد كل ملك إلى مالكه فإذا حصل تلف أو نقص وجب البدل أو الأرش كائنا ما كان (قولك) إنه قدم على ضمان العين بالثمن خاصة فكيف يضمن القيمة (قلنا) الوجه الذى قدم عليه تبين بطلانه و اليد عادية و قد عرفت أنهم هنا مطبقون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٧

و لو جحد العارية بطل استثنائه و يضمن (١)

على أنه يرجع عليه إلا المصنف فى التذكرة و قد ذهب الشيخ فى النهاية و المصنف فى مكاسب التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام إلى أن المشتري من السارق يرجع و فى هبة التذكرة أن المتهم لا يستقر عليه الضمان و نحوه ما فى غضبها و غضب الكتاب و رهنه و كذلك المحقق الثانى قال بالرجوع فى الغصب و المضاربة و الوكالة و الرهن و مرادهم الرجوع بالقيمة بمعنى ما زاد منها عن (على خ ل) الثمن و أما الثمن فإنه يرجع به قولاً واحداً و قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين أن يكون البائع أو غيره عالما و قد غره أو جاهلا قد قصد يره و هذه نبذة مما ذكرناه فى مكاسب التجارة فإننا أسبغنا الكلام فى ذلك المقام و استوفينا فى النقض و الإبرام و فى ثمره الخلاف و كلماتهم التى تشبه على بعض الأجلاء (و الغرض) الآن أنهم لم يفرقوا على اختلافهم بين يد الأمانة كما فى الوديعه و العارية و بين غيرها كما فى البيع و الهبة و الصلح و نحو ذلك لكن بعضهم كالمصنف فى باب الغصب فرق بين ذلك و بين ما كانت يده يد ضمان كالمقبوض بالسوم و المقبوض بالبيع الفاسد دون المقبوض بالصحيح لو لا الغصب فحكم بعدم الرجوع فى هذين لأنه

مضمون عليه فكان كالعارية إذا كانت ذهباً أو فضةً فقد قرب المصنف فيها هنا أن قرار الضمان على المستعير خاصةً وقد صرح بذلك ولده و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و المقدس الأردبيلى و كذا صاحب الكفاية و به جزم المصنف فى باب الغصب و هو قضية كلام الباقيين لكونها عاريةً مضمونةً و قد أقدم على ذلك فإذا تبين فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح للقاعدة المقررة و بذلك يضعف احتمال رجوعه استناداً إلى أن استحقاق العين استوجب فساد العارية فلا تكون مضمونةً و هو مغرور مع الغصب فيرجع على من غره لأنك قد عرفت أنهم لم يضمونه من جهة الغصب بل من جهة فساد العارية كذا قالوه و هو كما ترى و يعلم وجهه مما تقدم (فالأولى) أن يقال إنه ما غره لأن الذهب و الفضة مضمونان على كل حال إلا أن يشترط عدم الضمان فهو من أول الأمر قد أقدم عليه هذا ما يتعلق بالقيمة و يبقى الكلام فى الأجرة و أرش النقص (و الضابط) فى الباب كما فى الإيضاح أن كل ما ضمنت اليد على تقدير أن الغاصب مالك يستقر ضمانه عليها و إلا فعلى الغاصب و هذا يقضى بعدم ضمان الأجرة و أرش النقص بالاستعمال و قد ذكر هنا كلاماً قال إنه أملاه عليه والده قال أما القيمة فلأنه دخل على أن يضمها فإن كانت لم تتغير بزيادة و نقصان من حين الغصب إلى حين التلف فلا بحث و إن كانت فى يد الغاصب أزيد ثم من حين قبضها المستعير إلى حين التلف لم تزد ضمن الغاصب الزيادة لتلفها فى يده مع كونها مضمونةً عليه و إنما يزول ضمان زيادة السوقية برد العين و لم ترد دون المستعير و إن نقصت فى يد المستعير للصفة فهل يستقر ضمانها على المستعير فإن قلنا يستقر ضمان الأجزاء أى أجزاء الذهب و الفضة عليه مع بقاء العين فهنا أولى و إن لم نقل باستقرار ضمانها على المستعير فمع التلف إن قلنا بضمانه أعلى القيم من المالك استقر عليه هنا جميع القيمة و إلا استقر عليه قيمته يوم التلف و على الغاصب الفاضل و إن زادت للسوق ابتنى على ضمانه من المالك أعلى القيم و عدمه و أما الأجرة فلأنه يرجع بها على غيره و يحتمل عدمه لأنه غره لأنه دخل فى العارية على أن لا ضمان عليه فى المنافع و أما أرش النقص بالاستعمال المأذون فيه فإن قلنا بضمانه من المالك ضمن و استقر عليه قطعاً لأنه أولى و إن قلنا بعدمه أو كان بغير الاستعمال جاء احتمالاً الأجرة و التقرير كما مرّ قال فهذا فرض المسألة أملاه على المصنف دام ظله انتهى و فى أوله تأمّل و الفائدة فى الترجيح لا- الترييد و فى جريان اشتراط الضمان مجرى العارية المضمونة بالذات كالذهب و الفضة فيما نحن فيه تأمّل و إشكال

(قوله) (و لو جحد العارية بطل استئمانه و ضمن)

كما فى المبسوط «١» و الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها و فى المبسوط نفى عنه الخلاف (قلت) الحال فى جحود العارية كالحال

(١) لأنه أثبت الوديعه مكان العارية و النسخه فيها غلط (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٨

و لو تجاوز المأذون ضمن (١) و لو أمر رسوله بالاستعارة إلى قرية فكذب الرسول و أخبر المعير بطلب المستعير إلى أخرى فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمّن لأن صاحبها أعارها إليه و لو خرج بها إلى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن و لا شيء على الرسول (٢) و إنما يبرأ الضامن إذا رد على المالك أو وكيله لا إلى الحرز (٣)

فى جحود الوديعه كما نبهنا عليه هناك و يشترط فى تحقق ضمانه ما اشترط هناك من عدم العذر و عدم المصلحه و أن يكون بعد سؤال المالك و مطالبته إلى غير ذلك من بقية الفروع التى يمكن إجراؤها هنا

(قوله) (و لو تجاوز المأذون ضمن)

هذا يشمل ما إذا استعار دابةً ليركبها إلى موضع معين فتجاوزته و ما إذا حملها أكثر من المقدار المأذون فيه أو سيرها أكثر من المعتاد أو أشد و نحو ذلك (و كيف كان) ففى الغنية و السرائر و كذا المبسوط أنه إذا استعار من غيره دابةً ليحمل عليها وزناً معيناً فحمل أكثر أو ليركبها إلى موضع معين فتعداه كان متعدداً و لزمه الضمان و لو ردها إلى المكان المعين بلا- خلاف و ظاهرهما نفيه بين

المسلمين فإذا استعار من بغداد إلى الحلة فتجاوزها إلى الكوفة فعليه أجره ما بين الحلة و الكوفة ذهابا و عودا و هل تلزمه الأجرة من الحلة إلى بغداد في التذكرة أن الأقرب العدم لأنه مأذون فيه من جهة المالك (و قد يقال) إن هذا الإذن انقطع بالمجاوزه فليس له الركوب من الحلة إلى بغداد بل يجب عليه دفعها إلى حاكم الحلة

(قوله) (و لو أمر رسوله بالاستعارة إلى قرية فكذب الرسول و أخبر المعير بطلب المستعير إلى أخرى فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن لأن صاحبها أعارها إليه و لو خرج بها إلى ما قاله المستعير لرسوله فتلفت ضمن و لا شيء على الرسول) كما ذكر ذلك كله في التذكرة و قال سواء عرف المستعير بالحال أو لا و أورد في جامع المقاصد على الحكم الأول أن خروجه إلى القرية الأخرى مع عدم علمه بإذن المعير إليها يكون تصرفا ممنوعا منه شرعا فحقه أن يضمن على مقتضى ما ذكره في عارية الصيد للمحرم و ثبوت الإثم عليه لإقدامه بزعمه على فعل المحرم لا-ريب فيه (قلت) قد تقدم أنه إذا استعار المحرم الصيد من المحل و أمسكه و تلف في يده ضمن قيمته له و الجزاء لله سبحانه و قضية القاعدة أن لا يضمن ما يتلف بالعارية الفاسدة لكن لما كان أمر الصيد غليظا و جب ضمانه للمالك تغليظا لا لأنه أقدم على أمر ممنوع منه شرعا مطلقا بل على أمر عظيم غليظ على أن ما نحن فيه لا منع فيه واقعا فكان الفرق بينهما من وجهين و نفى الريب عن ثبوت الإثم عليه محل ريب بلا ريب كما في كثير من نظائره كما نبه عليه الشهيد في قواعد و قال في جامع المقاصد و أما الحكم الثاني فإنه يستقيم إذا أخبر الرسول المرسل بالحال أو سكت أما إذا غره بالعارية إلى ما طلب المستعير فإن قرار الضمان على الرسول على أظهر الوجهين لكونه غارا لإطلاق العبارة لا يخلو عن شيء (قلت) لا ريب أن المباشرة تضعف بالغرور فإن كان ذلك منه كان قرار الضمان على الرسول

(قوله) (و إنما يبرأ الضامن إذا ردّ على المالك أو وكيله لا إلى الحرز)

الذي أخذها منه و لا إلى غيره من ملك صاحبها و بما في الكتاب صرح في المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها بل في التذكرة أنه إذا رد الدابة إلى إصطبل المالك و أرسلها فيه و رد آله الدار إليها لم يزل عنه الضمان بل عندنا إن لم تكن العارية مضمونة فإنها تصير بهذا الرد مضمونة لأنه لم يدفعها إلى مالكها بل فرط في وضعها في موضع لم يأذن المالك بالرد إليه و ظاهره الإجماع و في المسالك أن هذا لا خلاف فيه عندنا و إنما نبه على خلاف أبي حنيفة حيث ذهب إلى أن ردّها إلى ملك المالك كرّدّها إليه لأن ردّ العواري في العادة يكون إلى أملاك أصحابها و فساده واضح و اطراد العادة بذلك ممنوع و قد تقدم في باب الوديعه ما يبرأ به المستودع من الضمان حيث يضمن من تجديد الاستئمان و الإبراء من الضمان و غير ذلك و الكل جار في مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٧٩

و لو تجاوز المسافة المشتركة لم يبرأ بالرد إليها (١)

(الثالث) التسلط على الانتفاع (٢)

و يتقدر بقدر التسليط (٣) و ينتفع بما جرت العادة به (٤)

العارية و على الثاني نص في المبسوط في المقام

(قوله) (و لو تجاوز المسافة المشتركة لم يبرأ بالرد إليها)

قد تقدم الكلام في ذلك

(قوله) (الثالث التسلط على الانتفاع)

هذا هو الثالث من الأحكام

(قوله) (و يتقدر بقدر التسليط)

هذا معنى ما فى الشرائع وغيرها من أنه يقتصر على المأذون فيه وهذا فيما إذا تعددت جهات الانتفاع كالأرض التى تصلح للزراع والغرس والبناء والدابة التى تصلح للحمل والركوب ووجهه ظاهر إذ لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا بمقتضى الإذن فإن عمم له وجوه الانتفاع كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المباحة المتعلقة بتلك العين وقد نفى عنه الخلاف فى التذكرة وفى مجمع البرهان كان له الانتفاع به أى انتفاع يجوز للمالك والانتفاع المتعارف المطلوب منه عرفاً وعادة وفى جامع المقاصد كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدة لتلك العين لها فالحظ الفرق وإن خصص لم يجر له التخطى قطعاً كما فى جامع المقاصد وإن أطلق صح كما فى التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال إنه يصح عندنا وقد أجراه فى التذكرة مجرى التعميم فى أول كلامه وقال إنه الأقوى وهو خيرة الكتب الأربعة المتأخرة لأذن المتبادر منه العموم وأن عدم التعيين يعطى عدم الفرق بين وجوه الانتفاع وإلا- لعينه وإن تعيين أحدهما بعينه بحيث لا- يجوز غيره ترجيح بلا مرجح (قلت) الإطلاق ينصرف إلى الأفراد الغالبة المتبادرة فهو عام فيها ولا يتناول النادرة فإن أرادوا بالعموم هذا فذاك وهو قضية ما يأتى فى كلام الكتاب وهو المراد من قوله فى التحرير إذا أطلق له العارية فالأقرب الجواز وله الانتفاع بمجرى العادة فلو استعار أرضاً من غير قيد جاز أن يبنى ويغرس ويفعل كل ما هى معدة له من الانتفاع وهو الذى مال إليه فى التذكرة فى آخر البحث قال وإذا أعاره أرضاً مطلقاً كان له أن ينتفع بها بسائر الانتفاعات وجميع ما العين معدة له من الانتفاع مع بقاء العين كالزراع والغرس والبناء ويفعل فيها كلما هى مستعدة له من الانتفاع إلى أن قال والأقرب أن له أن يرهن مع التعميم دون الإطلاق وقال أيضاً فيما إذا أطلق كان له البناء والغرس والزراع دون الرهن والوقف والإجارة والبيع ولا- ترجيح فى جامع المقاصد وحكى عن الشافعية فى أحد وجهيها البطلان مع الإطلاق لأن الإعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة ولا حاجة إلى الإعارة المرسله (قوله) (و ينتفع بما جرت العادة به)

كما فى الشرائع والتحرير والإرشاد والكفاية وغيرها والمرجع فى العادة إلى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلو أعاره بساطاً اقتضى الإطلاق فرشته ونحوه من الوجوه المعتادة أو لحافاً اقتضى جعله غطاء فلا- يجوز فرشته لعدم جريان العادة بذلك أو حيواناً للحمل اقتضى تحميله قدر ما جرت العادة بكونه يحمله فلا- تجوز الزيادة أو فرساً من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها وعلى هذا وقال فى التذكرة إن لم تكن للعين إلا منفعة واحدة كالدراهم للزينة فهو متعين وإن تعددت فإن عين نوعاً تعين وإن لم يعين فإن عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه وإن أطلق فالأقوى أنه كذلك كما مر تفصيله (إذا تقرر هذا) فعد إلى عبارة الكتاب (فنعول) يحتمل أن يكون المراد أنه ينتفع بمجرى العادة حيث يعمم فينتفع بسائر وجوه النفع المعدة فى العادة تلك العين لها من الكمية والكيفية فلا يتجاوز فى الأفراد النادرة التى لم تجر العادة فى العارية لها فيها وينتفع حيث يخصص بما تجرى العادة فى ركوب الدابة مثلاً من السرعة والبطء فى السير وكونه فى الليل أو فى النهار ونحو ذلك وأما حيث يطلق فالأمر واضح فيكون عمم العادة بحيث تتناول وجوه الانتفاعات وكيفياتها ونحو ذلك فسر المولى الأردبيلي عبارة الإرشاد ويحتمل أن يكون المراد أن ذلك حيث يطلق فقط وأما حيث يعمم أو مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٠

فلو أعاره الدابة لحمل معين لم يجر له الزيادة ويجوز النقصان (١) ولو أطلق فله حمل المعتاد على مثلها (٢) ولو أذن فى زرع الحنطة تخطى إلى المساوى والأدون لا الأضر (٣) ولو نهاه حرم (٤) التخطى و عليه الأجره لو فعله (٥) والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى لا الإطلاق (٦)

يخصص فيتقدر بقدر التسليط ولا يقتصر فى الأول على ما جرت به العادة ولا يتعدى، فى الثانى إلى غير ما نص له عليه وإن جرت به العادة وهو الذى فهمه المحقق الثانى وقال إن العبارة لا تخلو عن مناقشة فلو قال وينتفع بما جرت به العادة لو أطلق لكان أولى (قلت) فيكون المصنف ممن لا يختار تنزيل الإطلاق على العموم والسوق قد يعطى فى عبارة الكتاب ما فهمه المقدس الأردبيلي

(قوله) (فلو أعاره دابة لحمل معين لم يجز له الزيادة و يجوز النقصان)

الحكم الأول مما لا خلاف فيه لأصالة عصمة مال الغير و عدم جواز التصرف به إلا بما أذن فيه و أما الثاني فلأولوية العرفية كما بيناه في الوديعه و يأتي فيما إذا عين له جهه فتجاوزها إلى الأذن الإجماع على جوازه و هو يدل على ما نحن فيه و ما في المسالك و الروضة و كذا جامع المقاصد و غيرها من منع الأولوية في مثله لاختلاف الأغراض في ذلك فقد تقدم جوابه هنالك و ستمعه قريبا (قوله) (و لو أطلق فله حمل المعتاد على مثلها)

هذا أيضا مما لا خلاف فيه من القائلين بصحة الإطلاق كما تقدم و يأتي

(قوله) (و لو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوى و الأذن لا الأضر)

أما عدم جواز التخطى إلى الأضر فقد اتفقت عليه الفتاوى من دون خلاف أصلا و أما جواز التخطى إلى المساوى و الأذن فهو صريح التذكرة و التحرير و إليه مال أو به قال المقدس الأردبيلي و صريح المبسوط و الغنية و السرائر و الرياض في جواز التخطى إلى الأذن و هو قضية كلام المبسوط في المساوى و في المبسوط أنه لو أذن له في الغرس و البناء فزرع جاز ذلك له بلا خلاف و هو يقضى بنفيه هنا أيضا و في جامع المقاصد أن ظاهر كلامهم أن الحكم بجواز التخطى إلى المساوى و الأذن إجماعى و إلا فهو مشكل (قلت) قد عرفت المصرح بذلك و لعله استنبطه من عدم نقل الخلاف فيه في المختلف و التذكرة و الإيضاح و غيرها لكنه كأنه لم يلحظ الشرائع قال فيها و يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه و قيل يجوز أن يستريح ما دونه في الضرر كان يستعير أرضا للغرس فيزرع و الأول أشبه و المنع فيهما أيضا ظاهر الإرشاد و اللعمه و صريح الروضة و المسالك و الكفاية و صاحب الرياض منع في المساوى و أجاز في الأذن و لا ترجيح في المفاتيح (قلت) ينبغي عدم التأمل في جواز التخطى إلى الأذن للأولوية العرفية و لا يقدح فيها اختلاف الأغراض مع الجهل بأن المقصود من التعيين هو الخصوصية و مراعاة ذلك في عدم الأخذ بالأولوية في المسألة يوجب انسداد باب إثبات الأحكام الشرعية بها و لم يقولوا به نعم لو علم قصد الخصوصية بالنهي عنه كما يأتي اتجه المنع و أما في المساوى فلا يبعد الجواز لأن العرف يقضى بعدم التضييق في مثل ذلك إذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعير بالمعير غالبا و يشهد له قولهم في الدابة المستأجرة بجواز إركاب المساوى لها و إجارتها له و لعله لا- إشكال مع القرينة بأن المقصود غير متعلق بالمعير فليتأمل و الاحتياط لا يترك

(قوله) (و لو نهاه حرم)

أى التخطى إلى الأذن و المساوى قطعا كما في المسالك و الكفاية و كذلك إذا دلت القرائن على تعلق الغرض بالمعير كما في المسالك و كان له قلعه مجانا كما في التذكرة

(قوله) (و عليه الأجرة لو فعله)

كما هو واضح و عليه نص في جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية

(قوله) (و الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى لا الإطلاق)

يريد أنه إذا عدل إلى الأضر مع النهى فالأقرب عدم إسقاط أجرة المأذون فيه و ثبوت الزائد خاصة لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه و هو يستلزم ثبوت الأجرة كملا و القدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره فالمراد بالتفاوت هو مقدار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨١

بخلاف حمل الأكثر (١) و ليس للمستعير أن يعير و لا أن يؤجر (٢) و لو أعاره للغراس لم يكن له البناء و بالعكس و له الزرع (٣) و لا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع و إن تعددت فلو استعار الدابة ركب أو حمل و لو استعار أرضا فله البناء أو الغرس أو الزرع و كذا لو قال انتفع كيف شئت و لو استعار للزرع و أطلق زرع مهما شاء (٤)

أجرة المأذون فيه و هو خيرة الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و كذلك تلزمه الأجرة لو عدل إلى المساوى و الأدون مع النهى و أن الأقرب عنده إذا أتى بالأضر مع الإطلاق أى عدم النهى عن الأضر إسقاط أجرة المأذون فيه لأنه لم يحصل ما ينافيه فيكون مستثنى من المستوفى و بعبارة أخرى أنه قد أسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض فالزائد هو المضمون خاصة لأنه غير المأذون و هذا لا يقضى بالإسقاط مع التصريح بالنهى (و بتقرير آخر) أنه مع عدم النهى عن التخطى استفاد بالإذن فى الزرع المخصوص استباحة المنفعة المخصوصة فى ضمن أى فرد كان فحيث تخطى إلى الأضر كان مقدار منفعة المأذون مباحا له خاصة فيضمن الزائد فقط و هو خيرة الإيضاح و كذا الحواشى و ذهب المحقق الثانى و الشهيد الثانى إلى عدم الفرق لأن التخطى فى الحالين غير مأذون فيه أقصاه أنه فى إحداهما نص على المنع و فى الأخرى جاء المنع من أصل الشرع و ذلك لا- يوجب اختلاف المذكور و لم نجد فرقا بين من منع من التصرف فى ملكه و بين من لم يمنع فى وجوب الضمان على المتصرف فيه و هو خيرة الكفاية على تأمل له و الرياض و ظاهر الروضة و لا فرق بين التخطى إلى الأضر و بين التخطى إلى المساوى و الأقل عند من منع من التخطى إليهما و على احتمال إسقاط أجرة المأذون فيه فى الأضر لا يحصل فى المساوى و الأقل ضررا إلا الإثم خاصة

(قوله) (بخلاف حمل الأكثر)

أى إذا أذن له فى تحميل الدابة قدرا معيناً فزاد عليه فإنه يضمن أجرة الزائد قولاً واحداً كما فى جامع المقاصد و يتحقق إسقاط قدر المأذون فيه قطعاً كما فى الحواشى و المسالك و عليه نص فى الروضة و الكفاية و الرياض لأن المأذون فيه بعض المنفعة التى استوفها فلا أجر له بخلاف النوع المخالف و مثله ما لو زرع المأذون و غيره و ما لو ركبها و أردف غيره

(قوله) (و ليس للمستعير أن يعير و لا أن يؤجر)

كما صرح به فى الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و هو قضية كلام كثير منهم و به صرح فى اللمعة و الروضة فى خصوص الإعارة بالإجارة بالأولى و ذلك لأنه لا- يتناوله الإطلاق و فى المسالك أنه محل وفاق و خالف فيه بعض العامة فجوزه قياساً على إجارة المستأجر و الفرق واضح نعم يجوز للمستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه و وكيله و لا يعد ذلك إجارة لأن المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل كما قاله بعض و لا بد من تقييده بما إذا لم يشترط عليه الاستيفاء بنفسه و أما الأهل و الدواب و الضيف فحكمه حكم نفسه إن كان المحل قابلاً للإعارة له إجارة لهم بمعنى جواز انتفاعهم بذلك بل هو المنتفع أيضاً و القيد المذكور معتبر هنا أيضاً و فى الشرائع و الإرشاد و اللمعة أنه لا يجوز له ذلك أى الإعارة و الإجارة إلا مع الإذن (قلت) لعله يكون حينئذ و كيلاً للمالك لا معيراً و لا مؤجراً عن نفسه

(قوله) (و لو أعاره للغراس لم يكن له البناء و بالعكس و له الزرع)

كما قد تقدم بيانه

(قوله) (و لا يجب فى العارية التعرض لجهة الانتفاع و إن تعددت فلو استعار الدابة ركب أو حمل و لو استعار أرضاً فله البناء أو الغرس أو الزرع و كذا لو قال انتفع كيف شئت و لو استعار للزرع و أطلق زرع مهما شاء)

هذا تقدم الكلام فيه كله فى الثالث و المخالف فى الأول بعض العامة فإنهم حكموا بالبطلان فى المتعدد و قد فرقنا بين الإطلاق و التعميم و إنما يجوز أن يحمل على الدابة المعدة لذلك و أما المعدة للركوب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٢

(الرابع) التنازع

فلو ادعى العارية و المالك الإجارة فى الابتداء صدق المستعير (١) و لو انتفع جميع المدة أو بعضها احتل تصديقه بيمينه لانفاقهما

على إباحة المنفعة والأصل براءة الذمة من الأجرة و تصديق المالك يمينه لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة فيحلف على نفى العارية و يثبت له الأقل من أجرة المثل و المدعى (٢)

فقط فلا

(قوله) (الرابع التنازع فلو ادعى العارية و المالك الإجارة في الابتداء صدق المستعير)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية فإذا حلف على نفى الإجارة سقط عنه دعوى الأجرة و استرد المالك العين لأن الراكب لا يدعى لنفسه حقا و لا أتلف المنافع على المالك و لا يدعى خروجها عن ملكه حتى يحكم الأصل الآتي فالمدعى في الحقيقة هو المالك و لأنه يدعى ثبوت الإجارة و وجوب الأجرة في ذمته و الآخر ينكرهما فيقدم قوله للأصل و المدعى لا يدعى عليه بشيء من عوض المنافع فلم يتعدد قوله و علل في المبسوط و الشرائع بأن المالك يدعى عقدا و هذا ينكره و هو بإطلاقه جار في المسألة الآتية فلا بد مما ذكرناه من الضميمة و مما ذكر علم المراد من الابتداء في العبارة و هو أن الاختلاف كان عقيب العقد من غير انتفاع و لا مضى مدة لمثلها أجرة

(قوله) (و لو انتفع جميع المدة أو بعضها احتمل تصديقه يمينه لاتفاقهما على إباحة المنفعة و الأصل براءة الذمة من الأجرة و تصديق المالك يمينه لأن الأصل مملوك فكذا المنفعة فيحلف على نفى العارية و يثبت له الأقل من أجرة المثل و المدعى)

الأصحاب في المسألة على أقوال (الأول) ما ذكره المصنف أولا- من أن القول قول الراكب المستعير و هو خيرة عارية الخلاف و المبسوط مع تقييد العارية فيه أي المبسوط بما إذا كانت مضمونة و الغنية و اللمعة و مجمع البرهان و الكفاية و به قال أبو حنيفة قالوا لأنهما اتفقا على أن تلف المنافع كان على ملك المستعير لأن المالك يزعم أنه ملكها بالإجارة و المستعير يزعم أنه ملكها بالاستعارة و قد ادعى عليه عوض ما تلف على ملكه و الأصل عدم وجوبه و براءة ذمته و فيه (أولا) أن المستعير لا يملك المنفعة و إنما يجوز له التصرف فهي إباحة كما قاله في ثمره التعريف و أشار إليه المصنف بقوله على إباحة المنفعة فتأمل جيدا (و ثانيا) أن المنافع أموال كالأعيان فهي في الأصل لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل و أصالة براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك لا- من مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التي هي من جملة أموال المالك و الأصل يقتضى عدم خروجها عن ملكه مجانا و في الكفاية أن لا- حجة على هذا الأصل عقلا- و لا- نصا و نحوه ما في مجمع البرهان مع أنه في مزارعة الكفاية قال في المزارعة بالتحالف فكان عاملا بهذا الأصل مع (ثم خ ل) أن هذا الأصل قد طفحت به العبارات من الخاصة و العامة في الباب و باب المزارعة و غيرها من غير تأمل و لا خلاف فكأنه مجمع عليه و هو معنى قولنا الأصل قبول قوله فيه و عدم خروجه عنه إنما بقوله و قد دل عليه النص الصحيح و العقل (أما النص) ففي صحيحة إسحاق بن عمار قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل الذي كانت عنده وديعة و قال الآخر كانت عليك قرضا قال المال لازم إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة فتأمل (و أما العقل) فلأنه معصوم عقلا و نقلا و معنى عصمته عدم خروجه عن ملكه بغير عوض و بدون قوله ثم إنه ليس بيعه و هبته و إعارته إلا- كطهارته و نجاسته و حليته و حرمة و ملكيته و عدم ملكيته فكما يقبل قوله و إقراره في ذلك يقبل هنا فليلحظ ذلك نعم يتم هذا القول فيما إذا قدم الحاكم دعوى المالك بالقرعة أو بالسبق أو بجلوسه عن يمين صاحبه أو لأنه إذا ترك ترك فكان مدعيا محضا بهذا المعنى فإذا أحلفه المالك على نفى الإجارة فقد سقطت دعوى الإجارة و دعوى الأجرة المعينة معا و لا معنى حينئذ لدعوى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٣

.....

المستعير عليه الإعارة ولا- لتحليفه و أخذ الأقل من المدعى و أجره المثل خصوصا إن ادعى أن الأجرة عين معينة نعم إن ادعى الراكب أن الإعارة مشروطة في عقد لازم و لم ينقض أو أنها من باب آخر فإن له تحليفه و يتجه التحالف و إلا فلا و إن قدم الحاكم دعوى الراكب لأنه مخالف للأصل بالمعنى المذكورة مخالف للظاهر الغالب لا يتجه هذا القول فينبغي أن يكون المدار في الباب على بيان من يجب على الحاكم تقديم دعواه (الثاني) أن القول قول المالك في عدم العارية لموافقته الأصل و الظاهر الغالب و لا يقبل قوله فيما يدعيه من الإجارة لأنه مدع إذا حلف على نفي العارية لم تثبت الإجارة و لكن يثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه فيثبت عليه أجره المثل و هو خيرة الشرائع و التحرير في الباب و باب المزارعة و إجارة المهذب و مزارعة التذكرة و هو محتمل من إجارة المبسوط و الشرائع أو ظاهرهما و يشكل بما لو كان ما يدعيه من الأجرة أقل من أجره المثل لاعترافه بنفي الزائد فينبغي أن يثبت له يمينه أقل الأمرين مما يدعيه و أجره المثل لأن الأقل إن كان ما يدعيه من الأجرة فهو معترف بعدم استحقاقه سواء و إن كان الأقل أجره المثل فلم يثبت يمينه سواها لأن الإجارة لم تثبت و هذا هو (الثالث) من الأقوال و هو خيرة الكتاب و الإرشاد على الظاهر منهما و يشكل بأن المالك يدعى الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجره المثل و الراكب ينفية فلا بد من وجه شرعي يقتضى نفيه و حلفه على نفي الإجارة لم يدل على نفي الإجارة كما لا يدل على إثباتها و إثبات أقل الأمرين باليمين مسلم لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره لا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة أو نكوله فيحلف المالك عليها و يأخذ الزيادة و لهذا اختير في المختلف و التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مزارعة الكتاب و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض (كذا) و المسالك و الكفاية أنهما يتحالفان و هو (القول الرابع) و عليه نزل الشهيد عبارة الكتاب في الحواشى المنسوبة إليه لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه فيحلف المالك على نفي الإجارة و الراكب على نفي الإجارة و يثبت أقل الأمرين لانتفاء الزائد من المسمى يمين المستعير و الزائد من أجره المثل باعتراف المالك فلا بد لمن أطلق القول بالتحالف كما في المختلف من تقييده بما إذا لم ترد أجره المثل عن المدعى فإن زادت فلا معنى لإحلاف المالك كما هو ظاهر مضافا إلى ما ستسمع و قد يعتذر عن ظاهر الكتاب و الإرشاد بأن يقال إن ذلك إنما هو فيما إذا قنع المالك و رضى بذلك و لم يدع شيئا آخر و إن ذلك أقل ما يحصل له في هذه الصورة و أما إذا لم يقنع و طالب بالزيادة فله إحلافه كما هو ظاهر و لعله إنما تركه لظهوره. و قد يعتذر عن الشرائع و التحرير بأن الغالب في الأجرة أن تكون بمقدار أجره المثل أو أزيد فالاعتراض عليهما بما إذا كان ما يدعيه من الأجرة أقل لم يصادف محزه و يرد على القول بالتحالف ما ذكرناه في صدر المسألة من أنه إذا قدمت دعوى المالك و حلف المستعير فلا معنى للتحالف أصلا فالقول بالقرعة لهم في تقديم حلف أحدهما ليس بذلك البعيد و هو (القول الخامس) في أصل المسألة اختاره الشيخ في مزارعة الخلاف و جعله في المبسوط أحوط قال في الخلاف و الذى يليق بمذهبا أن يستعمل فيه القرعة فمن خرج اسمه حلف و حكم له به و معناه أن معرفة المدعى و المنكر مشتبهه عليه في المقام فيجب المصير إلى القرعة و قضية ما فى المبسوط أن الحاكم لمكان الاشتباه مخير في تقديم أيهما شاء و الأحوط القرعة و (القول السادس) هو ما فى السرائر قال لا يقبل قول المالك فى مقدار ما ادعاه من الأجرة و لا يقبل قول الراكب فيما ادعاه من العارية بل توجب عليه أجره المثل لأننا قد تحققنا ركوب الدابة و الراكب يدعى العارية فيحتاج إلى بينة و المالك يدعى عقد إجارة و أجره معينة يحتاج أيضا إلى بينة فإذا عدنا البيئات على ذلك و قد تحققنا ركوب الدابة فالواجب فى ذلك أجره المثل عوضا عن منافع الدابة المتحققة انتهى و ظاهره أنه لا يكلف أحد منهم يمين و هو خلاف ما فى الشرائع و قد حكى عنه فى المسالك موافقتها فليلاحظ ذلك و قد استوفينا الكلام فى باب المزارعة فلتلحظ

هناك أيضا و للمصنف فى إجارة الكتاب فى المسألة عبارة لا تكاد تصح على ظاهرها فلا يصح أن نحكى عنها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٤

و لو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين و يثبت له أجره المثل (١) و لو ادعى استئجار الذهب و سوغناه بعد التلف و ادعى المالك الإعارة فإن اتفقت الأجرة و القيمة أخذها المالك بغير يمين و إن زادت القيمة أخذها باليمين (٢) و قبل التلف للمالك

الانتزاع باليمين (٣) و يصدق المستعير في ادعاء التلف (٤)

شيئا و قد انتهض الشارحون لتأويلها فلتلحظ و قد نزلناها على تنزيل يدفع عنها جميع ما أوردوه عليها (فرع) لو انعكس هذا الاختلاف فادعى المالك الإعارة و المتصرف الإجارة فالقول قول المالك سواء كان قبل مضي مدة لمثلها أجره أو بعد مضي مدة الإجارة أو بعد مضي بعض المدة و في الصورتين الأخيرتين تكون الأجره مجهولة المالك ثم إنه لا معنى للاختلاف في الثانية إلا إذا كانت الإعارة مشروطة في عقد لازم هذا إذا كانت العين باقية و إن كانت تالفه و كان الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها أجره عقيب القبض و قد ادعى أنه شرط عليه الضمان فالقول قول المالك مع اليمين لأنهما اختلفا في صفة القبض و الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي و إن كان بعد مضي المدة أو في أثنائها فإن كانت الأجره بقدر القيمة فذاك و إلا أخذت الزيادة

(قوله) (و لو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين و له أجره المثل)

كما في التذكرة و التحرير و المختلف و جامع المقاصد و مزارعة المبسوط و الشرائع و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض (كذا) و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و السرائر فيما حكى عنها و الموجود في السرائر في الباب ما تقدم نقله عنها و لم نجده في مزارعتها لما تقدم من أصالة تبعية المنافع للأعيان في التملك و الأصل عدم إباحة المنفعة و عدم الإذن و المخالف الشيخ في الخلاف قال القول قول المتصرف لأن المالك يدعى عليه عوضا و الأصل براءة ذمته منه و زاد له في التذكرة أن الظاهر من اليد أنها بحق و أغرب فيها في باب المزارعة فقال إن القول قول المتصرف و عليه الأجره و الأرش و طم الحفر و له إزالة الزرع و في جامع المقاصد أنه سهو قطعاً (قلت) هذا يرجع إلى أن الأصل في فعل المسلم الصحة و أنه غير مخالف للشريعة لكن شرط التمسك بالأصلين أن لا يلزم الإضرار بمسلم هذا و قد قال في المختلف إن كانت العين باقية ردّها و الأجره و إن كانت تالفه ردّ الأجره و هل يرد أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف إن أوجبه على الغاصب أو القيمة يوم التلف و الوجه هنا التحالف و تثبت القيمة يوم التلف خاصة و إن لم توجب أعلى القيم على الغاصب فلا- بحث و إن ادعى المالك الغصب و القابض الإجارة فالاختلاف هنا في وجوب القيمة و قدر الأجره فالقول قول المالك مع اليمين و إن نقض المسمى عن أجره المثل انتهى

(قوله) (و لو ادعى استيجار الذهب و سوغناه بعد التلف و ادعى المالك الإعارة فإن اتفقت الأجره و القيمة أخذها المالك بغير يمين و إن زادت القيمة أخذها باليمين)

كما صرح به في جامع المقاصد و نبه عليه في التحرير (و الوجه في الأول) أعنى اتفاق الأجره و القيمة ظاهر لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين و لا- محصل للاختلاف (و في الثاني) أن المالك إذا حلف على نفى الإجارة انتفت فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت و إنما ذكر تسويغ استيجاره لأنه لم يسبق بيانه و قوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى (قوله) (و قبل التلف للمالك الانتزاع باليمين)

أي إذا ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعتها المالك إذا حلف على نفى الإجارة و لا عوض للمنفعة المستوفاه لإقراره بالعارية و إن وجب على مدعى الاستيجار أجره مدة كون العين في يده بزعمه (قوله) (و يصدق المستعير في ادعاء التلف)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و الكفاية و قد يلوح ذلك ممن اقتصر على ذكر عدم قبول قوله في الردّ و في الرياض أنه لا خلاف فيه سواء ادّعه بأمر ظاهر أو خفي لأنه أمين و لا مكان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٥

لا الرد (١) و في القيمة مع التفريط أو التضمين (٢) على رأى

صدقه فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس و قال في المسالك و قد تقدم نظيره و ما يرد عليه في باب الأمانات و لم نجده أورد على نظيره في باب الأمانات شيئاً و في مجمع البرهان أن ما استندوا إليه ليس بحجة قاطعة و القياس على الوديعة قياس مع الفارق لمكان الضرورة لثلا- يلزم سدّ باب الوديعة فإن كان إجماع أو نص و إلا فالقواعد تقتضى أن القول قول المالك كما في الردّ لأنه مدع و المالك منكر و الفرق بين الرد و التلف مشكل نعم يمكن قبول قوله في موضع لا يمكن الإشهاد (قلت) قد طفحت أخبار باب العارية على كثرتها بأنها إذا هلكت عند المستعير ليس عليه ضمان فتأمل جيداً و في بعضها أن صاحب العارية و الوديعة مؤتمن و إذا ثبت هذا لم يكن عليه إلا- اليمين فكان النص موجوداً و أنهما من واد واحد إلا أنّ ذلك قد يقضى بقبول قوله في الردّ و لا يقولون به فتأمل و لعله لا يجيء هنا خلاف الصدوق و الشيخ في النهاية و صاحب الوسيلة من قبول قوله من دون يمين كما قالوه في الوديعة (قوله) (لا في الرد)

كما في الكتب التسعة المتقدمة مع زيادة النافع و إيضاحه و التبصرة و المسالك و مجمع البرهان و في الرياض أنه لا يعلم فيه خلافا للأصل و أنه قد قبضه لمصلحة نفسه بخلاف الودعي فإنه إنما قبض لمصلحة المالك خاصة و معنى عدم قبول قوله الحكم بضمانه المثل أو القيمة لا الحكم بالعين مطلقاً أى كاذباً كان أو صادقاً للزوم إيداعه الحبس مخلداً و لا منافاة بين إمكان صدقه و كونه كاذباً في الواقع و الحكم بضمانه للمثل أو القيمة ظاهراً إذ ليس كل ممكن بواقع و طريق الجمع الانتقال من العين إلى البدل و قال في جامع المقاصد و من هنا يعلم أنّ الوكيل يجعل كالمستعير و تبرعاً كالمستودع (قلت) هذا يتم لو كانت العلة منصوصة و ليست كذلك و إنما هي مناسبة مع مخالفة الأصل و الأصل فيما نحن فيه الإجماع معتزداً بالأصل و أنه مدّع محض و إلا فبعض أخبار الباب يقضى بأنه كالودعي يقبل قوله في الردّ كما عرفت (قوله) (و في القيمة مع التفريط أو التضمين)

لو اختلفا في القيمة فالقول قول المستعير كما في السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و الإرشاد و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و مجمع البرهان و الكفاية و في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك التصريح كالكتاب بما أطلق هؤلاء بأن القول قوله مع التفريط أو التضمين و في التحرير و التبصرة التقييد بالتفريط و الاقتصار عليه ليس خلافاً بل لعله للتنبيه على الأخرى أو الأغلب لكن في المختلف و الإيضاح و الرياض فرضت المسألة فيما إذا اختلفا في القيمة بعد التفريط و الاتفاق عليه و ليس في كلام المخالفين كما يأتي التقييد بذلك و قد اختير في الثلاثة المذكورة تقديم قول المستعير و في التنقيح أن عليه الفتوى (قلت) و دليلهم الأصل و أنه غارم و قال الشيخ في النهاية و إذا اختلف المستعير و المعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه فإن اختلفا في التفريط و التضييع كان على المعير البينة إلخ فذكر التفريط بعد الاختلاف في القيمة و هو الذي يفهم من المقنعة و المراسم و به صرح في الوسيلة قال فإن اختلفا في القيمة كان القول قول المعير و هو المحكى عن القاضى و قال في الغنية و إذا اختلفا في مبلغ العارية أو قيمتها أخذ ما أقر به المستعير و كان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد عن ذلك بدليل الإجماع و حكى مثل ذلك في المختلف عن التقى و احتمال أن يكون ذلك بعد رد المستعير اليمين على المعير و هو بعيد على أنّ هذه العبارة هي التي حكاهما في السرائر عمن خالف منا و قال إنها هي التي أوردها الشيخ في النهاية و قد خلا كلام الجميع عن التقييد بكون ذلك بعد التفريط بل هو بإطلاقه شامل لما إذا اشترط التضمين فلا نستجيد قوله في المختلف احتجاجاً ببطلان الأمانة بالخيانة فلم يكن قوله مقبولاً في القيمة لأنه ليس في كلامهم تصريح ولا- ظهور في ذلك و تبعه على ذلك جماعة مع أن منهم من صرح بالتفريط و التضمين كولد المصنف في الإيضاح و منهم من أطلق الكلمة كالمحقق الثاني و الشهيد الثاني و أجابوا بأن تقديم قوله ليس لكونه أميناً بل لكونه منكرًا و ظاهر كلام السرائر أن هناك خبراً استندوا

و فى عدم التفريط (١)

(فروع)

(الأول)

ولد العارية المضمونة غير مضمون (٢)

(الثانى)

مئونة الرد على المستعير (٣)

(الثالث)

لو رد إلى من جرت العادة بالقبض كالدابة إلى سائسها لم يبرأ (٤)

إليه و قال كاشف الرموز إنى اعتبرت الأحاديث فما ظفرت بخبر يؤيد هذا القول و أخذ يتجشم لهم أن الثابت فى الذمة هو التالف و مع تعذر المثل القيمة فالمستودع يدعى أن الثابت فى الذمة هذا القدر خلاصا مما ثبت فى ذمته فعليه البيئه ثم أجاب بأننا لا نسلم أنه يدعى بل ينكر قول المالك و يقر بالقدر المتفق عليه قال و لا يقال إنه يدعى أمرا خفيا لأن المتفق عليه لا يكون خفيا و الغرض أنه و صاحب السرائر لم يحتج لهم بما فى المختلف و غيره و صاحب الغنية احتج بالإجماع الموهون بما عرفت نعم ما ذكره يتعين فى الوديعة لأنه لا يتأتى فيها الضمان بدون تفريط و لا كذلك العارية و قد خلت بعض العبارات عن ذكر اليمين و هو مراد جزما هنا (و ليعلم) أن ذلك كله فيما إذا احتمل تغيير القيمة حين التلف لطول المدة و نحو ذلك و إلا فلو رآها أهل الخبرة قبل هلاكها بحيث يجزمون أنها لم تتغير قيمتها حين هلاكها بما قاله المستعير فإن القول قول المالك و لعل ذلك مراد الشيخين و أتباعهما فتأمل (قوله) (و فى عدم التفريط)

كما فى النهاية و الوسيلة و الغنية و السرائر و النافع و التذكرة و المختلف و التبصرة و التنقيح و الكفاية و هو المحكى عن القاضى و التقى للأصل و أنه منكر و قد يظهر من الغنية الإجماع عليه و قال فى المقنعة و إن تعدى المستعير فى العارية ضمنها و إن لم يكن صاحبها قد اشترط ضمانها و القول فى الخلف بين المستعير و صاحب العارية كقول فى الوديعة و الرهن سواء إن كانت لأحدهما بيئه حكم له بها و إن لم تكن فالقول قول صاحب العارية مع يمينه بالله عز و جل مع أنه لم يذكر فى الرهن و لا الوديعة الخلف فى التفريط بل فى القيمة معه و جعل القول قول المالك و لم يطل به العهد فتأمل و قال فى المراسم فالمضمون يلزم ضمانه على كل حال و ما لا يضمن لا يلزم ذلك فيه إلا بالتفريط خاصة فإن اختلفا فى شىء من ذلك فالقول قول المعير مع يمينه إذا عدما البيئه فإن قصد و شيخه الخلف فى التفريط كانت المسألة خلافية و لم يفهم المصنف منهما الخلاف فى الكتاب و لا ولده و لا كاشف الرموز و لا أبو العباس و لو كانا مخالفين ما أهمل التنبه عليه بالكلية فى الشرائع و غيرها مما لم نذكره و المصنف فى المختلف احتمل كونهما مخالفين احتمالا و إنما نسب الخلاف إليهما على البت الفاضل المقداد و نقل عبارته حرفا فحرفا شيخنا صاحب الرياض

(قوله) (فروع الأول) ولد العارية المضمونة غير مضمون)

هذا خاص بما إذا كانت مضمونة بالاشتراط فيما يؤثر فيه الشرط لا كولد الصيد للحرم و شبهه و وجه عدم ضمانه أن الإذن فى إثبات اليد عليه مستفاده من فحوى عارية الأم و ليس داخلا- فى العارية و لا فرق بين كونه منفصلا أو حملا و يجىء على قول الشيخ إن الحمل جزء من الأم ضمانه

(قوله) (الثانى مئونة الرد على المستعير)

قد تقدم الكلام فيه لأنه قبض لمصلحه نفسه و يجب رد الملك على مالكة عند الطلب أو انقضاء المدة و قال فى جامع المقاصد قد يقال هذا ينافى ما سبق من عدم وجوب طم الحفر لو قلع الغرس المالك لأنه لم يرد الملك المستعار على المالك إلا أن يقال المراد رده على ما هو به و على ما ذكره فقد يستفاد أن المالك إذا بذل الأرش ألزمه بالقلع و ليس ببعيد لكن يشكل عليه ما لو استعار فى بلد فسافر المالك إلى بلد آخر فيمكن أن يقال الواجب الرد فى بلد العارية لأنه الذى لزمه وقت تسليمها

(قوله) (أو رده إلى من جرت العادة بالقبض كالدابة إلى سائسها لم يبرأ)

لو قال لو رد العارية إلى من جرت العادة بقبضه لها كان أولى و قد تقدم الكلام فى ذلك و قال أبو حنيفة إذا ردها إلى ملك المالك صارت كأنها مقبوضة لأن رد العواري فى العادة تكون إلى أملاك صاحبها و غلظه فى التذكرة برد السارق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٧

(الرابع)

لو أعار المستعير للمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء و يستقر الضمان على الثانى مطلقا على إشكال (١) و كذا العين (٢)

(الخامس)

لو أذن المالك فى الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء المدة على إشكال فتقدر المدة فى الإجارة و يضمن المستعير فى المضمونة دون المستأجر و المرتهن (٣)

(المقصد الثالث) فى اللقطة

إشارة

وفيه فصول

المسروق إلى الحرز و منع عليه العادة

(قوله) (لو أعار المستعير للمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء و يستقر الضمان على الثانى مطلقا على إشكال)

لا ريب أن له الرجوع بأجرة المثل على من شاء منهما لأن المنفعة مضمونة على كل واحد منهما لكونهما غاصبين و المراد بالإطلاق ما إذا كان أى الثانى عالما أو جاهلا و استقراره على العالم لا إشكال فيه و إنما الإشكال فى استقراره على الجاهل أقواه و أصحه عدم قراره عليه كما فى الإيضاح و جامع المقاصد لأنه إنما أقدم على استيفاء المنفعة مجانا فكان مغرورا ضعيف المباشرة فيرجع على من

غزّه ولا ترجيح فى التذكرة و التحرير و الحواشى كالكتاب لما ذكر و لأنه المتلف المباشر للتلف و هو ضعيف (قوله) (و كذا العين)

يعنى أن العين لو تلفت كان ضمانها عليهما فيتخير المالك فى الرجوع على من شاء منهما و قرار الضمان على الثانى مطلقا على إشكال فى الجاهل قد علم وجهه مما سبق لكن فى التحرير جزم بأن قرار الضمان على المستعير الثانى لو تلفت فى يده و لم يستشكل فى الجاهل كالتذكرة و الأصح أنه يرجع على من غزّه كما فى الإيضاح أيضا و جامع المقاصد و الكتاب فى باب الرهن و فى الحواشى أنه لو اشترط عليه الضمان أو كانت مما يضمن كالذهب و الفضه ضمن قطعا و وافقه على ذلك المحقق الثانى لأنه إنما دخل على ضمانها و قال و الحال فى نقص الأبعاض يعلم من هذا (قوله) (لو أذن المالك فى الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء المدة على إشكال فتقدر المدة فى الإجارة و يضمن المستعير فى المضمونه دون المستأجر و المرتهن)

قد تقدم الكلام فى باب الرهن فيما إذا استعار للرهن مسبغا فى المسألة و أطرافها مستوفى أحسن استيفاء و قد لاحظنا هناك كلامهم فى البابين و منه يعلم حال ما إذا أذن له فى الإجارة و الأصح أنه يلزمه الصبر إلى انقضاء المدة المقدره لأنه لا بد من تقديرها فيها لأنها تقبل الزيادة و النقصان و الضرر بذلك يتفاوت تفاوتاً بينا فلا تصح الإجارة حينئذ بدون تقدير المدة و لا يضمن المستأجر و المرتهن لو تلفت لأن يدهما يد أمانه و قد تقدم الكلام فى المرتهن.

المقصد الثالث فى اللقطة (٤) قال فى القاموس اللقطة محرّكة و كحرمة و همزة و ثمامة ما التقط و اقتصر فى الصحاح على الأول (و قال فى النهاية) اللقطة بضم اللام و فتح القاف المال الملقوط قال و قال بعضهم بنى اسم الملقط كالضحكة و الهمزة فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف و الأول أكثر و أصح انتهى (قلت) هذا البعض الذى قال بسكون القاف لا غير هو الخليل بن أحمد حكاة عنه فى التذكرة و أما جواز فتح القاف و سكونها فمحكى عن الأصمعى و ابن الأعرابى و الفراء و أبى عبيدة (و فى المصباح المنير) اللقطة وزان رطباً ما تجده من المال الضائع قال قال الأزهرى اللقطة بفتح القاف اسم الشئ الذى تجده ملقى لتأخذه قال أى الأزهرى و هذا قول جميع أهل اللغة و حذاق النحويين و قال الليث هو بالسكون و لم أسمعه لغيره و اقتصر ابن فارس و الفارابى و جماعة على الفتح و منهم من يعدّ السكون من لحن العوام و وجه ذلك أن الأصل لقاطه فكثرت عليهم لكثرة ما يلتقطون فى النهب و الغارات و غير ذلك فتقلبت بها ألسنتهم اهتماماً بالتخفيف فحذفوا الهاء مرة و قالوا لقاط و الألف أخرى فقالوا لقطه فلو أسكن اجتمع على الكلمة إعلالات و هو مفقود فى فصيح الكلام و عن أبى عبيدة أن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٨

(الأول) فى اللقيط

إشارة

و فيه مطلبان

(الأول) الملقوط

إما إنسان أو حيوان أو غيرهما و يسمى الأول لقيطا و ملقوطا و منبوذا (١) و هو كل صبي ضائع لا كافل له (٢)

ما عليه عامة أهل العلم أن اللقطة بالتحريك حكاة عنه فى السرائر و قال فى الإيضاح فى حديث يزيد بن خالد الجهنى أجمعت الرواة

على روايته بالتحريك و في الصحاح أصل اللقطة الأخذ من حيث لا يحسن منه و في النهاية أن يعثر على الشيء من غير قصد (و كيف كان) فقد قال جماعة إنها مختصة لغه بالمال و الفقهاء تجوزوا في إطلاقها على ما يشمل الآدمي و بعضهم جرى على المعنى اللغوي و أفرد الإنسان الضائع بكتاب آخر و عنوانه باللقيط (قلت) الظاهر أنها حقيقة شرعية بناء على قول هؤلاء الجماعة لوجود معيارها فيها كما هو واضح لأنه قد أطلق لفظ اللقطة على الجارية في صحيح علي بن جعفر في كلامه (قوله) (الأول الملقوط إما إنسان أو حيوان أو غيرهما و يسمى الأول لقيطا و ملقوطا و منبوذا)

كما في الشرائع و كذا التذكرة و التحرير و الدروس و غيرها فجعلوا الأقسام ثلاثة باعتبار اختلاف أحكامها فإن لكل واحد من هذه الأقسام الثلاثة حكما يخصه و اللقيط فعيل بمعنى مفعول فهما بمعنى و المنبوذ المطروح فإنه ينبذ أولا ثم يلقط فرجعت الأسماء الثلاثة إلى أمرين باعتبار حالتيه

(قوله) (و هو كل صبي ضائع لا كافل له)

كما في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الدروس مع زيادة الصبي و المجنون في الأخير و اشترط في الإرشاد صغره و نحوه ما يفهم من الوسيلة و الغنية و في الحواشي كل صبي طرحه أهله عجزا عن الصلة أو خوفا من التهمة و في اللمعة و الروضة و المسالك و الكفاية و كذا جامع المقاصد أنه إنسان ضائع لا كافل له و كلام أهل اللغة يوافق ما في الشرائع و ما وافقها قال في النهاية اللقيط الطفل الذي يؤخذ مرميا و في القاموس أنه المولود الذي ينبذ و في المصباح المنير أنه غلب على المولود المنبوذ نعم في الصحاح أنه المنبوذ فتأمل (ثم) إن حكم الالتقاط و هو الأخذ و التصرف في اللقيط و حفظه على خلاف الأصل و لا سيما على القول بوجوبه فيقتصر فيه على القدر المتيقن من النص و الفتوى و هو ما أطلق عليه اسم اللقيط حقيقة عرفا و هو الصبي الشامل للصبي تغليبا شائعا دون مطلق الإنسان الشامل له و لمن في حكمه كالمجنون و إن لم يستقل بدفع المهلكات عن نفسه لأن أحكام اللقيط إنما ترتب على الاسم لأن الموجود في الأخبار اللقيط و اللقيطة دون الحاجة و دفع الضرر لاندفاعهما يراجع الأمر إلى الحاكم فليكن الشأن فيه كالشأن في البالغ العاقل فقد اتفقوا على امتناع التقاطه و قالوا إنه لو خاف عليه التلف و جب إنقاذه كما يجب إنقاذ الغريق و نحوه و هذا يقضى بأن المدار على الاسم دون وجوب دفع الضرر كما ستسمع في بيان التعريف فإلحاق المجنون مطلقا بالصبي كما هو خيرة الشهيدان و المحقق الثاني و الخراساني و ظاهر الكتاب و الإرشاد حيث قال فيهما و لا يلتقط البالغ العاقل إذ قضيته أنه يلتقط غير العاقل غير متجه و بذلك ظهر أن لا وجه لقوله في المسالك لا وجه للتقييد بالصبي (ثم) إنه ينبغي أن يزيد في الدروس المجنونة لكن هذا يقضى بخروج المميز و كأن المشهور دخوله لأنه خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و الكتاب و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر اللمعة و كذا الوسيلة و الغنية و تردد فيه في الكفاية و كأن عبارة الإرشاد غير ملتزمة لأنه أولا جعل الصغر شرطا و فرع عليه عدم صحته أخذ البالغ العاقل فيفهم منه أنه يجب التقاط غير البالغ ثم قال و يجوز أخذ المملوك الصغير دون المميز فيفهم منه أن المميز ليس بليقظ في المملوك و نحوه ما في الكتاب و التذكرة كما يأتي لكن المحقق الثاني و الشهيد الثاني استثنيا المراهق تبعا للمبسوط و إليه مال في الدروس لأنه مستغن عن الحاجة إلى التعهد و التربية فكان كالبالغ في حفظ نفسه (و قد يقال) إن الشهرة غير متحققة لاضطراب كلمتهم في التعريف و الشرائع و التعليل فيه كما عرفت و ستعرف هذا المحقق في الشرائع تردد أولا ثم جعل جواز التقاطه أشبه لصغره و عجزه عن دفع ضرورته و نحوه ما في التذكرة و التحرير (و أنت خبير) بأن الأشبه بالأصول عدم صحته

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٨٩

و إن كان مميزا (١) فإن كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه (٢)

التقاطه لأنك قد عرفت أن أخذه و التصرف فيه مخالف للأصل خصوصا على القول بوجوبه و أن المدار على الاسم لا على الحاجة و أن المميز لا يسمى لقيطا عرفا بل يكفي الشك و أن التعليل المذكور لا يقضى بكونه لقيطا لأن ذلك يندفع بإرجاع أمره إلى الحاكم

فهو من باب الولاية العامة كحفظ المجانين والغياب وسائر المصالح فينصب له من يباشر ذلك و يصرف عليه من بيت المال إن لم يكن له مال فالطفل إن لم يكن مميزاً أصلاً فجواز التقاطه أو وجوبه إجماعى كما صرح به جماعة و فى الشرائع أنه لا ريب فى تعلق الحكم بالتقاطه و إن كان مميزاً فى الجملة و لكن مع ذلك ما وصل تمييزه إلى حفظ نفسه عن الهلاك بأن يقع فى بئر أو نار أو نحو ذلك فالظاهر أنه مثل غير المميز بل يكاد أن لا يسمى مميزاً و أما إذا تعدى عن هذه المرتبة و لكنه إنما يحتاج إلى التريية كطبخ طبيخه و غسل ثيابه و هذا هو المفروض فى كلامهم فالظاهر كما هو خيرة مولانا المقدس الأردبيلي و شيخنا صاحب الرياض أنه لا يجب التقاطه بل ليس ذلك محلاً له بل أمره إلى الحاكم هذا و قد قيل فى التذكرة و المسالك فى بيان حال التعريف أنه احترز بالصبي عن البالغ فإنه مستغن عن الحضانه و التعهد فلا معنى لالتقاطه نعم لو وقع فى معرض هلاك و جب تخليصه كفاية (قلت) هذا يشهد على ما ذكرناه آنفاً قال فى المسالك و احترز بالضائع عن غير المنبوذ و إن لم يكن له كافل فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط و إن كانت كفالته واجبة إلا أنه لا يسمى لقيطاً و قريب منه ما فى التذكرة و هذا أيضاً يؤيد ما ذكرناه و يقوله لا كافل له عن الضائع المعروف النسب فإن أباه و جدّه و من يجب عليه حضانه مختصون بحكمه و لا يلحقه حكم الالتقاط نعم يجب على من وجده أخذه و تسليمه إلى من تجب عليه حضانه كفاية من باب الحسبة فالمراد لا كافل له حال الالتقاط و يجوز الاحتراز بقوله لا كافل له عن الصبي الملقوط فإنه فى يد الملتقط يصدق عليه أن له كافلاً و مع ذلك لا يخرج به عن اسم الضائع بالنسبة إلى أهله و بعد ذلك كله فالمسألة فى المجنون و المميز لا تخلو عن الإشكال لأن الظاهر من تعليقات علماء الخاصة و العامة فى عدة مواضع و به صرح بعضهم أن المدار على الحاجة إلى الحضانه و التعهد لعجزه عن دفع ضرره و ضرورته و أنه المراد من الأخبار

(قوله) (و إن كان مميزاً)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (و إن كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه)

لا يخلو كلامهم فى المقام من اضطراب فى الشرائع و التحرير لو كان له أب أو جد أو أم أجبر الموجود منهم على أخذه و زاد فى الشرائع ما لو سبق إليه ملتقط ثم نبذه فأخذه الآخر فإنه يلزم الأول و فى الإرشاد و اللمعة أنه يجبر الأب و الجد و الملتقط و ترك الأم فيهما و زاد الوصى فى اللمعة و فى الدروس و الروضة أنه يجبر الأب و إن علا و الأم و إن تصاعدت و الملتقط السابق و زاد فى الروضة أيضاً الوصى و فى المسالك و الكفاية أن الذى يجبر هو من تجب عليه حضانه و فى التذكرة أن غير المنبوذ يحفظه أبوه أو جده لأبيه أو الوصى لأحدهما و إلا نصب له القاضى من يراعى و يحفظه لأنه كان له كافل معلوم و هو أبوه أو جده أو وصيهما فإذا فقد قام القاضى مقامه كما يقوم بحفظ مال الغائبين و المفقودين ثم قال نريد بمن لا كافل له من لا أب له و لا جد للأب و من يقوم مقامهما فمن هو فى حضانه أحد هؤلاء لا معنى لالتقاطه باختلاف كلامهم و اضطرابه ظاهر كما ترى فتأمل و المفهوم من كلامهم أيضاً أن المنبوذ هو الذى طرح و نبذ و ليس لأحد يد عليه مع كونه فى موضع يظن فيه هلاكه و أن غير المنبوذ هو الذى له من يكفله قريباً كان أم بعيداً ملتقطاً أو غيره لأنه ليس بضائع و لا فى مهلكة فالحافظ له ليس منحصرًا فيما ذكره و لا فى الولي كما هو ظاهر التذكرة و الإرشاد و اللمعة و قد يظهر ذلك من المبسوط حيث قال إن التريية و الحضانه ولاية و كذلك الإنفاق و ذلك لا يكون إلا للوالد أو الجد أو الوصى أو أمين الحاكم انتهى و إرادة ذلك بعيدة جدا و ليس منحصرًا فيمن تجب عليه الحضانه لأننا إلى الآن لم نعلمه لأن الظاهر أنه إنما يجبر عليها الأبوان فصاعداً على أن جماعة منهم تركوا ذكر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٠

و لو تعاقب الالتقاط أجبر الأول (١) و التقاطه واجب على الكفاية (٢) و لا- يجب الإشهاد (٣) و لا- يلتقط البالغ (٤) و لو ازدحم ملتقطان قدم السابق (٥) فإن تساوى فى تقديم البلدى على القروى و القروى على البدوى و الموسر على المعسر و ظاهر العدالة على المستور نظر (٦)

الأم هنا و القول باختصاص الوجوب بذى الحق محل نظر للأصل و ليس فى الأخبار ما يدل على غير ثبوت أصل الاستحقاق فله إسقاط حقه كما صرح به جماعة نعم إن استلزم تركها تضييع الولد وجبت كفاية كغيره من المضطرين و لم يرد من قال هنا إن الذى يجبر على أخذه من تجب عليه حضنته
(قوله) (و لو تعاقب الالتقاط أجبر الأول)

قد عرفت المصرح به و وجهه أن الحكم تعلق به فيستصحب فلا يجوز له نبذه بعد ذلك و رده إلى المكان الذى التقطه فيه بلا شك كما فى التذكرة فلو فعل لم يسقط عنه الحكم فإن عجز عن حفظه سلمه إلى القاضى فإن تبرّم به مع القدرة فقد قرب فى التذكرة أنه يسلمه أيضا إلى القاضى و هو مبنى على أن الشروع فى فروض الكفاية لا- يوجب إتمامها و هو خلاف التحقيق لأن فروض الكفاية تختلف فى ذلك فبعضها يجب إتمامها و بعضها لا يجب و أيضا فالظاهر أنه بعد أخذه لم يكن من الشروع فى الواجب الكفائى كما يأتى بيان ذلك كله و الذى اختاره ولده و الكركى أنه ليس له أن يسلمه كما يأتى عند تعرض المصنف له
(قوله) (و التقاطه واجب على الكفاية)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و فى المسالك و الكفاية أنه مذهب الأكثر و فى المسالك أيضا أنه مذهب المعظم و فى غاية المرام أنه المشهور و فى التنقيح أن عليه الفتوى (قلت) المصرح به خمسة و فى الشرائع و النافع أنه مستحب و قد رماه الشهيدان بالضعف و فى اللمعة التفصيل بالوجوب مع الخوف و الاستحباب مع عدمه و هو ظاهر الدروس و فى المسالك و الروضة و الكفاية أنه متجه و قد ناقش فيه أى التفصيل فى مجمع البرهان قال فى وجود صورة الاستحباب تأمل إذ الطفل فى محل التلف مع عدم الكفيل (و فيه نظر) واضح لأنه قد يكون ممن يمكنه الوصول إلى محل الحفظ بنفسه مع مشقة و عسر (و وجه الوجوب) أن فيه صيانة النفس عن التلف و فى تركه إتلاف لها فكان كإطعام المضطر و إنجائه من الغرق و ليس عليه فيه ذهاب مال (و وجه الاستحباب) الأصل و لا معارض له إلا الأمر بالإعانة على البر و هو الاستحباب لاستلزام وجوبه الإعانة على كثير من وجوه البر مما تشهد الضرورة بعدم وجوبها فيه و التخصيص يوجب كون الخارج أكثر من الداخل و قد يرهن فى محله أنه يشترط بقاء ما يقرب من مدلول العام و قد عرفت المعارض له و التفصيل هو الأشبه و فى التذكرة الإجماع على عدم وجوبه على الأعيان
(قوله) (و لا يجب الإشهاد)

عندنا كما فى جامع المقاصد و هو مذهب الأصحاب كما فى الكفاية للأصل و لا- ترجيح فى المبسوط و فى الدروس و جامع المقاصد أنه مستحب لأنه أقرب إلى حفظ نسبه و حرته فإن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف و لا تعريف فى اللقيط
(قوله) (و لا يلتقط البالغ العاقل)

كما هو قضية تعريف اللقيط و شرائطه كما تقدم و به صرح فى الدروس و جامع المقاصد لأنه يمتنع بنفسه كالدابة الممتنعة كذلك و لامتناع ثبوت الولاية عليه نعم قالوا لو خيف عليه التلف فى مهلكة و جب إنقاذه كما يجب إنقاذ الغريق و نحوه
(قوله) (و لو ازدحم ملتقطان قدم السابق)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط لأن الملتقط هو السابق إلى أخذه و فى الأول و الأخير أنه لا يثبت سبق بالوقوف على رأسه من غير أخذ و هو كذلك و فيهما أنه لو كان الازدحام قبل أخذه و قال كل واحد منهما أنا أخذه و أحضنه جعله الحاكم فى يد من يراه منهما أو من غيرهما إذ لا- حق لهما قبل الأخذ و سيأتى إن شاء الله تعالى ما إذا تناولا و أحدا دفعة واحدة و كانا أهلا للالتقاط معا

(قوله) (فإن تساوى فى تقديم البلدى على القروى و القروى على البدوى و الموسر على المعسر و ظاهر العدالة على المستور نظر)

و نحوه ما فى الإيضاح و الدروس و الحواشى من التأمل و عدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩١

فإن تساويا أقرع (١) أو شركا في الحضائنه (٢)

الترجيح في الحكم و في الإيضاح أن الأولى القرعة و حكم في التذكرة بالترجيح لهذه الصفات قال إن تساويا في الصفات فإن ترجح أحد الملتقطين بوصف يوجب تخصصه به دون الآخر و كانا معا ممن يثبت لهما جواز الالتقاط أقر في يده و انتزع من يد الآخر و الصفات المرجحة أربع و جزم بالترجيح بما ذكر هنا و زاد تقديم الحر على العبد و المكاتب و إن كان التقاطه بإذن سيده لأنه في نفسه ناقص و ليست يد المكاتب يد السيد و وافقه في جامع المقاصد في تقديم المعلوم العدالة على المستور قال لأن الأحوط اشتراط العدالة فيكون الترجيح بهذا الاعتبار قال و هذا بناء على القول بعدم اشتراط العدالة في الملتقط أما على الاشتراط كما يراه المصنف فلا وجه للنظر في هذا القسم و قال و أما الباقي فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله لأن كلا منهم أهل للالتقاط و تأثير واحد من الأوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم و الأصل عدمه و في الشرائع أنه لا يرجح المؤسر على المعسر و لا الحاضر على المسافر و لا المسلم على الكافر إذا كان الملقوط كافرا و في المسالك أنه الأظهر و فصل في المبسوط فقدم الأمين على الفاسق و حكى عن قوم أنهما إن تساويا في الأمانة يقدم الأيسر فإن تساويا في اليسار أقرع و لم يرجح هو و قدم القروي على البدوي إن وجداه في قرية أو حضر قال و إن وجداه في البادية و كان البدوي ممن له حلة مرتبة فإنه يقرع بينهما و إن كان منتقلا فوجهان و لم يرجح (و نحن نقول) ليس في أخبار الباب إلا- أن اللقيط لا- يباع و لا يشتري و ليس فيها تعرض لما ذكره في هذا الفصل من تقديم السابق و لا تقديم غيره بل ليس فيها تعرض لوجوب التقاطه و لا لاستجابته و إنما أخذوا ذلك من ضوابط و قواعد آخر و قالوا إنما شرع الالتقاط لحفظ الطفل و العقل و الاعتبار و مذاق الشريعة تقتضى بأن كل من كان أحفظ لنسبه و حرته و أقرب إلى وصول قريبه إليه و أشد صيانته له و أقوم بأوده و آنس له فإنه أولى به و لا ريب في حصول الترجيح بهذه الصفات فإن البلدى أحفظ لنسبه و حرته و أقرب إلى وصوله إلى قريبه و أخذ، بمحاسن الشرع و كرم الأخلاق ثم القروي و الغنى أقوم بأوده و حسن تربيته و الفقير أشغل ما يكون عنه بفقره و اشتغاله بكسبه لعياله و العدل محل الأمانة و هو أمانة و لا بد من الترجيح للاتفاق على عدم انتزاعه منهما لاستلزامه لإسقاط حق لزمهما و لزم لهما و التشريك في الحضائنه حرج عليهما و عليه مع مفسد آخر و التناوب عليه قاطع لأنه مغير لأخلاقه موزع عليه شتونه فلا إشكال الترجيح حتى يحتاج إلى القرعة أو القول بأن الأصل عدمه فالقول بالترجيح بهذه الصفات و لمثالها هو الراجح فيقدم المسلم على الكافر في اللقيط المحكوم بكفره لأنه يسدى إليه سعادة الدارين و ينجو من الجزية و الصغار و يتخلص من عذاب النار بل لا ريب في أنه أولى من الترجيح باليسار و قد ذكروا في المصير إلى القرعة فيما يأتي توجيهات دون هذه المرجحات كما ستسمع قريبا نعم لا- تقدم المرأة على الرجل في الصبي و إن قدمت الأم على الأب في الحضائنه فإنما ذلك لمكان زيادة الرقة و الشفقة و الظاهر تقديم الأنثى في الأثنى على الرجل

(قوله) (فإن تساويا أقرع)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان لما تقدم من أن اجتماعهما على الحضائنه يوجب الإضرار بهما و بالطفل بتوزيع أموره و لا- يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة و في تناوبهما مع ذلك و مهاياتهما قطع الألفة لتبدل الأيدي و اختلاف الأغذية و الأخلاق و لا ريب أنه لا يمكن أن ينتزع من أيديهما و لا ترجيح لأحدهما لتساويهما فيقرع بينهما فمن خرج اسمه كان هو المستحق قال الله عز و جل و مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيْمَ و هو معنى القرعة و المراد بتساوي الملتقطين انتفاء المرجح إما باستوائهما في الصفات أو على القول بأن شيئا من الصفات السابقة لا يرجح به

(قوله) (أو يشتركان في الحضائنه)

هذا خيرة التحرير حيث قال أُلزما معا واحتمل القرعة وفي الشرائع ربما انقذ الاشتراك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٢

و لو ترك أحدهما للآخر صح سواء كانا موسرين أو أحدهما حاضرين أو أحدهما أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط (٢) و لا يحكم لأحدهما بوصف العلام (٣) و لو تداعيا بنوته و لا بينة أقرع و لا ترجيح بالالتقاط إذ اليد لا تؤثر في النسب (٤)

و في الدروس أن التشريك بينهما في الحضانه بعيد و في التذكرة أن الاجتماع على الحضانه متعسر أو متعذر اجتماعا أو مهاياة (و قد يقال) يرجع إلى نظر الحاكم فمن رآه أحسن قياما بأوده جعله في يده (و فيه) أنه قد يستوى الشخصان في اجتهاده و لا سبيل إلى التوقف فلا بد من الرجوع إلى القرعة و ليس لك أن تقول أنه يتخير فتدبر (و قد يقال) يرجع إلى اختيار الصبي إذا كان مميزا هذا و الشهيد فهم من العبارة أن التردد على طريق التخيير و قال إن القرعة أولى ثم قال إن بعضهم فهم أن قولهم و يشتركان احتمالان و في جامع المقاصد كأن الشارحين فهما أنه على طريق التخيير فلم يتعرضا لشرحه (قلت) قد سمعت كلام الجماعة و أنه نص أو ظاهر في أنهما احتمالان

(قوله) (و لو ترك أحدهما للآخر صح سواء كانا موسرين أو أحدهما حاضرين أو أحدهما أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط) قد صرح في المبسوط و الشرائع و التحرير و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و التذكرة و الحواشي و جامع المقاصد أنه يجوز لأحد الملتقطين دفعه ترك اللقيط للآخر و في الثلاثة الأخيرة أن ذلك قبل القرعة لا بعدها كما ستمتع قال في المبسوط لأنهما ملكا الحضانه بالالتقاط فإذا أسقط أحدهما حقه صار الكل للآخر كالشفيعين و لا يحتاج إلى إذن الحاكم ألا ترى أنه لو أقرع بينهما لما احتج إلى إذن الحاكم و قال في التذكرة لو خرجت القرعة لأحدهما ليس له تركه و الإخلاد إلى الآخر لأن الحق تعين فصار كالمنفرد فتأمل و قضية كلام المصنف أنه يجوز ترك المؤسر للمعسر و الحاضر للمسافر و المسلم للكافر مع كفر اللقيط كما هو قضية كلام المبسوط و الشرائع و المسالك و هو محتمل التحرير في الأخير و كذا الإرشاد فيه في مقام آخر و في الجميع نظر (أما الأولان) فلأنه قد تردد أولا في ترجيح المؤسر على المعسر و الحاضر على غيره فعلى احتمال الترجيح كيف يصح ترك المؤسر للمعسر و الحاضر لغيره نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك مضافا إلى ما تقدم لنا (و أما الثاني) فلما تقدم أيضا من أنه أي المسلم يسوق له في تربيته سعادة الدارين مضافا إلى أن كل مولود يولد على الفطرة فلا بد من ترجيحه كما في جامع المقاصد و كذا مجمع البرهان و قد نفى عنه البأس في التذكرة بعد حكايته عن بعض الشافعية

(قوله) (و لا يحكم لأحدهما بوصف العلام)

أي لا يحكم لأحد المتنازعين في الالتقاط بوصف علام الصبي كما في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك كالأخال في رأسه و نحوه لأنه لا أثر لذلك في إثبات الولاية و نفيها كما لا أثر له في إثبات النسب و نفيه لو تنازع اثنان بنوته و وصف أحدهما العلام و خالف في النسب أبو حنيفة و احتمل في التحرير الحكم به أي وصف العلام كالألقطة

(قوله) (و لو تداعيا بنوته و لا بينة أقرع و لا ترجيح بالالتقاط إذا اليد لا تؤثر في النسب)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان قال في المبسوط لا تأثير لليد هنا لأنها إنما يكون لها تأثير فيما يملك و النسب ليس كذلك و معناه أن اليد لا تثبت على الأنساب و أيما تثبت على الأملاك فيحصل الملك باليد كالاصطياد و نحوه فلا بد من القرعة و عند جماعة من العامة أنه يعرض على القافة لكن المصنف في باب القضاء قال فلو تداعيا صبيا و هو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال فقد استشكل في أن اليد هل ترجح النسب كما ترجح الملك و قيده ولده و كاشف اللثام بما إذا لم يعلم أن اليد يد التقاط قال كاشف اللثام و أما يد الالتقاط فلا ترجحه قطعا و ظاهره الإجماع هذا و قد قال في الدروس فيما إذا لم يعلم كونه لقيطا و لا صرح

بنوته فادعاه غيره فنازعه فإن قال هو لقيط و هو ابني فهما سواء و إن قال هو ابني و اقتصر و لم يكن هناك بينه على أنه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٣
و كذا لو أقاما بينه (١) و يحكم للمختص بها (٢) و فى ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر (٣)

التقط أن الأقرب ترجيح دعواه عملا بظاهر اليد و فرض المسألة فى الكتاب فيما إذا أوجد لقيطا و بقى فى يده أياما و لم يدع أنه ابنه فجاء آخر و ادعى أنه ابنه ثم ادعى الملتقط أنه ابنه فإن ادعى فى حال لم يكن هناك منازع فقد ثبتت دعواه و لا- تسمع دعوى الأجنبى إلا بينه كما فى المبسوط و غيره و لتصور دعوى بنوته مع اعترافه بكونه لقيطا بأن يكون قد سقط منه أو نبذه ثم عاد إلى أخذه ثم عد إلى العبارة قال فى جامع المقاصد لو قال لو تداعى اثنان بنوته لكان أولى لأنه حينئذ لا يكون الحكم مقصورا على الملتقطين (قلت) من المعلوم أنه لم يرد الملتقطين حتى يتوهم قصر الحكم لقوله لا- ترجيح بالالتقاط و لإفادته قصر الحكم الذى هو بديهي البطلان ثم إنه لو قال لو تداعى اثنان فالأولى أن يقول أحدهما الملتقط كما فى الشرائع كما لا يخفى
(قوله) (و كذا لو أقاما بينه)

أى يقرع بينهما لو أقام كل منهما بينه بنوته و تعارضتا كما صرح به فى الكتب المتقدمة عدا الإرشاد و مجمع البرهان و لا يرجع إلى القافه

(قوله) (و يحكم للمختص بها)

كما صرح به فى أكثر الكتب المتقدمة و وجهه ظاهر

(قوله) (و فى ترجيح دعوى المسلم أو الجر على دعوى الكافر أو العبد نظر)

كما فى التحرير و الإرشاد و تردد كما فى الشرائع و كذا اللمعة من عموم الأدلة الدالة على جواز ادعاء النسب لكل منهم و من قوة جانب المسلم و الحر إذ الأصل فى اللقيط الإسلام و الحرية كذا فى جامع المقاصد و لعله يريد عمومات الإقرار بالنسب و قوى الشيخ فى المبسوط ترجيحهما و كذا فخر الإسلام و الشهيدان فى الإيضاح و الدروس و الروضة إلا إذا كان اللقيط محكوما بكفره أو رقه ففى الدروس أنه يتجه التوقف أو ترجيح الكافر أو الرق و فى الروضة أنه يشكل الترجيح و أحد الأمرين قضية كلام الفخر و الذى قال به أو مال إليه المقدس الأردبيلي ترجيح المسلم و الحر مطلقا و قال أبو على أنه يرجح الجر على العبد فإن قامت البينة بأنه ولد العبد ألحقنا به نسبه و أقرناه على الحرية إلا أن تقوم البينة أنه ولد من أمه و جزم فى الخلاف و التذكرة بعدم ترجيحهما أى المسلم و الحر و المصير إلى القرعة و فى جامع المقاصد أنه الظاهر سواء كان الالتقاط فى دار الإسلام أو الكفر و فى المسالك أنه الأظهر و فى المختلف أنه المشهور فليتأمل فى هذه الشهرة و هو أدري و لعله أتى بها من قولهم فى باب القضاء أنه إذا وطئها اثنان وطئها مباحا لشبهه ثم أتت بولد فإنه يقرع بينهما سواء كانا مسلمين أو أحدهما أو كافرين أو أحدهما و حرين كانا أو عبيدين أو أحدهما و قد ادعى كاشف اللثام على ذلك الإجماع خلافا للقطعة المبسوط و به صحيح الحلبي بناء على أن المسألتين من سنخ واحد (و كيف كان) لا- ينبغى التأميل و التردد إذا حكم بإسلامه و حرته لمن اشترط فى الملتقط الإسلام و العدالة إذا كان اللقيط محكوما بإسلامه كالمصنف فى الكتاب و غيره و غيره كما يأتى و الولد المتنازع فى بنوته إذا لم تكن الدار دار كفر ليس فيها مسلم يمكن حصوله منه محكوم بإسلامه و حرته فلا أقل من أن تكون البنوة كالحضائه و الولاية فى اللقيط لأن حفظ الإسلام الظاهرى مطلوب عقلا و شرعا فيغلب جانبه و كذلك الحرية فإن الحر أقوى على الحفظ لمكان الاستيثار و أبعد عن العار و الكافر قد يفتنه عن الإسلام و يجعله كافرا مستحقا للنار و الجزية و الصغار فينبغى حفظه عن ذلك بل يجب و إن كان الولد محكوما بكفره و كذلك الحال فى الرقية فكونهما سببين فى الترجيح أمر واضح (و عساك تقول) إنا نقرع بينهما فإذا خرجت القرعة بأنه ولد الكافر يحكم بنوته له و إسلامه لأنه أقر بماله و عليه فلا يقبل فيما له و هو الإسلام و يقبل فيما عليه و هو النسب كما قاله الشيخ فى المبسوط و المصنف و غيرهما كما

يأتي فيما إذا ادعى الذمي نسب اللقيط ولا بينه معه و كما سمعته عن أبي على في دعوى العبد (لأننا نقول) إن خوف الفتنة باق و لنا عنها مندوحة بترجيح المسلم إلا أن تقول إنه يفرق بينه و بينه كما يأتي مثله و كذلك خوف العار في العبد و عدم التمكن من الترية على أن الحكم بإسلامه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٤

و لو انفردت دعوى البنوة حكم بها من غير بينة حرا كان المدعى البنوة أو عبدا مسلما أو كافرا (١) و لا يحكم برقه و لا كفره إذا وجد في دارنا إلا مع بينة البنوة (٢)

هنا و حرته و كفر أحد أبويه أو رقيه مما لا يجتمعان بحسب الأصول و الضوابط لأن الحكم بإسلامه يقضى بالحكم بإسلامهما لأن الأصل عدم جلب الكافر و الرق لبلاد الإسلام لأنهما مجلوبان و إذا حكم بإسلامهما لم يحكم بكفر أحدهما و إلا لزم المنافاة قال في الإيضاح إذا التقط في دار الإسلام يقدم المسلم و الحر لأننا حكمنا بإسلامه و بحرته و ذلك مستلزم للحكم بإسلام أحد أبويه و بحرته لأن تبعية الدار إنما هي بواسطة تبعية النسب لأن المولود من كافرين لا يتبع الدار في الإسلام بل إنما يتبع الدار مجهول النسب فلا بد و أن يحكم بإسلام أحد أبويه لكن نسبة الأم و الأب في هذا الحكم واحدة فيحكم بإسلامهما و إلا لزم الترجيح بلا مرجح و لأننا نحكم بوجودهما في دار الإسلام و تولده فيها و بحرتهما لأن الكافر و الرق مجلوبان إليها و الأصل عدم الجلب و إذا حكم الشارع بإسلام أبويه لم يحكم بكفر أحدهما فلا يلحقه بالكافر لمنافاة الحكم بالإسلام و كذا في الرق و لأن المسلم يركن إليه في النسب و لهذا تقبل دعواه مع عدم المعارض من غير بينة و الكافر لا يركن إليه في شيء لقوله تعالى (وَلَا تَزْكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ) نهى عن إدخال ماهية الركون في الوجود فيعم أي النهي و لأنه علق إمساس النار بمجرد الركون مطلقا و لما كان المحكوم بأبوته مرقونا إليه ترجح المسلم على الكافر انتهى و في بعض ما ذكره تأمل كما ستسمع

(قوله) (و لو انفردت دعوى البنوة حكم بها من غير بينة حرا كان المدعى أو عبدا مسلما أو كافرا)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و كذا الدروس و الإيضاح و جامع المقاصد و المراد كما صرحوا به إذا كان المدعى أبا و في الأخيرين الإجماع عليه بل في الأخير الإجماع عليه في باب الإقرار أيضا و لم نقف فيه على خلاف و لا تأمل إلا من المقدس الأردبيلي بل قد يظهر من التذكرة الإجماع أيضا قال في المبسوط في توجيه ذلك لأنه أقر بمجهول النسب و أمكن أن يكون منه و من كان كذلك قبل إقراره لأن إقراره لا يضر غيره و لا يخالف الظاهر فيحكم له به و يستحب أن يذكر النسب فيقول هذا ابني على فراشي لأنه ربما يعتقد هذا الملتقط أنه بالالتقاط يصير ابنه و إن لم يذكر جاز و ثبت النسب و يرث و يورث انتهى و نحوه ما في التذكرة و غيرها قال في التذكرة كل صبي مجهول النسب سواء كان لقيطا أو لا إذا ادعى بنوته حر مسلم لحق به لأنه أقر بنسب مجهول النسب و ليس في إقراره إضرار بغيره لأنه إذا أقر بنسب عبد غيره لم يقبل إقراره لأنه يضر به إلى آخر ما قال في العبد و الكافر و في مجمع البرهان أن الكبرى غير بديهية و لا مبرهنا عليها و لا تعرف دعوى الإجماع إلا من جامع المقاصد (قلت) كأنه لم يلحظ الإيضاح و قال يمكن أن يكون مع الحرية ضرر على اللقيط كما إذا كان ذا مال و المدعى فقير الحال فيأخذ من ماله و ينفق على نفسه (قلت) كأنهم لم يلتفتوا إلى هذا الضرر النادر الوقوع على أنهم قد صرحوا بأن أمر النسب مبني على التغليب و لهذا تسمع بينته بمجرد الإمكان بالنسبة إلى الولد حتى أنه لو قتله ثم ادعى بنوته قبل استلحاقه و حكم بسقوط القصاص هذا و قال بعض العامة لا يلحق بالكافر و العبد لأنه محكوم بإسلامه و حرته فلا يقبل ممن يقتضى إقراره خلاف ذلك ورد بأنه يلحق به في النسب خاصة لا في الدين بل يحكم بحرته و إسلامه و لا تثبت لهما عليه حضانه كما يأتي و ظاهرهم أنه يلزم بنفقتة و أما العبد فقد صرحوا أن نفقة اللقيط لو ادعاه على بيت المال

(قوله) (و لا يحكم برقه و لا كفره إذا وجد في دارنا إلا مع بينة البنوة)

كما فى المبسوط و التحرير لأذن البيئـة أقوى من تبعيـة الدار و فى الشرائع أن الأولـى أن لا يحكم بكفره و إن أقام الكافر البيئـة و لا ترجيح فى التذكـرة و فى الدروس فى ثبوت كفره بذينك أى البيئـة و انفراد دعواه أو جه ثالثها قول المبسوط و لم نجد الوجه الآخر مصرحاً به فى غير المسالك حيث احتمال تبعيته للكافر فى الكفر تبعاً للنسب لتلازمهما نعم هو احتمال أو قول للشافعى و فى مجمع البرهان فى الإلحاق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٥

و الأقرب افتقار الأم إلى البيئـة أو التصديق بعد بلوغه (١) و لو كان اللقيط مملوكاً و جب إيصاله إلى مالكه (٢)

بالكافر مع عدم القول بالكفر إشكال و فصل فى جامع المقاصد فقال القائل بثبوت كفره مع البيئـة إن أراد أنه إذا علمت أمومه الكافر له بالبيئـة أيضاً و كذا علم كفر أجداده كذلك يكون كافراً لضعف الإسلام بتبعيـة الدار فهو صحيح لا مريـة فيه (قلت) قد يكون وطئها المسلم بشبهه أو متعه قبل أن يتزوجها الكافر بساعة فكيف لا يكون فيه شبهه و ستسمع قولهم فى لقيط دار الكفر إذا احتمال أن يكون من مسلم قال و إن كان مراده ثبوت كفره و إن لم يثبت ذلك يعنى كفر أمه و أجداده فلا ينتفى ما ثبت بمجرد الاحتمال يعنى أنه قد ثبت إسلامه بتبعيـة الدار و ثبوت بنوته للكافر لا تنافى إسلامه لإمكان إسلام أمه أو أحد أجداده (قلت) القائل بذلك يقول قد ثبت بالبيئـة أنه ولد كافر فهى حجة أقوى من التبعيـة فلا ينتفى ما ثبت بالحجة بمجرد احتمال إسلام أمه أو أحد أجداده إذ هذا و نحوه معنى تبعيـة الدار فتأمل قال و كذلك القول فى الرقية إذا ادعاه رقيق و أقام بذلك بينه أما لو لم يقم بواحد من الأمرين بينه فهو على إسلامه و حرته و إن أثبتنا النسب على أصح القولين لأذن الإلحاق بمجرد قول الأب لا يجب قبوله فى حق الولد فيما يكون ضرراً له انتهى فتأمل

(قوله) (و الأقرب افتقار الأم إلى البيئـة أو التصديق بعد بلوغه)

افتقارها إلى البيئـة بمعنى أنه لا يلحق بها و لا تسمع دعواها إلا بالبيئـة خيرة الشرائع على تأمل له فيه و التذكـرة و التحرير و المختلف و المسالك و إقرار الروضة و موضعين من الإيضاح و جامع المقاصد و فى إقرار الكتاب أن فيه نظراً و فى المبسوط و الخلاف يقبل دعواها كالأب و هو خيرة مجمع البرهان و قضية إطلاق إقرار السرائر و الشرائع و النافع و التذكـرة و الإرشاد و التحرير و اللمعة و غيرها بل ظاهر الخلاف لإجماع على ذلك و معناه أنه يلحق بها و بأقاربها كما إذا أقر به الأب و لا يلحق بزوجها كما إذا أقر الزوج به فإنه لا يلحق بها كما فى المبسوط و غيره و قد استدلل على الحكم فى الخلاف بعموم إقرار العقلاء (قلت) قد استدلل عليه بالصحيحين عن المرأة تسبى من أرضها و معها الولد الصغير فنقول هو ابنى و الرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول أخى و يتعارفان و ليس لهما على ذلك بينه إلا إقرارهما فقال ما يقول من قبلكم قلت لا يورثونهم لأنهم لم يكن لهم على ذلك بينه إنما كانت ولادة فى الشرك فقال سبحانه الله إذا جاءت بابنها أو بنتها و لم تزل مقررة و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحة من عقلهما و لم يزالا مقرين و رث بعضهم من بعض و لعل المحقق فى الشرائع و من وافقه هنا يعملان بهما فى موردتهما و هو ما إذا كانا أى الأم و الأخ مسيين لا مطلقاً كما يستفاد من قوله عليه السلام سبحانه الله الذى هو فى حكم العلة المنصوصة لأنه لا يذهب إلى حجيتها إلا- إذا كان برهاناً نظراً إلى أن النصوص الأخر مختصة بالرجل فلا تتناول المرأة و لا يسلمون اتحاد طريقتيهما لإمكان إقامتها البيئـة على الولادة دونه كما لو علق الظهار على ولادتها أو دخول الدار فإنه لا يقبل قولها فيهما بدون البيئـة و لا كذلك الحيض و لأن ثبوت نسب غير المعلوم على خلاف الأصل فيقتصر على القدر المتيقن من النص و الفتوى (قلت) الأخبار المصرح فيها بالرجل خبران أحدهما قوى و الآخر مرسل على أن الرجل فى المرسل وقع فى السؤال نعم فى القوى إذا أقر الرجل بالولد ساعة لم ينتف عنه أبداً و الصحيحان يخرجان عن الأصل مع عمل الشيخ بمضمونهما و غيره و إطلاق الفتوى من جماعة كثيرين مع ظهور دعوى الإجماع من الخلاف فكان قول الشيخ قويا و ليس بتلك المكانة من الضعف كما قال فى جامع المقاصد و هذا الخلاف بالإضافة إلى النسب المطلق و أما بالإضافة إلى ما يتعلق بالمال و

النسب من جهتها فيثبته الإقرار و لعله لا خلاف فيه

(قوله) (و لو كان اللقيط مملوكا وجب إيصاله إلى مالكة أو وكيله)

كما فى الشرائع و التحرير و التبصرة و الدروس و اللمعة و الروضة و لا فرق بين الذكر و الأنتى و الصغير و الكبير كما فى الشرائع و التحرير و يمكن العلم برقيته بأن يراه يباع فى الأسواق مرارا قبل أن يضيع
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٦

فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان (١) و يصدق فى عدم التفريط مع اليمين (٢) و يبيعه فى النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها (٣)
فإن اعترف المولى بعقته فالوجه القبول (٤)

و لا يعلم مالكة لا بالقرائن من اللون و غيره لأصالة الحرية

(قوله) (فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان)

كما صرح به فى الكتب المتقدمة و النهاية للإذن فى قبضه شرعا فيكون أمانة

(قوله) (و يصدق فى عدم التفريط مع اليمين)

لأنه أمين و به صرح فى الشرائع و التحرير و يصدق فى القيمة مع التفريط كما فى الأخير

(قوله) (و يبيعه فى النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها)

كما فى الشرائع و الإرشاد و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية من دون تعرض للإذن فى الأولين و عبارة التحرير و الدروس قابلة للتقييد حيث قال يبيع و لم يقولا باعه كالأولين و قد يظهر من آخر كلام الدروس أن الحاكم هو الذى يبيعه و أما البقية عدا مجمع البرهان فقد اشترط فيها الإذن فى النفقة و البيع معا و لم يشترطه فى واحد منهما فى مجمع البرهان و مرادهم أنه إذا أنفق الملتقط على اللقيط بنىء الرجوع مع الإذن أو بدونها على اختلافهم فى التقييد إلى أن استغرق قيمته و تعذر استيفاؤها إما لعدم الوصول إلى المالك أو عدم الظفر بماله أو لكونه لا مال له سوى العبد فإن للملتقط أن يبيعه فى النفقة بالإذن من المالك مع إمكانه فإن تعذر أو لم يأذن فيأذن الحاكم على الاختلاف فى القيد أيضا و لو تعذر أى الحاكم فهو كالدين الذى امتنع من هو عليه من أدائه قال فى جامع المقاصد فقول المصنف بالإذن قد تنازعه كل من قوله يبيعه و قوله فى النفقة (قلت) الظاهر أنه قيد للبيع خاصة كما هو صريح جماعة إذ النفقة عليه لا تحتاج إلى الإذن من الحاكم بل يكفى فيها نية الرجوع و يدل عليه أى على جواز البيع و النفقة بنفسه من دون مراجعة الحاكم أو تعذره صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال سألته عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها قال لا إنما يحل له يبيعه بما أنفق عليها بل تدل على جواز بيع الكل بما أنفق و إن لم يستغرقه فيكون الزائد لقطه أو أمانه كما أتى بيانه إن شاء الله تعالى و فى المسالك و كذا الكفاية حيث قال قالوا إنه لو أمكن أن يبيعه تدريجا و جب مقدما على بيعه جملة و حينئذ لا يمكن إنفاق الجزء الأخير فى النفقة لصيرورته حينئذ ملكا لغيره بل يحفظ ثمنه للمالك الأول و على ذلك تبه فى جامع المقاصد و الصحيحة عامة لأن ما موصوله على أن فى الإطلاق فى حلية البيع و الإنفاق بلاغا و مثلها إطلاق الشرائع و الإرشاد فتأمل جيدا و لا يخفى ما فى قوله فى الكفاية قالوا إذ القائل قبله اثنان لا ثالث لهما و احتمل فى جامع المقاصد فى عبارة الكتاب أن يكون المراد أن الملتقط يبيع العبد للإنفاق عليه إذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه قال و حينئذ يجب أن تنزل على بيعه شيئا فشيئا إلى أن يستوعبه إلى آخر ما قال (قلت) يدفع هذا الاحتمال قوله استيفائها و قوله بعد هذا فإن اعترف المولى بعقته إلى آخره فإن المراد به بيعه بعد الإنفاق و هو ينفى هذا الاحتمال كما سيتضح لك

(قوله) (فإن اعترف المولى بعقته فالوجه القبول)

كما فى الإيضاح و جامع المقاصد بل فى الأخير أن عليه الفتوى و معناه أن مولاه اعترف بعقته و قد أنفق الملتقط عليه و استحق يبيعه

في النفقة بشرائطه (فوجه القبول) حينئذ أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و لم يوجد ما ينافي هذا الإقرار و العتق مبنى على التغليب فانقطع أصل البقاء على الرقية مضافا إلى أن الأصل في اللقيط الحرية فتأمل في الأخير و إن استند إليه في الإيضاح (و وجه العدم) أن حق الغير تعلق به و ضعف بأن حق الغير لم يتعلق به بل بدمه مولاة و استحقاق بيعه إنما هو على تقدير رقيته كما تباع سائر أموال المديون لاستيفاء ما عليه و لا حجر عليه في الإقرار و هذا يقضى بأن المراد ببعه بعد الإنفاق فينتفى الاحتمال السابق آنفا و في التحرير لو باعه الحاكم لمصلحة فاعترف السيد بعته قبل البيع لم يقبل و في المبسوط أنه يقبل لأنه غير متهم إذ يقول لا أريد الثمن و لم يرجع في الدروس و على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٧

فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع (١) و لو كان بالغا أو مراهقا فالأقرب المنع من أخذه لأنه كالمضالمة الممتنعة (٢) و إن كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف (٣) و ولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل (٤)

التقديرين ليس له المطالبة بشمنه إلا أن ينكر العتق بعد ذلك

(قوله) (فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع)

ضمير عليه راجع إلى المولى و ضمير بعده راجع إلى الإنفاق لأنه إن كان العتق قبل الإنفاق كان الإنفاق على حر فالرجوع عليه و إن كان العتق بعد البيع فلا أثر له لصيرورته ملكا للغير على أن العتق بعد البيع لا يتصور و لا يعد عتقا ثم إنه لم يعلم من العبارة متى يقبل اعترافه و متى لم يقبل فلو قال إن كان الاعتراف بعد الإنفاق قبل البيع لكان أسد (و توضيح الحال) كما في جامع المقاصد أن احتمال عدم القبول إنما يجيء على تقدير كون الاعتراف بعد الإنفاق أما قبله فيقبل قطعا و كذا يشترط كونه قبل البيع إذ هو بعده إقرار في حق الغير فلا يقبل بدون البينة و إن أسنده إلى ما قبل البيع و لو قال بعد الإنفاق كنت أعتقته قبل الإنفاق فالظاهر عدم القبول لاستلزامه إسقاط النفقة التي قد ثبت تعلقها بدمته و إثباتها في ذمة اللقيط فلا بد له من البينة أو تصديق الملتقط و اللقيط

(قوله) (و لو كان بالغا أو مراهقا فالأقرب المنع من أخذه لأنه كالمضالمة الممتنعة)

كما في المبسوط و الإيضاح و اللمعة و الروضة لما ذكر من العلة و في التحرير لو كان اللقيط مملوكا و جب حفظه و إيصاله إلى مالكة صغيرا كان أو كبيرا ذكرا كان أو أنثى و نحوه ما في الشرائع ثم حكى في التحرير عن الشيخ عدم جواز أخذ البالغ و المراهق و لا ترجيح في الدروس و في جامع المقاصد أن الحق أنه إن كان مخوف التلف أخذ و الفرق بينه و بين الحر ظاهر فإن المملوك لكونه مالا- مظنة الطمع (قلت) لأنه لا- يخرج بالبلوغ عن المالية و الحر إنما يحفظ من التلف و القصد من لقطته حضانته و حفظه فيختص بالصغير و من ثم قيل إن المميز لا- يجوز التقاطه و القصد من التقاط المملوك المخوف التلف و لو بالإباق دفع ضرورة المضطر و المعاونة على البر و أقل مراتبه الجواز فينبغي القطع بجواز أخذه كما في الروضة و قالوا في وجه الجواز مطلقا إنه مال ضائع يخشى تلفه فتأمل

(قوله) (و إن كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف)

كما في المبسوط فيما حكى و جامع المقاصد و في المسالك و الروضة أن في قول الشيخ قوة قلت) لأنه مال ضائع قد التقطه شرعا و كل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه سنة و لا فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى و صريح الدروس و ظاهر التبصرة و اللمعة المنع من ذلك و لا ترجيح في المسالك و الكفاية و المفاتيح و قال في التحرير و يجوز أخذ الآبق لمن وجدته فإن وجد صاحبه دفعه إليه و لو لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه فيحفظه لسيدته أو يبيعه مع المصلحة و ليس للملتقط بيعه و لا يملكه بعد تعريفه لأن العبد يحفظ نفسه بنفسه فهو كضوال الإبل و السوق و التعليل قاضيان بأن ذلك في الكبير بل قضية ذلك جواز تملك الصغير فلا يصح ما في المسالك و في الروضة و المفاتيح من أنه أطلق المنع من تملكه في التحرير محتجا بأن العبد يحتفظ بنفسه و هو لا يتم في الصغير

(قلت) و يحتمل جواز تملكه من غير تعريف كسائر الحيوانات في الفلاة التي في معرض التلف على رأى وقد يفصل فيه كما في الصامت فإن أخذه من فلاة ملكه من دون تعريف وإلا عرفه و ملكه إن شاء
 (قوله) (و ولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل)

كما في التذكرة و الإرشاد و لم يذكر في التذكرة في ذلك خلافا منا و لا من العامة لكن قد اقتصر في النافع على اشتراط التكليف و الظاهر أنه لا- خلافاً فيه كما في مجمع البرهان و زيد في المبسوط و الشرائع و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية اشتراط الحرية و في الأخير أنه مما قطع به الأصحاب و في مجمع البرهان أن الظاهر الإجماع على أنه ليس للبعد الالتقاط و في جامع المقاصد أنه لا ريب أنه لا عبرة بالتقاطه فينحصر الخلاف في ظاهر النافع و يأتي تمام الكلام في مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٨

.....

أحوال العبد و أحكامه عند تفريع المصنف (و أما اشتراط الإسلام) إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه فهو خيرة المبسوط و سائر ما تأخر عنه إلا ما ستسمعه و في مجمع البرهان أنه يمكن دعوى الإجماع عليه و في الرياض أنه خيرة أكثر أصحابنا بل عامتهم عدا المحقق في كتابه فإنه تردد (قلت) و التردد ظاهر تلميذه كاشف الرموز حيث لم يرجع و كذا الكفاية، في تعليق النافع أن الاشتراط قوى و هو قد يلوح منه التأمل و ما في كشف الرموز و التنقيح من أن الشيخ في الخلاف لم يشترط الإسلام فخطأ صرف لأنه في الخلاف لم يتعرض لذلك و لعل الاشتباه حصل من عدم الفرق بين اللقطة و اللقيط و مثله قوله في التنقيح أن الأصحاب أطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييد فإن أراد التقاط اللقيط فكل من تقدم عليه ممن تعرض له اشتراط الإسلام أو تأمل فيه كالشيخ و الفاضلين و الآبي و الفخر و الشهيد و غيرهم و إن أراد التقاط اللقطة فليس مما نحن فيه و مثله بل أعظم منه ما يفهم منه من انسحاب الخلاف فيما إذا كان اللقيط محكوماً بكفره فإنه قال بعد نقل القولين و التحقيق أنه إن حكم بإسلام اللقيط اشترط إسلام الملتقط و إلا فلا و هو غلط صرف لأن الذى صرح به الشيخ و المصنف في التذكرة و التحرير و الشهيدان و المقدس الأردبيلي و الخراساني و غيرهم أن محل الخلاف و موضوع المسألة ما إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه و هو المستفاد من كلمات الباقيين و تعليقاتهم بل في المهذب البارع أنه إذا كان محكوماً بكفره فللكافر التقاطه قولاً واحداً و قد نفى عنه الخلاف في كشف الرموز و الروضة و المسالك ذكر ذلك في الأخير في بحث اشتراط العدالة و نفى عنه الإشكال في مقام آخر منه و من الكفاية نعم ذهب المحقق الثاني في تعليق الإرشاد إلى اشتراط الإسلام و إن لم يكن الولد حكم بإسلامه و هو نادر مسبق بالإجماع متأخر عن صاحب التنقيح (حجة المشهور) بعد الإجماع على الظاهر و الآية الكريمة النافية للسهيل أن الأصل عدم ثبوت الولاية و عدم ثبوت أحكام الالتقاط إلا فيما ثبت بالدليل و ليس إلا الإجماع و لا إجماع هنا بل الظاهر انعقاده على العكس و موافقة الاعتبار لأنه يفتنه عن دينه فإبقائه في يده إعانة على تكفيره و قد ورد النص بالتعليل الاعتباري في تزويج العارفة المؤمنة بالمخالف و هو أن المرأة تأخذ من أدب زوجها و ليس للمجوزين أو المترددين إلا أن الأصل الجواز و الأصل عدم الاشتراط مع كون المقصود الأهم من الالتقاط التربية و الحضانه و هما يحصلان مع الكفر و الأصل الأول معارض بمثله كما عرفت مع أنه غير أصيل لعدم الدليل عليه من الإطلاقات إذ ليس في الأخبار إلا أن اللقيط لا يشتري و لا يباع و هي لا- تتناول ما نحن فيه لعدم تبادره منها إذ هي خطابات للمسلمين و في بلادهم و أما الأصل الثاني فهو فرع وجود عمومات و إطلاقات ظاهرة تدل على الجواز على الإطلاق و قد عرفت عدم وجود ذلك (و قد يحتج) للمحقق الثاني بأن كل مولود يولد على الفطرة و هو مدفوع بأنه لو صح لجري في منع الكافر عن حضانه لولده و هو كما ترى كاحتجاج على رده بقوله تعالى (وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) فإنه لا صراحة في الآية الشريفة بذلك لأن سوقها يقضى أن الكفار يحب و يود بعضهم بعضاً لا أنه وليه الشرعى فتأمل و ظاهر إطلاق الأكثر كما سمعت و صريح جماعة كالمصنف فيما يأتي و كذا الشهيد الثاني في كتابه و المولى

الأردبيلي عدم اشتراط الرشد فيصح من السفية و استقرب في الدروس اشتراطه و به جزم في التذكرة قال لأنه ليس بمؤتمن عليه شرعا و إن كان عدلا و في جامع المقاصد أنه لا- يخلو من قوة و كأنه مال إليه في الإيضاح و لا ترجيح في الكفاية (قلت) ينبغي للقاتل باشتراط العدالة و هم جماعة كما سيأتي أن يجزم باشتراط الرشد لأن التبذير حرام بالنص و الإجماع إلا أن تقول إنه صغيرة و لا إصرار و لعله إليه نظر في التذكرة لكنه في باب السفية منها أي التذكرة قال الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي و يتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد و لا- يدفع إليه أمواله إجماعا و إن كان فسقه لغير ذلك كالكذب و منع الزكاة دفع إليه ماله انتهى فتأمل بل الظاهر أن المبذر مصر فتأمل مضافا إلى أن الشارع لم يأت منه على ماله فبالأولى أن يمنعه من الائتمان على الطفل و ماله و لأن الالتقاط ائتمان شرعي و الشرع لم يأت منه (و ضعف) هذا بأن عدم ائتمانه إنما هو على المال لا على غيره و على تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٩٩

فلا يصح التقاط العبد (١) فإن إذن المولى صح و انتقل الحكم إليه (٢)

بين القاعدتين الشرعيتين و هما عدم استئمان المبذر على المال و تأهيله لغيره من مطلق التصرفات و من جملتها الالتقاط و الحضانه فيؤخذ المال منه خاصة (و فيه) أن صحة التقاطه تستلزم وجوب إنفاقه و هو ممتنع من المبذر و جعل التصرف فيه لآخر يستعقب الضرر على الطفل بتوزيع أموره مضافا إلى عدم عموم يشمل جواز التقاطه فيرجع فيه إلى حكم الأصل و هو عدم الجواز و ليس للمطلقين إلا أنه حضانه و ليس بمال و إنما يحجب له و مطلق كونه مولى عليه غير مانع (و كيف كان) فالمسألة لا تخلو من شائبة الإشكال و يأتي تمام الكلام (هذا) و إطلاق الأكثر يقضى بعدم اشتراط العدالة و قد نسب إلى الأكثر في المسالك و الروضة و في كشف الرموز أن الفاسق يجوز له أخذه بلا خلاف عندنا و يترك عنده بغير انضمام يد آخر إليه خلافا لبعضهم و في الشرائع أن عدم اشتراطها أشبه و في الدروس و الروضة أنه أقوى و في المسالك أنه أقوى و في الكفاية أنه أقرب و في الرياض أنه أظهر و في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروضة أن اعتبارها أحوط و حكى ذلك عن الحلبي و لم أجده في السرائر و في الأولين أنه إن كان له مال فاعتبارها أقوى و في المسالك أنه حينئذ متجه و اعتبارها خيرة المبسوط و الكتاب فيما يأتي و الإرشاد و شرحه لولده و تردّد في التحرير و لا ترجيح في التفتيح فظاهره التردد و قد نسب فيه عدم الاشتراط إلى المبسوط و الخلاف على كراهية و هو خطأ (حجة الأولين) أن ظاهر حال المسلم الأمانة و لهذا قبل قوله فيما هو في يده من أنه ماله و أنه طاهر و نجس و الحاصل أن الأصل في المسلم أنه لا يفعل غير المشروع و أنه يجوز له لقطه الأموال و الفرق بينهما غير ظاهر و ستعرف حال هذا الأصل عند قوله و لا الفاسق و أنه معارض بأصل الفسق لأنه الغالب فلا بد من ظاهر يعضد أحدهما و ليس هو الأحسن الظاهر (و حجة الآخرين) أن الفاسق غير مؤتمن شرعا و هو ظالم لا- يجوز الركون إليه و لا- يؤمن أن يبيع الطفل أو يسترقه أو يسيء في تربيته و فرق في التذكرة بين لقطه الأموال و الأبطال فإن في لقطه المال تكسبا و أنه يجب ردّ المال إليه بعد التعريف لإمكان نيّة التملك و بأن المقصود في المال حفظه و يمكن الاحتياط بالاستظهار بالتعريف و ينصب الحاكم من يعرف و في لقطه النفس حفظ النسب و النفس و قد يهلكه خفيه و يترك حفظه بالليل و يدعى رقيته في البلدان البعيدة و هذا الفرق ظاهر الوجه و لا كذلك الأولان (و يمكن) أن يقال إن ذلك منقوض بالتقاط الكافر لمثله و أنه ليس استئمانا حقيقيا و أنه يمكن حفظه في يده بالإشهاد و نصب الحاكم أمينا يشارفه في كل وقت و يشيع أمره من دون أن يؤذيه فتبقى ولايته و يحصل الجمع بين الحقين (و الحاصل) أن الحاكم لا- يخلو سبيله إلا- أن يقال إن المعلوم بالإجماع هو لقطه العدل لا غير و لا دليل غيره إلا أن تقول دليله إطلاق الأخبار و هو منزل على الغالب لندرة العادل فتأمل في ذلك كله (و وجه) ما في جامع المقاصد أن الخيانة في المال أمر راجح الوقوع و فيه أنه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم له منه كالمبذر و يأتي الكلام فيمن ظاهر حاله الأمانة

(قوله) (فلا يصح التقاط العبد)

قد سمعت ما في جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية و في الخبر ما للمملوك و اللقطة و المملوك لا يملك من نفسه شيئا فتأمل

(قوله) (فإن أذن المولى صح و انتقل الحكم إليه)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كذا النافع و اللعنة و كذا لو أجاز كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و في هذه الثلاثة و التحرير و الروضة أنه لا يجوز له الرجوع بعد الإذن و قال في التذكرة أنه لو كان الطفل في موضع لا ملتقط له سوى العبد فإنه يجوز له التقاطه لأنه تخلص له من الهلاك كما لو أراد التخليص من الغرق و لعله أراد بالجواز الوجوب كما هو صريح الدروس و التحرير و لا إشكال في وجوب أخذه أو جوازه كما في المسالك و إنما الكلام في لحوق أحكام الالتقاط له و الدليل المذكور لا يفرض إليه فإنه ليس له أهلية الالتقاط و إن كان له أهلية الاستنقاذ فينبغي أن ينتزع منه وجوبا على الكفاية فلا فرق بين وجود الملتقط و عدمه كما نبه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٠

و لا المكاتب (١) و لا حكم لالتقاط الصبي و لا المجنون بل ينتزع من أيديهما (٢) و لا يصح التقاط الكافر للمسلم و يصح لمثله و لا الفاسق لأن الحضانة استئمان فلا تليق به (٣) و الأقرب ثبوت الولاية للمبذر و البدوي و منشى السفر (٤)

على ذلك في جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان نعم لو رضى المولى بفعل العبد فهو لقطه من الآن و إلا فهو مشهود كما عرفت

(قوله) (و لا المكاتب)

قال في التذكرة لا- فرق بين القن و المدبر و أم الولد و المكاتب و المحرر بعضه في ذلك لأنه ليس لأحد هؤلاء التبرع بماله و لا منافعه إلا- بإذن السيد و نحوه في عدم الفرق بين المذكورين ما في التحرير و الدروس و المسالك و الروضة و في الأخيرين وفاقا لجامع المقاصد أنه لا يدفع ذلك مهياً البعض و إن وفي زمانه المختص بالحضانة لعدم لزومها فجاز تطرق المانع كل وقت و تأمل في ذلك المقدس الأردبيلي و لعله في محله و لا يخفى ما في تعليل التذكرة فإن من تحرر بعضه له التبرع بمقدار ما فيه من الحرية نعم ليس له الحضانة لأنه يلزم منها التصرف في حق المولى

(قوله) (و لا حكم لالتقاط الصبي و المجنون بل ينتزع من يدهما)

قد سمعت ما في مجمع البرهان و ظاهر إطلاقهم أن حكم اللقيط في يدهما مما كان عليه و به فسّر عبارة اللعنة في الروضة و عبارة الشرائع في المسالك و لعله لاستصحاب الحالة السابقة أو للإطلاقات إلا- أن تشك في انصرافها إلى محل الفرض و تقول إن الاستصحاب معارض بمثله فتأمل جيداً و قال في التذكرة لو كان الجنون يعتوره أدواراً أخذه الحاكم من عنده كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق أو الصبي و هو صريح في أنه لم يكن لقيطاً بالأخذ و لا بعده فإذا أخذه أحد لم يكن لقيطاً بل الآخذ له الحاكم و يحتمل جوازه للمولى إذا لم يتمكن من الحاكم و لم يكن أيضاً لقطه و لعله لأنه غير منبوذ و قد أخذ ذلك في تعريفه إلا أن يقال إنه المنبوذ الذي ليس في يد من تجب عليه حضانته فتأمل

(قوله) (و لا يصح التقاط الكافر للمسلم و يصح لمثله و لا الفاسق لأن الحضانة استئمان فلا تليق به)

هذه المسائل الثلاث قد تقدم الكلام فيها مسبقاً و بقي الكلام فيمن ظاهر حاله الأمانة و لم يعتبر حاله ففي التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أنه لا ينتزع من يده لأن ظاهر المسلم العدالة و لم يوجد ما ينافي هذا الظاهر و لأن حكمه حكم العدل في لقطه الأموال و الولاية في النكاح و أكثر الأحكام و كأنه مال إليه في الدروس قال في التذكرة و لكن يوكل الإمام من يراقبه من حيث لا يدري لثلاث

يتأذى فإذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة (قلت) ما ذكره من كون ظاهر المسلم العدالة خلاف ما عليه المشهور و خلاف مذهب المصنف في غير هذا الموضوع نعم هو مذهب أبي علي و المفيد و الشيخ في جملة من كتبه لأن الأصل في الإسلام العدالة و الأصل في جميع أقوال المسلم و أفعاله الصحة و الفسق طار على هذا الأصل و غلبته كغلبة المجاز على الحقيقة فلا تعارض بين الأصلين لأن ثبوت المظنة لا يجدى مع انتفاء المثبتة و القائل بأنه لا بد من حسن الظاهر يقول أصلاً تعارضاً فلا بد من ظاهر يعضد أحدهما و ليس هو إلا - حسن الظاهر مع ادعاء تواتر الأخبار بعدم الاكتفاء بظاهر الإسلام و بالاكتفاء بحسن الظاهر و مما ذكر يعلم الحال عند من يقول لا بد من الملكة و أما قبول قول المجهول الحال في التذكية و الطهارة و رق الجارية و غير ذلك فهو من دليل خارجي ثم إنه إن أراد وجوب توكيل الإمام من يراقبه أشكل تمكينه منه قال في التذكرة و أما قبل ذلك لو أراد السفر فإنه يمنع منه و ينتزع منه لأنه لا يؤمن أن يسترقه و هذا يمكن أن يكون بناء على اشتراط العدالة و يحتمل أنا لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا لشدة الحاجة حينئذ كما في جامع المقاصد

(قوله) (و الأقرب ثبوت الولاية للمبذر و البدوي و منشى السفر)

قد تقدم الكلام في المبذر مشعباً (و أما البدوي و منشى السفر) فالجواز فيهما خيرة الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر اللمعة للأصل و عدم مانعية ما قيل إنه مانع لكن في الشرائع و المسالك التعبير بمريد السفر و قد حكى عن المبسوط أنه منع من ثبوتها للبدوي لأن التقاطه يؤدي إلى ضياع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠١

و يجب على الملتقط الحضانة (١) فإن عجز سلمه إلى القاضي (٢) و هل له ذلك مع التبرم و القدرة نظر ينشأ من شروعه في فرض الكفاية فلزمه (٣) و الأقرب أن له السفر به و الاستيطان به في غير بلد الالتقاط فلا يجب انتزاعه منه حينئذ (٤)

نسبه و ضعفه في جامع المقاصد و كذا المسالك بعدم علم مانعيته و عدم انضباط الأحوال قالاً ربما كان السفر به سبياً في ظهور نسبه بأن كان من مكان بعيد و الموجود في المبسوط و التذكرة أنه لو التقطه البدوي فإن كان من أهل حلة مقيماً في موضع راتب أقر في يده و إن كان ممن ينتقل من موضع إلى موضع فقد قيل فيه وجهان أحدهما المنع و الثاني أنه يقر في يده لأن أطراف البادية كمحال البلدة و لا ترجيح أيضاً في التحرير و الإيضاح و الدروس في البدوي و منشى السفر نعم قال في الأخير يضعف انتزاعه من مريد السفر إذا كان عدلاً و هذا شامل لمن ثبتت ولايته عليه ثم أراد أن يسافر به و لمنشى السفر فتدبر و قد سمعت ما في الشرائع و قال أى في الدروس و لو لم يوجد غيرهما لم ينتزع قطعاً و كذا لو كان الموجود كواحد منهما و نحوه ما في التحرير و الروضة و المراد بمنشى السفر من ابتداء به أو قرب منه جداً بحيث صار بمنزلة المسافر فإذا التقطه هذا المبتدى بالسفر في البادية فلا بد من نقله حراسة له و له أن يتوجه به إلى مقصده و يذهب به إليه لمكان الضرورة و الحاجة و لا يجوز انتزاعه من يده عند المصنف و من عرفت و بذلك يفرق بينه و بين ما سيأتي من قوله الأقرب أن له السفر به فإن ذلك قد التقطه و أقر في يده و ثبتت له الولاية عليه ثم أراد أن يسافر به و لكن قد لا يفرق بينه و بين ما قرب منه جداً فتأمل لأن عبارتي الشرائع و الدروس قد تقضيان بعدم الفرق أصلاً ثم إن الشيخ و ولد المصنف و الكركي اشتراطوا في جواز السفر به فيما يأتي أن يكون عدلاً ظاهراً و باطناً و لم يشترطوا هنا شيئاً و كان ينبغي لهم أن يقولوا هنا بجواز الانتزاع من يده إذا لم يكن عدلاً فتأمل و بعض العامة قال فيما نحن فيه أنه لا يذهب به إلى مقصده رعاية لأمر النسب

(قوله) (و يجب على الملتقط الحضانة)

بلا - خلاف و قال في الدروس تجب حضانته بالمعروف و هو القيام بتعهده على وجه المصلحة بنفسه أو زوجته أو غيرهما و الأولى ترك إخراجها من البلد إلى القرى و من القرية إلى البادية لضيق المعيشة في تينك بالإضافة إلى ما فوقها و لأنه أحفظ لنسبه و أيسر

لمداواته

(قوله) (فإن عجز سلمه إلى القاضي)

كما في التذكرة وغيرها والوجه فيه ظاهر لأنه ولي من لا ولي له ولا تكليف بما لا يطاق

(قوله) (و هل له ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ من شروعه في فرض كفاية فلهذا)

كما هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد لأنه قد ثبت عليه حق الحفظ فيستصحب و لقوله عز و جل و لا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ فَالشروع في فروض الكفاية يوجب إتمامها و تعينها إلا أن تقول إن الشروع لا يغير حكم المشروع فيه و قد فصل العلامة في جهاد التذكرة بين الجهاد مما يوجب التخاذل و نحوه كصلاة الجنابة مما هو كالخصلة الواحدة و بين طلب العلم و نحوه مما لا تخذيل فيه و ليس كالخصلة الواحدة فتأمل (و يحتمل) جواز دفعه للقاضي للأصل و لأنه ولي الضائع و هو خيرة التذكرة و الأصل غير أصيل مع ثبوت الولاية و وجوب القيام بمقتضاها و الحاكم ولي عام ولايته على من لا ولي له و الملتقط ولي خاص بل نقول إنه بعد أخذه تعينت الحضائنه عليه فليس من الشروع في الواجب الكفائي فلا معنى للنظر فتدبر

(قوله) (و الأقرب أن له السفر به و الاستيطان به في غير بلد الالتقاط فلا يجب انتزاعه منه حينئذ)

قال في المبسوط إذا أراد أن يسافر به فإن كان أمينا ظاهرا و باطنا فإنه يترك في يده و لو كان أمينا في الظاهر فإنه يمنع منه و لا يترك أن يحمله لأنه يخاف أن يسترقه و هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد غير أنه في الأخير جعل موضع الأمين العدل و فصل بما ذكر و قال أنه خيرة المبسوط (قلت) ملاحظة كلام المبسوط و تفسيره الأمين في الباطن بأن يكون قد ولد في ذلك البلد و نشأ فيه و عرف باطنه تقضى بأنه أراد بالأمين العدل و قد تقدم لصاحب جامع المقاصد ثبوت الولاية لمنشئ السفر بمعنييه و البدوى من دون اشتراط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٢

و نفقته في ماله و هو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم و يقبله القاضي (١)

عدالة في الأول و لا كون الثاني راتا فالحظ كلاميه و قد تقدم أنه قال في الدروس أنه يضعف انتزاعه من مريد السفر إذا كان عدلا و قد يظهر من التذكرة المنع من السفر به مطلقا لأنه إذا سافر ضاع نسبه لأن من ضيعه يطلبه حيث ضيعه و ضعف في جامع المقاصد بأنه ربما كان السفر به محصلا لنسبه (قلت) و لعله يقضى بأنه لا يجوز لملتقطه في البادية أن يذهب به إلى مقصده و وجه ما قرره المصنف هنا أنه ولي فيجوز له ما يجوز لغيره من الأولياء و أن الأصل عدم الحجر عليه في ذلك و أن المنع ربما أدى إلى ضرر الطفل و قد قرب فيما تقدم ثبوت الولاية لمنشئ السفر بمعنييه و ظاهر إطلاقهم أنه لا فرق في السفر بين سفر النقلة و التجارة و الزيارة و به صرح في التذكرة و منه يعلم حال الاستيطان به في غير بلد الالتقاط لكن قال هنا في المبسوط قيل فيه وجهان أسدما أنه يترك في يده و الآخر أنه ينتزع و لم يتعرض لأمانته و عدمها و قد ذكر هذا قبل ذاك بقائمة فلا يتجه تنزيله عليه فتأمل و قال في التذكرة لو أراد النقلة إلى بلد آخر فإن نظرنا إلى اعتبار المعيشة بالبلاد متقاربة و إن راعينا أمر النسب منعناه لأن طلبه في موضع ضياعه أظهر فيكون كشف نسبه فيها أرجى فلا- يقر في يد المنتقل عنه كما لا يقر في يد المنتقل إلى البادية انتهى و قد صرح أيضا في المبسوط أنه إذا كان الملتقط له حضريا و أراد أن يسافر به إلى البادية أنه ينتزع من يده و قد تقدم الكلام فيما إذا التقطه البدوى و منشئ السفر و عرفت هناك الفرق بين هذه المسألة و تلك فليرجع إليها و قد تقضى عبارتا الشرائع و الدروس بعدم الفرق هذا و لو غلب على ظن الملتقط أن غرض نابذه تضييعه و عدم طلبه فالأقوى جواز نقله إلى أين شاء

(قوله) (و نفقته في ماله و هو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم و يقبله القاضي)

لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط إجماعا كما في التذكرة (قلت) و يعضده الأصل و الحصر في صحيحة الحلبي في الفقيه و في

جامع المقاصد نفى عنه الريب و إيجاب الالتقاط لا يوجب النفقة هذا و قال في التذكرة ينقسم مال اللقيط إلى ما يستحقه لعموم كونه لقيطا و إلى ما يستحقه بخصوصه فالأول مثل الحاصل من الوقوف على اللقطاء أو الوصية و قال بعض الشافعية أو ما وهب لهم و اعترض عليه بأن الهبة لا تصح لغير معين و قال آخرون يجوز أن تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتى يكون تملكها بالهبة كما يجوز الوقف و حينئذ يقبله القاضى و ليس بشيء نعم تصح الوصية لهم انتهى و قال فى جامع المقاصد ما ذكره فى التذكرة حق و هو المعتمد و ما ذكره هنا إن أراد جواز الهبة للجهة فليس بجيد و إن أراد المعينين من اللقطاء و من جملتهم لقيط مخصوص فلا شبهة فى الحكم لكن المتبادر غير هذا انتهى (قلت) جزم فى الدروس بما فى الكتاب من دون تأمّل فيه و عبر فى التحرير بما وقف عليه إذا أوصى له به و قبله الحاكم أو وهب له و قد تبعت كتاب الهبة فى عدة من الكتب المطولة فلم أجد لهم تصريحاً بصحة الهبة للجهات العامة و لا يعدمها بل قد يلوح من بعض مطاوى كلامهم العدم و فى جامع المقاصد لا مانع من العموم مع قبول الحاكم كالوقف على الجهات العامة (قلت) يشهد له الأصل أى أن الأصل الجواز و الأصل عدم اشتراط التعيين و قد وجد شرط التمسك بهما و هو العمومات و الإطلاقات الظاهرة للدلالة على الجواز على الإطلاق من الكتاب و السنة كقوله عز و جل و آتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ إِنَّ الْمُصَدِّقِينَ وَ الْمُصَدِّقَاتِ وَ كالأخبار الواردة فى الصدقة و الهبة و الهدية و قد قالوا من دون خلاف إن أقسام العطية ثلاثة لأنها أما منجزه غير معلقة بالوفاء و أما مؤجله معلقة بها الثانى الوصية و الأول إما أن تكون العطية مطلقاً تقتضى الملك المطلق الموجب لإباحة أنواع التصرفات فهى الهبة و أما أن تكون مقيمة غير مطلقه فهو الوقف و قسموا أيضاً العطية إلى هبة و هدية و صدقة قالوا إن خلقت عن العوض سميت هبة فإن انضم إليها حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب إعظاماً له و توقيراً سميت هدية فإن انضم إليها التقرب إلى الله سبحانه و طلب ثوابه فهى صدقة و قال الشيخ الهدية و الصدقة و الهبة بمعنى واحد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٣

أو ما يده عليه عند الالتقاط كالموقوف عليه و المشدود على «١» ثوبه و الموضوع تحته و الدابة تحته و الخيمة و الفسطاط الموجود فيهما و الدار التى لا مالك لها و ما فى هذه الثلاثة من الأقمشة (١) و لا يحكم له بما يوجد قريباً منه (٢)

و لهذا إذا حلف أن لا يهب فتصدق على مسكين حث فإذا صح الوقف و الوصية و الصدقة على الجهات صحت الهبات لأن الجميع من سنخ واحد و قد تقدم أن العارية تصح على الجهة فقد دلت على ذلك إطلاقات النصوص و الفتاوى بل و الإجماعات فتمكن من ذلك أصل الجواز و أصل عدم الاشتراط و الحاكم هو القابل القابض لذلك و جميع الصدقات و العطايا التى تأتى من الأطراف للمشتغلين و المجاورين فى المشاهد المشرفة من باب الهبات على الجهات فليحظ ذلك جيداً هذا و سيأتى أنه لا ينفق عليه من ماله إلا بعد استئذان الحاكم و قول المصنف و يقبله القاضى يعود إلى كل من الهبة و الوصية و كذا الوقف على القول باشتراط القبول فى هذا النوع

(قوله) (أو ما فى يده عند الالتقاط كالموقوف عليه و المشدود على ثوبه و الموضوع تحته (و الدابة تحته خ) و الخيمة و الفسطاط الموجود فيهما و الدار التى لا مالك لها و ما فى هذه الثلاثة من الأقمشة)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و الشرائع و التحرير و المسالك و نحوها الإرشاد و الدروس و اللعة و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى المبسوط أن ذلك كله مما لا خلاف فيه مع زيادة جميع ما على الدابة و كل ما كان مشدوداً عليها و قال فيه أيضاً أن الصغير يملك كما يملك الكبير و له يد كما أن للكبير يداً و كلما كان ملكاً للكبير جاز أن يكون ملكاً للصغير و كل ما كان يد الصغير عليه صح ملكه كالكبير و رتب على ذلك ملكه ما ذكر و قد وافقه على ذلك من تأخر عنه ممن تعرض له من دون خلاف و لا تأمل قالوا لأن اليد فى كل واحد من هذه حقيقة و هى دالة على الملك و قد يقال بأن هذا قد يقضى بأن كسوة الأولاد تملك كما اخترناه فى كسوة الزوجة لا امتناع فتأمل فيه «٢» و زاد فى التذكرة ما غطى به من لحاف و شبهه و ما جعل فى جيبه من حلى أو دراهم

أو غيرها و ما يكون الطفل مجعولا فيه كالسرير و المهد و الدابة المشدودة فى وسطه أو ثيابه أو التى عنانها بيده و الدنانير المنثورة فوقه و المصبوبة تحته و تحت فراشه و مراد المصنف بقوله ما فى يده عند الالتقاط ما كان بيده حين نبذه و ضياعه كما هو ظاهر فيشمل ما كان بيده قبل الالتقاط ثم زالت عنه لعراض كطائر أفلت من يده و متاع غضب منه أو سقط فلعله لا يرد عليه ما فى جامع المقاصد من أن قوله عند الالتقاط مستدرك بل مضر و الموجود بالجر صفة الخيمة و الفسطاط يعنى الذى وجد اللقيط فيهما و لا ريب أن اليد فى كل شىء بحسب ذلك الشىء و لا ريب أن الكون تحتها وضع لليد عليهما لأنهما بيتان و أما قوله لا مالك لها فقد احتمل فى جامع المقاصد أن يكون صفة للجمع لأن ما علم أن له مالكا غيره و لا- عبرة بيده عليه (قلت) فيكون من باب بيان الواضحات و احتمل أن يكون صفة للخيمة و الفسطاط و الدار خاصة و هو مثل الأول أو قريب منه (قلت) يحتمل أن يكون صفة للدار خاصة كما فى المبسوط و الشرائع لأنها يستبعد الفرض فيها و لأنه فصلها عن الخيمة و الفسطاط قال فى المبسوط فإن وجد فى برية فى خيمة أو فسطاط فإن الخيمة و الفسطاط و ما فيها يكون له و يده عليه و لو جاز أن يكون دار لا مالك لها و وجد فى تلك الدار فإنها تكون له كالخيمة انتهى و هو نص فيما ذكرنا و نحوه الشرائع و وجه كون ما فى الثلاثة له أنه إذا كانت يده على البيت فيده على ما فيه فيكون له

(قوله) (و لا يحكم له بما يوجد قريبا منه)

كما فى التذكرة و الدروس و مجمع البرهان و كذا الإرشاد و الروضة و قيده فى الدروس بما لا يد له عليه و لا هو بحكم يده و ستعرف بيانه مما نحكيه عن المبسوط و قال فى الشرائع فيما يوجد بين يديه و إلى جانبه تردد أشبهه أنه لا يقضى له و فى التحرير فى القريب مثل ما يوجد

(١) فى خ ل

(٢) لأنه يمكن أن يقال إن ذلك مما علم أن له مالكا غيره و لا عبرة باليد حينئذ و يحتمل أن يكون ممّا علم أنه كان له مالك فتؤثر اليد «منه قدس سره».

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٤

أو بين يديه (١) أو على دكة هو عليها (٢) و لا بالكنز تحته (٣) و إن كان معه رقعة إنه له على إشكال (٤) فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان (٥)

بين يديه أو إلى جانبه نظر و نحوه ما فى الكفاية و قال فى المبسوط و أما ما كان قريبا منه مثل أن يكون بين يديه صرة أو رزمة فهل يحكم بأن يده عليه أم لا قيل فيه وجهان (أحدهما) لا تكون يده عليه لأن اليد يدان يد مشاهدة و يد حكمية و هى ما يكون فى بيته و يتصرف فيه و هذا ليس بأحدهما (و الوجه الثانى) تكون يده عليه لأن العادة جرت بأن ما بين يديه يكون له مثل التيلة «١» بين يدي الصراف و الميزان و غيرهما و هذا أقوى انتهى (قلت) و كالحمال إذا قعد للاستراحة و ترك حمله قريبا منه و كالأمتعة الموضوعه فى السوق يعرب الشخص فإنه تجعل له خصوصا مع انضمام قرينه إليه كما لو وجد معه أو فى ثيابه رقعة إن ذلك له فإن العمل بها قوى كما فى الدروس و كذا المسالك إذا أفادت الظن الغالب كما لو كانت بخط مسكون إليه و مما ذكر يعرف الوجه فى ترجيح أحد الوجهين و التردد و لا يحكم له بما كان بعيدا عنه بلا خلاف كما فى المبسوط و كل ما يحكم بأنه ليس له فهو كاللقطة

(قوله) (أو ما بين يديه)

كأنه لا حاجة إليه

(قوله) (أو على دكة هو عليها)

قال في الشرائع عدم القضاء له هنا أوضح وقال في المبسوط وفي الناس من قال لو كان المنبوذ مطروحا على دكة فما يكون على الدكة تكون يده عليه ولم يتعقبه بشيء فما حكاه عنه في الكفاية من أنه حكم له به مطلقا لم يصادق محله (قوله) (و لا بالكنز تحته)

بلا خلاف فيه كما في المبسوط وفي جامع المقاصد أنه لا بد لمن جلس على أرض مباحة مدفون فيها كنز بالنسبة إلى الكنز قطعاً وهو يجري مجرى الإجماع أما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه فإن يده عليه فيكون مملوكاً له (قوله) (و إن كان منه رقعة إنه له على إشكال)

كما في التحرير أيضاً وقرب في التذكرة حينئذ أنه له لأنه في الأمانة والدلالة على تخصيص اللقيط أقوى من الموضوع تحته وقد حكى ذلك عن المبسوط في المسالك ولم أجده فيما عندنا من نسخته وقد سمعت ما في الدروس آنفاً وقرب في الإيضاح العدم لأن الرقعة ليست بيد وفي جامع المقاصد أن الأصح أنه إن أثمرت الكتابة ظناً قويا كالصك الذي تشهد القرائن بصحته خصوصاً إن عرف فيه خط من يوثق به عمل بها فإننا نجوز العمل في الأمور الدينية بخط الفقيه إذا أمن من تزويره وإنما يثمر الظن القوي هذا إذا لم يكن له معارض من يد أخرى ولا دعوى مدع ولا قرينة أخرى تشهد بخلاف ذلك وإلا فلا ونحوه ما في المسالك كما تقدم واختاره في مجمع البرهان ونفى عنه البعد في الكفاية وقد جعل الإشكال في جامع المقاصد راجعاً إلى جميع ما تقدم كما هو الظاهر لعدم الفارق قال أي لا يحكم له بشيء من المذكورات وإن كان معه رقعة مكتوب فيها أن ذلك الشيء له على إشكال ينشأ من انتفاء اليد وإمكان تزوير الخط وانتفاء حجته ومن أنه أمانة انتهى لكن إشكال التحرير ومقرب التذكرة إنما ذكر في الكنز تحته و زاد في التحرير ما كان بعيداً عنه في غير ملكه ولا يشترط في ذلك أيضاً كون الرقعة معه بل لو كانت في المتاع أو كان مكتوباً عليه لا يتفاوت الحال على الأقوال ولذلك قال في التذكرة ولو وجد معه أو في ثيابه وقال في الدروس كالكتابة عليه أي المتاع وقال في جامع المقاصد أن عبارة الكتاب قاصرة (و فيه) أنه ليس معنى معه أنه متصل به فإنه إذا كان عنده أو في متاعه يقال إنه معه (قوله) (فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان)

كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسراير والشرائع والنافع والإرشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا الغنية وهو المحكى عن أبي علي والقاضي وهو على الظاهر معنى قوله في المبسوط والتذكرة والتحرير أنفق عليه السلطان من بيت المال وفي الأول أنه لا خلاف فيه ولعله لا ينحصر

(١) كذا في نسختين ولم نعثر على معناها في كتب اللغة وفي نسختنا من المبسوط مثل البنيكة بين يدي الطواف ولم نعثر في كتب اللغة على معناها أيضاً فلتراجع (مصححه).

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٥

فإن تعذر استعان بالمسلمين (١) ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية (٢)

□
في بيت المال فيجوز من الزكاة مطلقاً أو من سهم الفقراء أو المساكين أو سهم سبيل الله سبحانه وتعالى بل قد يقال لا يجوز الإنفاق عليه من بيت المال لأنه معد لما لا وجه له سواء واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً فنفقته على سيده أو حراً له مال أو قريب فيستقرض له الإمام من بيت المال أو آحاد الناس فإن ظهر أنه حرّ لا مال له ولا قريب قضى من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين وهذا أي رفع أمره إلى السلطان إنما هو إذا لم يتبرع هو أي الملتقط ولم يجد من يتبرع فيكون واجباً كما هو صريح بعضهم و ظاهر الأكثر وما في المقنعة والنهاية من أنه ينبغي له أن يرفع خبره إلى السلطان مراد به الوجوب وإلا جاز له الاقتصار على الإنفاق من ذلك المتبرع (قوله) (فإن تعذر استعان بالمسلمين)

كما فى المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و كذلك الغنية و المسالك و الكفاية و هو المحكى عن أبى على و القاضى و فى الأخيرين فإن تعذر و وجد من ينفق عليه من الزكاة جاز و إلا استعان بالمسلمين و لا يخفى أن الاستعانة بهم واجبة أيضا إذا لم يتبرع و لم يجد من يتبرع و تعذر الاستعانة بالسلطان إما لعدم الوصول إليه أو لكونه لا مال عنده أو لأن ما عنده يجب صرفه فيما هو أهم (قوله) (و يجب عليهم بذل النفقة على الكفاية)

هذا هو المشهور كما فى المسالك و عليه الفتوى كما فى التنقيح و المسالك أيضا و هو منهم كما فى المسالك أيضا و الكفاية و إنما جاز له الاستعانة بهم مع كونه كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرع إذ لا يجب عليه التبرع فإن اتفق المتبرع و إلا كان الملتقط و غيره سواء فى الوجوب لأنه من باب إعانة المضطر الواجبة كفاية فى جميع الأبواب و تردّد فى الشرائع فى وجوبه كفاية و نحوه ما فى المبسوط حيث قال قيل فيه قولان أحدهما على سائر الناس و الثانى أنه يستقرض عليه و فى الدروس أن توقف المحقق ضعيف (قلت) إن كان توقفه فى أصل الوجوب على الكفاية لأنه ممن يذهب إلى استحباب الالتقاط فالتضعيف فى محله و هو الذى فهمه الفاضل المقداد و غيره و إن كان التوقف فى تعيين التبرع كما فهمه صاحب المسالك فالتوقف فى محله بل الواجب على هذا الحكم بالوجوب لأن الواجب رفع حاجة المحتاج بالقرض له أو التبرع عليه فكان شبيهه البذل للمضطر فإنه بالعوض عندهم لاحتمال أن يكون هذا ذا مال أو ذا قريب أو رقيقا كما مرّ بيانه و هذا ظاهر الجماعة كما سيتضح حاله و به صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و هو الموافق للقواعد فما فهمه من الشرائع فى المسالك و شهرته المدعاة خطأ فى خطأ و الحاصل أن كلامه غير منقح فليحظ بعين التحقيق و قال فى الدروس الملتقط إذا احتاج إلى الاستعانة بالمسلمين رفع أمره إلى الحاكم ليعين من يراه إذ التوزيع غير ممكن و القرعة إنما تكون فى المنحصر و قال فى التذكرة و لو احتاج الإمام إلى التيسير على الأغنياء قسط مع إمكان الاستيعاب و كأنه غير ما فى الدروس و قال فى التذكرة و لو كثر و تعذر التوزيع ضربها على ما يراه بحسب اجتهاده و المراد أغنياء تلك البلدة و لو احتاج إلى الاستعانة بغيرهم استعان انتهى و قال فى الدروس و لا رجوع لمن يعين عليه الإنفاق لأنه يؤدى فرضا و ربما احتتمل ذلك جميعا بين صلاحه فى الحال و حفظ مال الغير و قد أومى إليه فى المبسوط و يتجه على قول المحقق بالاستحباب الرجوع و يؤيده أن مطعم الغير فى المخمصة يرجع عليه إذا أيسر و لو قلنا بالرجوع فمحله بيت المال أو مال المنفق عليه أيهما سبق أخذ منه انتهى و هو محتاج إلى الدليل فى بعض ذلك فليأمل (هذا) و قد عرفت أنه لا يجب عليه أى الملتقط و لا على المسلمين التبرع و لما كان يرجى وجود متبرع أو متصدق منهم و لم يجز له الإنفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع صح الترتيب و هو الوجوب على المسلمين أولا و هو منهم فإن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٦

فإن تعذر أنفق الملتقط فإن نوى الرجوع رجوع و إلا فلا (١) و لو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا (٢) رجوع و لو ظهر رقه رجوع مع عدم التبرع على سيده (٣)

تعذرت إعانتهم تبرعا أنفق الملتقط و رجوع إذا نوى كما أشار إليه المصنف بقوله فإن تعذر أنفق

(قوله) (فإن تعذر أنفق الملتقط فإن نوى الرجوع رجوع و إلا فلا)

كما فى المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و الغنية و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كذا اللمعة و التنقيح و هذه كلها قد وافقت الكتاب فى الترتيب و التفريع و ظاهرها أنه إذا تعذر المسلمون إما لعدم إمكان الوصول إليهم أو لكون من حضر منهم لا مال عنده أنفق هو لكن قال فى جامع المقاصد ينبغى أن يراى فإن تعذر إعانة المسلمين تبرعا أنفق الملتقط و رجوع إذا نوى الرجوع إلى آخره لأنهم إذا بذلوا النفقة قرضا لم يكن بينهم و بين الملتقط فرق بالنسبة

إلى مصلحة اللقيط فلا وجه لتوقف إنفاقه فرضا ونظرة إلى ما عرفته آنفا من أن الاستعانة إنما هي لرجاء وجود المتبرع فيهم و ينبغي أخذ ذلك في كلام الجميع وهذا يقضى بأنهم قائلون بأنه لا يجب التبرع كفاية وإنما يجب عليهم رفع الحاجة ولو قرضا كما تقدم فشهرة المسالك لم تصادف محرّها واستشكل في الكفاية في رجوعه إذا نوى الرجوع ولم يتعرض له في المبسوط وما حكى عنه من أنه لا ترجيح فيه لم نجده وحكى الخلاف جماعة عن ابن إدريس قالوا إنه قال إنه لا يرجع مع نية الرجوع وإن أشهد لتبرعه ولم أجده في السرائر تعرض له إلا- في الضالة ولعلمهم فهموا منه عدم الفرق كما يعطيه أول كلامه ويدل على ما عليه الأصحاب بعد الإجماع المحصل والمنقول في المختلف قول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الرحمن العرزمي المنبوذ حر فإذا كبر فإن شاء تولى (يوالى خ ل) الذى التقطه وإلا فليرد عليه النفقة وليذهب فليتوال من شاء ولعل الشرط مبنى على الغالب وقوله عليه السلام فى خير قاسم ابن إسماعيل وإن طلب منه الذى ربه النفقة وكان موسرا رد عليه وإن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقة وفى صحيحة ابن محبوب ولكن استخدمها بما أنفقته عليها وقال فى المختلف فى رد ابن إدريس لو لا ذلك لزم الإضرار بالملتقط أو اللقيط وهو منفى بالإجماع وبالخبير لأنه إما إن تجب النفقة على الملتقط أو لا (و الأول) باطل لأنه ضرر عليه وهو خرق للإجماع أيضا إذ لم يوجب أحد مجانا (و الثانى) باطل أيضا لأنه ضرر على الصبي إذا الملتقط ترك ما ليس بواجب فيؤدى إلى تلف الصبي وهو باطل بالإجماع وقوى جماعة عدم اشتراط الإشهاد فى جواز الرجوع وقرب الاشتراط فى موضع من التذكرة ولم يذكره فى موضع آخر مثله وتردد فى التحرير وأول من اعتبره ابن إدريس فى أول كلامه وما حكاه عنه فى التنقيح غير صحيح وكذا الحال فيما إذا أنفق غير الملتقط مع نية الرجوع فإن له ذلك كما فى التحرير والمسالك بل يفهم ذلك مما تقدم

(قوله) (و لو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع)

كما فى المقنعة والنهاية والشرائع والتحرير والإرشاد وغيرها وذلك إذا كانت الإعانة تبرعا فلو قطع بانتفاء التبرع فلا مانع من الرجوع

(قوله) (و لو ظهر رقه رجوع مع عدم التبرع على سيده)

كما نبه عليه فى التذكرة عند الكلام على استقراض الإمام وفى جامع المقاصد أن ظاهر العبارة أن التفصيل السابق آت هنا وهو مقتضى إطلاق كلامهم ويحتمل إلحاق المملوك الملتقط بالوديعه فمتى لم يجد مالا للمالك وتعدر استيذان المالك والحاكم أنفق ونوى الرجوع ولا- حاجة إلى الاستعانة بالمسلمين انتهى (قلت) إن أراد كلامهم السابق فهو صريح فى الحرّ حيث قال جماعة كما عرفت ينفق عليه من ماله فإن لم يكن له استعان بالسلطان إلخ وهذا صريح فى أنه حر لأن العبد لا مال له على المعروف بينهم ثم إنهم فى أول كلامهم قرروا أن الأصل فى اللقيط الحرية قال الشيخان وغيرهما إذا وجد مسلم لقيطا فهو حر غير مملوك و ينبغي له أن يرفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال فإن لم يجد استعان بالمسلمين إلى آخره وإن أراد كلامهم فى خصوص الفرع فلم نجد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٧

وعليه مع الحرية إن كان مؤسرا أو كسوبا (١) وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين (٢) وليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم فإن بادر بدونه ضمن إلا مع التعذر (٣) ولا يفتقر فى احتفاظه إلى الإذن (٤) ولو اختلفا فى قدر الإنفاق قدم قول الملتقط مع يمينه فى قدر المعروف (٥)

من تعرض له سوى المصنف هنا وفى التذكرة فى مقام آخر كما عرفت آنفا

(قوله) (و عليه مع الحرية إن كان مؤسرا أو كسوبا)

كما نبه عليه فى التذكرة أيضا وهذا إذا اكتسب و فضل من كسبه عن مؤنثه المستثناء فى الدين شىء لأن الاكتساب للدين غير واجب

كما سبق و كما نبه عليه في جامع المقاصد

(قوله) (و إلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين)

كما نبه عليه أيضا في التذكرة و قال في جامع المقاصد أى يرجع عليه إن لم يكن موسرا و لا كسوبا من سهم الفقراء أو الغارمين مخيرا في الأمرين لتحقيق كل من الوصفين فيه و يشكل بأن الرجوع عليه يفهم منه ثبوت ذلك جزما و لا يستقيم ذلك في سهم الفقراء لأن قبض الفقير الزكاة مما يتوقف عليه الملك و هو نوع اكتساب فلا يجب و يبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط لتوقف ملكه له على قبضه نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين لأن صيرورته ملكا للمديون غير شرط فيجوز الدفع إلى صاحب الدين و إن لم يقبضه المديون و لو حملت العبارة على أن المراد كون الرجوع باختيار اللقيط فمع أنه خلاف المتبادر لم يستقم ذلك بالنسبة إلى سهم الغارمين انتهى (قلت) يقبضه الحاكم أو يأذن للملتقط بقبضه و هذا بعد بلوغه أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه نعم يمكن الأخذ من ماله يأذن الحاكم أو من سهم الغارمين

(قوله) (و ليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم فإن بادر بدونه ضمن إلا مع التعذر)

هذا هو المعروف من مذهبهم كما في الكفاية و به صرح في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و الدروس و اللعنة و الروضة غير أن في الثلاثة الأخيرة لم يذكر فيها أنه يضمن إن أنفق بدون إذنه و أنه لا ضمان مع تعذر الحكم لكن ذلك قضية كلامهما و هذا الأخير لم يذكر أيضا في المبسوط قالوا لأنه لا ولاية له على ماله و إنما له حق الحضانة فإذا أنفق كان كمن أنفق مال الغير بغير حق كرجل عنده وديعة فأبق عبد المودع فأنفق الوديعة على الآبق فإنه يكون خائنا كذا في المبسوط و غيره و مثله في التذكرة بمن عنده وديعة لليتيم فأنفقها عليه و قد يقال إن له ذلك للأصل و لولايته عليه في الجملة و لأنه من باب الأمر بالمعروف فيستوى فيه الحاكم و غيره كإراقه الخمر و في صحيحة محمد بن إسماعيل ابن بزيع ما يدل على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصى من دون قيد تعذر الحاكم إذا كان المتصرف ثقة و مثله رواية سماعة و صحيحة ابن رثاب و تمام الكلام قد تقدم في باب الحجر و لا ريب أن غير الملتقط كالملتقط في احتياجه إلى الإذن

(قوله) (و لا يفتقر في احتفاظه إلى الإذن)

قد عرفت أنه صرح في المبسوط و الشرائع و التذكرة و المسالك و مجمع البرهان أنه لا ولاية له على ماله فيفتقر في احتفاظه إلى الإذن كما قرّبه في موضع من التذكرة قال الأقرب عندي أن الملتقط لا يستولى على حفظه بل يحتاج إلى إذن الحاكم لأن إثبات اليد على المال إنما يكون بولاية أما عامه أو خاصة و لا ولاية للملتقط و لهذا أوجبنا الرجوع إلى الحاكم في الإنفاق و قد يأول كلام المبسوط و ما وافقه بأن المنفى ولاية التصرف لا ولاية الحفظ لأنه مستقل بحفظ نفسه فما له أولى فكان أولى من الحاكم

(قوله) (و لو اختلفا في قدر الإنفاق قدم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأنه أمين و الظاهر يساعده لأنه يحتاج إلى النفقة بالمعروف و لا بد له منها و مع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف فكان كالوصى في قبول قوله في الإنفاق على الصبي و نحوه و ليس المقام مما تقدم فيه الظاهر بمجردة على الأصل بل مع الأمانة و المراد بالأصل أصل العدم فيما زاد عن قدر الضرورة فكان القاطع له الدليل لا أنهم قدموا الظاهر عليه و لم يلتفتوا إليه كما قد تعطيه عبارة جامع المقاصد نعم لا يسمع قوله فيما زاد على قدر المعروف لأنه يكون خائنا مفرطا و لا يحلف إلا أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٨

و كذا في أصل الإنفاق و إن كان للملقوط مال (١)

(المطلب الثاني في الأحكام)

إشارة

و هي أربعة

(الأول) النسب

فإن استلحقه الملتقط أو غيره ألحق به و لا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه و إن استلحق بالغا فأنكر لم يثبت (٢)

(الثاني) الإسلام

إشارة

و إنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي و إن كان مميزا (٣)

يدعى الحاجة و ينكرها اللقيط و المراد بقدر المعروف ما كان على وجه يقتضيه عرف ذلك البلد في مثل ذلك الولد و لا فرق في ذلك بين كونه من مال الملتقط أو من مال اللقيط في صورة الرجوع أو فيما إذا كان فرضا كما ستعرف

(قوله) (و كذا في أصل الإنفاق و إن كان للملقوط مال)

اللقيط إما أن يقول للملتقط إنك لم تنفق على أصلا لا من مالي و لا من مالك و إنما المنفق على غيرك تبرعا مثلا أو إنك لم تنفق على من مالك و إنما النفقة كانت من مالي و الملتقط إما أن يدعى أنه أنفق عليه من ماله أى اللقيط أو من مال نفسه و الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع إنما تعرضا للأول و هو ما إذا ادعى عليه الإنفاق من ماله أى اللقيط و قالوا القول قول الملتقط مع يمينه لأنه أمينه و عبارة الكتاب و الإرشاد ظاهران في الثاني و هو ما إذا ادعى عليه أنه أنفق عليه من مال نفسه أى الملتقط لأن المتبادر منهما أنه يقدم قوله فيما إذا ادعى أنه أنفق عليه من مال نفسه سواء كان للقيط مال أو لم يكن و هو الذى فهمه من عبارة الكتاب في جامع المقاصد فلا يكون تعرض فيها لما في المبسوط و من عادتهم تحرير كلامه أو الزيادة عليه فينبغى أن يكون المراد من العبارة أنه إن ادعى أنه أنفق عليه من ماله أى اللقيط قدم قوله أو ادعى أنه أنفق عليه من مال نفسه قدم قوله و إن كان له مال فتكون واو الوصل متعلقة بأحد الشقين المفهومين من العبارة دون الآخر و في مجمع البرهان فسر عبارة الإرشاد و هي يصدق في دعوى الإنفاق بالمعروف و إن كان له مال بالأمرين معا و قدم الشق الأول قال أى يصدق الملتقط في دعوى إنفاق مال اللقيط إلخ و هذا يؤيد ما ذكرناه و عبارة الدروس قابلة للأمرين قال لو تنازعا بعد بلوغه في الإنفاق حلف الملتقط في أصله و قدر المعروف (و كيف كان) فالوجه في تقديم قول الملتقط في أنه أنفق عليه من مال نفسه بالمعروف حيث يكون تعذر عليه الحاكم و الاستعانة بالمسلمين و لا مال له ظاهر إذ الأصل عدم منفق غير الملتقط و أصل عدم الإنفاق لا يوبه به مع العلم به و أما مع وجود مال للقيط فلأنه لا يسوغ له التصرف في ماله إلا بإذن الحاكم و المفروض تعذره و الموجود لم يتصور الإنفاق منه و الأصل عدم غيره و أما مع عدم تعذر الحاكم كأن يكون قد أذن له أو تمكن منه و لم يستأذنه فلا- تسمع دعوى الإنفاق من مال نفسه كما تقدم و ذلك كله مع كونه بقدر المعروف

المطلب الثاني في الأحكام (قوله) و هي أربعة الأول النسب فإن استلحقه الملتقط أو غيره ألحق به و لا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه و

إن استلحق بالغا فأنكر لم يثبت)

قد تقدم الكلام فى ذلك عند قوله و لو انفردت إلى آخره و كأن قوله و إن استلحق إلى آخره مستطرد أو يكون المراد استلحاق اللقيط بعد بلوغه

(قوله) (الثانى الإسلام و إنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ دون الصبى و إن كان مميزا)

هذا قواه فى المبسوط و المختلف و جزم به فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و معنى الاستقلال أن يظهر الشهادتين بالعبارة إن لم يكن أخرس و بالإشارة المفهومة إن كان أخرس و إنما لم يعتبروا إقرار المميز لكونه غير مكلف فلا يكون إقراره بالشهادتين معتدا به كالمجنون و قال الشيخ فى الخلاف المراهق إذا أسلم حكم بإسلامه فإن ارتد بعد ذلك حكم بارتداده فإن لم يثبت قتل و فى الدروس أنه قريب قال فى الخلاف دليلنا ما رواه أصحابنا أن الصبى إذا بلغ مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٠٩

لكن يفرق بينه و بين أبويه خوف الاستلال (١)

و غير المميز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية (٢)

إشارة

و هى تحصل بأمر ثلاثة (٣)

عشرا أقيمت عليه الحدود التامة و اقتص منه و تنفذ وصيته و عتقه و ذلك عام فى جميع الحدود و أيضا قوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه و ينصرانه و يمجسانه حتى يعرب عنه بلسانه فإما شاكرا و إما كفورا و هذا عام إلا- ما أخرجه الدليل و استدل أصحاب أبى حنيفة بإسلام على عليه السلام و كان غير بالغ و حكم بإسلامه بلا- خلاف (قلت) الاستدلال بالروايتين الأولتين غير متجه لعدم صحتهما و إعراض الأصحاب عنهما كما بيناه فى باب القصاص و غيره مع عدم ظهور الدلالة و أمير المؤمنين عليه السلام رب العالمين لا يقاس بالناس لأنه و أولاده عليهم السلام ليسوا من قبيل سائر الناس و الحجج جعلنى الله فداه حجة و هو ابن خمس سنين و عيسى عليه السلام كان نبيا فى المهد و يحيى عليه السلام نبى قبل البلوغ و الأخبار الدالة على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم دالة على خلاف ما فى الخلاف مضافا إلى الأصل بمعانيه الثلاثة و فى مجمع البرهان أن الحكم بإسلام غير المراهق غير بعيد لعموم من قال لا إله إلا الله محمد رسول الله (صع) فهو مسلم و قاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلا الله و أمثاله كثيرة و أنهم إذا قدروا على الاستدلال و فهموا أدلة وجود الواجب و التوحيد و ما يتوقف عليه و وجوب المعرفة و النظر يمكن أن يجب عليهم ذلك لأن دليل وجوب المعرفة عقلى و لا استثناء فى الأدلة العقلية فلا يبعد تكليفهم بل يمكن أن يجب ذلك فإذا وجب و جب أن يصح منهم بل يلزم من الحكم بالصحة و جوبه أيضا و حكى فيه عن بعض العلماء بأنه صرح بأن الواجبات الأصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية و الظاهر أن ضابطه القدرة على الفهم و الاستدلال على وجه يقنع (قلت) لا ريب أن الصبى قبل البلوغ ضعيف العقل ناقص البصيرة قد غلبت على عقله الصبوة و غمرته الشهوة و ما يتراءى من قدره بعض الصبيان فهو سريع الزوال و لهذا يفعل الأفعال الغير المستقيمة المخالفة لأفعال الرجال كاللعب الذى يستقبحه إذا بلغ و لهذا لم يحكموا بردته لأنه قد يعرض له لصبوته و ضعف بصيرته شك و لم يكلفوه بالفروع مع أنها أهون من الأصول فكان فى الواقع غير قادر على الاستدلال و الأخبار كشفت عن ذلك و لا استثناء فى الدليل العقلى و إذا كان الأمر كما قلت فهلا جزم به أنت و جزم به الشهيد مع أنه ما زاد على قوله قريب (إلا- أن تقول) إن الدليل الذى يصيرون به مسلمين و يحصل لهم به كمال الاطمئنان فى غاية السهولة فإن قابليتهم لمعرفة الكمالات و الأعمال الدقيقة فى غاية الظهور و عند السعى و الجهد فى تحصيلها يحصلونها و يصيرون مهرة فيها و استوضح

ذلك في تطريز البنت ونحوه (و يجب) عن عدم حكمهم بارتداده بأنه من أحكام الفروع على أنه في الخلاف حاكم به فتأمل (نعم) هناك إشكال مشترك الإلزام في الأصول والفروع وهو أن الأنتى أنقص عقلا وأوهن نفسا وأضعف رأيا فكيف فرق الشارع بينهما فأوجب عليها المبادرة إلى تحصيل المعرفة بالأصول والفروع في أول تمام تسع سنين (وقد قيل في الجواب أنهم لنقصان عقولهن لو علمن بعدم التكليف كان ادعى لهن إلى المعاصى وأما المذكور فلما كانوا أكثر تكليفا وأثقل حملا لحملهم أثقالهم وأثقالهن صح في الحكمة أن يكون لهم فسحة ليتجنذوا ويتجربوا وهو كما ترى (وقد يقال) إن عقل البالغة تسعاً تام وافر كعقل المرأة البالغة عشرين ولا كذلك البالغ أربع عشرة بالنسبة إلى عقل البالغ خمس عشرة (قوله) (لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاسترلال)

يريد أن الصبي المميز وغيره لا يحكم بإسلامه بالاستقلال بل بالتبعية لكن يفرق بينهما بأن المميز يفرق بينه وبين أبويه وجوبا إذا أظهر الشهادتين وقد قربته في التذكرة و جزم به في التحرير و جامع المقاصد بخلاف من لا تمييز له فإنه بمنزلة سائر الحيوانات (قوله) (و غير المميز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية) لأنه لا يصح إسلامهما مباشرة إجماعا كما في التذكرة و لا حكم لإسلام الصبي بلا خلاف كما في المبسوط (قوله) (و هي تحصل بأمور ثلاثة)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٠

(الأول) إسلام أحد الأبوين

فكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم (١)

عندنا كما في التذكرة

(قوله) (الأول إسلام أحد الأبوين و كل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم)

إسلام الأب يكون بشيئين (أحدهما) أن يكون مسلما في الأصل فيتزوج بكتايبة متعة أو دواما فولد هذا مسلم بلا خلاف كما في المبسوط أى بين المسلمين وقطعا كما في جامع المقاصد (و الثانى) أن يكونا مشركين فيسلم الأب قال فى المبسوط فإذا أسلم الأب حينئذ فإن كان حملا أو ولدا منفصلا فإنه يتبع الأب بلا خلاف و مراده بين المسلمين أيضا وهذا يقتضى بإسلامه فيما إذا أسلم حال علوقه أو قبله بالأولوية و إسلام الأم لا يكون إلا بشيء واحد وهو ما إذا كانا مشركين فأسلمت هى فإنه يحكم بإسلام الحمل والولد وقد استدل عليه فى الخلاف و المبسوط بإجماع الفرقة و قوله و الذين آمنوا الآية و الإجماع ظاهر التذكرة حيث قال لا فرق عندنا بين أن يسلم الأب أو الأم و نحوه موضع آخر منها حيث قال لا شك فى أن الولد يحكم بإسلامه إذا كان أبواه أو أحدهما مسلما بالأصالة أو تجدد إسلامه حال الولادة و نقل الخلاف فى الولد إذا انفصل عن مالك قال لا يكون الصغير مسلما بإسلام الأم بل بإسلام الأب و وافق فى الحمل و نقل الخلاف عن الشافعية فى أحد وجهيها فى الحكم بإسلام الولد الذى تجدد تكونه قبل إسلام أحد أبويه ثم أسلم أحد أبويه قبل بلوغه فلما بلغ أعرب بالكفر فإنهم قالوا إنه كافر أصلى لا مسلم مرتد لا عن فطرة و لا مله لأنه كافر محكوم بكفره أولا و أزيل بالتبعية و هذا لم يذهب إليه أحد من طائفتنا (و أما المرتد عن فطرة) فقد عرفه فى عدة مواضع من كشف اللثام بأنه من انعقد حال إسلام أحد أبويه أو أسلم أحد أبويه و هو طفل ثم بلغ و وصف الإسلام كاملا ثم ارتد قال و إنما فسرناه بما ذكرنا لنصهم على أن من ولد على الفطرة فبلغ فأبى الإسلام استتيب قال لأنه لا عبرة بعبارته و لا باعتقاده قبل البلوغ (قلت) ممن نص على الاستتابة الشيخ فى المبسوط فى المقام وغيره و يدل عليه أن الأدلة الدالة على حكم الفطرى إنما تدل على من كان مسلما مولودا من مسلمين أو من مسلم و كافر و أسلم إسلاما حقيقيا بأن بلغ و أظهر الإسلام ثم ارتد ففى الصحيح قرأت بخط رجل إلى أبى الحسن عليه السلام

رجل ولد على الإسلام ثم كفر وأشرك وخرج عن الإسلام هل يستتاب أو يقتل ولا يستتاب فكتب عليه السلام يقتل و صحيح على بن جعفر سأل أخاه موسى عليه السلام عن مسلم ارتد قال يقتل ولا يستتاب وخبر عمار سمع الصادق عليه السلام يقول كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجد محمدًا صلى الله عليه وآله نبوته وكذبه فإن دمه مباح ولعل هذا الخبر هو الأصل في تعريف المسالك كما ستسمع وفي حسن محمد من رغب عن الإسلام وكفر وفي قوله رغب إشعار بالمسلم الحقيقي وإن شمل الملى (و الحاصل) أن المستفاد من الأخبار وكلام الأصحاب ما ذكرنا لأن المتبادر من المرتد من كفر بعد إسلامه والمتبادر من الإسلام الإسلامي الحقيقي لا التبعي الحكمي وإلا لزم التناقض الذي أشار إليه في المسالك كما ستسمعه وذلك لحكمهم في المرتد الفطري بالقتل من غير استتابة وحكمهم بأن ولده الذي ولد حال الإسلام وانعقد في تلك الحال إذا أنكر الإسلام بعد البلوغ يستتاب قال في حدود المسالك ومجمع البرهان أن المشهور أن المرتد عن فطرة من انعقد حال إسلام أحد أبويه وقال في الأخير وقريب منه أنه الذي ارتد بعد أن ولد على الإسلام (قلت) وهذا يشمل ما إذا بقي أحد أبويه على الإسلام إلى حين بلوغه أو ارتد وما إذا بلغ الطفل ووصف الإسلام كاملاً أو لم يصفه وصريح كلامهم وظاهره خلاف ذلك في مواضع كما عرفت و ستعرف وقال في المسالك عند قولهم فيمن علق قبل ارتداد أبيه أنه إن بلغ مسلماً فلا بحث وإن اختار الكفر بعد بلوغه استتيب وإن حكم له بالإسلام من العلوق ولم يتحتم قتله (ما نصه) بأن القواعد تقضى بأن المنعقد حال إسلام أحد أبويه يكون ارتداده عن فطرة ولا تقبل توبته وما وقفت على ما أوجب العدول عن ذلك هنا ولو قيل بأنه يلحقه حكم المرتد عن فطرة كان متوجهاً وهو الظاهر من الدروس لأنه أطلق كون السابق على الارتداد مسلماً ولازمه ذلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١١

و لو طرأ إسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام في الحال (١) وكذا أحد الأجداد والجندات (٢)

انتهى (قلت) قد عرفت مراد القوم فلا تناقض ولا عدول ومراد الدروس كمراد غيره أنه بحكم المسلم على أن قولهم لا يحتاج إلى الموجب بل المحتاج إليه ما قاله (سلمنا) وما كان ليكون لكن الموجب هو الأصل والاحتياط في الدماء وأنه لا عبرة باعتقاده و عباراته والإجماع على الظاهر من مجمع البرهان قال إنه لا يعلم خلافاً في استتابة والأخبار الدالة بعمومها على الاستتابة مطلقاً كمرسلة الحسن بن محبوب عن غير واحد من أصحابنا عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام في المرتد يستتاب فإن تاب وإلا قتل ونحوه خبر جميل وحسنه هشام أو صحيحته في قوم أتوا أمير المؤمنين عليه السلام فقالوا السلام عليك يا ربنا الحديث وغير ذلك من الأخبار وقال في المسالك إن الأدلة المعتبرة دالة على مذهب ابن الجنييد وهي الاستتابة مطلقاً وفصل في التذكرة في المقام فقال إن من كان أبواه حين العلوق أحد أبويه مسلماً فإذا بلغ و وصف الكفر فهو مرتد عن فطرة يقتل ولا يستتاب وقوى أن من كان أبواه حين العلوق كافرين ثم أسلم أو أسلم أحدهما قبل بلوغه فإذا بلغ و وصف كان مرتداً ملياً فأجرى تبعية الإسلام مجرى نفسه وقوى في ظاهر جامع المقاصد أو صريحه عدم الفرق بينهما في كونهما مرتدين عن فطرة واستنهض على ذلك إطلاق الكتاب (قلت) وينبغي أن يقول والتحريم وهو ظاهر الدروس و ستسمع عبارته (و فيه) أن المصنف صرح بأن إسلامه تبعي لا حقيقي فلا ينفعه هذا الإطلاق واستدل عليه في جامع المقاصد بأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه وأن كل مولود يولد على الفطرة وبما رواه عن علي عليه السلام إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام فإن أبي قتل قال قال في الدروس وهو نص في الباب (قلت) كلام الدروس في الباب كأنه غير جيد قال من تبع أبويه أو أحدهما في دار الإسلام ثم اعترف بالكفر بعد بلوغه فإنه مرتد سواء تخلق حال الإسلام أو تجدد على إسلام أحدهما بعد علوقه وربما فرق بينه وبين الأول بأنه جزء من المسلم في الأول فيكون مسلماً فبالكفر يصير مرتداً بخلاف الثاني فإنما حكم بإسلامه تبعاً والاستقلال أقوى من التبع لأنه انخلق من ماء كافر فإذا أعرب بالكفر لا يكون مرتداً ولهذا افترقا في قبول التوبة وعدمها والذي رواه الصدوق عن علي عليه السلام ثم ساق الرواية المتقدمة

وقال إنها نص في الباب و لعله أراد بالمرتد في الموضعين الفطرى فيكون أراد بقوله لا يكون مرتدا أنه لا يكون فطريا فيكون أشار إلى مذهب التذكرة و قد يكون أراد ما تقتضيه العربية و الأصول و الاصطلاح و هو أنه لا يكون مرتدا أصلا فيكون أشار إلى أحد وجهى الشافعية قال فى جامع المقاصد إن الذى حكاه شيخنا فى الدروس أن الخلاف فى كونه مرتدا فحينئذ يكون القول الآخر أنه كافر أصلى فىكون فى المسألة ثلاثة أقوال (قلت) قد عرفت أن القول الثالث لم يذهب إليه أحد منا وإنما هو احتمال للشافعية فلا يناسب عده قولاً ثم إن خبر الصدوق معارض بما عرفت من الأخبار المتقدمة فى الأمرين و بما هو مراد من عبارات الأصحاب و قد أبان ذلك خبر أبان و لا ريب أن المرتد حقيقة شرعية ليس معنى لغويا و لا عرفيا و المقطوع من معنى الفطرى ما رجحناه و معيار الحقيقة موجود فيه و لعله لم يبق بعد اليوم فى المراد من المرتد الفطرى إشكال و لا- تلتفت إلى ما فى التذكرة و جامع المقاصد و ظاهر الدروس بعد اتضاح السبيل و وضوح الدليل

(قوله) (و لو طرأ إسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام فى الحال)

إذا لم يكن بالغاً و لم أجد خلافاً فى ذلك لا فى الباب و لا فى الحدود و لا الميراث إلا من مالك كما مر و عليه دلّ خبر الجزّ و قد سمعته آنفاً بل قد يظهر من التذكرة الإجماع عليه
(قوله) (و كذا أحد الأجداد و الجدات)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و ظاهر الإطلاق أنه لا فرق بين كونهم وارثين أو لا و لا بين كونهما للأب أو للأم و به صرح فى التذكرة لصدق الأب على الجد و لأن الأب يتبع الجد فىكون أصلا له فىكون أصلا للطفل بطريق أولى فإن بلغ مجنوناً يحكم بإسلامه إذا كان أبوه مسلماً فولد المجنون يحكم بإسلامه و لأن الإسلام للتغليب يكفى فيه أدنى سبب كما فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٢

و إن كان الأقرب حياً على إشكال (١)

(الثانى) تبعية السابى المسلم على رأى إن سبى منفرداً (٢)

جامع المقاصد و كذا التذكرة فليأمل فيما ذكره «١» أولاً

(قوله) (و إن كان الأقرب حياً على إشكال)

كما فى التذكرة و التحرير و كذا الإيضاح حيث لا ترجيح فيه و فى جامع المقاصد أن الأصح عدم الفرق و قد بين وجهها الإشكال فى التذكرة و الإيضاح بأن سبب التبعية القرابة لأنها لا تختلف ب حياة الأب و موته كسقوط القصاص و حدّ القذف و لأن التبعية إنما هى للأصالة و هى ثابتة فى الجد لقوله تعالى الَّذِينَ آمَنُوا وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَ ابْنِ ابْنِ ذَرِيَّةٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى وَ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ وَ مَنْ أُنْعَمَ التبعية القرابة و كلما كانت أقرب كان المتصف بها أولى و لأن الشارع علق التبعية بالأبوة و هى فى الجد مجاز و فى الأب حقيقة فكانت العلة فيه أولى و أقدم لأنها العلة القريبة و الجد علة بعيدة فكان الأب أولى و قوله صلى الله عليه و آله و سلم حتى يكون أبواه فحصر السبب فى الأبوين و هما حقيقة فى الأبوين بلا واسطة و اللفظ إنما يحمل على حقيقته تركناه فى موت الأب لأنه كالمعدوم بقى المعنى الحقيقى فى حياته و قد ضعف ذلك كله فى جامع المقاصد بأن أحقية الأبوين لا تنافى ثبوت التبعية للجدين مع ثبوت الولاية و الأولوية للجد فى النكاح عندنا (قلت) هذا خرج بالنص و الإجماع و الحكم هنا مرتب على الأب و قد حكموا بأنه لا- ولاية للجدين فى الحضانه مع وجود الأبوين إلا أن تقول الإسلام مبنى على التغليب فيكفى فيه أدنى سبب و يجىء الإشكال فيما إذا أسلم جد الأم و الأب حياً أو أسلم جدا الأب و الأم حياً

(قوله) (الثانى تبعية السابى المسلم على رأى إن سبى منفرداً)

هذا الرأي بهذا القيد خيرة المبسوط و المفاتيح و جهاد الدروس و هو المحكى عن أبى على و القاضى و الشهيد فى بعض فوائده و به طفحت عباراتهم فى أبواب الفقه و فى التذكرة و التحرير و المسالك أن التبعية فى الإسلام تحصل بثلاثة أشياء و عدوا منها إسلام السابى و قد تقدم أن ظاهر التذكرة الإجماع عليه إلا أن تقول إن عدّ السابى فى التذكرة و التحرير إنما هو بناء على مذهب الشيخ كما يفهم منه فيما بعد ذلك و اقتصر فى جهاد الشرائع على نسبته إلى القيل و فى موضعين من التحرير و التذكرة على نسبته إلى الشيخ و فى موضعين من المختلف أن فيه إشكالا و حكم بضعف مذهب الشيخ فى مجمع البرهان و استشكل أيضا فى جهاد الكتاب ثم قرب إلحاقه به أى السابى فى الطهارة خاصة لأصالتها السالمة عن معارضه يقين النجاسة و هو خيرة ولده فى موضعين من الإيضاح و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و هو المحكى عن ابن إدريس و قال فى الإيضاح أن والده اختاره فى آخر عمره و فى مجمع البرهان أن ظاهر كلامهم أن لا- خلاف فى طهارته (قلت) قد حكى فى التذكرة فى الباب عن أحد وجهى الشافعية أنه لا يحكم بإسلامه و استجوده و قضيته أنه لا يحكم بطهارته و هو الذى نبه عليه فى الإيضاح من قوله على رأى فى عبارة الكتاب و قد يستدل على الحكم بإسلامه بوجوه (الأول) استمرار الطريقة و استقامة السيرة فى الأعصار و الأمصار على تغسيله و تكفينه و الصلاة عليه إن بلغ الست إن مات قبل البلوغ و ما سمعنا أنهم يحرمون ذلك و يمنعون منه لأنه كافر و لا سمعنا و لا وجدناه أنهم يترقبون بلوغه و يراعونه عند ظهور الأمارات المفيدة للظن باختبار عاتته أو بتكرار الإقرار بالشهادتين فى كل وقت و يبادرونه باستنطاقه بإظهار الإسلام عند البلوغ و يتجنبونه قبل الإظهار و لو بلحظة لأنه كافر عند بلوغه حتى يظهر الإسلام و وجدناهم لا يبيعونه للمخالف فضلا عن الكافر و هو أكثر من أن يحصى فى الكرج عند الملوكة و التجار خصوصا فى الإنانث و ينبغى على قولهم إنه إذا أعتقه مولاه و مات قريبه المسلم الذى لا وارث له غيره قبل بلوغه أنه لا يرثه (الثانى) أن الحكم بالطهارة من دون الإسلام غير معهود من الشرع إلا فى ولد الزنا قبل بلوغه على قول إلا أن تقول إن ذلك غير ضائر لعدم القائل بالنجاسة (قلت) قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة و الإيضاح (الثالث) أنا لم نجد أحدا عدّ ذلك من المطهرات المعدودة (الرابع) أنه نجس قبل الأسر قطعاً فيجب استصحابها و هو أصل سالم عن يقين الطهارة فهو إما مسلم أو نجس إلا أن يتحقق الإجماع على طهارته خاصة و أو هن شىء استدلالهم

(١) ذكر خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٣

و لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه (٢) و لو سباه الذمى لم يحكم بإسلامه و إن باعه من مسلم (٣)

(الثالث) تبعية الدار

و هى المراد (٤) فيحكم بإسلام كل لقيط فى دار الإسلام (٥)

بلزوم الحرج كما ستسمع لأنه غير صالح لتأسيس الأحكام لتخلفه فى موارد أعظم حرجاً منه و أكثر ضرراً و لم يقل أحد بالحكم بالطهارة للحرج و من الحرج ما إذا سباه مصاحباً لأحد أبويه أولهما و ماتا أو بقيا كافرين فإنه فى صورتين كافر لا يتبع السابى (الخامس) أنا وجدنا بعضهم يأخذ مسلماً منهم كاشف اللثام فى باب القصاص (السادس) ما ذكره فى الإيضاح من أن السبى أبطل حربته فتبطل تبعية الأبوة و تبعية الدار هنا منتفية عنه و لا بد من طريق إلى إسلام الطفل لأن الإسلام لطف فلا يمنعه فيتعين الطريق فى السابى (السابع) قوله صلى الله عليه و آله و سلم و إنما أبواه يهودانه الحديث فإذا انقطع عنهما و زالت المعية انتفى المقتضى لكفره فيرجع إلى ما ولد عليه و هو الفطرة (و قد يقال) ليس فى جميع ما ذكرت ما يعول عليه و يستند إليه و الخبر ليس من طرقنا (سلمنا) صحة الاحتجاج به لاستدلال أصحابنا به و شهرته لكنه متروك الظاهر و إلا لزم أن لا يكون هناك مرتد عن مله لأنه نطق بأن كل

مولود يولد على الفطرة و لذا قال علم الهدى أن المراد أنه يولد ليكون على الفطرة و هذا الكون إنما يتحقق بعد البلوغ فلا دلالة فيه (سلمنا) لكن ذلك يتحقق بوجوده معهما وقتا ما و الدليل عليه الإجماع على نجاسته قبل السبى فإن سببها ليس إلا تأثيرهما فيه و من ذلك يتضح الحال فى دليل الإيضاح لأننا نمنع انقطاع تبعيته لأبويه بمجرد مفارقتة لهما على أنه منقوض بما لو ماتا عنه بعد سببهما معه فإن الشيخ لا يحكم بإسلامه حينئذ و كذا لو انفرد ولد الذميين عنهما و القول بأن العلة مركبة من المفارقة و ملك المسلم و دار الإسلام فيه أن أحدا لم يدع ذلك و إنما حقيقة دليلهم يرجع إلى الملك و المفارقة و أما دار الإسلام فلم تؤخذ فى دليل الخاصة و لا العامة و لو أخذت قضت بأنه لو تاجر به من أول ما أخذه إلى بلاد الكفر و أقام بها أنه لا يتبعه على أن هذا التركيب يحتاج إلى هذا الدليل و بعد هذا كله فالظاهر اتفاق كلمة من تعرض لهذا الفرع على الطهارة و عبارة التذكرة و ما يعطيه كلام الإيضاح ليس نصا و لا ظاهرا فى النجاسة فيقولان فيقتصر فى الرخصة على موضع اليقين و إلا فالمعترض على كل من أدلة القولين مستظهر إذ أدلة القائمين بالطهارة أصالتها و لزوم الجرح و قد عرفت الحال فيهما

(قوله) (و لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و غيرها و فى مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فيه لأن التبعية للأبوين هى الأصل فتقدم على السابى و قال أحمد إنه يتبع السابى (قوله) (و لو سباه الذمى لم يحكم بإسلامه)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الذمى لا حظ له فى الإسلام و فى أحد وجهى الشافعية أنه يحكم بإسلامه لأنه إذا سباه صار من أهل دار الإسلام لأن الذمى من أهلها (قوله) (و إن باعه من مسلم)

كما فى التحرير و التذكرة و جامع المقاصد لأن بيعه منه لا يقضى بإسلامه لأن تملكه له طرأ عليه و هو كافر رقيق و إنما تحصل التبعية له فى الابتداء لأن عنده يتحقق تحول المال كما فى التذكرة (قوله) (الثالث تبعية الدار و هى المراد)

أى فى اللقيط إذ لا معنى لتبعية الأبوين و السابى فى إسلام اللقيط و من ثم اقتصر عليها المحقق فى الشرائع (قوله) (فيحكم بإسلام كل لقيط فى دار الإسلام)

مطلقا ذكره الأصحاب كما فى الكفاية و قد عرف دار الإسلام فى الدروس بأنها ما ينفذ فيها حكم الإسلام فلا يكون بها كافر إلا معاهدا قال فلقيتها حر مسلم و حكم دار الكفر التى تنفذ فيها أحكام الإسلام كذلك إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاء و لو واحدا أسيرا و فى معناها دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار إذا علم بقاء مسلم فيها صالح للاستيلاء و عرّف دار الكفر بأنها ما ينفذ فيها أحكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم إلا مسالما قال و لقيطها محكوم بكفره و رقه إلا أن يكون فيها مسلم و لو تاجرا أو أسيرا أو محبوسا و لا تكفى المارة من المسلمين و قال فى المبسوط دار الإسلام على ثلاثة أضرب (بلد) بنى فى الإسلام لم يقربه المشركون كبغداد و البصرة فلقيتها يحكم بإسلامه و إن جاز أن يكون لدمى لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه (و الثانى) كان دار كفر فغلب عليها المسلمون أو أخذوها صلحا و أقروهم على ما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٤

إلا- أن يملكها الكفار و لم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره و بكفر كل لقيط فى دار الحرب إلا إذا كان فيها مسلم ساكن و لو واحدا تاجرا أو أسيرا (١)

كانوا عليه على أن يؤدوا الجزية فإن وجد فيها لقيط نظرت فإن كان هناك مسلم مستوطن فإنه يحكم بإسلامه لما ذكرنا و إن لم يكن

هناك مسلم أصلا حكم بكفره لأن الدار دار كفر (و الثالث) دار كانت للمسلمين و غلب عليها المشركون مثل طرسوس فإذا وجد فيها لقيط نظرت فإن كان هناك مسلم مستوطن حكم بإسلامه و إلا فلا قال و دار الحرب مثل الروم فإن وجد فيها لقيط نظرت فإن كان هناك أسارى فإنه يحكم بإسلامه و إن لم يكن أسارى و يدخلهم التجار قيل فيه وجهان أحدهما الحكم بإسلامه و الآخر الحكم بكفره و في التذكرة جعل دار الإسلام دارين و هما الضرب الأول و الثاني اللذان في المبسوط و جعل الثالث المذكور أخيرا في المبسوط دار كفر فدار الإسلام عنده داران و دار الكفر داران و قال في جامع المقاصد أن المراد بدار الإسلام في عبارة الكتاب إما دار خطها المسلمون كبغداد أو دار فتحها المسلمون كالشام و حكى عن الدروس تعريف دار الإسلام و قد سمعته و قال إنه أضبط و لیت شعري من أين عرف أن مراد المصنف أحد الدارين فلعله أرادهما معا كما ذكره في التذكرة (و كيف كان) فعدهم الضرب الثاني من بلاد الإسلام يدل على أنه لا يشترط في بلاد الإسلام أن يكون أهلها مسلمين بل يكفي كونها في يد الإمام و استيلاؤه عليها فكان المراد من دار الإسلام غير المراد من سوق المسلمين فإن سوق الإسلام الذي يحكم على لحومه و جلوده بالطهارة لا يكفي فيه المسلم الواحد و لا يصدق على السوق حينئذ سوق المسلمين و إن كان أصل البلد للمسلمين (قوله) (إلا أن ملكها الكفار و لم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره و بكفر كل لقيط في دار الحرب إلا إذا كان فيها مسلم ساكن و لو واحدا تاجرا أو أسيرا)

قد استوفينا الكلام في المقام في البيع في الفصل الثالث في أنواع المبيع و استظهرنا أن الكلمة متفقة على أن من التقط لقيطا من دار حرب لم يملكها المسلمون أو أخذها الكفار من المسلمين و قد وجد فيها مسلم ساكن مستوطن و لو للتجارة يمكن كون ذلك الولد منه فإنه حر كما طفحت بذلك عباراتهم في البابين و قلنا إن الشيخ في المبسوط متوقف في التاجر و نزلنا على ما استظهرناه العبارات الدالة على أن احتمال كون الولد من مسلم و لو كان الاحتمال بعيدا ضعيفا يمنع من استرقاقه لأنه قد طفحت عباراتهم بأنه لا اعتبار بالطريق و لاجتياز و المرور إذ لا تبعية في وقت التكون لانتفاء التقدم لمكان الأصول الكثيرة و إن عورض بعضها و مثله ما إذا تجدد خروجه قبل الالتقاط لانتفاء المقتضى للتبعية و هو وجوده حينئذ و المراد بالخروج الذي يندر معه إبقاؤه بعض ولده في البلد من بعده و تأملنا في المحبوس و إن اعتبره في الدروس و لا سيما إذا كان في المطامير و لا ريب أنه غير الأسير و قلنا إن البناء على الاحتمال البعيد جدا و الاكتفاء بمجرد الطرق و المرور أو الوجود و لو مقيدا في الحبس بالقيود يجعل المسألة مجرد فرض و إلا أشكل الأمر خصوصا على الملتقط الأول إذ الاحتمال البعيد قائم لا يكاد ينكر و إن كان أخذه منه لا إشكال فيه لأنه مسلم بل استبعد المولى الأردبيلي ما استظهرنا اتفاق الكلمة عليه لأن العقل يجد إلحاقه بالأعم الأغلب أولى كما في غيره من المقامات قال إلا أن يكون إجماع أو نص و بينا أن الأصل في ذلك أن الأصل في بني آدم الحرية إجماعا فلا يلتفت هنا إلى أن الأصل بمعنى الراجح كونه من غير المسلم الساكن و أن الأصل عدم كونه من مسلم معارض بمثله و أن قضية ذلك الاكتفاء بمجرد وجود المسلم حين انعقاد نطفته و لما كان العلم بوجود المسلم حال انعقاد النطفة متعذرا جعلوا السكنى دليلا على ذلك فالمدار على السكنى الدالة على تحقق وجود المسلم الذي يمكن أن يكون منه و لا كذلك المار لأن الأصل عدم كونه في البلد حال انعقاد نطفة الولد فتأمل و منه يعلم حال المحبوس و أن المسلم في كلامهم لبيان الجنس فيشمل المسلمة فلو كان اللقيط معروف الأب مجهول الأم و في بلد الحرب امرأة مسلمة يمكن تولده منها كان حرا هذا كلام الأصحاب و ما يتعلق به (و أما أخبار الباب) فيحمل إطلاق الحكم فيها بالحرية في المنبوذ و اللقيط على الأفراد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٥

فإن بلغ و أعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار (١)

و عاقله اللقيط الإمام إذا فقد النسب و لم يتوال أحدا دون الملتقط (٢) فإن جنى عمدا اقتص منه (٣) و خطأ يعقله الإمام (٤) و شبه العمد في ماله (٥)

المتكثرة الشائعة و هو ما كان في بلاد الإسلام خصوصا إذا لحظنا زمن ورودها أو في بلاد الحرب الذي فيها مسلم ساكن مقيم أو مسلمون مقيمون مستوطنون و وجود اللقيط في دار الحرب الذي ليس فيها مسلم ساكن و لو تاجرا مستوفزا أو أسيرا أو محبوسا نادر جدا فلعله غير داخل في إطلاق الأخبار المذكورة فليتأمل جيدا و تمام الكلام و نقل العبارات في باب البيع

(قوله) (فإن بلغ و أعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار)

لأنها أمانة إنية تفيد الظن لأنه يستدل بالمعلول على شيء آخر بخلاف مباشرة الإسلام و تبعية أحد الأبوين أو السابى فإنه برهان لمي يفيد العلم يستدل فيه بالعلة على المعلول فتأمل جيدا و من حيث سبق الحكم بإسلامه فهو مسلم كفر بعد إسلام و قال في المبسوط الأقوى أنه لا يقتل بل يفزع و يهدد و يقال حكما بإسلامك ترجع إلى الإسلام انتهى قال في الإيضاح فهو غير جازم بردته و قرب في التذكرة و الدروس أنه لا يحكم بردته و قواه في الإيضاح لأن إعرابه بالكفر كاشف عن كفره الأصلي و وجهه في التذكرة بأن الحكم بإسلامه وقع ظاهرا لا باطنا بدليل أنه لو ادعى ذمی بنوته و أقام بينة على دعواه سلم إليه و نقض الحكم بإسلامه فإذا بلغ و وصف الكفر كان قوله أقوى من ظاهر اليد و لهذا لو حكما بحريته بظاهر الدار ثم بلغ و أقر بالرق فإنه يحكم عليه بالرق و في التحرير الجزم بأنه مرتد يستتاب و إلا قتل و قد نفى البعد في جامع المقاصد عن كونه مرتدا لسبق الحكم بطهارته و إجراء أحكام أولاد المسلمين عليه و لأن الإسلام هو الأصل لأن كل مولود يولد على الفطرة و مراده أنه مرتد عن فطرة بناء على ما سلف له و عبارة التحرير تقضى بأنه مرتد عن ملء أو يكون أراد أن حاله حال أولاد المسلمين إذا ارتدوا على المختار عندنا (و أنت خير) بأنه إن كان التردد و النزاع في كونه مرتدا عن فطرة فلا وجه له بل ينبغى الجزم بالعدم كما عرفت مما ذكرناه في معناه فيما تقدم و إن كانا في كونه مرتدا عن ملء فالظاهر أنه ليس بمرتد أيضا لأنه لا عبرة بعباراته و لا باعتقاده فليتأمل

(قوله) (الثالث الجنائية و عاقله اللقيط الإمام إذا فقد النسب و لم يتوال أحدا دون الملتقط)

عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، 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 ٦، ص: ١١٥

عاقله اللقيط الإمام إجماعا كما في ظاهر التذكرة و المسالك حيث قيل فيهما عندنا لأن ميراثه له فإنه وارث من لا وارث له و عند العامة أن عاقلته بيت المال لأن ميراثه له و هو خيرة المبسوط كما ستسمع و في المقنعة و النهاية فإن لم يتوال أحدا حتى مات فولأوه للمسلمين و ستسمع تحرير المقام و لا يخفى أن الإمام عاقلته صغيرا كان أو كبيرا فإن جنى صغيرا عمدا أو خطأ كانت الدية على الإمام لأن عمده عندنا خطأ و كذا إذا جنى كبيرا خطأ فأجود العبارات في الباب عبارة الإرشاد و اللمعة حيث قيل فيهما عاقلته الإمام من دون القيد المذكورين في الكتاب و الشرائع و غيرهما لأن الثاني يختص بالبالغ لأن الموالاة إنما تعتبر بعد بلوغه و عليه أي الثاني اقتصر في النافع و التحرير و في الشرائع حازرة أخرى قال عاقله اللقيط الإمام إذا لم يظهر له نسب و لم يتوال أحدا سواء جنى عمدا أو خطأ ما دام صغيرا فإذا بلغ ففي عمده القصاص و في خطئه الدية على الإمام انتهى و قد عرفت أن الموالاة إنما تعتبر بعد البلوغ فكيف يحسن قوله ما دام صغيرا (و ليعلم) أنه في الروضة قال بعد بيان أنه لا ولاء عليه للملتقط و لا لأحد من المسلمين خلافا للشيخ و لعله أشار إلى

ما استسمعه عن النهاية من قوله كان ولاؤه للمسلمين لكن ذلك موجود في المقنعة أيضا كما استسمع ذلك قريبا

(قوله) (فإن جنى عمدا اقتص منه)

كما في المبسوط وغيره إن كان بالغا

(قوله) (وخطأ يعقله الإمام)

عندنا كما في التذكرة وفي المبسوط أن عاقلته بيت المال سواء كان كبيرا أو صغيرا لأنه حر مسلم لا عاقله له ولأن نفقته في بيت

المال قال وأيضا لا خلاف فيه وظاهره إرادة بيت مال المسلمين لا بيت مال الإمام وستمع تمام الكلام

(قوله) (و شبيه العمدة في ماله)

كما في الشرائع وغيرها ولو كانت جنائته على مال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٦

فإن قتل عمدا فللإمام القصاص وخطأ الديه (١) و لو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الديه (٢) له ولا

يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم (٣)

فالضمان عليه لا غير مطلقا سواء أتلفه عمدا أم خطأ و ينتظر به يساره إذا لم يكن بيده مال

(قوله) (فإن قتل عمدا فللإمام القصاص وخطأ الديه له)

أى للإمام كما هو مذهبنا كما في التذكرة و به صرحت عباراتهم كما استسمعها وميراثه للإمام عندنا كما في موضع آخر منها و كأن

المتأخرين مطبقون عليهما إما بتصريح أو بظهور إلا المصنف في الثاني فيما سيأتى و قال في المبسوط فإن كان عمدا فإنه للإمام فإن

رأى المصلحة أن يقتص اقتص و إن رأى العفو على مال و يدعه في بيت المال لمصالح المسلمين فعل و إن كانت الجنائية خطأ فإنها

توجب المال فيؤخذ و يترك في بيت المال بلا- خلاف و في الخلاف اللقيط إذا مات و لم يخلف وارثا فميراثه لبيت المال و به قال

جميع الفقهاء دليلنا إجماع الفرقة و قد أراد بيت المال هنا بيت مال المسلمين لمكان نسبتة إلى جميع الفقهاء و مثله في المقنعة قال فإن

لم يتوال أحدا حتى مات كان ولاؤه للمسلمين و إن ترك مالا كان ما تركه لبيت مال المسلمين و نحوه ما في النهاية من دون تفاوت

غير أنه قال كان ما تركه لبيت المال و هو صريح الكتاب فيما سيأتى و قد حمل في السرائر كلام الشيخ في المقام وغيره على أن

المراد بيت المال بيت مال الإمام و قال في آخر الموارث أنه قال في المبسوط إذا قلت بيت المال فمقصودى بيت مال الإمام و قال في

السرائر في مقام آخر إذا وردت لفظة أنه للمسلمين أو لبيت المال فمراده أى الشيخ بيت مال الإمام و إنما أطلق القول بذلك لما فيه

من لأن بعض لا يوافق عليه هكذا أورده شيخنا في الجزء الأول من مبسوطه و هو الحق اليقين و يشهد له أنه في الخلاف قال بعد ما

نقلناه عنه بأربع مسائل ميراث من لا وارث له للإمام المسلمين و قال جميع الفقهاء إنه لبيت المال و هو لجميع المسلمين دليلنا إجماع

الفرقة و أخبارهم انتهى و هذا إن تم في جميع كلمات الشيخ و إلا فهو في الكتابين لا يزال يخلف لا يتم في كلام المفيد ثم إن الشيخ

هنا قال لمصالح المسلمين لكنه لم يختلف اثنان في أن ميراث من لا- وارث له للإمام و به نطقت الأخبار و هل له في صورة العمدة

العفو على مال لا- أجد في ذلك خلافا في المقام و قد قيد في التذكرة و التحرير في المقام أن العفو على مال برضا الجانى و عليه

الأ- كثر في باب الديات و نحن قوينا هناك أن الجانى يجب عليه دفع المال إذا رضى الولي به و يجبره الحاكم لا الجانى و أسبغنا

الكلام فيه و استوفيناه

(قوله) (و لو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الديه له)

كما في الإرشاد و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و كذلك الإيضاح و في الشرائع لو قيل به كان حسنا و جوز

له في التذكرة استيفاء القصاص فقط و منع فيها من جواز استيفاء الديه و الشيخ في المبسوط منع منهما و نسب في المسالك جوازهما

إلى الأكثر (و حجتهم) أن ولايته ثابتة فجاز له الاستيفاء كغيره من الحقوق و أن القصاص شرع لحفظ النفس و تأخيره مع بذله ترك للغاية و قد يفوت استدراكها بفوات المحل و لا اعتبار بإرادة المجنى عيه وقت البلوغ لأن المعترف وقت الجنائية و أهليته حينئذ مفقودة و هذا معنى قوله فى الشرائع لا معنى للتأخير (و احتج) فى المبسوط لعدم القصاص بأن القصاص للشفى و هذا ليس من أهله و لعدم أخذ المال بأنه إذا بلغ ربما طلب القود و قال إنه مثل الصبى الذى حصل له قصاص فإنه ليس لأبيه أن يقتص و لا للحاكم و لا للجد و قد تقدم الكلام فى هذه المسائل مستوفى أكمل استيفاء فى باب الحجر و كذلك فى باب القصاص و الديات و قد نقلنا كلامهم فى الأبواب الثلاثة و حججهم نقضا و إبراما و بينا ما يلزم كلام الشيخ و فرعه هو عليه من حبس الجانى إلى وقت بلوغه و غير ذلك هذا (و أما المجنون) فإنه يعتمد فى أمره المصلحة جزما و فى التحرير أنه لو بلغ فأسند العقل تولى الإمام استيفاء حقه إجماعا و فى المبسوط إذا كان الصبى معتمدا لا يأخذ المال إن كان مؤسرا و إلا أخذ (قوله) (و لا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٧

و لو أخذ الحاكم الأرش فى العمد فبلغ و طلب القصاص (١) فإشكال ينشأ من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص

(الرابع) الحرية

فإن لم يدع أحد رقه فالأصل الحرية (٢)

و مجمع البرهان لأنه لا ولاية له إلا فى الحضانه

(قوله) (و لو أخذ الحاكم الأرش فى العمد فبلغ و طلب القصاص فإشكال ينشأ من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص) (الوجه الأول) من وجهى الإشكال قول الشيخ فى المبسوط فى مثل الفرض فإنه ذهب إلى أن لولى العفو عن القصاص على مال لأن المولى عليه إذا كمل كان له القصاص قال فى باب القتل فأما إذا كان الوارث واحدا و له أب أو جد مثل أن قتلت أمه و قد طلقها أبوه فالقود له وحده فليس لأبيه أن يستوفيه بل يصبر حتى إذا بلغ كان ذلك إليه سواء كان طرفا أو نفسا و سواء كان الولى أبا أو جدا و الوصى الباب واحد فإذا ثبت أنه ليس للوالد أن يقتص لولده الطفل أو المجنون فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبى و يفيق المجنون لأن فى الحبس منفعتهما معا للقاتل بالعيش و لهذا بالاستيثاق فإذا ثبت هذا فأراد الولى أن يعفو على مال فإن كان الطفل فى كفاية لم يكن له ذلك لأنه يفوت عليه التشفى و عندنا له ذلك لأن له القصاص على ما قلنا إذا بلغ فلا يبطل التشفى ثم نقل الخلاف بين العامة فيما إذا كان معسرا و أراد أن يعفو الولى على مال و اختار أن له العفو أيضا و للصبى القصاص إذا بلغ و ظاهره الإجماع و معناه أنه يصلح فضولا عنه فإن بلغ و أجاز فذاك و إلا كان حقه باقيا و لم يتعرض للحيلولة و إنما هو (هى خ ل) أحد وجهى الشافعية و يمكن تصوير الحيلولة بأن يقال إنه لما كان الواجب القصاص و إنما الدية بدل منه لتعذره فكان لما جنى على الصبى الذى لا يجوز لوليه و لا له استيفاء القصاص كأنه قد حال بجنايته عليه بينه و بين القصاص فأشبهه حيلولة الغاصب و بهذا يندفع عنه ما أورد عليه فى التذكرة و الإيضاح و كذلك جامع المقاصد بأن التضمن للحيلولة إنما هو إذا كانت من قبل الجانى كما لو غيب الغاصب المغصوب أو أبق العبد من يده و هنا لم يأت العذر من قبله (قلت) بما قررناه جاء العذر من قبله و قد عرفت أن الشيخ لم يتعرض للحيلولة قالوا و أيضا لو كان للحيلولة لجاز الأخذ فيما إذا كان المجنى عليه صبيا غنيا كذا قال فى التذكرة (قلت) قد عرفت أن الشيخ يجوز الأخذ حينئذ و قال فى الإيضاح لو كانت للحيلولة لجاز أخذها للصبى المميز (قلت) إن أراد أخذ الولى له فقد عرفت أن الشيخ يجوز سواء كان مميزا أم

لا و إن أراد أخذ الصبي فظاهر الفساد و يندفع أيضا ما قاله في جامع المقاصد من أنه بعد تحرير محل النزاع يسقط هذا الإشكال بأن يقال أخذ المال إن كان بغير رضا الجاني في العمد فهو ممنوع منه لا أثر له و يبقى الحكم كما كان و لا دية و لا حيلولة و إن كان برضاه فإنما يكون عوضا عن القصاص لأنه الغرض فإن المفروض أنه لم يدفعه هبة و لا تبرعا فإن صح أخذه عوضا و جب الحكم بسقوط القصاص انتهى و جوابه أنه أخذه برضاه و التماسه عوضا عن القصاص إن أجاز الصبي بعد بلوغه ثم إنك قد عرفت أن ظاهر المبسوط الإجماع عليه (و الوجه الثاني) من الإشكال خيرة جامع المقاصد و إليه مال في التذكرة و الإيضاح لما سمعت و لا ترجيح في الدروس

(قوله) (الرابع الحرية فإن لم يدع أحد رقه فالأصل الحرية)

بمعنى الاستصحاب و بمعنى الرجح و بمعنى القاعدة التي قام الإجماع عليها و بمعنى عدم الرقية فيكون الأصل الحرية (أما الأول) فلأن كل إنسان ينتهي في الولادة إلى آدم عليه السلام فتستصحب الحرية إلى أن يثبت خلافها (و أما الثاني) فلأن الأغلب على أهل الدار الأحرار و الأرقاء مجلوبون إليها و ليسوا من أهلها فيه كما يحكم بالإسلام للدار يحكم بالحرية لها (و أما الثالث) فقد قال ابن المنذر أجمع عامة أهل العلم على أن اللقيط حر و روينا ذلك عن علي عليه السلام و عمر بن الخطاب و به قال عمر بن عبد العزيز و الشعبي و الحكم و مالك و الثوري و الشافعي و أحمد و إسحاق و أصحاب الرأي بل في التذكرة إذا التقط في دار الحرب و لا مسلم فيها أصلا فالأقرب عندي الحكم بحريته لكن تتجدد الرقية بالاستيلاء عليه و إن قال علماؤنا إنه يكون رقا (قلت) قد نبهنا على ذلك في باب الحيوان و قلنا إن مذهبه أن الاستيلاء شرط في الرقية (و أما مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٨

و يحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئا (١) فنملكه المال و نغرم من أتلف عليه شيئا (٢) و ميراثه لبيت المال (٣) و إن قتله عبد قتل (٤) و إن قتله حر فالأقرب سقوط القود للشبهة و احتمال الرق فحينئذ تجب الدية أو أقل الأمرين منها و من القيمة على إشكال (٥)

(الرابع) فإن الرقية إنما تثبت بالكفر الأصلي و السبي و الجلب و الأصل عدم هذا الوصف

(قوله) (فيحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئا)

المراد إلزام الغير شيئا لا يلزم على تقدير الرقية كالقصاص إن قتله حرّ فإن المصنف سيقرب سقوط القود و هذا لبعض الشافعية و لم نجد من جزم به من طائفتنا كما ستعرف بل الظاهر خلافه (قوله) (فنملكه المال و نغرم من أتلف عليه شيئا)

أما (الأول) فلأنه لا مانع منه فيجب إجراؤه على الأصل و قد تقدم الكلام في ذلك (و أما الثاني) فلأن الإنلاف يقضى بالضمان (و عسك تقول) إن هذا التغريم يقضى بإلزام الغير شيئا و قد تقدم منعه (لأننا نقول) هذا التغريم ثابت على تقدير الحرية و الرقية فليس الضمان و أخذ العوض بسبب الحرية بخلاف القصاص فإنه إنما يثبت بسببها أي الحرية (قوله) (و ميراثه لبيت المال)

هذا هو ما أشرنا إليه فيما سلف و قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (و إن قتله عبد قتل)

وجه ظاهر

(قوله) (و إن قتله حرّ فالأقرب سقوط القود للشبهة و احتمال الرق فحينئذ تجب الدية أو أقل الأمرين منها و من القيمة على إشكال) قال في المبسوط فإن جنى عليه فإن كان عمدا فإنه إلى الإمام فإن رأى المصلحة أن يقتص اقتص و مثله ما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و غيرها و إطلاق هذه العبارات متناول لما إذا كان القاتل

حرا أو عبدا بل الحر هو المتبادر و وجهه أن الشارع قد حكم بحريته لقوله اللقيط حر و المنبوذ حر فقد جعل الدار سببا فى حرية المجهول فلو لم تكن سببا و لا- مستلزما للسبب لم يصح جعلها سببا و دليلا فلذلك أجرينا عليه باقى أحكام الحرية مثل مناكحته فيجب إجراء الجميع أو منع الجميع لأن الشرط واحد و احتمال كونه فى الواقع رقا لا يجدى لما ذكرناه و لعموم قوله جل شأنه النَّفْسِ بِالنَّفْسِ خص بمن علمت عبوديته و رقيته و كفره و بقى الباقي و المصنف هنا قرب سقوط القود للشبهة بمعنى عدم القطع بثبوت الحرية لاحتمال الرقية فهو فى العبارة عطف تفسير و لأن دم المسلم لا يقنع فيه بالظن بل لا بد من اليقين و لا يقين مع قيام الشبهة و احتمال الرق و لأن فارتط الدماء لا- يستدرك فيجب فيه رعاية الاحتياط و لأن سبب القود حرية المجنى عليه و لم تعلم و الجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب و قد عارض أصل الحرية أصل براءة ذمة الجانى مما تستلزمه حرته و هذه كما ترى مدفوعة بالنص الصحيح و لما حكم بسقوط القود قال فتجب الدية أو أقل الأمرين منها و من القيمة على إشكال فيهما ينشأ من أنه حر فى نظر الشارع و قد حكمنا بسقوط القود للشبهة فيجب الانتقال إلى الدية و من الشك فى الحرية و الرقية فيجب أقل الأمرين لأنه المتيقن و الزائد مشكوك للشك فى سببه كذا وجه الإشكال فى جامع المقاصد ثم قال و لقائل أن يقول إن الواقع لا يخلو من رقيته أو حرته فلا بد من أحدهما و على أى تقدير كان فلا يكون الواجب واحدا من الأمرين المذكورين لأنه إن كان حرا فالواجب القصاص لا الدية و الاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله فإن الجانى ربما رضى بالقصاص فقهره على الدية إلزام له بما لم يثبت عليه فيكون باطلا و إن كان رقا فالواجب هو القيمة لا الدية فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كل من التقديرين الذى انحصر الواقع فيهما و كذا يمتنع كون الواجب هو أقل الأمرين مطلقا على كل من تقديري الحرية و الرقية على أنه يؤدى إلى إسقاط حق معلوم الثبوت قطعاً و ذلك إذا قطع منه طرفان أحدهما أكثر قيمة و الآخر أكثر دية و حيث بطلت اللوازم كلها تعين الحكم بالقصاص (و نحن نقول) الإشكال إنما هو فى الثانى كما هو ظاهر التذكرة أو صريحها و صريح الإيضاح و هو الموافق للنظر و منشأه من أن الأقل هو المتيقن و الزائد مشكوك فيه و الأصل عدمه و من أن الشارع حكم بحريته فالمقتضى لكمال الدية و هو حكم الشارع بها و إن كان مظنونا بوجود و المانع و هو التحرى على الدماء مفقود و هذا هو الظاهر إن قلنا بعدم القصاص و لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١١٩

و إن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد (١) و لا- منها إذا استندت إلى الالتقاط (٢) و إن استندت إلى غيره حكم ظاهرا على إشكال (٣)

نظر لنا إلى الواقع بعد حكم الشارع بالحرية و قضيه ذلك أن يتعين القصاص لكن منع منه مانع من قاعدة أخرى عند المصنف فكان حرا عنده يجب فى قتله الدية فلم تكن اللوازم كلها باطلة لأن هذا اللازم غير باطل فى نظر الشارع عند المصنف بل لا يمتنع على هذا حيث بطل القصاص عنده كون اللازم هو أقل الأمرين و إن ضعف جدا و الضعف غير الامتناع بل لا يمتنع كون الواجب أقل الأمرين من دية عبد لدمى أو دية ذمى لو لا أن الإسلام أقوى من الحرية و لهذا يحكم على الحمل بالإسلام لإسلام أحد أبويه بعد وجوده بل و بعد انفصاله قبل بلوغه و لا يحكم عليه بالحرية لو أعتق و له ولد صغير و لهذا قدر المصنف المسألة فى احتمال الرق و لم يقدرها فى احتمال الكفر (و قوله) إن الاحتياط معارض بمثله فيه (أولاً- أن المماثلة بعيدة جدا و قد قدموا فى باب القصاص و الديات الاحتياط فى الدماء على الاحتياط فى الأموال فى مواضع لا تحصى (و ثانيا) أنا قد بينا فى باب القصاص أن الولى لو اختار الدية و جب على الجانى دفعها لكنه لا يجبره الولى عليها و إنما يجبره الحاكم إذا ترافعا إليه و قد تطابقت ظواهر النصوص و الفتاوى فيما إذا قتل جماعة واحدا على أن لوليه أن يختار قتل واحد و أنه يجب على الباقي أن يردوا عليه ما فضل له و ليس لهم أن يقولوا إنا لا نؤدى فليقتص منا و هذا يؤيد ما قلناه (و قوله) على أنه يؤدى إلى آخره فيه أنه لا يصح أن يكون قيمة طرف العبد أكثر من دية لو كان حرا لأنه لا يتجاوز بقيمته و لا بقيمة طرفه أكثر من دية الحر و دية طرفه كما صرحوا به فى باب الديات و باب الغصب لأن الضابط فى دية

أعضاء العبد أن تنسب إلى دية الحر ثم إلى قيمته مجموعته فإن زادت عن دية الحر ردت إليها نعم يتصور ذلك فيما إذا كان مغصوبا و المفروض هنا خلافه و بيان ذلك مستوفى في باب الغصب

(قوله) (و إن ادعى رقه لم يقبل (تقبل خ ل من غير صاحب اليد)

إذا ادعى رق اللقيط أو غيره من الصغار المجهولى النسب مدّع و لا يد له عليه لم تقبل دعواه إلا بالبينه كما فى المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد لأن الظاهر الحرية فلا تترك إلا بحجة بخلاف ما لو ادعى نسبه فإنه يقبل و إن لم يكن له عليه يد لأن فى ذلك مصلحة للطفل و إثبات حق له و فى القبول هنا إضرار به و إثبات رقه عليه و ادعى فى العبارة مبنى للمجهول أى إذا ادعى مدع رقيته كما أشرنا إليه أو للمعلوم و مرجع الضمير ما سبق فى قوله فإن لم يدع أحد رقيته أى و إن ادعى أحد رقيته (قوله) (و لا منها إذا استندت إلى الالتقاط)

كما فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط و التحرير بالأولوية للعلم بأن سببها الالتقاط الذى لا يفيد الملك و الأصل الحرية فلا تسمع دعوى الرقية بغير حجة و ذلك لا ينافى الكلية القائلة بأن كل من ادعى رقيه صغير فى يده و لا تعلم حرية فإنه تسمع دعواه لأنها مقيدة بغير اليد التى عرفنا استنادها إلى التقاط منبوذ حكمنا بحريته و ليس ذلك كدعوى المال الذى التقطه لأنه ملك على كل تقدير فليس فى دعواه تغيير عن صفته و فى دعوى رقيه اللقيط تغيير لصفه أثبتها الشارع و لا فرق فى الصبي بين الصغير و الكبير لسلب عبارته و إن كان مميزا و قوله و لا منها على حذف مضاف تقديره و لا من صاحبها أى اليد (قوله) (و إن استندت إلى غيره حكم ظاهرا على إشكال)

كما فى جامع المقاصد حيث استشكل أيضا و قال فى الإيضاح الأصح عندى و عند والدى عدم قبول دعوى ذى اليد هنا بالرق بغير بينة شرعية و قد حكى عن المبسوط فى الإيضاح و جامع المقاصد أنه يحكم له بشهادة اليد مع اليمين و معناه أنه إذا شهدت له البينة باليد حلف معها يمينا و ثبت رقه كما صرح هو به فيرجع بالآخره إلى قبول قول ذى اليد مع اليمين كما يأتى و قضى له بالملكية فى التذكرة من دون ذكر يمين قال لأن الظاهر أن من فى يده شىء و هو متصرف فيه تصرف السادات فى العبيد أنه ملكه و لم يعرف حدوثها بسبب لا يقتضى الملك انتهى (و فيه) أنه إذا كان لشخص على آخر يد و سلطنة يكون محكوما بكونه رقا له بلا إشكال فكيف استشكل هو هنا ثم إن الفرض على هذا لا يكاد يتصور فإن اللقيط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٠

فإن بلغ و أنكر ففى زوال الرق (الذى ثبت ظاهرا خ) إشكال (١) و لو أقام بينه حكم بها سواء أطلقت أو استندت إلى سبب كإثارة أو شراء (٢) و لو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال ينشأ من أنها قد تلد حرا

من لا يد عليه فمتى كان عليه يد فليس بلقيط و قد صور الفرض فى كثر الفوائد بما إذا قال هذا عبدى و كان لى عليه يد ثم ضل فالتقطه فينتجه حينئذ الإشكال و يكون منشؤه من أن اليد ثابتة و قد أسندها إلى ما يقتضى الملك فلا يتوقف الحكم بدالاتها على الملك على العلم بسببها و من أن الالتقاط هو السبب المعلوم و الأصل عدم غيره فتحال اليد عليه و هو دال على الحرية فيحتاج الملك إلى حجة و ليس هو كاليدين التى لم يقارنها وصف الالتقاط لانتهاء المنافى معها فيقضى فيها بالملك (و قد يقال) إن هذا الأصل مقطوع بأن الأصل فى قول المسلم الحجية مع عدم المنازع و لعله إليه أشار فى التذكرة فتندفع عنها المناقشة و كانت اليمين فى المبسوط استظهارا و لعل هذا أقوى

(قوله) (فإن بلغ و أنكر ففى زوال الرق الذى ثبت ظاهرا إشكال)

هذا الإشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهرا فى المسألة السابقة قال فى التذكرة إن كان المدعى رقه غير الملتقط و هو صاحب يد و حكمنا له بالرقية أولا كان القول قول المدعى و لا يقبل قول الصغير إلا أن يقيم البينة على الحرية لأننا قد حكمنا برقه فى حال الصغر

فلا يرفع ذلك الحكم إلا بحجة لكن له تحليف المدعى و هو أحد قولى الشافعية و الثانى أنه يقبل قوله إلا أن يقيم مدعى الرق بينه على رقه لأن الحكم بالرق إنما جرى حين لا قول له و لا منازع و إذا صار معتبر القول فلا بد من إقراره أو البيئه عليه كما لو ادعى مدع رق بالغ انتهى و يرد على الأخير أنه إذا حكم برقيته اليد لا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه كما فى سائر نظائره (قوله) (و لو أقام بينه حكم بها سواء أطلقت أو استندت إلى سبب كإرث أو شراء)

هذا هو الأقوى كما فى المبسوط و الأقرب كما فى التذكرة و به جزم فى جامع المقاصد و هو قضية إطلاق التحرير لشهادتها بالملك و لا يتوقف قبولها على الاستناد إلى سبب (و تحرير البحث) أنه إذا ادعى مدع رق اللقيط أو غيره من الصغار المجهولى النسب و أقام بينه فإما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة (فإن) شهدت بالملك أو اليد لم يقبل إلا شهادة رجلين أو رجل و امرأتين كما فى التذكرة أو شاهد و يمين كما فى التحرير و لا- تقبل شهادة أربع نساء كما فى المبسوط و إن شهدت بالولادة قبلت شهادة المرأة الواحدة أو الرجل الواحد كما فى التذكرة (فإن) شهدت بالملك و أسندته إلى سبب مملك فلا ريب فى قبولها و إلا فالأقرب سماعها كما إذا شهدت بالملك مطلقا و الرق مطلقا كما لو شهدت على الملك فى دار أو دابة أو شبههما فإنه يكفى الإطلاق فكذا هنا و لأن قيام البيئه على مطلق ليس بأقل من دعوى غير الملتقط رقيه الصغير فى يده و قد اكتفى بها فى التذكرة و كذا المبسوط كما تقدم و يحتمل أن لا يكتفى بها مطلقاً لأننا لا نأمن أن يكون قد اعتمدت على ظاهر اليد و تكون اليد التقاط و إذا احتمل ذلك و اللقيط محكوم بحريته ظاهراً فلا- يزال ذلك الظاهر إلا- يبين فلا بد من ذكر سبب الملك من إرث أو شراء أو اتهام و لا كذلك سائر الأموال لأن أمر الرق خطير و هو كما ترى (و إن) شهدت باليد فإن كانت يد الملتقط لم يثبت بها ملكه لأننا عرفنا سبب يده و لأننا لو شاهدناه تحت يده و هو ملتقط و ادعى رقيته لم نحكم بها فكيف إذا شهدت له بيد الالتقاط و لو كانت يد غير الالتقاط حكم بها بل القول قوله مع يمينه كما تقدم لكنه قد (و قد خ ل) عبر عن هذا فى المبسوط بقوله فإن شهدت بالملك فقالت كانت يده عليه أو كان فى يده نظرت فإن كان فى يد الملتقط فإنه لا يحكم له به و إن كان فى يد الغير فإنه يحكم له بالملك لكن يحلف مع البيئه انتهى و نحوه ما فى التذكرة من قوله أما لو كانت فى يد أجنبى فإنه يحكم باليد و القول قوله مع يمينه و نحوه ما فى التحرير و هذا هو الذى لا يمكن تصويره و قول الشيخ يرجع بالآخرة إلى أنه يقبل قول ذى اليد غير يد الالتقاط مع اليمين لأن الشهادة على اليد لا تزيد عن مشاهدة اليد (و إن) شهدت البيئه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢١

و لو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال ينشأ من أنها قد تلد حراً (١) و لو بلغ و أقر بالعبودية حكم عليه أن جهلت حريته و لم يقر بها أولاً (٢) و لو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول (٣) و لو أقر بالعبودية أولاً لواحد فأنكر فأقر لغيره فإشكال ينشأ من الحكم بحريته برد الأول إقراره و من عموم قبول إقرار العاقل (٤)

بالولادة فقالت هذا ولدته فى ملكه فإنه يحكم بملكه له قطعاً كما فى التذكرة و هو خيرة المبسوط لكنه جزم فى قضاء الكتاب بعدم سماع الدعوى و البيئه فى ذلك و ستمسح بيانه و إن شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال كما أتى فى كلام المصنف و لو قال المصنف أو أسندت بدل استندت لكان أسدً لأن الإسناد قيد الإطلاق

(قوله) (و لو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال ينشأ من أنها قد تلد حراً)

و من أنه ماء جاريته و الأصل تبعيته لها كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و قال فى المبسوط إن الذى يقتضيه مذهبنا أنه لا يكون رقاً لأنه يجوز أن يكون ولدته من زوج حر فيكون حراً عندنا و معناه أنها شهدت بالأعم من رقبته و العام لا دلالة له على الخاص و هو الأصح كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و به جزم المصنف فى قضاء الكتاب و كاشف اللثام و قال فى التذكرة إن الأقرب الاكتفاء بذلك العام لأن شهادتهم لم تستند إلى ظاهر اليد (قلت) إذا لم نكتف بالبيئه المطلقة فى الرق فلا ريب فى عدم الحكم بكونه رقاً له

لأن أمته قد تلد في ملكه حرا ولأن غيره قد يملكه ولذلك قالوا في باب القضاء لا تسمع دعواه إن هذه ثمرة نخلتى ولا شهادة البينة بذلك لاحتمال تملك غيره لها و مثل قوله إنه ولد مملوكته و إنه ابن أمته قوله إنه ولد مملوكته ولدته في ملكه إذا كان قوله في ملكه راجعا إلى الوالدة أو الولادة و أما إذا رجع إلى الولد فهو كقوله ولدته مملوكا له و لذلك جزم في المبسوط بأنه يحكم بملكه له و في التذكرة أنه يحكم به له قطعا و لعلهما نظرا إلى أن المتبادر من ذلك هو المعنى الأخير

(قوله) (و لو بلغ و أقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرته و لم يقر بها أولا)

عندنا إذا كان عاقلا رشيدا كما في المبسوط و قطعا كما في جامع المقاصد و به جزم في التذكرة و التحرير لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و ينبغي أن يقيد بما إذا لم يستلزم الإقرار ضياع حق آخر أو إلزامه بحق و قد تقدم الكلام فيه في باب البيع

(قوله) (و لو أقر أولا بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول)

كما في التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد لعموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم و لأنه يشبه ما إذا أنكرت المرأة الرجعة ثم أقرت (قلت) ليس به و يشبه ما إذا قال هذا ملكي ثم أقر به لغيره و جزم في المبسوط و التذكرة بأنه لا يقبل لأنها حكمتنا بحرته و ألزمناه أحكامها من الحج و الجهاد و الطلاق و يريد بهذا الإقرار إسقاط ذلك عن نفسه فلا يقبل و لأن الحكم بالحرية بظاهر الدار قد تأكد بإعرايه عن نفسه فلا يقبل منه ما يناقضه كما لو بلغ و أعرب عن نفسه بالإسلام ثم وصف الكفر فإنه لا يقبل منه و يجعل مرتدا و لأنه اعترف بالحرية و هي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها

(قوله) (و لو أقر بالعبودية أولا لو واحد فأنكر فأقر لغيره فأشكال ينشأ من الحكم بحرته برد الأول إقراره و من عموم قبول إقرار العاقل (الأول) خيرة المبسوط لأن إقراره الأول تضمن نفى الملك لغيره فإذا رد المقر خرج عن كونه مملوكا له أيضا فكان حرا بالأصل و الحرية مظنة حقوق الله تعالى و العبادة (و العباد ظ) فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني (و فيه) أن إقراره الأول تضمن ثبوت الرقية المطلقة و استنادها إلى زيد و لا يلزم من إبطال الثاني إبطال الأول فردّه لا يقتضى حرته و إنما قضى بأن الرقية ليست له و لهذا لو رجع عن الإنكار إلى الإقرار قبل و ربما لم يكن عالما بالحال أو كان غالطا أو تعمد الكذب و شيء من ذلك لا يمنع قبول إقراره الثاني لأن احتمال الصدق قائم فيجب قبوله (و المنشأ الثاني) خيرة التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٢

و لو سبق منه تصرف فإن أقيم بينه على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون (١) و لو عرف رقه بإقراره لم يقبل فيما يضر بالغير (٢) فيستمر النكاح لو كانت امرأة (٣) و يثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل (٤) و الأولاد أحرار (٥) و عدتها ثلاثة قروء (٦) و في الوفاة أربعة أشهر و عشرة أيام (٧)

و التحرير و جامع المقاصد لعموم قبول إقرار العقلاء و لما عرفت و هو الأقرب

(قوله) (و لو سبق منه تصرف فإن أقيم بينه على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون)

كما في التحرير فتنتقض لأنه قد ظهر فسادها لأنها كانت من دون إذن سيده و يسترد ما دفع إليه من الزكاة و الميراث و ما أنفق عليه من بيت المال و تباع رقبته فيها كما في التذكرة

(قوله) (و لو عرف رقه بإقراره لم يقبل فيما يضر بالغير)

قد (يقال) إذا قبلتم إقراره في الرق الذي هو الأصل فإنه يجب قبوله في أحكامه التي هي فروع له مما يضره أو يضر غيره أو ينفعه (و يجاب) بأن الشأن فيه كما هو الشأن فيما لو أقر على نفسه و على غيره فإن إقراره يقبل عليه و لا يقبل على غيره فلا يمضى هنا في الأحكام التي تضر بغيره و لم أجد في ذلك تأملا و لا إشكالا ممن تعرض له

(قوله) (فيستمر النكاح لو كان امرأة)

إذا بلغ اللقيط و كان أنثى ثم عقدت على نفسها عقد النكاح ثم أقرت بالرق فعلى القبول فيما لا يضر بالغير فالنكاح صحيح في حق الزوج فإنه لا يبطل حقه بمجرد إقرارها بما يضر به و إن كان فاسدا بالنسبة إليها فإن كان قبل الدخول فلا شيء على الزوج لإقرارها بفساد النكاح و النكاح الفاسد لا يجب فيه المهر إلا بالدخول
(قوله) (و يثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل)

أى إذا أقرت بعد الدخول فإنه لا يثبت للسيد إلا أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل كما في التذكرة و جامع المقاصد و في التحرير أنه يثبت له أقل الأمرين من المسمى و العشر أو نصفه و نحوه ما في الدروس حيث قال يثبت له الأقل من المسمى و العقر و هذا اختيار منه لأحد القولين فيمن وطئ جارية جاهلا بالتحريم فالأكثر على أنه يجب عليه مهر مثلها (و بعضهم) ذهب إلى أنه يجب عليه العشر إن كانت بكرًا و نصفه إن كانت ثيبًا للرواية (و رد) بأن ذلك و رد فيمن اشترى جارية و وطئها و كانت حاملا و أراد ردها و تمام الكلام في محله (و كيف كان) ففي مسألتنا يثبت للسيد أقل الأمرين لأنه إن كان المسمى أقل فالزوج ينكر و جوب الزيادة و قولها غير مقبول في حقه و إن كان الأقل مهر المثل فهي و سيدها مقرآن بفساد النكاح متفقان على أن الواجب مهر المثل فلا يجب ما زاد عنه و إن سمياه كما في التذكرة و في جامع المقاصد أنه قريب و لعل الظاهر ثبوت ما زاد إذا أجاز و هذا إذا لم يكن قد سلم الزوج المهر إليها فإن كان قد سلمه لم يكن للسيد المطالبة لما تقرر من عدم سماع إقرارها فيما يضر بالغير
(قوله) (و الأولاد أحرار)

كما في التحرير و التذكرة صيانة لحقه لعدم قبول قولها كما أدمننا النكاح لذلك فلا يجب على الزوج قيمتهم و نسلها إلى الزوج تسليم الأحرار (الحرائر خ ل) و لا نبالي بتعطيل المنافع على السيد و إلا لعظم الضرر على الزوج
(قوله) (و عدتها ثلاثة قروء)

كما في التحرير و التذكرة و جامع المقاصد لأن النكاح أثبت له الرجوع فيها جميعها فليس لها إسقاطه بالإقرار و أما البائن الحائل فله حق التصريح في بعض أقسامها بالخطبة في العدة و يحرم على غيره و أما البائن الحامل فإن قلنا إن النفقة لها دون الولد سقطت بإقرارها و تصديق سيدها فبقي حقه بغير معارض
(قوله) (و في الوفاة بأربعة أشهر و عشرة أيام)

كما في جامع المقاصد لأن الحداد حق للزوج و في تعجيل النكاح إضرار بالورثة لأنهم يتألمون بذلك و في التحرير و التذكرة أنها تعدد عدة الإماء بشهرين و خمسة أيام و الفرق أن عدة الطلاق حق الزوج و إنما وجبت صيانة لمائه و لذلك لا تجب قبل الدخول (قلت) قد حرر في محله إن وجوبها من باب الحكمة لا العلة و أما عدة الوفاة فهي حق لله عز و جل لا حق فيها للزوج فلا مراعاة فيها لجانبه فتأمل و لو كان ذكرا و أقر بالرقية بعد النكاح قبل الدخول فسد النكاح
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٣

و لو قذفه قاذف و ادعى رقه هو الحرية تقابل أصلا براءة الذمة و الحرية فيثبت التعزير (١) و لو قطع حر يده تقابلا أيضا لكن الأقرب هنا القصاص (٢) لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضا بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن (٣)

في حقه و عليه نصف المهر و إن كان بعد الدخول فسد و عليه المهر كاملا و ولده حرّ كامه و هل يتبع بالمهر أو يتعلق برقبته احتمالان و لا تبطل تصرفاته السابقة

(قوله) (و لو قذفه قاذف و ادعى رقه و ادعى هو الحرية تقابل أصلا براءة الذمة و الحرية فيثبت التعزير)
وفاقا لحدود الخلاف و الشرائع و التحرير و الكتاب و المختلف و كشف اللثام عملا بأصالة البراءة و بحصول الشبهة الدارئة للحدّ أو لأن الأصلين تساقطا فرجعنا إلى المتيقن و هو التعزير و خلافا للمبسوط في البابين و لقطعة الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و

الدروس و جامع المقاصد و المسالك و كذا مجمع البرهان حيث أوجبوا الحدّ التام عملاً بأصالة الحرية و ذهاباً إلى أن أصل البراءة هنا لا يصلح للتمسك به و لا للتقابل لأنه مقطوع باشتغال الذمة بعقوبة قذف من حكم بحريته و جرت أحكام الأحرار عليه حتى القصاص له (و ليعلم) أنه قد قال في الدروس إن القول قول المقذوف مع يمينه و هذا يقضى أنه لا بدّ من تحليفه و هو قد يظهر من الباقيين (و ليعلم) أن هذا من المصنف رجوع إلى أصل الباب أي لو قذف اللقيط قاذف و أن هنا مسألتين (الأولى) ادعاء المقذوف حرية نفسه و القاذف رقه و هذه هي المفروضة في كلامهم في البابين (و الثانية) ادعاء القاذف رقيه نفسه حتى يكون عليه نصف الحد بناء على القول الضعيف في المسألة و ادعاء المقذوف الحرية حتى يكون عليه تمام الحد بناء على المشهور و هذه هي المفروضة في حدود الكتاب و لما اتحد مأخذ القولين في المسألتين كانتا من سنخ واحد و صحت تسوية المصنف بينهما في حدود الكتاب توسعاً و فرض المسألة المقدس الأردبيلي في عبارة الإرشاد في قذف اللقيط الصغير و أن الحاكم هو الذي يحدّ القاذف لأنه وليه و هو خطأ في خطأ في حمل العبارة و في ثبوت الحد بقذف الصبي إذ ليس فيه إلا التعزير هذا و حيث لا نقول بوجود الحد فلا إشكال في وجوب التعزير كما في المسالك و لا نزاع فيه كما في مجمع البرهان

(قوله) (و لو قطع حر يده تقابلاً أيضاً لكن الأقرب هنا القصاص)

أي لو قطع حر يد اللقيط فادعى القاطع رقه و ادعى هو الحرية تقابل أصل براءة الذمة و الحرية لكن الأقرب هنا ثبوت القصاص كما جزم به في التذكرة و الدروس و في جامع المقاصد أنه المعتمد و في الإيضاح أنه الأصح و قد أخذ في التحرير و المسالك ثبوت القصاص في ضمن كلام لهما مسلماً بل في الأخير نفى الخلاف عنه و أنت إذا لاحظت ما ذكرناه في الجناية على النفس عرفت أن لا تقابل بين الأصلين و عرفت ضعف ما ذكره في التوجيه إثباتاً و نفيًا

(قوله) (لأن العدول إلى القيمة مشكوك بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن)

هذا دفع ما عساه يقال إن الحكمين في المسألتين متنافيان لأن تقابل الأصلين قائم فيهما فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقية و بالقصاص هنا الذي لا يثبت إلا على تقدير الحرية مما لا يجتمعان فأجاب بما أوضحه في الإيضاح و هو أنه لما كان التعزير جزءاً من الحد و وجوب الكل يستلزم وجوب الجزء فلما (فكلما ظ) وجب الحد فالتعزير ثابت و كلما لم يجب الحد فالتعزير ثابت أيضاً لأنها مانعة خلو لعدم خلو الأمر عنهما فالعدول من الحد إلى التعزير عدول من ظاهر إلى متيقن لأن الظاهر الحرية شرعاً و أما العدول عن القصاص إلى القيمة فعدول عن الظاهر و هو الحرية إلى مشكوك فيه (و اعترضه) في جامع المقاصد بأنه يشكل الفرق فإن التعزير غير واجب على تقدير الحرية بل الواجب قدره في ضمن الحد و التعزير هو ذلك القدر المخصوص دون ما زاد فالعدول إليه أيضاً عدول إلى مشكوك فيه و بأنه ينتقض بما ذكره سابقاً في الجناية على النفس قال و لا يتوهم أن الاقتصار (القصاص خ ل) في الطرف أسهل منه في النفس لأن الاقتصار في الطرف قد يسرى إلى النفس و بأن قوله لأن العدول إلى القيمة مشكوك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٤

و لا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء (١)

(الفصل الثاني في الحيوان)

و يسمى ضالة (٢) و يجوز لكل بالغ عاقل على كراهية (٣)

فيه يقتضى انحصار الحال في العدول إلى القيمة التي هي فرع الرقية و لم لا يجوز أن يكون العدول إلى الدية التي هي فرع الحرية أو أقل الأمرين الذي هو المتيقن على كل من التقديرين ثم قال و الحق أن كل ذلك ضعيف (و نحن نقول) إن الفرق بقول مطلق بين القصاص و حد القذف ظاهر لأن الثاني أقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص فافترقا و أن المقصود من الحد الزجر و ذلك حاصل في

العدول (المعدول خ ل) إليه و المقصود من القصاص التشفى و ذلك لا- يحصل بأخذ المال (و أما) ما أورده على ما أشار إليه المصنف من الفرق فجوابه أن الحدّ و التعزير ليسا من الأمور التي يختلف الحال فيها بكون أحدهما في ضمن الآخر و جزءا له أو أصلا و إنما المطلوب فيهما معا مجرد الضرب فالقدر الواقع من الضرب في التعزير مشترك بين الحد و التعزير فيثبت التعزير على كل من تقديري الحرية و الرقية إنما يتجه الفرق لو تميزا بالنية و نحوها (و على الثاني) أن الفرق بين الطرف و النفس من الواضحات فليلاحظ باب القصاص إذ الفرق بين السن و الراحية و الإصبع و اليد و بين النفس أمر واضح و استوضح ذلك فيما إذا قال له إن لم تقتل زيدا قتلتك و بين قوله إن لم تقطع يده أو إصبعه أو أنفه أو عينه و إلا- قتلتك فإن الأكثر جوزوا له قطع طرفه حفظا لنفسه و أطبقوا على عدم جواز قتله حفظا لنفسه (و على الثالث) أن الأمر دائر بين الحرية و الرقية و الأصل في الأولى القصاص و التشفى و المقابلة بمثل فعله و ليس في الدية تشف و لا تثبت إلا صلحا و الأصل في الرقية القيمة فالأمر في الأصل منحصر في العدول إلى القيمة و لا مجال لاحتمال الدية كما هو واضح

(قوله) (و لا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء)

قد تقدم الكلام

الفصل الثاني في الحيوان (قوله) (و يسمى الضالة)

كما صرحت بذلك عباراتهم و أفصحت به رواياتهم

(قوله) (و يجوز لكل بالغ عاقل على كراهية)

كما طفحت به عباراتهم و في المبسوط في الضالة روى أصحابنا كراهية أخذها مطلقا و مثله قال في الخلاف و في التذكرة إن الالتقاط إن كان في غير الحرم كان مكروها عند علمائنا ذكر ذلك في موضعين من التذكرة في اللقطة و الضالة و قال في موضع ثالث أخذ اللقطة مطلقا عندنا مكروه و تتأكد فيما تكثر فائدته و ثقل قيمته و تتأكد في مطلق اللقطة للفاسق و أكد منه المعسر و في جامع المقاصد الإجماع على الكراهية في الضالة إذا لم يتحقق التلف و في السرائر أخذ اللقطة عند أصحابنا على الجملة مكروه لأنه قد روى في الأخبار أنه لا يأخذ الضالة إلا الضالون و في الكفاية أن المعروف إن أخذها في موضع الجواز مكروه و في الرياض أنه مذهبهم معروف بينهم و لم يفرقوا بين الصامت و الحيوان و في مجمع البرهان حيث أخذ في الاستدلال على الكراهية في اللقطة و الضوال قال يدل على الكراهية بعد الإجماع المفهوم من التذكرة النهي الوارد في الروايات و ذكر الأخبار الواردة في اللقطة و في الخبر إياكم و اللقطة فإنها ضالة المؤمن و هي حريق من حريق جهنم فتأمل و فيه لا يأخذ الضالة إلا الضالون كما سمعته عن السرائر و في الصحيح في الضالة ما أحب أن أمسها و روى العامة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لا يأوى الضالة إلا ضال قال في المبسوط و قيل لا يؤوى بضم الياء و هو الأصح و روى العامة أيضا عنه صلى الله عليه و آله و سلم ضالة المؤمن من حريق النار أى لهبها (و أما) الأخبار التي تدل على الكراهية في المال الصامت فكثيرة جدا و هي تدل على ما نحن فيه دلالة ظاهرة (ثم إنه) إذا أخذ اللقطة ضالة أو غيرها يكون قد عرض نفسه لاحتمال الوقوع في الحرام لأن حفظها و تعريفها و دفعها لواصفها أمور دقيقة و استدلال جماعة منهم صاحب جامع المقاصد بالخبر لا يأكل من الضالة إلا الضالون و مثله الآخر بدون من و مثله الآخر الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها و ليس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٥

إلا مع تحقق تلفه (١)

بجيد لورودها في الأكل دون الأخذ الذي هو محل البحث بل ربما كان في الأخير إشعار باختصاص المنع بالأكل دون الأخذ فتأمل و كأن كلام جامع المقاصد في المقام غير محرر و يعلم من ذلك أن حفظ مال المسلم غير واجب ما لم يكن متصرفا فيه و تحت يده و

حكى في التذكرة وجهان عن أبي حنيفة بوجوب أخذ اللقطة لكون المؤمنين بعضهم أولياء بعض فيكون كولى الأيتام وأن حرمة مال المسلم كدمه و الجواب ظاهر و ظاهر المقنعة و النهاية أنه لا يجوز أخذ الضالة إذا كانت في كلاب و ماء قالا فإن وجد بعيرا قد خلاه صاحبه من جهد و كلال و كان في كلاب و ماء لم يجز أخذه فإن وجدته في غير كلاب و لا ماء كان له أخذه و لم يكن لأحد بعد ذلك منازعته و كذلك إن وجد دابة فالحكم فيها كالحكم في البعير سواء و قال في الدروس و ظاهر الشيخين التحريم في الحيوان هذا و يندرج في البالغ المرتد عن فطرة مع أنه ليس له أن يلتقط قال في جامع المقاصد لو التقط بنى على أنه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى ذريته أم لا فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد فمهما حكم به هناك يأتي مثله هنا (قلت) الأقرب أنه لا ينتقل إلى ورثته لأن وجوب قتله في كل آن ينافى جواز تملكه لشيء من الأشياء في آن من الآتات فحينئذ لا حكم لالتقاطه بل تكون اللقطة في يده كما لو كانت في الأرض لكل أحد أخذها من يده و يكون هذا الأخذ التقاطا من الآخذ و إنما يورث عنه ما يدخل في ملكه و يخرج بالبالغ العاقل الصبى و المجنون و عبارة الشرائع توذن بالتأمل في جواز التقاطهما الضالة قال و أما الصبى و المجنون فقطع الشيخ (ره) فيهما بالجواز لأنه اكتساب و ينتزع ذلك الولي و يتولى التعريف سنة فإن لم يأت مالك فإن كان الغبطة في تملكه و تضمينه إياها فعل و إلا أبقاها أمانة و خيرة المبسوط هو الذى تعطيه عبارة الغنية و هو صريح النافع و الشرائع أيضا في تعريف الملتقط و التحرير و التذكرة و الكتاب فيما يأتى و الدروس و اللمعة و غيرها و فى المسالك و الكفاية أنه مذهب الأكثر بل لم ينقل فيه خلاف و فى الرياض أنا لم نقف على مخالف و ما أبعد ما بين هذا و بين قوله فى المفاتيح يشترط فى الملتقط أهلية الاكتساب عند قوم و أهلية الحفظ عند آخرين و إحدى الأهليتين عند ثالث و لعل نظره إلى الكتاب و إلى كلامى الشرائع و إلا - فالتبع يقضى بخلاف ما قال لكن ما حكى عن المبسوط إنما ذكره فى لقطة المال لا الضوال و يأتى تمام الكلام عند تعرض المصنف له (و تنقيح البحث) أن يقال إن أخبار الباب الواردة فى أحكام اللقطة على كثرتها خاصة بالمكلفين بحكم التبادر و تضمنها الأمر بالحفظ أو التصديق أو التملك و لا يتوجه إلى غيره فالحكم بالجواز بمعنى ترتب أحكام اللقطة عليه مشكل بعد اقتضاء الأصل العدم و أما الجواز بمعنى الإباحة المقابل للحرمة فهو من صفات المكلفين فلا وجه له فى المقام لكن هذا الإشكال يقضى باعتبار الأهليتين معا و لا قائل بذلك فتعين المصير إلى ما عليه الأصحاب و قد استفاد من بعض أخبار الباب (و ليعلم) أن اللقطة تشتمل على نوع أمانة و ولاية و اكتساب أما الأمانة و الولاية ففى ابتداء أمرها لأن الملتقط يجب عليه التعريف حولا فهو فى مدة الحول أمين قد فوض إليه الشارع حفظها و أما الاكتساب ففى انتهاء أمرها لأن له أن يملك اللقطة بعد الحول و أما القلب ففيه وجهان (أحدهما) أن فيه معنى الأمانة و الولاية لأنهما ناجزان و التملك منتظر فيناط الحكم بالحاضر و يبنى الآخر على الأول (و الثانى) معنى الاكتساب لأنه مال الأمر و مقصوده فالنظر إليه أولى و لأن الملتقط مستقل بالالتقاط و آحاد الناس لا يستقلون بالأمانات إلا بائتمان المالك و يستقلون بالاكتساب فإذا اجتمع فى الشخص أربع صفات الإسلام و الحرية و التكليف و العدالة فله أن يلتقط و يملك إجماعا لأنه أهل الأمانة و الولاية و الاكتساب و إن تخلف بعضها جاء فيه وجهان فالصبى و المجنون من أهل الاكتساب و ليسا من أهل الولاية و العبد له أهلية الأمانة دون الولاية و فى أهليته للاكتساب خلاف و الكافر و الفاسق ليسا بأهل للولاية و العبد له أهلية الأمانة و لهما أهلية الاكتساب كما ستسمع ذلك كله إن شاء الله تعالى

(قوله) (إلا مع تحقق تلفه)

فإنه لا كراهية فى التقاطه أى الحيوان كما فى المبسوط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٦

و إن كان عبدا (١) أو كافرا (٢) أو فاسقا (٣) التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه فى الفلاة (٤)

و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و يدل

عليه بعد العقل الأصل و انتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها و لا يردّه رواية الشاة حيث قال عليه السلام هي لك أو لأخيك أو للذئب و ما أحب أن أمسها لأنه يفهم منها عدم تحقق التلف بل استحباب في المبسوط له أخذها إذا كان أميناً في مفازة أو في خراب أو في عمران لكن الناس ليسوا أمناء و قال أبو علي لو أخذها لصاحبها حفظاً عن أخذ من لا أمانه له رجوت أن يؤجر بل في الروضة و الرياض أنه قد يجب كفاية إذا عرف صاحبها
(قوله) (و إن كان عبداً)

كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و المختلف و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و الكفاية و هو الذي استقر عليه رأيه في الشرائع في موضعين و النافع و مال إليه أو قال به في التنقيح و ظاهر التذكرة الإجماع عليه و هو كذلك لأنه لم يعرف الخلاف إلا من أبي علي و إلا فالقدماء بين من ظاهره ذلك و بين مصرح به كما قاله في الدروس و في المختلف و الدروس أيضاً أنه المشهور و في المسالك و الكفاية أنه الأشهر و لا يعجبني ذلك فلا أقل من التعبير بالمشهور لانحصار الخلاف في أبي علي كما عرفت و لم يتأمل أحد قبل المحقق ثم إنه وافق نعم صاحب الدروس استشكل و قد يقال إنه مختار الفقيه لأنه روى خبر أبي خديجة و قال في جامع المقاصد إن ظاهر التذكرة أنه إجماعي ساكتاً عليه و مما يمكن أن يحتج به لأبي علي خبر أبي خديجة عن الصادق عليه السلام قال ما للمملوك و اللقطة المملوك لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها و إن الالتقاط يلزمه جواز التملك و اللازم غير متحقق فينتفى الملزوم مضافاً إلى الأصل و اختصاص ما دل على جواز الالتقاط بالحر لتبادره أو لتصريح كثير من النصوص و الفتاوى بجواز التملك و الصدقة بعد التعريف و ليس العبد أهلاً - لهما (و أوجب) بأن الخبر ليس صريحاً في التحريم فيحمل على الكراهية فتأمل و رماه في المسالك بأن أبا خديجة مشترك بين الثقة و الضعيف (قلت) قد صرح في الفقيه بسالم ابن مكرم و أما في التهذيب فرواية أحمد ابن عائد تعينه و الأصح عندنا توثيق سالم ابن مكرم فالخبر صحيح (و يجاب) عن الاستدلال بالأصل بأن الأصل المستفاد من عمومات الأخبار الجواز كما في المبسوط و الخلاف (و عن الثاني و الرابع) بأن يد العبد يد سيده فكأن السيد هو الملتقط و المتملك و المتولى للتعريف و كما يعتبر اصطباؤه و احتطابه يعتبر التقاطه و يكون الحاصل للسيد و لا اعتبار بقصده فلا وجه للإشكال و لا للاستدلال بأن له أهلية الحفظ كما في موضع من الشرائع و غيرها و زيادة أهلية الاكتساب كما في آخر منها فكان كالصبي و يبقى الكلام فيما إذا لم يعلم مولاه بذلك و عرفها بنفسه و غيره من الفروع التي تأتي في كلام المصنف في لقطه المال و الغرض أن ليس التقاطه كالتقاط المرتد عن فطرة و محل البحث ما إذا وقع بدون إذن المولى و نهيه فإن كان الأول كأن قال له إذا وجدت ضالته فخذها جاز عند علمائنا كما في التذكرة و إن كان الثاني فهي كالملقاء على الأرض و أما المكاتب و المدبر و أم الولد فلهم الالتقاط من دون تردد كما في كشف الرموز و غيره

(قوله) (أو كافراً)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و سائر ما تأخر بلا خلاف منا و في المسالك أن للكافر و الفاسق أهلية الاكتساب و الأظهر الجواز فيهما بل لم ينقل الأصحاب فيه خلافاً و في الكفاية الأشهر الأقرب عدم اعتبار الإسلام بل لم ينقل الأصحاب فيه خلافاً و أولى بعدم الاشتراط العدالة انتهى فتأمل في قوله الأشهر
(قوله) (أو فاسقاً)

قد تقدم الكلام فيه و هو أيضاً مما لا خلاف فيه لأحد منا

(قوله) (التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه في الفلاة)

التقاط فاعل يجوز و قد اقتصر في النافع على قوله كل حيوان مملوك ضائع و زيد في الشرائع و التذكرة لا يد لأحد عليه و يدخل في الكلية البعير الصحيح و الذي في كلاً و ماء و غيره مما لا يجوز أخذه و كأنهما عرفا الحيوان الملتقط أعين من جواز لقطته و عدمه و لو قالوا إلا ما يستثنى لكان أجود و المراد بالضائع الضال عن صاحبه سواء كان بيد ملتقط أم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٧

فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً (١) أو كان في كلاً ماء (٢) فإن أخذه حينئذ ضمنه (٣) و يبرأ بتسليمه إلى المالك أو الحاكم مع فقدته لا بإرساله في موضعه (٤) و يرسله الحاكم في الحمى (٥) فإن لم يكن باعه و حفظ ثمنه لمالكة (٦) و لو تركه من جهد في غير كلاً و لا ماء جاز أخذه (٧)

لا و من ثم جمعا بينه و بين قولهما و لا يد عليه ليخرج الحيوان الضائع عن مالكة بيد الملتقط فتأمل و خرج بقوله في الفلاة الضائع في العمران فإنه لا يعد لقطه و لا يجوز أخذه
(قوله) (فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً)

كما في المقنع و سائر ما تأخر عنه حتى الرياض صراحة أو ظهوراً و ما خالف فيه إلا أبو حنيفة و في الغنية من وجد ضالّة الإبل لا يجوز له أخذها بإجماع الطائفة و في الكفاية نسبته إلى الأصحاب و في غاية المرام الإجماع عليه و في صحيح الحلبي و حسنة هشام ابن سالم بإبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام فقال يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إنى وجدت بعيراً فقال معه حذاؤه و سقاؤه حذاؤه خفه و سقاؤه كرشه و في صحيح معاوية بن عمار قال و سئل عن البعير الضال فقال للسائل ما لك و له خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه خلّ عنه و نحوه مرسل الفقيه و المراد بالصحيح غير المكسور و المريض فيدخل المجهد و لا يفرق فيما إذا كان صحيحاً بين كونه في كلاً و ماء أو في أحدهما أو لم يكن واحد منهما
(قوله) (أو كان في كلاً و ماء)

أى و إن كان غير صحيح كما في المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و يعطيه إطلاق بعض الباقيين فيندرج في معقد إجماع الغنية و في غاية المرام الإجماع عليه و قد يلوح أى الإجماع من التنقيح و في الكفاية نسبته إلى الأصحاب و إطلاق الخبرين الأولين يتناوله على الظاهر لكن في اللمعة و المفاتيح إذا وجد في كلاً و ماء صحيحاً فيكونان مخالفين فتأمل و لعل كلام الأصحاب مقيد بما إذا قدر على الانتفاع بهما أى الكلاً و الماء و لو كان بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما لمرضه و تعبته فهو كعدمهما لكن ظاهر إطلاق الأصحاب و روايتي السكوني و مسمع يخالف ذلك كما ستسمع و لعل المدار على الترك المفيد للإعراض كما ستسمع و الكلاً كجبل العشب رطبه و يابسه

(قوله) (فإن أخذه ضمنه)

بلا خلاف فيما أجد من الخاصة و العامة لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه و لا إذن من الشارع فهو كالغاصب و السارق

(قوله) (و يبرأ بتسليمه إلى المالك أو الحاكم مع فقدته لا بإرساله في موضعه)

المخالف في ذلك أبو حنيفة و مالك لأن عمر قال أرسله في الموضع الذى أصبته فيه (و فيه) أنه كما لو سرق متاع غيره ثم طرحه في دار غيره (داره خ ل) فإنه لا يزول ضمانه
(قوله) (و يرسله الحاكم في الحمى)

كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و المراد الحمى الذى حماه الإمام لخيل المجاهدين و الضوال
(قوله) (فإن لم يكن باعه و حفظ ثمنه لمالكة)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و قال في موضع من التذكرة ثم إن كان له حمى تركها فيه إن رأى المصلحة فى ذلك و إن رأى المصلحة فى بيعها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يصفها و يحفظ صفاتها و يحفظ ثمنها فقد خالفت ظاهر الكتاب و من وافقه

إذ ظاهرهم أن الحاكم إنما يبيعه مع فقد الحمى وخيرة التذكرة خيرة الدروس والتنقيح وفي جامع المقاصد والمسالك أنه حسن ولو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه أم لا الظاهر الثاني وعلى تقدير عدم البيع يبقى في يد قابضه مضمونا إلى أن يجد المالك أو الحاكم ويجب عليه الإنفاق عليه وفي رجوعه به مع نيته وجهان من دخوله على التعدي الموجب لعدم الرجوع كما في المهذب البارع وعليه نزل عبارة النافع وخلافه (وخالفه خ ل) وهو خلاف ما فهموه منها وينبغي القطع بعدم الرجوع وإن وجب عليه الحفظ ومن أمره بالإنفاق شرعا حين يتعذر عليه أحد الأمرين فلا يتعقب الضمان ولا ترجيح في المسالك والكفاية

(قوله) (و لو تركه من جهد في غير كلاب ولا ماء جاز أخذه)

كما في المقنعة والنهاية والمراسم وسائر ما تأخر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٨

.....

عنها سوى المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والوسيلة فإنه لم يذكر في الأربعة الأول ولا في المقنعة وقد يظهر من إطلاق بعضها الخلاف وبه صرح في الوسيلة كما ستسمع وفي المختلف والتنقيح أنه المشهور وفي الرياض أن عليه عامة من تأخر ودليلهم خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد قال إن تركها في كلاب وماء وأمن فهي له بأخذها حيث أصابها وإن كان تركها في خوف وعلى غير ماء و كلاب فهي لمن أصابها ومثله خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته بمضيعة فقال إن كان تركها في كلاب وماء وأمن فهي له بأخذها متى شاء وإن تركها في غير كلاب وماء فهي لمن أحيها وليس فيه تصريح بالجهد وقد اشترط في الأول في الشرطية الثانية الخوف وقد روى خبر مسمع في الدروس والتنقيح بترك المضیعة والأمن وفيه ما لا يخفى وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال من أصاب مالا أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وإنما هي مثل الشيء المباح وهذه هي الأصل في الباب وإلا فالأولان في الدابة مضافا إلى ما عرفته فيهما لكن الصحيحة قد اشتملت على الفلاة وقد قال أهل اللغة إنها هي الأرض التي لا ماء فيها أو القفر وفسروا القفر بالخلاء من الأرض وفسروا المفازة بالقفر كما يأتي بيان ذلك كله فكانت دالة على تمام المطلوب فتأمل (و الظاهر) أن المراد بالمال فيها دابة أخرى غير البعير لا مطلق المال بقريته قوله قد كلت وجود الدابة في الأولين وعدم ظهور الدليل في مطلق المال بل هو ظاهر في الخلاف كما يأتي إن شاء الله تعالى وقال في الوسيلة وإن تركه صاحبه من جهد و كلال في غير كلاب ولا ماء لم يجز أخذه بحال ولعله استند إلى الصحيحتين والحسن اللاتي تقدم ذكرها ولعل نظر من ترك ذلك لذلك ولم يقل إن أخبار هذه مقيدة لها لما عرفته من حالها وقد يكون الوجه في الباب الإعراض المستفاد من أخباره فإنه إذا كان الإعراض على وجه عدم الرجوع فيه بالكلية مع كون البعير بحيث لو لم يأخذه لمت فلا إشكال في الجواز فالمدار على هذا الإعراض ويرشد إليه قول أمير المؤمنين عليه السلام في صدر خبر مسمع في الدابة إذا صرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها لكن هذا يقضى بعدم الفرق بين ما إذا خلاه في ماء دون كلاب وبالعكس أو خلاه في فلاة عادمه لهما أو خلاه فيهما بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما بنفسه لمرضه وتعبه كما نبهنا عليه آنفا والثاني هو المشهور وقد يفهم الأول من الصحيحة حيث اقتصر فيها على ذكر الفلاة وجعل المدار على إحيائها والإعراض عنها حيث قال كلت وسيبها أهلها وهو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الأردبيلي كما ستعرف (و يبقى الكلام في الثالث) و ظاهر خبري السكوني ومسمع و ظاهر جماعة وصريح آخرين أنه لا بد في أخذه من الشرطين أعنى الترك من جهد و كونه في غير كلاب وماء فلو انتفى أحدهما بأن ترك من جهد في كلاب وماء أو من غير جهد في غيرهما أو انتفى كل منهما بأن ترك من غير جهد فيهما لم يجز أخذه وقد حكى عن الصيمري أنه حكى على ذلك الإجماع وقد

يلوح ذلك أى الإجماع من التنقيح فلا يتم الثالث وقد يكون ذلك ليتحقق العلم بالإعراض المذكور الذى عليه المدار فى الباب فلو علم بدون ذلك جاز فتأمل و فى جامع المقاصد أن ظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام إنه إذا تركها فى غير كلاً ولا ماء فهى للذى أحيها أن المتروكة فى كلاً ولا ماء هناك أو بالعكس تؤخذ لانتفاء الأمرين ولأنها لا تعيش بدون الماء و ضعفها يمنعها من الوصول إليه أى الماء فتأمل فيه و نحوه ما فى الروضة و قال فى المسالك و لو وجدته فى كلاً

□

بغير ماء أو بالعكس فكفأقدهما لأنه لا يستغنى بأحدهما عن الآخر مع وقوفه و قد دل على ذلك صحيحة عبد الله بن سنان و ساقها و هو أجود و مما ذكر يعلم حال الفلاة المشتملة على أحدهما فهل هى بحكم عادمتهما أو بحكم المشتملة عليهما قولان (الأول) خيرة المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى كتابيه كما عرفت و المقدس الأردبيلي و صريح التنقيح اختيار (الثانى) و الأول أقوى لأنه يفهم منه أن الترك بنية الإعراض (و يبقى الكلام) فى بعير أعرج أو مريض فى غير كلاً ولا ماء قد ضل عنه صاحبه و لم يتركه فإنه لا يملكه و يدفعه إلى السلطان أو يستعين به

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٢٩

و يملكه الواجد (١) فلا ضمان (٢) و فى رد العين مع طلب المالك إشكال (٣) و كذا التفصيل فى الدابة و البقرة و الحمار (٤)

فى نفقته فإن تعذر أنفق و رجع إذا نواه و حينئذ فالأقرب و جوب تعريفه سنة و جواز التملك بعده كما يأتى مثله هذا إذا كان مثل هذا ممتنعاً من صغار السباع و أما إذا كان غير ممتنع منها فظاهرهم إلحاقه بالشاة فى الفلاة و يأتى تمام الكلام و تنقيحه (قوله) (و يملكه الواجد)

كما صرح به فى المقنعة و المراسم و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و غيرها مما تأخر عنها و لعله معنى قوله فى النهاية و لم يكن لأحد منازعته لأن معناه على الظاهر أنه لو أقام مالكة البيئنة لم ينتزعه و كذا لو صدقه الملتقط و فى الكفاية أنه لا يعرف فيه خلافاً و فى الرياض أن عليه عامة من تأخر للأخبار الظاهرة بل الصريحة فى ذلك كما فى جامع المقاصد و غيره و مرادنا بها الصحيحة و الخبران الواردان فى الدابة (قوله) (و لا ضمان)

كما صرح به فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و لم أجد فيه مخالفاً و إنما الخلاف فى الشاة كما يأتى و خلط فى المفاتيح فجعلهما من سنخ واحد و قال فى الضمان قولان و هو غلط قطعاً و الفارق النص و تحقق الإعراض هنا و ليس الإعراض شرطاً فى الشاة إجماعاً و تبع صاحب المفاتيح شيخنا صاحب الرياض كما يأتى و فى جامع المقاصد أن الصحيحة نص صريح فى عدم الضمان

(قوله) (و فى رد العين مع طلب المالك إشكال أصح عدم الرد)

كما هو خيرة التحرير و الدروس و جامع المقاصد للنص الصريح فى الصحيحة كما فى الأخير قال و هى أخص من قول أبى جعفر عليه السلام من وجد شيئاً فهو له فليمتنع به حتى يأتى طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه و فى الإيضاح أنهما عامتان و الترجيح للثانية و قوى أن لمالكها أخذها و نحن نقول فى كلاهما معاً نظر واضح بل نقول لا-وجه للإشكال فيه لأنه لا-ريب فى أن هناك عموميين متعارضين يمكن تخصيص أحدهما بالآخر لكن الترجيح للصحيحة لصراحتها و صحتها و كونها الأصل فى الحكم فى الأصل فمن قال به فى الأصل ينبغى له أن يقول به هنا مع اعتزادها بخبرى مسمع و السكونى مضافاً إلى موافقتها الحكمة و الاعتبار لأنه أتعب نفسه و بذل ماله فى إحيائه فلا يناسب فى حكمة الشارع تكليفه بالإعطاء مجاناً و لا قائل بالفصل فينقطع الاستصحاب إن كان إذ الظاهر أنه لا خلاف فى خروجه عن ملك مالكة كما فى مجمع البرهان و الظاهر أن دخوله فى ملك الآخذ كان لازماً و خروجه عنه و عوده يحتاج إلى دليل (سلمنا) لكنه انقطع بالصحيحة (و أما) الرواية الأخرى فهى رواية حماد بن عبد الله عن أبى جعفر عليه السلام و هى غير

صحيحة و لا صريحة مضافا إلى بعد تحكيمها فى الصحيحة كما ستسمع (و أما) غيرها مما تضمن ما فيها مثل صحيحة على بن جعفر فإنما هى فى الضالة بعد التعريف و ليس منها البعير فكان الترجيح لعموم الصحيحة من وجوه فنقيد بها عموم خبر حماد عن مولانا أبى جعفر عليه السلام فيكون المراد من قوله عليه السلام فإذا جاء طالبه ردّه إليه إلا إذا كان بعيرا أحياء الآخذ من الموت و قد سببه مالكة معرضا عنه جمعا بين الأدلة و أما تقييد الصحيحة بالخبر حتى يكون المراد ما لم يجئ طالبها فهو بعيد عن فحوى قوله عليه السلام لا سبيل له عليها و هو كالشئ المباح فإنه صريح أو كالصريح فى أنه ليس له المطالبة فقد اتضح الحال و ارتفع الإشكال و لا ترجيح فى التنقيح

(قوله) (و كذا التفصيل فى الدابة و البقرة و الحمار)

حكم الدابة حكم البعير فى أنها لا تؤخذ إذا كانت صحيحة أو كانت فى كلال- و ماء على اختلافهم فى التعبير فى البعير و العبارة الجامعة أن يقال أما أن حكمها حكم البعير فى أنها لا تؤخذ حيث لا يؤخذ فقد صرح به فى المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و هو قضية كلام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٠

أما الشاة فتؤخذ (١) و يتخير الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم و لا ضمان فيهما و بين تملكها و الضمان على إشكال (٢)

السرائر و فى التنقيح أن عليه الفتوى و فى الكفاية أنه المعروف من مذهب الأصحاب و فى الرياض أنه لا خلاف فيه و قد دل عليه خبرا مسمع و السكونى بل و الصحيحة كما ستسمع و مثلها البغل كما فى المبسوط و الخلاف و كشف الرموز و المسالك و المفاتيح و نظر فيه صاحب الكفاية (قلت) الإلحاق هو الأصح للصحيحة السالفة بناء على ما هو الظاهر منها من أن المراد بالمال فيها خصوص الحيوان الضال كما يعطيه سوقها و به صرح جماعة و أن المستفاد من النصوص لمكان العلة المومى إليها و منصوص العلة بأقسامه حجة إن وجه الحكمة فى جواز التقاط البعير و عدمه أنما هو الأمن من تلفه بامتناعه من صغار السباع و عدمه (و المراد) بالبغل البغل الصحيح و أما إلحاق البقرة الصحيحة بالبعير فى عدم أخذها حيث لا يؤخذ فهو خيرة الخلاف و المبسوط و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و فى التنقيح أن عليه الفتوى و قد يكون ظاهر السرائر و كذا اللمعة حيث قال فى الأخير البعير و شبهه و قرب عدم فى الكفاية و قد عرفت الوجه فى الإلحاق «١» (و أما الحمار) الصحيح فقد ألحق بالبعير كذلك فى الخلاف و الشرائع و كشف الرموز و التذكرة و جامع المقاصد و الرياض و فى التنقيح أن عليه الفتوى و قد قرب فى التحرير و المسالك و الكفاية جواز أخذه و قد يقتضيه كلام الجماعة و لا ترجيح فى الدروس و لا ريب أن الحمار لا يمتنع من الذئب فلعل الوجه فيه التفصيل بين ذات الذئب من الأرض و غيرها فيؤخذ فى الأولى دون الثانية (و لك) أن تقول إن الحمار شابه البعير فى الصورة و فارقه فى العلة لأنه لا صبر له على الماء و ساوى الشاة فى العلة لأنه لا يمتنع من الذئب و إلحاق الشىء بما ساواه فى العلة و إن فارقه فى الصورة أولى من العكس (و فيه) أن الفرس مساوية للشاة فى العلة و أما إذا ترك الدابة أو البقرة أو الحمار من جهد فى غير كلال و ماء فلا ريب فى جواز أخذه كما فى خبرى مسمع و السكونى مع الإيماء للعلة و به صرح فى الشرائع و التذكرة و الدروس

(قوله) (و أما الشاة فتؤخذ)

يجوز أخذها إن وجدت فى الفلاة عند علمائنا كما فى التذكرة و إجماعا كما فى المهذب البار و المقتصر و غاية المرام فيما حكى عن الأخير و بلا- خلاف كما فى المسالك و الكفاية و ابن عبد البراء (كذا) نقل إجماع العامة على أن ضالة الغنم فى الموضع

المخوف عليها له أكلها وقد دلت عليه الأخبار الصحيحة الصريحة في ذلك كصحيحة معاوية بن عمار و صحيحة الحلبي و حسنة هشام بن سالم ثم إنها لا تمتنع من صغار السباع فكانت كالتالفة لا فائدة للمالك في تركها له (قوله) (و يتخير الأخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها للحاكم و لا ضمان و بين تملكها و الضمان على إشكال) أما تخييره بين الأمور الثلاثة فقد صرح به في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و غيرها و في مجمع البرهان نسبته إلى الأكثر و هو معنى قوله في المبسوط أنه يتخير بين ثلاثة أشياء إما أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمته إذا جاء صاحبها ردها عليه و إن شاء أن ينفق عليها تطوعا و إن شاء أن يرفع خبرها إلى الحاكم و نحوه ما في الوسيلة و المراسم و السرائر و دليله أنه مال التقطه فله تملكه كما دلت عليه الأخبار في سائر أقسام اللقطة بل في التحرير جاز أكل الشاة في الحال بإجماع العلماء انتهى و قال

(١) و يبقى الكلام في شيء آخر و هو أن البقر لا يصبر عن الماء كالبعير و ليس له عدو كعدو الفرس حتى يصل إلى الماء أو الكلاب من قبل أن يملك فإذا وجد صحيحا في مفازة بعيدة عن الماء بفراسخ و الحال أنه لا يهتدى إلى الماء ربما يقال بجواز أخذه و ليس كذلك لأنه ربما رجع إليه صاحبه قبل أن يملك لأن من أضل شيئا طلبه في موضع أضله فالمدار حيث لا يعلم الإعراض على الامتناع من السباع فالتعليل بعدم الصبر عن الماء كما في الدروس و غيره عليل «منه قدس سره»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣١

.....

في المهذب البارع يجوز تملكها فيها في الحال من غير تعريف بإجماع العلماء و له تبقيته في يده لأنه أمين أخذ شيئا ليحفظه لمالكه و له دفعه إلى الحاكم لأنه نائب الغياب و منصوب للمصالح بل قد نقول إنه يجب عليه القبول كما مرّ في الوديعه (و أما) أنه لا ضمان عليه حيث يحفظها للمالك أو يدفعها للحاكم فقد طفحت به عباراتهم و حكى عليه الإجماع في الإيضاح و المسالك و عن غاية المرام (المراد خ ل) (و دليله) الأصل فيهما و أنه أمين في الأول بل تدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام و أنه وكيل المالك في الثاني فلا يضمنان (و أما) أنه يضمن حيث يملكها فهو خيرة النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و جامع المقاصد و في التنقيح و الروضة أنه أحوط و في المسالك أظهر و في اللمعة له وجه و في المسالك و الكفاية أنه أشهر و في المقنعة و النهاية و المراسم أنه يأخذها و هو ضامن لقيمتها و لم يصرح في هذه الثلاثة بأنه يملكها و لم يقيد الضمان في جميع ما ذكر بما إذا أظهر المالك و في المبسوط و السرائر له أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمته إذا جاء صاحبها ردها إليه و نحوه ما في الوسيلة و في الإيضاح أنه يغرم إذا وجد و طلب و يستسمع الفرق بين الغرامة و الضمان (و أما) عدم الضمان و ملكها مجانا في الحال كالبعير المتروك من جهد في غير كلاء و لا ماء فلم نجد مصرحا به غير ما لعله يظهر من المقنع من قوله إذا وجدت الشاة فخذها فإنما هي لك أو لأخيكت أو للذئب و مثله قال أبوه في رسالته و قد نسب هذا القول إلى ظاهرهما أبو العباس و قواه في المقتصر و لم نجده لغيره نعم المصنف هنا استشكل و المحقق في الشرائع تردّد و قال صاحب الكفاية لعله أقرب لمكان اللام في الروايات الصحيحة و نحوه ما في المفاتيح و كذلك الرياض فمن العجيب ما في الإيضاح من قوله إن الأصحاب أطلقوا أنه يملكها من غير تقييد بضمنان مع أن من تقدم عليه إما مصرح بالأخذ و الضمان من دون ذكر ملك أو بالأكل و الضمان أو بالملك و الضمان فلم يكن لكلامه مصداق إلا ما لعله يظهر من الصدوقين هذا و كلام المبسوط و ما وافقه قد يعطى الغرامة كما في الإيضاح لكنهم لم يذكروا الطلب و الفرق بين الغرامة و الضمان أن الضمان يثبت في الذمة قبل مجيء المالك و مطالبته و الغرامة تطلق على معنى عام شامل لها و للضمنان على خاص و هو ما يتجدد عند المطالبة و تظهر الثمرة في وجوب الوصية به و تعلقه بتركته إن لم يجئ المالك و يكون من الغارمين

(و الحاصل) إنه يكون مديونا على الأول و على الغرامة لتوقف هذه الأحكام على مطالبته فلو مات قبلها لم تجب فى تركته و لا يكون مديونا كما نبه عليه فخر الإسلام فى حاشيته على الإيضاح و تبعه أبو العباس و لم نجد هذا الاصطلاح لغيرهما فى المقام و لا فى المال الصامت كما يأتى هذا (و أما) دليل القول بالضمان فقد قالوا إنه الاستصحاب و إنه مال الغير و لم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه و إنما المتفق عليه جواز تصرفه فيه لعموم على اليد ما أخذت و أدلة رد المال الملقوط إلى صاحبه مثل من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يجيء طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه قالوا و لا ينافى ذلك ما فى الصحاح مثل قوله عليه السلام لك أو لأخيك لأن معناه الانتفاع به أو أنه ملك غير مستقر و لا لازم كسائر الأموال الملقوفة و إن مثل ذلك موجود فى أدلة المال الملقوط كقول الصادق عليه السلام فى صحيحة الحلبي فإن جاء لها طالب و إلا - فهى كسبيل ماله مع أنهم مجمعون على وجوب رده أو قيمته إلى المالك بل نقول إن الشاة من المال الملقوط فتكون داخلية تحت الإجماع (و حجة القائلين بالعدم) أن الظاهر من المال الملك و أن صحيحة عبد الله بن سنان صريحة فى الملك بالأخذ و هى من أصاب مالا أو بعيرا فى فلاة الحديث و قد سمعته و به تخصص العمومات المتقدمة و احتمال اللام الاختصاص الغير المنافى للضمان مردود بأن الاحتمال لا يعارض الظاهر (قال فى الرياض و احتمال اختصاص الصحيحة بحيوان سيبه صاحبه فلا- يتناول ما نحن فيه يندفع بعدم القول بالفرق بين الأصحاب (قلت) أراد بذلك الرد على المحقق الثانى و الشهيد

الثانى فى المسالك و المقدس الأردبيلي حيث فرقوا بأن الصحيحة دالة على حيوان سيبه صاحبه لما لم يتبعه قالوا و هذا غير شرط فى أخذ الشاة إذا كانت فى الفلاة و ادعى فى المسالك الإجماع على ذلك و هو كذلك و قد أطبقوا هناك على عدم الضمان كما تقدم و هنا عكسوا إلا من قل كما عرفت و كأن شيخنا صاحب الرياض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٢

.....

عول فى ذلك على المفاتيح فإنه توهم ذلك كما بيناه فيما سلف أو على الروضة أو الكفاية حيث أخذ الأول الصحيحة دليلا و الثانى مؤيدا و لو تتبع لظفر بالقول بالفصل (و كيف كان) فالأولى الاستدلال على الضمان بمعنييه زيادة على ما تقدم بالصحيح المروى عن قرب الإسناد عن رجل أصاب شاة فى الصحراء هل تحل له قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم هى لك أو لأخيك أو للذئب فخذها و عرفها حيث أصبتها فإن عرفت فردّها إلى صاحبها و إن لم تعرف فكلها و أنت لها ضامن إن جاء صاحبها يطلب ثمنها إن تردّها و لا- يعارضه مفهوم صحيح صفوان من وجد ضالة فلم يعرفها فهى لربّها بأن يقال إنه قد يستفاد منه خروجها عن ملك المالك لوجوه بل هذه الصحيحة حجة على من ظهر منه القول بعدم الضمان لأنه لا يقول بالتعريف بل يقول هى كالبعير كما عرفت بل قد يستدل حينئذ بالأخبار الناطقة بأن الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها (و مما) يستدل به أيضا صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال و سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة كيف يصنع قال يعرفها سنة فإن لم تعرف حفظها فى عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها إياه و إن مات أوصى بها و هو لها ضامن و هذه تدل على الضمان بحيث تجب الوصية و إنه ليس مخصوصا بمجىء صاحبها فتأمل فالقول بعدم الضمان نادر ضعيف جدا إن كان به قائل و الحق أنه لا قائل به تصريحًا و لا ظهورًا يعتد به قبل صاحب الكفاية بقوله لعله أقرب و أما التنقيح و الروضة فلا ترجيح فيهما بل ظاهر الأول فى آخر كلامه ترجيح الضمان هذا و قد قال فى جامع المقاصد و هل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة قال فى التذكرة الأقرب لعدم لظاهر قوله عليه السلام هى لك أو لأخيك أو للذئب فإن المتبادر منه تملكها من غير تعريف و ليس تقييده بالتعريف أولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة و هذا قوى متين انتهى (و فيه) أن مجرد عدم الأولوية لا يقضى بكونه قويا متينا مفتى به و عدم وجوب التعريف خيرة الروضة و المسالك ذكره فى مسألة صغار الإبل و قد يفهم ذلك أيضا من جماعه فى كلامهم فى هذه المسألة أى مسألة صغار الإبل و يشهد له

عدم تعرض الأصحاب له فى المقام إلا من قبل كما لم يتعرضوا له فى البعير المجهود فى غير كلاء و ماء و السفره و ما لا يبقى و ما دون الدرهم و تعرضهم له فى صغار الإبل و البقر و فى الكلب و اهتمامهم بذكره فى المال الملقوط حيث يبدؤون به فى أول أحكامه و لم يغفله أحد و لعله لذلك قال فى المهذب البارع على القول بالضمأن يجوز تملكها أى الشاة فى الفلاة و التصرف فيها فى الحال من غير تعريف بإجماع العلماء و كذا بيعها لأنه أولى من أكلها انتهى و قد يكون الغرض من الإجماع بيان جواز أكلها فى الحال من غير تعريف و أنها ليست كلقطة المال و ذلك لا ينافى وجوب تعريف ثمنها بعد ذلك فلا ينهض لما نحن فيه و لكن الظاهر من هذه العبارة خلاف ذلك و من كلامه فى التهذيب ثم إنه على هذا الاحتمال ينهض الاستدلال بالإجماع المذكور لما نحن فيه و ذلك لأن مثل هذا الإجماع حكى على ما دون الدرهم فى التذكرة و غيرها قال فى التذكرة يجوز أخذ ما دون الدرهم و تملكه فى الحال من غير تعريف عند علمائنا أجمع و من المعلوم أنه لا- يجب تعريفه بالكلية فقد يفهم من هذين الإجماعين و من كلامهم فيما لا يبقى كالطعام الذى يخشى فساده أن كل ما يجوز تملكه و إتلافه فى الحال لا يجب تعريفه لتعذره فيما لا يبقى و عدم إمكان قيام البيئته عليه فى غيره و عدم معرفة صحته وصف صاحبها ما يخفى من أوصافها و عدم حصول العلم بذلك للملتقط بل و لا الظن إن اكتفينا به إلا أن يقول إنه لا بد له من حفظ صفتها إذا جاء صاحبها و وصفها و غره له قيمتها (ثم) إن الصحاح التى قالت هى لك أو لأخيك واردة فى مقام بيان الحاجة من دون تقييد بالتعريف و أقصى ما فى أدلة التعريف إطلاق الأمر به و هو غير منصرف بحكم التبادر و سياق أكثر النصوص المشتملة عليه إلا إلى لقطه الأموال غير الضوال و هذا جيد إن انحصر دليل الخصم فى ذلك لكنه غير منحصر فيه كما

ستسمع ثم إنها أى الصحاح ساوت بينه و بين الذئب و الذئب لا يعرف (وفيه) أنه ساوت بينه و بينه و الذئب لا يغرم مع أنه يغرم و لا ترجيح فى الدروس و التنقيح و فى التحرير أن الوجه وجوب التعريف كغيرها و هو خيرة مجمع البرهان و الرياض مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٣

و كذا صغار الإبل و البقر و غيرهما (١)

و يدل عليه صحیحته قرب الإسناد المصرح فيها بالشاة و صحیحته على بن جعفر المصرح فيها بالدابة و صحیحته صفوان المصرح فيها بالضالة و قد سمعت الجميع و خبر جراح المدائنى لا- يأكل الضالة إلا الضالون إذا لم يعرفوها و ليس هناك دابة و لا ضالة يجوز التقاطها و يمكن القول بوجوب تعريفها إلا- الشاة و صغار الإبل و البقر و الشاة أظهر الأفراد فإن البعير و ما ضاهاه أما حرام الأخذ أو جائزه بلا تعريف مضافا إلى ترك الاستفصال و دليل الاستصحاب

(قوله) (و كذا صغار الإبل و البقر و غيرهما)

أى حكمها فى جواز أخذها و تملكها إذا كانت فى الفلاة حكم الشاة و قد حكيت عليه الشهرة فى المسالك و الكفاية و به صرح فى المبسوط و المراسم و السرائر و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المفاتيح و كذا كشف الرموز و المهذب البارع و المقتصر و جامع المقاصد لأنه جعل فى هذه الأربعة حكمها حكمها فى جواز أخذها و ستسمع الحال فى ذلك و قد حكى فى جامع المقاصد و المسالك عن التذكرة أنه نسب فيها جواز الأخذ إلى علمائنا و عبارة التذكرة خالية عن ذلك إنما نسب إلى علمائنا فيها جواز الأخذ الشاة ثم قال بعد سطرين و كذا الحيوان الذى لا يمتنع من صغار السباع فلم يكن داخلا تحت معقد ما نسبه إلى علمائنا و قد رأيت المولى الأردبیلی يعترض بذلك أيضا و لا ترجيح فى الشرائع و الدروس و اللعة و الروضة و المسالك و جزم بالعدم فى الكفاية و المقدس الأردبیلی تارة ألحق و تارة منع منه و كلام أبى العباس فى المهذب حيث قال و ألحق بالشاة صغار الإبل فى جواز الالتقاط فى الفلاة غير مهذب و لا محرر لأن محل النزاع إنما هو الإلحاق فى التملك لا فى جواز الأخذ فإنه جواز له أخذها على كراهية و منع عليه اختيار تملكها و أكلها فى الحال و هذا ليس من الإلحاق فى شىء بل هى على هذا لقطه كالمال الصامت أو يكون مخيرا بين

الإفناق عليها و حفظها لمالكها أو دفعها للحاكم و لم يقل أحد بحرمة التقاطها كالشاة في العمران لأنه محسن قطعاً إلا أن تقول إن ذلك من وظائف الحاكم كما قال ذلك في مثله في المبسوط كما يأتي و قريب منه أي المذهب ما في المقتصر و يلوح بل قد يظهر من جامع المقاصد موافقته حيث اقتصر في بيان التشبيه على جواز الأخذ و لم يذكر التملك و في آخر كلامه إيماء إلى ذلك و الحاصل أن عبارته في المقام لا- تعجبنى و إن أمكن التنزيل و يراد من جواز الأخذ في عبارة التذكرة جواز التملك أيضاً قطعاً لتصريحه به مرارا بعد ذلك و ما زاد كاشف الرموز على ما حكيناه عنه (و كيف كان) فالأصح الإلحاق لمكان العلة المومى إليها في قوله هي لك أو لأخيك أو للذئب و هي أنها لا- تمتنع من صغار السباع فتكون في حكم التالف و لا- فائدة للمالك في تركها و منصوص العلة حجة سواء كانت نصة أو ظاهرة أو مومى إليها و لما كان المحقق يتوقف في منصوص العلة مطلقاً إلا أن يكون برهانا كان أول من توقف بناء على أصله و إن كان فاسداً كما برهن عليه في محله و تبعه من عرفت و لا يعجبنى قول الشهيد الثاني و المولى الأردبيلي و الخراساني إن الإلحاق قياس بل قد يقال إن المناط أيضاً منقح و المنقح له العقل بل و الإجماع إن صح ما حكى عن التذكرة و الكلام في الضمان و التعريف كما تقدم في الشاة فيضمنها لمالكها إذا وجد إذا أكلها و تملكها و الظاهر هنا و جوب التعريف لمكان أدلة و جوبه في اللقطة و لا معارض لها كما في الشاة مضافاً إلى صحيتها على بن جعفر و صفوان و خبر جراح فتأمل و يبقى الكلام في عبارتي الإرشاد فإنه أولاً وافق في الإلحاق كما عرفت و بعد أسطر قال و لو أخذ غير الممتنع في الفلاة استعان بالسلطان في النفقة إلى آخره و قد فهم منه المقدس الأردبيلي الفرق بين صغار الممتنعات و غير الممتنع حيث جعل حكم الأول في الفلاة حكم الشاة دون الثاني قال و هذا القسم غير موجود في العبارات بل جعل فيها حكم الممتنع مطلقاً حكم الشاة قال و هذا من خصائص الكتاب (قلت) قد فسره بعض المحشين بما كان مثل البعير المريض و الأعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضل عنه (قلت) هذا أما ممتنع من صغار السباع أو غير ممتنع فإن كان الأول خرج عن فرض المسألة و إن كان الثاني كان حكمه حكم الشاة لأن ظاهر جماعة و صريح آخرين كالشيخ و سار و ابن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٤

و لا تؤخذ الغزلان المملوكة و شبهها مما يمتنع بعده (١)

إدريس تعميم الحكم لما يشمل الدجاج و الإوز و نحو ذلك و بذلك صرح في التذكرة و المسالك (قوله) (و لا تؤخذ الغزلان المملوكة و شبهها مما يمتنع بعده)

كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة للعلة المومى إليها في البعير و عصمة مال المسلم و استثنى في التذكرة و التحرير في مقامين في الأخير ما إذا خاف الواجد لها عجز مالكها عن استرجاعها فقوى جواز التقاطها و ما إذا خاف ضياعها عن مالكها و على الأخير اقتصر في الدروس و الروضة فما نسبه إليه في المسالك غير صحيح و لا وجه للاقتصار عليه كما ستعرف إلا أن تقول إنه يشمل الأول و استوجه في جامع المقاصد الاستثناءين و استحسناهما في المسالك قال في التذكرة لا- يجوز أخذ الغزلان و اليحامير و حمر الوحش في الصحارى إذا ملكت هذه الأشياء ثم خرجت إلى الصحراء و كذا باقي الصيد المتوحشة التي إذا تركت رجعت إلى الصحراء لأنها تمتنع بسرعة عدوها عن صغار السباع و هي مملوكة للغير فلا- تخرج عن ملكه بالامتناع كما لو توحش الأهلى أما لو خاف الواجد لها ضياعها عن مالكها أو عجز مالكها عن استرجاعها فالأقوى جواز التقاطها لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال و المقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها و لو كان الغرض حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان فإن الدينار محفوظ حيث ما كان انتهى و ينسحب ذلك في الضوال الممتنعة كالإبل و غيرها كما هو واضح قال في التذكرة الأقرب أنه يجوز لكل أحد أخذ الضالة صغيرة كانت أم كبيرة ممتنعة من السباع أو غير ممتنعة بقصد الحفظ لمالكها و الأخبار الواردة في النهي عن ذلك محمولة على ما إذا نوى بالتقاط التملك إما قبل التعريف أو بعده قال أما مع نية

الاحتفاظ بالأولى الجواز وقد استحسنه في الروضة (قلت) أخبار الباب على كثرتها ظاهرة في ذلك ظهورا كاد يلحق بالتصريح كقولهم لا- يأكل الضالة إلا الضالون ونحوه مما هو مثله أو أظهر منه وفي صحيح البنزطي حيث سئل مولانا الرضا عليه السلام عن الطير المستوى الجناحين الذي ينوي دراهم كثيرة وهو يعرف صاحبه أو يحل إمساكه قال إذا عرف صاحبه رده عليه وقوى في المبسوط أنه لا- يجوز ذلك لغير الإمام وبه جزم في السرائر والتحرير (قلت) هذا مذهب الشافعي محتجا بأنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن أخذها من غير أن يفرق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط (و أنت خير) بأن الخبر الذي رووه ظاهر في أنه يريد الالتقاط ثم إنه لم يفرق فيه بين الإمام وغيره ثم إن الشارع نبه على عدم الأخذ بأنها محفوظة فإذا كانت في مهلكة انتفت العلة كما إذا غلب على ظنه افتراس الأسد لهذا البعير أو كان قريبا من دار الحرب أو السراق أو نحو ذلك أو إن هذا الطير يطير إلى مكان يعجز صاحبه عنه إلى غير ذلك فحاله كحال من خلصه من الحرق والغرق فاقتصار الشهيد على أحد الاستثناءين مع نقله أكثر عبارة التذكرة حرفا فحرفا لا يعرف له وجهها وجيها (وينبغي) تحرير كلام التحرير فإنه قسم الحفظ قسمين حفظ لها بمعنى إمساكها لصاحبه (لصاحبها ظ) من دون خوف عليها أصلا وبهذا الإمساك عبر في المبسوط والسرائر وحفظ لها من خوف ضياعها أو تلفها أو عجز مالكتها عن استرجاعها فوافق التذكرة في الثاني وجعل الأول كالمبسوط من وظائف الحاكم ونحن نقول إذا كانت محفوظة في نفسها ولا خوف عليها أصلا لا يجوز للحاكم ولا لغيره أخذها كما هو قضية إطلاق الخبر والغالب أن من أضل شيئا طلبه حيث ضيعه فلو أخذه الحاكم ضاع عنه وأتعبه ولعل الظاهر من الشيخ وابن إدريس أنه لا يجوز أخذها حيث يخاف عليها إلا للحاكم عملا بإطلاق الأخبار الخاصة والعامه كما هو خيرة الشافعي وقد سمعت دليله ودليلنا واحتمال استنباط ذلك أيضا من عبارة المبسوط بل والتذكرة لا تمنعه لكن مقتضى أصول المذهب ما ذكرناه وقال في الدروس وعلى الجواز فالظاهر أنه يرجع بالنفقة إذا نوى الرجوع وتعذر الحاكم وحينئذ فالأقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملك بعده وهو ظاهر ابن إدريس والمحقق ولم أقف على قول بالمنع من التعريف والتملك وعلى هذا يتجه جواز الأخذ إذا كان بنية التعريف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٥

و أما العمران (١)

و التملك بعد الحول ويحرم إذا كان بنية التملك (قلت) ينبغي على هذا التفصيل في النفقة فإن كان نوى التملك قبل التعريف أو بعده أنفق من ماله ولا- رجوع لأنه فعل ذلك لنتفعه وإن نوى الحفظ دائما رجع مع نية الرجوع وقال في الدروس وعن علي عليه السلام في أخذ الضالة إذا نوى الآخذ أخذ الجعل فنفتت ضمنها وإلا فلا ضمان عليه وفيه دليل على جواز أخذها قال وقال الفاضل يجوز أخذ الأبق لمن وجدته ولا- نعلم فيه خلافا ولا- يضمن لو تلف بغير تفريط ومنع من تملكه بعد التعريف لأنه يتحفظ بنفسه كضوال الإبل وفيه إشعار بعدم جواز تملك الضالة وهو حسن في موضع المنع من أخذها واستشكل في الكفاية في المسألة أي مسألة جواز أخذ الغزلان ونحوها ثم قال ولا يبعد إدخالها في العمومات الدالة على حكم لقطه الأموال وقد عرفت الحال وأنه لا إشكال

(قوله) (و أما العمران)

قد قابل الأصحاب هنا الفلاة بها وقد طفحت عباراتهم بذكر الفلاة والمفازة والخربة في لقطه المال الصامت ولا بد من بيان ذلك ففي التنقيح المراد بالفلاة ما ليس بعامر و العامر ما فيه قرى مسكونة أو أهل طنط قاطنون وفي جامع المقاصد العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت أهل الأمصار والقرى أو أهل البادية قال وأهل المزارع والبساتين المتصلة بالبلد ولا تنفك غالبا من الناس من العمران ومراده أن الفلاة ما عداه وفي التذكرة ما يوجد قريبا من الفلاة حكمه حكم العمران والكل بمعنى وفي المبسوط والوسيلة ما يقتضى بتحديد العمران بنصف فرسخ وإن ما عداه فلاة قال ما كان في القرى والعمران وما يتصل به على نصف فرسخ إلى آخره

وفى الصحاح والقاموس ومجمع البحرين الخراب ضد العمران والعمارة ضد الخراب وأن المعمور هو المأهول وقد عرفت أن الفلاة ضد العامر فيكون المراد بالخراب والخربة فى صحيح محمد بن مسلم ما يشمل الفلاة وقد قوبل العمران بالمفاوز فى كلام التذكرة وكلام العامة فى عدة مواضع وقوبل فيهما أيضا العمران بالصحراء بل فى مسألة واحدة تارة يقابل العمران بالصحراء وتارة بالمفاوز وقد أردفت الصحراء بالفلاة فى عدة مواضع من التذكرة وقوبل بهما معا فيها العمران وقد قوبلت الصحراء بالبلدان فى التحرير فى لقطه الطعام وقد فسرت الصحراء بالبرية فى الصحاح ومجمع البحرين وفسرت البرية بالصحراء فى النهاية والصحاح والمصباح المنير وزيدت الواسعة فى مجمع البحرين وقال فى القاموس الصحراء الأرض المستوية فى لين وغلظ والفضاء الواسع لا نبات به وفسر فيه الفلاة بالقفر أو الصحراء الواسعة وفسر فيه القفر بالخلاء من الأرض وفسرت المفازة فى النهاية بالبرية القفر وفسر القفر فى الصحاح والمصباح بالمفازة وقال فى الصحاح إن المفازة واحدة المفاوز وفسرت المفاوز بالفلاة لا ماء فيها فى القاموس والمصباح المنير ولم يبينوا مقدارها ولا مقدار بعدها عن العمران فتصدق على ما كان بعيدا عن العمران بفرسخ أو أكثر حيث يصدق أنه فلاة ويكون خاليا عن الماء ويصدق عليه أنه قفر لكن هذا أعنى تفسير القفر بالمفازة والمفازة بما لا ماء فيها (يقضى ظ) بأن ما كان بعيدا عن العمران بألف فرسخ وفيه ماء أنه ليس قفرا ولا مفازة وفيه ما لا يخفى فالمدار على ما وافق منها العرف وكلام الأصحاب (وقد تحصل) أن الفلاة والصحراء والبرية والقفر والخربة والمفازة بمعنى واحد فى كلام الأصحاب وهو غير العامر المأهول المسكون وإلا فما كانت المرأة التى تنبذ ولدها لتمضى مراحل على غير الطريق المألوف وتنبذه فى أرض لا ماء فيها وما كانوا ليمنعوا على ملتقط الشاة وصغير البقر والحمير أن يلتقطها إلا فى ذلك المكان ويقولوا إن ما عداه من العامر الذى يحرم التقاطها فيه ويلزم أن يكون ملتقط السفره التى فيها البيض والجبن والطعام فى المفازة التى سوغ له مولانا الصادق عليه السلام أكله و تقويمه على نفسه فى خبر الفقيه حيث صرح فيه بالمفازة وبها أى المفازة صرح وأتى فى المقنع والمقنعة والنهاية ما التقط ذلك إلا فى ذلك المكان من الأرض أعنى الذى على غير الطريق فى أرض بعيدة عن العمران بمراحل شتى لا ماء فيها لأنها هى المفازة والفلاة كما فهمه بعض معاصرنا من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٦

فلا يحل أخذ شىء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر (١) فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها و عليه نفقتها من غير رجوع و بين دفعها إلى الحاكم (٢)

قولهم وما يوجد فى خربة أو فلاة أو مفازة أو برية على اختلافهم فى التعبير فهو لواجده إن ذلك من الخرافات وما كانوا ليريدوا بالفلاة والمفازة والبرية والصحراء فى الشاة وأطفال البقر والحمير والإبل والسفرة والطعام واللقيط معنى مغايرا لمعناها فى لقطه المال الصامت إن ذلك لخطأ محض وجهل صرف

(قوله) (فلا يحل أخذ شىء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر)

كما فى الشرائع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضه و مجمع البرهان والكفاية والرياض و مال إليه فى الدروس لكنه فى التذكرة استثنى خوف التلف والنهب وهو المشهور كما فى جامع المقاصد والكفاية والمفاتيح والتنقيح وزاد فيه استثناء ما استثناء فى التذكرة وفى مجمع البرهان أنه يفهم من التذكرة أنه لا خلاف فيه ولم نجد فيها ما يظهر منه ذلك وفى التنقيح أيضا لا نعلم خلافا فى عدم جواز أخذ غير الشاة إلا من الشيخ فى المبسوط ثم قال المشهور المنع إلا مع خوف التلف أو النهب كما حكيناه عنه فتأمل وفى المهذب البارع والمقتصر الإجماع على المنع فى الشاة وقال فى المبسوط أما إذا كان فى العمران وما يتصل به على نصف فرسخ أو أقل له أخذها سواء كان حيوانا ممتنعا أو غير ممتنع ومثله ما فى الوسيلة والجواز فى الشاة ظاهر النهاية والسرائر والإرشاد والمختلف واللمعة بل قد نسبه فى الدروس إلى الفاضل على البت بل

قد يظهر ذلك في الشاء وغيرها من المراسم بل ومن المقنعة في آخر الباب منها ولا تغفل عما حكاه أبو العباس والمقداد وفي المسالك أما إذا كان ممتنعا كالإبل فلا- شبهة في المنع من أخذه لأن النهي في الفلاة يقتضى النهي عنه في العمران بطريق أولى (قلت) قد سمعت ما حكيناه عن المبسوط والوسيلة والمراسم (وقد يقال) على الأولوية إن الكبير لا يهتدى في العمران الواسعة الكبيرة للرعى و ورود الماء فيكون ضائعا كالصغير (حجة المنع) الأصل و أنها في العمران محفوظة و أن المفهوم من قولهم عليهم السلام هي لك أو لأخيك أو للذئب أنها في غير العمران و قولهم عليهم السلام لا- تمسها والضوال لا- يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها و يمكن المناقشة في الجميع (أما الأصل) فينقطع بصحيح صفوان من وجد ضالته و لم يعرفها و بخبر جراح الذي ذكر لهم أخيرا و بعدم الاستفصال في حسنة هشام قال إني وجدت شاء فقال صلى الله عليه وآله وسلم هي لك الحديث و الذئب تمثيل أو أنها إذا بقيت خرجت إلى الفلاة فيأكلها الذئب و ما أحب أن أمسها محمول على الكراهة قطعا لأنه إنما ذكر في صحيح معاوية بن عمار الواردة في الشاء الضالة في الفلاة و من ذلك يظهر حجة القول الآخر بل كلامهم فيما يأتي في النفقة يقضى بجواز الأخذ كما ستسمع

(قوله) (فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها و عليه نفقتها من غير رجوع و بين دفعها إلى الحاكم)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المذهب البارع و المسالك و مجمع البرهان و مرادهم أنه أخذ غير الشاء من العمران سواء كان ممتنعا أو غير ممتنع و أنه أمسكها لصاحبها أمانة كما صرح به في التذكرة (و أما) أن عليه نفقتها حيث يختار إمساكها لصاحبها من غير رجوع بها فلتبرعه حيث أخذ في موضع المنع لكن الإنفاق من ماله على تقدير كونها أمانة لا يتم ثم إنها حينئذ أمانة عامة شرعية يجب دفعها إلى الحاكم فكيف يصح له إبقاؤها في يده (و أما) أن له دفعها إلى الحاكم لينفق عليها من بيت المال لأنه من المصالح و يبرأ بالتسليم إليه أو يأمره بالإنفاق عليها فلأنه ولي الغائب و وكيله (و فيه) أنه إذا كان غير جائز يكون غاصبا ضامنا و قد قالوا في غير المقام إنه لا ينفق على مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه أو يبيعه فيه أو ينفق الواجد له من عنده و يرجع إن كان أمينا و هو هنا غاصب فينفق و لا- يرجع و لا- نسلم كون الحاكم وكيلا مطلقا حتى في مثل هذه الصورة قولهم إنه محسن قلنا الغاصب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٧

فإن تعذر أنفق (١) و لم يرجع (٢) و لو كانت شاء حبسها ثلاثة أيام فإن جاء المالك و إلا باعها (٣)

ليس بمحسن و لعله لذلك ترك ذلك في الدروس و قال في جامع المقاصد في بعض هذه الأحكام بحث

(قوله) (فإن تعذر أنفق)

كما صرح به في جميع ما تقدم عدا الإرشاد

(قوله) (و لم يرجع)

كما في المذهب البارع و جامع المقاصد و قال فيه إنه المشهور فتأمل و قال في المبسوط إذا كان في العمران و ما يتصل به على نصف فرسخ و أقل له أخذها سواء كان حيوانا ممتنعا أو غير ممتنع و هو بالخيار بين أن ينفق عليها تبرعا أو يرفع خبرها إلى الحاكم و لا يأكلها فقد حكم بعدم الرجوع في صورة الجواز عنده و نحوه ما في الوسيلة و في الشرائع و التذكرة و التحرير أنه يرجع و قال في النهاية و من وجد شيئا مما يحتاج إلى النفقة عليه فسيبيله أن يرفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال فإن لم يجد و أنفق هو عليه كان له الرجوع على صاحبه بما أنفق هو عليه و مثله ما في المقنعة و كلامهما في صورة الجواز و أنكر ابن إدريس عليهما رجوعه إذا كانت النفقة في الحول لتبرعه و هذا الخلاف أعنى خلاف الشيخين و ابن إدريس مذکور فيما يأتي من الكتاب و الشرائع و النافع و غيرها و هو مفروض في كلامهم في صورة جواز الأخذ و هو في كلام الشيخين شامل بإطلاقه بل بعمومه لما أخذ من العمران أو

الفلاة لأنهما فى الكتابين يجوزان أخذ الضوال من العمران فكلامهما فيما يتناول مسألتنا و يأتى تمام الكلام فيه إن شاء الله تعالى و كلام المبسوط من مسألتنا إلا- أن الأخذ عنده جائز و عند إمعان النظر لا اختلاف بين كلامى المبسوط و النهاية لأنه إنما جوز له الرجوع فى الآخر فيما إذا أراد رفع خبره إلى السلطان و لم يجده فكأنه صار معذورا و فى المبسوط إنما منعه من الرجوع حيث لا يختار رفعه إلى السلطان و المفروض فى الكتابين جواز الأخذ فلا منافاة و يدل على ذلك ما فى المذهب البارع قال فى صورة الجواز و إن لم يرفع أمرها إلى الحاكم و أثر بقاءها عنده أنفق و لا- يرجع بالنفقة إجماعا انتهى و قد نسب إلى ظاهر الدروس فى جامع المقاصد فى مسألتنا فيما إذا تعذر الحاكم و أنفق أنه توقف فى عدم الرجوع حيث أسنده إلى الشيخ و نسب إليه فى المسالك التوقف فى ذلك و فيما إذا أنفق قبل الوصول إلى الحاكم و قال إن الموضوعين من سنخ واحد و قد علمت أنه فى الدروس لم يذكر مسألتنا هذه و إنما قال فيه و هل يلحق بالشاة غيرها قال الشيخ فى المبسوط و ساق كلامه المتقدم ثم قال و منع الفاضل من أخذها فى العمران فلعلمها استنبط ذلك من الدروس من نقله عبارة المبسوط هذه أو من نسبته إلى الشيخ عدم الرجوع فى الشاة إذا أنفق عليها أو من نسبته إليه عدم الرجوع فى النفقة على أطفال الإبل و البقر إذا أخذها فى الفلاة و هذه أيضا يجوز أخذها فى المبسوط لكنه إذا نسب إلى الشيخ عدم الرجوع فى صورة الجواز بحيث يظهر منه توقفه فيه لا يكون دالا على توقفه فى عدم الرجوع فى صورة عدم الجواز فتأمل فكلامهما أى المحقق الثانى و الشهيد الثانى غير محرر و يزيد الشهيد الثانى فى جعله الموضوعين من سنخ واحد مع أنه قبل وصوله إلى الحاكم له حالات مختلفة حكما و الذى يظهر بعد إمعان النظر أن كلام الدروس أيضا غير محرر لأنه يظهر منه أن كلام النهاية مخالف لكلام المبسوط مضافا إلى أمور آخر فى كلامه تظهر لمن تدبر (إذا تحرر هذا) فوجه عدم الرجوع يعلم مما مر من أنه غاصب و وجه الرجوع أنه لما تعذر الوصول إلى المالك و الحاكم صار مأمورا من الشارع بالإنفاق فكان مأذونا فيه شرعا فإذا نوى الرجوع لم يكن متبرعا و لأنه محسن

(قوله) (و إن كانت شاة حبسها ثلاثة أيام فإن جاء المالك و إلا باعها)

و تصدق بثمنها كما فى النهاية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللمعة و المذهب البارع و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر مجمع البرهان و الكفاية التوقف قال فى الأول سند الحكم رواية ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السلام أنه قال جاءنى رجل من أهل المدينة فسألنى عن رجل أصاب شاة قال فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام و يسأل عن صاحبها فإن جاء صاحبها و إلا باعها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٨

و فى اشتراط الحاكم إشكال (١) و تصدق بثمنها (٢) و ضمن (٣) أو احتفظه و لا ضمان (٤) و فى الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال (٥)

و تصدق بثمنها و فى طريقها محمد بن موسى الهمداني و قد قيل إنه ضعيف و يضع الحديث و منصور بن العباس الذى قيل فيه إنه مضطرب الأمر و حسن بن فضال و عبد الله بن بكير و هى على خلاف الأصل و القوانين و ليس فيها العمران و كأنها حملت على العمران للإجماع على عدم ذلك فى غير العمران لكن الحكم مشهور انتهى و قال فى الكفاية المشهور عندهم أنه لا يجوز أخذ الشاة و أنه لو أخذها احتبسها عنده ثلاثة أيام من حين الوجدان و يسأل عن مالها فإن وجد دفعها إليه و إلا باعها و تصدق بثمنها و مستنده رواية ابن أبى يعفور و هى ضعيفة لكنها مشهورة بين الأصحاب و قد نسب ما يقضى بالعمل بها إلى إطلاق الأصحاب و إطلاق عبارات الأصحاب غير مرة فى الإيضاح و المذهب البارع و فى الرياض قد حملها الأصحاب على ما إذا أخذت من العمران و ظاهرهم الإطباق على العمل بها (قلت) إن أراد أن العمل بها ظاهر من ذكر ما تضمنته فصريحه العمل بها و إن أراد غيرهم ففيه أنه لم يتعرض لذلك فى المقنع و المقنعة و المراسم و الوسيلة و الغنية و التبصرة و غيرها بل فى النافع ردها فكيف يكون ظاهرهم إلا أن

نقول إنه استعلم مقاله من لا يعلم بمقاله من يعلم

(قوله) (و فى اشتراط الحاكم إشكال)

أقواه العدم كما فى المهذب البارع و جامع المقاصد لأن النص و عبارات الأصحاب خالية عنه كما قاله فى الأول و فى الإيضاح أن دليله عموم إطلاق الأصحاب

(قوله) (و تصدق بثمنها)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (و ضمن)

كما فى التذكرة و الدروس و المهذب البارع و المقتصر و التنقيح و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و فى جامع المقاصد بعد أن نسبه إلى إطلاق الأصحاب و قد عرفت المصرح به قبله قال يشكل الضمان على تقدير كون العين أمانة و تردد فيه أى الضمان فى الكفاية و سكت عنه الباقر كما فى الخبر و ظاهرهم عدم الضمان و على تقدير القول بعدم جواز الأخذ يكون غاصبا ضامنا فتأمل و مراد من أطلق الضمان أنه إذا لم يرض المالك كما هو صريح بعضهم كما هو ظاهر (قوله) (و حفظه و لا ضمان)

كما فى التحرير و الإيضاح و المهذب البارع و المقتصر و المسالك و لعله لأن البيع جائز فيكون مأذونا شرعا فى قبض الثمن (و فيه) أنه إذا كان الأخذ ممنوعا كان عدوانا و العدوان يقضى بالضمان و تجوز البيع لا يقتضى عدم الضمان و لذلك استشكل فى جامع المقاصد و قال فى الروضة لا ضمان إن جاز الأخذ ثم إنه حينئذ أمانة شرعية و حكمها وجوب التصديق بها فوراً أو دفعها إلى الحاكم (و كيف كان) هل يجب عليه تعريفه حينئذ قال أبو العباس فى المهذب الأظهر ذلك لخفاء حالها عن المالك قال و يحتمل ضعيفا عدمه لأنهم لم يذكروه و قال فى المقتصر إنما يجب التعريف طول الحول الأول و لا يجب بعده (قلت) فقد غيرت لقطه الأموال و ظاهرهم عدم وجوبه أصلا إلا ما قد يظهر من الاستشكال فى الصدقة قبل الحول فى المسألة الآتية و على تقدير تعريفه ليس له تملكه بعد الحول نص عليه أبو العباس

(قوله) (و فى الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال)

هنا مسألتان (الأولى) هل يجوز التصديق بعينها أم لا اختير الثانى فى الإيضاح و المهذب البارع و المقتصر و جامع المقاصد جريا على الأصل و وقفا على مورد النص (و وجه الأول) أنه لا تفاوت بين العين و الثمن فإذا جاز صرفها فى الصدقة بواسطة البيع فليجز بغير واسطة و أن البيع إثبات ولاية له فى تصرفه و هو على خلاف الأصل ففى جواز الصدقة بها تقليل لخلاف الأصل (و المسألة الثانية) هل يجوز بيعها قبل الحول و التصديق بثمنها أو يجب تعريفها سنة ثم يبيعها و يتصدق بثمنها كذا قال فى الإيضاح و الأصح أن يقال هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولا أم لا كما فى المهذب البارع و جامع المقاصد اختير الأول فى الإيضاح بناء على ما فهمه و المهذب البارع و المقتصر و جامع المقاصد بناء على ما فهماه لإطلاق الأصحاب كما فى الإيضاح و إطلاقهم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٣٩

و يجوز التقاط الكلاب المملوكة و يلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها إن شاء و يضمن القيمة السوقية (١) و يستحب الإشهاد على أخذ الضالة (٢) و لو التقط الصبى أو المجنون الضالة انتزعها الولي و عرفها سنة فإن لم يأت المالك تخير مع الغبطة فى إبقائها أمانة و تملكه مع التضمن (٣)

و إطلاق النص كما فى المهذب البارع و قال فى الروضة ظاهر النص و الفتوى عدم وجوب التعريف (قلت) لا ريب أن ظاهر النص الصدقة بالثمن بعد البيع من غير شرط التعريف فلو كان مشروطا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و جعل السبب الغير التام تاما و

أقصى ما في أدلة التعريف إطلاق الأمر به و هو غير منصرف بحكم التبادر و سياق أكثر النصوص إلا إلى لقطه الأموال غير الضوال و قال في جامع المقاصد لا دليل على تقييد الخبر بأدلة التعريف إذ لا أولوية بين تقييد هذا الخبر أو تخصيص تلك (و فيه) أن مجرد عدم الأولوية لا تقضى بالحكم و الترجيح على أنه قد يدعى الأولوية في تلك لأن كانت أصح سنداً و أكثر عدداً (و وجه الثاني) أن التعريف أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه و لأنه ربما كان فائدة البيع و التصديق بالثمن ذلك دون التصديق بالعين مضافاً إلى الاحتياط و استدلاله في الإيضاح بعموم الأمر بالتعريف و بالاحتياط لأنه يجوز في أثناء السنة ظهور المالك و تعلق غرضه بعين ماله و لا ريب أن التعريف أحوط و قد يظهر من كلامهم أنه لا يجب عليه تعريفها في الأيام الثلاثة و قال أبو العباس في كتابيه نصاب التعريف ثلاثة أيام و هو الظاهر من النص حيث قال عليه السلام و يسأل عن صاحبها و هل يجوز أن تبقى عينها أمانة نص عليه في التحرير و المذهب البارع و المقتصر و المسالك و الروضة و هو يخالف حكم الأمانة الشرعية و أوجب التعريف أبو العباس في كتابيه لو أراد بقاءها عنده و قال ليس له تملكها بعد الحول و في الروضة ليس له تملكها مع الضمان على الأقوى للأصل (و بقى) هنا شيء و هو أنه لو كانت الشاة و غيرها من الضوال كالكلاب المملوكة التي يجوز التقاطها و تملكها قيمتها دون الدرهم هل يجوز تملكها من غير تعريف كما فيما دون الدراهم من الأثمان و العروض أو تقول إن الضوال يجب تعريفها و لا يفرق فيها بين القليل و الكثير عملاً بالإطلاق و لعل هذا هو الظاهر

(قوله) (يجوز التقاط الكلاب المملوكة و يلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها إن شاء و يضمن القيمة السوقية)

كما في المسالك و نحوه ما في الشرائع لكنه اقتصر على ذكر كلب الصيد و مثله ما في المبسوط لكنه لم يصرح فيه بالجواز قال إذا وجد رجل كلباً فإنه يعرفه سنة فإن لم يجئ صاحبه بعد السنة فله أن يصطاد به فإن تلف في يده ضمنه لأن كلب الصيد له قيمة انتهى و لعله لأنه مال مملوك و من ثم جاز بيعه و لزم قاتله قيمته أو ديته و هذا جار في باقى الكلاب التي لها قيمة و لعلهما إنما خصاه بالذكر لأن الأصحاب اتفقوا على جواز بيعه الدال على كونه مالا و اختلفوا في غيره و منع من التقاطها في التذكرة و التحرير لأنه ممتنع بنفسه و احتمال في الدروس التفصيل بين خوف ضياعه على مالكه و عدمه فأجازه في الأول و منعه في الثاني و لم يصرحوا بأنه يملكه لكنه قضية كلامهم و قد جزم المصنف هنا بالتعريف و لم يستشكل في الضمان و هو خلاف ما تقدم له في الشاة و نحوها إذا وجدها في الفلاة فتأمل

(قوله) (و يستحب الإشهاد على أخذ الضالة)

قد تقدم الكلام في مثله و يأتي فيما هو من شكله

(قوله) (و لو التقط الصبي أو المجنون الضالة انتزعها الولي و عرفها سنة فإن لم يأت المالك تخير مع الغبطة في إبقائها أمانة و تملكه مع التضمن)

قد تقدم الكلام في جواز التقاط الصبي في أول الفصل الثاني مسبقاً (و أما) أن الولي هو الذى يعرفها و ينتزعها فقد صرح به في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية إطلاق الدروس في آخر الباب و بذلك صرح في المبسوط و غيره في لقطه الأموال كما يأتى و الوجه فيه ظاهر لأنهما لا يؤمنان على عدم إتلافه و أنه يجب عليه حفظها كما يجب عليه حفظ مالهما لأنه يجب عليه حفظ ما يتعلق بهما من المال و حقوقه و هذا من حقوقه (و أما) ما ذكره المصنف من أنه يتخير

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٠

و إذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق أنفق (١) و رجع على إشكال (٢) و يتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر و شبهه (٣)

مع الغبطة بين الأمرين فلم يوافق عليه أحد فيما أجد و الذى فى المبسوط كما تقدم و التحرير و التذكرة و الشرائع و المسالك فى المقام أنه إن كانت الغبطة فى تملكه و تضمينه إياها فعل و إلا أبقاها أمانة و هو الذى صرح به الجماعة فى لقطه الأموال إلا أن تقول

إن مراد المصنف أنه إذا كانت الغبطة فيهما معا تخير فتدبر (و حيث) يختار التملك لا يعتبر فيهما الاحتياج إلى الاقتراض بل هو منزل منزله فيجوز وإن كانا غنيين بناء على أنه اكتساب لكنه قال فى المبسوط إن كان المولى عليه من أهل من يستقرض له فإنه يستقرض له (يستقرضه خ ل) له على أنه إن جاء صاحبها ضمنها بالمثل أو القيمة وإن لم يكن من أهل من يستقرض له حفظها و تكون فى يد المولى أمانة (و كيف كان) فلم يتقدم للمصنف فى الكتاب تصريح بوجوب تعريف ضالته و أن له تملكها بعد التعريف إلا الكلاب إلا أن تقول إنه لم يصرح أيضا بتملكها فتأمل

(قوله) (و إذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق أنفق)

لا- ريب فى وجوب الإنفاق عليه إذا لم يجد سلطانا كما فى جامع المقاصد لوجوب الحفظ و لا يتم إلا به و به طفحت عباراتهم من دون تأمل و لا خلاف كما طفحت عباراتهم بأن السلطان إذا وجد و رفع أمره إليه أنفق عليه من بيت المال صرح بذلك فى المقنعة و النهاية و السرائر و النافع و التحرير و اللعنة و المهذب البار و المقتصر و الروضة و المسالك و غيرها (و فيه) ما تقدم من أنه لا ينفق على مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه أو يباع فيه و أطلق فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها كالكتاب و فى جامع المقاصد إذا لم يجد سلطانا ليسلم اللقطة إليه أو يستأذنه فى الإنفاق و هذا أشبه لأنه إذا سلمها إليه فعل ما يراه الحظ من بيعها و تعريف ثمنها أو يرسلها فى الحمى كما فى التذكرة و لم يذكر بيت المال

(قوله) (و رجع على إشكال)

الرجوع خيرة المقنعة و النهاية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و اللعنة و المقتصر و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و قد نسبه إلى الشيخين و سلا و أتباعهم فى كشف الرموز (قلت) لا تعرض له فى المراسم و الوسيلة و فى المسالك و الكفاية أنه الأشهر و فى جامع المقاصد و الرياض أنه قول الأكثر بل فى الأخير لعل عليه عامة من تأخر (قلت) لا ترجيح فى التحرير و الدروس و التنقيح و المفاتيح و الوجه فى الرجوع أن إيجابه شرعا يقتضى حصول الإذن من الشارع و هو يقضى بالرجوع إذا لم يتبرع و لإدائه عدمه إلى الإضرار بالالتقاط لأنه إن أنفق و لم يرجع كان الإضرار بالملتقط و هو يؤدى إلى التباعد عن أخذ اللقطة و إذهابها على مالكها و هو إضرار باللقطة أو بمالكها و المخالف صاحب السرائر قال و الذى ينبغى تحصيله فى ذلك أنه إن كان انتفع بذلك قبل التعريف و الحول و جب عليه أجره ذلك و إن كان انتفع بلبنه و جب عليه رد مثله و الذى أنفق عليه يذهب ضياعا لأنه بغير إذن من صاحبه و الأصل براءة الذمة و إن كان بعد التعريف و الحول لا يجب عليه شيء لأنه ماله هذا و لا يشترط الإشهاد كما فى المختلف و جامع المقاصد و الروضة و قرب اشتراطه فى التذكرة و قد تقدم الكلام فى مثله مرارا و قال فخر الإسلام فى ضابط ذكره إنه إن أوجب الشارع النفقة أو أمره المالك أو الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرع و يكفى فيه البناء على الأصل و إن لم توجد هذه الثلاثة و لا واحد منها و جازت النفقة شرعا و لم تكن من إذن المالك أو الحاكم فلا بد فيه من قصد نية الرجوع و إلا فلا رجوع له (و ليعلم) أن ذلك كله فى صورة جواز الأخذ كما هو صريح جماعة كثيرين و ظاهر آخرين نعم فى المسالك إذا و جب إبقاء الضالته إلخ فتأمل ثم إن هذا يتم فى ما إذا خاف التلف و فى الحمير و الكلاب إذا لم نلحقها بالبعير و قد يكون أراد صغار الحمير و البقر لكن حكم هذه عنده حكم الشاة فتأمل

(قوله) (و يتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر و شبهه)

كما فى الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و التبصرة و اللعنة و المهذب البار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤١

و الضالته أمانة مده حول التعريف فإن قصد بعده التملك ملك و ضمن و إلا فلا إلا مع التفريط و لو قصد التملك ثم نوى الحفظ أو قصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما (١)

والمقتصر والتفويض وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لأن لكل منهما حقا عند الآخر فيتقاصان كسائر الحقوق وقال في النهاية وإن كان ما أنفق عليه قد انتفع بشيء من جهته إما بخدمته أو ركوبه أو لبنة كان ذلك بإزاء ما أنفق عليه و لم يكن له الرجوع على صاحبه وقد سمعت ما في السرائر من أنه لا عوض له على الإنفاق ولا ترجيح في الدروس (وقد قيل) في المهذب البارع وغيره في توجيه كلام الشيخ إنه لعله حمله على الرهن لأنه يختار ذلك في باب الرهن والتعويل في ذلك على رواية السكوني الظهر يركب إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب النفقة والدر يشرب «الحديث» وضعفه بمنع الحكم في الأصل وأنه قياس على أنه قد اشترط في الرواية الرهنية وبضعف السند وقصور الدلالة لجواز إرادة التقاص ويكون الخبر ورد للإذن بالانتفاع بالظهر واللبن (قلت) قد تقدم لنا أن الشيخ في الرهن ومن وافقه كالحلي وابن حمزة وابن سعيد قد استدلوا بقول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي ولاد إن كان الذي يعلفها فله أن يركبها وفيما نحن فيه بقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابن محبوب و لكن استخدمها بما أنفقته عليها لكن ذلك يخالف القواعد المقررة على أن لك أن تقول إن صحيحة ابن محبوب غير صريحة أيضا في عدم المقاصة بل إنما تدل على جواز الاستخدام بالإنفاق فتحتمل مع ذلك أنه يرجع بالزيادة ويرد مع النقيصة هذا والذي يظهر منهم أنه يجوز له ذلك الانتفاع مع التقاص من غير إذن الحاكم وهو ظاهر صحيحة ابن محبوب كما في مجمع البرهان وقال في الروضة ظاهر الفتوى جواز الانتفاع لأجل الإنفاق سواء قاص أم جعله عوضا ونفى الخلاف عن ذلك في الرياض مستندا إلى ما في الروضة (قلت) قد قلنا في الرهن إن رهنه مع عدم الإنفاق قرينه الإذن فيه وفي التصرف بل قد يفسد الرهن من دون ركوب أو حلب و منه يفهم الحال في المقام فتأمل والمراد بالمقاصة هنا أن ينظر في قيمة ما انتفع به وقدر ما أنفق فإن تساويا تهاترا وإن تفاوتا رجع صاحب الفضل و من البعيد إرادة المقاصة المشروطة بالشرائط المعلومة إذا حصلت

(قوله) (و الضالة أمانة مدة حول التعريف فإن قصد بعده التملك ملك و ضمن و إلا فلا إلا مع التفريط و لو قصد التملك ثم نوى الحفظ أو نوى الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما)

كما صرح بذلك كله في الشرائع والمسالك وكذا التحرير ولا ريب أن اللقطة أمانة في يد الملتقط ما لم ينو التملك أو يتعد أو يفرط فإن نوى الاحتفاظ دائما فهي أمانة كذلك ولو أخذها بنية التعريف حولا و التملك من بعده فهي في الحول أمانة غير مضمونة وقد عرفت في أول باب الوديعة أن اللقطة أمانة شرعية لانطباق تعريفها عليها لكن الحكم مختلف ولهذا زاد أبو العباس في تعريفها ما أقره الشارع على إمساكها ليدخلها ويدخل الوديعة بعد موت المودع المشغول الذمة بحجة الإسلام (و أما) أنه يملك و يضمن بعد التعريف المعبر إذا نوى التملك فلانتقالها إلى ملكه على وجه الضمان (و أما) أنه لا يضمن إذا قصد الاحتفاظ بعد الحول و لم يقصد التملك لأنه أمين محسن للمالك بحفظ ماله وحراسته فلا يتعلق به ضمان و حاله لم تختلف قبل الحول ولا بعده و يجوز له دفعها إلى الحاكم و يجب عليه القبول بخلاف الوديعة (و أما) الضمان مع التفريط فظاهر (و أما) أنه يضمن لو قصد التملك ثم نوى الحفظ فلأنه لا يحل له أخذها بهذه النية فإذا أخذها كذلك كان غاصبا ضامنا سواء تلفت بتفريطه أم لا فإن دفعها إلى الحاكم فالأقرب زوال الضمان و لو لم يدفعها إلى الحاكم بل عرّفها حولا فالأقرب أيضا أنه يجوز له التملك لأن عمومات النصوص تتناولها لأنه قد أوجد سبب الملك و هو التعريف و الالتقاط فيتملكها بذلك فكان كما لو دخل حائط غيره بغير إذنه فاصطاد منه صيدا فإنه يملكه و إن كان دخوله محرّما و لو اعتبرت نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل و الفاسق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٢

(الفصل الثالث في لقطة الأموال)

و فيه مطلبان

(الأول) فى الأركان

إشارة

و هى ثلاثة

(الأول) الالتقاط

و هو عبارة عن أخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولاً أو للحفاظ على المالك (١) و هو مكروه و إن وثق من نفسه إن كان فى غير الحرم (٢) و فيه يحرم على رأى و لا يحل تملكه و إن عرف طويلاً (٣)

و الصبى و السفية لأن الغالب على هؤلاء نية التملك حين الالتقاط من دون تعريف (و يحتمل) أنه لا يتمكن من التملك لأنه أخذه على وجه لا يجوز له فأشبهه الغاصب و قد نفى عنه البأس فى التذكرة (و أما) أنه يضمن لو نوى الحفاظ ثم نوى التملك فلما تقدم فى باب الوديعه من أن سبب أمانته مجرد نية التعريف و أنه استيمان ضعيف لأنه لم يثبت من جهة المالك و لا ممن يقوم مقامه فيزول بأدنى سبب و إحداث نية الأخذ من قصد الخيانة و ذلك بخلاف الوديعه فإن الاستيمان فيها من المالك لكن ذلك لا يخل بتعريفه و لا بتملكه بعد الحول (و يبقى) الكلام أيضاً فى وجود هذه الضالة التى يجب تعريفها و إبقاؤها مدة الحول و ليس هى إلا ما يخاف تلفه و الحمير إن لم تلحق بالبعير أو صغار الإبل و البقر و الحمير على تأمل

(قوله) الفصل الثالث فى لقطه الأموال (و فيه مطلبان الأول فى الأركان و هى ثلاثة الالتقاط و هو عبارة عن أخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولاً أو للحفاظ على المالك)

الأولى أن يقيد المال بالصامت لثلاثا ينتقض فى طرده بالحيوان الضائع حتى العبد فإنه داخل فى المال المطلق كما أن الأولى أن يقيد الضائع بما لا يد لأحد عليه ليخرج الضائع الملقوط لأنه ضائع ما لم يصل إلى مالكة إلا أن تقول فى الأول أن اللقطه صارت اصطلاحاً فى غير الحيوان و يمكن أن يجاب عن الثانى بنوع من العناية بأن يقال إن الضائع صار اصطلاحاً فيما لا يد لأحد عليه و مقتضى قوله للتملك بعد التعريف أنه لو أخذه للتملك مطلقاً أنه لا يكون لقطه و كذلك لو أخذه ذاهلاً عن أحد الأمرين المذكورين فى العبارة مع أنه لقطه فيهما كما مر و يأتى و إذا عرفه فيهما ملكه إلا أن تقول اللام للعاقبة فتأمل و لا ريب أن ضياع المال عن مالكة معتبر فى اللقطه كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و هو مكروه و إن وثق من نفسه إن كان فى غير الحرم)

قد تقدم الكلام فيه فى الفصل الثانى مسبقاً و بينا أن الكراهية تنتفى إذا خاف تلفها أو التقاط من يتلفها

(قوله) (و فيه يحرم على رأى و لا يحل تملكه و إن عرف طويلاً)

اختلف الأصحاب فى لقطه الحرم (فالتحريم) خيرة النهاية فى موضعين و حج الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و لقطه المختلف و التذكرة فى موضع منها و الإيضاح و المهذب البارع و غاية المرام و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الرياض و هو المشهور كما فى المختلف و الإيضاح و المقتصر و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و مجمع البرهان و زاد فى الأخير الإجماع

عليه و فى الروضة نسبه إلى الأكثر (و يعلم) أن من الفتاوى المذكورة و الشهرة ما صرح فيه بعدم الفرق بين القليل و الكثير و منها ما أطلق بحيث يشملهما و يشمل ما كان بنية الإنشاد و التملك لكن كلام النهاية يعطى أن ما نقص عن درهم يجوز التقاطه و الانتفاع به و إن كان فى الحرم و فى اللعنة أنه يحرم التقاط ما كان فى الحرم بنية التملك و ظاهره أنه لا فرق فيه بين كونه قليلا أو كثيرا و جواز التقاطه بنية الإنشاد و ظاهره جوازه و إن كان كثيرا و هذا خيرة الخلاف فيما وجدناه و قد نسب إليه فى المسالك و الكفاية أنه كرهها مطلقا و الموجود فيه و فى المبسوط ادعاء إجماع الفرق و أخبارهم على عدم الجواز إذ أخذها بنية التملك و نفى الخلاف أى بين المسلمين عن الجواز إذا أخذها ليعرفها و يحفظها على صاحبها و ظاهر الغنية أنه لا فرق بين لقطه الحرم و غيره إلا أنه لا يجوز تملك لقطته و لا يلزمه ضمانها إن تصدق بها ثم قال و يدل على ذلك كله الإجماع المشار إليه و هذا هو الظاهر من المقنعة و نحوه ما فى المراسم إلا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٣

.....

أن ظاهره أيضا كما هو المحكى فى الإيضاح عن القاضى أن ما كانت قيمته أقل من درهم انتفع به من دون تعريف و هذا أيضا ظاهر المبسوط و الخلاف فى مقام آخر فيهما بل فى الخلاف أن عليه إجماع الفرق و أخبارهم و أما قوله فى المقنعة بعد كلام طويل لا بأس أن ينتفع الإنسان بما يجده ما لم تبلغ قيمته درهما واحدا و لا يعرفه فاحتمال عوده إلى غير الحرم أظهر لأنه ذكر حكم لقطه الحرم ثم انتقل إلى لقطه غيره و فرع ثم ذكر هذا الكلام و ظاهر لقطه السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و صريح الدروس و كذا الروضة أنه إن كان دون الدرهم جاز أخذه و الانتفاع به من دون كراهية و إن كان أزيد من ذلك كان أخذه مكروها إذا كان مع نية الإنشاد و قد حكى فى السرائر كلام النهاية فى الباب و الحج و كلاهما بلفظ لا يجوز أخذه و لم يناقشه فيه بل فهم منه الكراهية و الموافقة له و إنما ناقشه فى باب اللقطه فى حكمه بعدم ضمانه إذا تصدق به و قال إن كلامه فى باب الحج هو الحق اليقين لأنه حكم بالضمان إذا تصدق به و قال فى المقنعة و إن وجدت فى الحرم لقطه فعرفها سنة فإن ظهر صاحبها و إلا تصدقت بها و نحوه ما حكاه فى المختلف عن والده فى رسالته و هذا يقضى بعدم الكراهية و أن لقطه الحرم يجب تعريفها مطلقا كما أن هذين هما الظاهران من المحكى عن أبى على و حكى كاشف الرموز عن الرسالة أنه قال إن الأفضل أن يترك لقطه الحرم و فى المقنعة أيضا إن وجدت دينارا مطلسا فهو لك لا تعرفه و الكراهية خيرة التبصرة و التذكرة فى موضع آخر منها و المسالك و المفاتيح و كذا الروضة و الكفاية بمعنى أنهم أطلقوا الكلمة و لا- ترجيح فى التنقيح و لم يبين حالها فى لقطه الإرشاد و حكى عن التقى القول بجواز تملكها بعد التعريف و هذا يقضى بعدم الحرمة لكنه قال فى التذكرة لا يجوز تملكها عند أحد من علمائنا أجمع و قال على القولين أى التحريم و الكراهية لا يجوز التقاطها للتملك قطعا عندنا بل ليعرفها و يحفظها و يتصدق بها بعد الحول عن صاحبها و قال فى المختلف لا يجوز تملك لقطه الحرم إجماعا بل يجب تعريفها إلى آخره و هذه الإجماعات ظاهرة باعتبار السوق و المقام فى أن معقدها غير ما دون الدرهم فقوله فى المسالك لا يخفى فساد دعوى إجماع التذكرة لأنه و المصنف و جماعة جوزوا تملك القليل لا يخفى فساد هذا تحرير كلام الأصحاب فى المقام بعد نقل التبع و التأمل و لا تصغ إلى ما تراه على خلاف ذلك فقد وقع لجماعة منهم خلل كثير فى ذلك (و قد تحصل) أن القول بالتحريم على الإطلاق ليس هو المشهور لأن خلافة خيرة المقنعة و الموافقة و النهاية على ما فهمه صاحب السرائر و الخلاف و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و لقطه الشرائع و النافع و كشف الرموز و التبصرة و التذكرة فى موضع منها و الدروس و اللعنة و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و هو المحكى عن أبى على و على بن بابويه و التقى و قد سمعت ما فى الخلاف و المبسوط من نفى الخلاف فى الجواز بين المسلمين إذا التقطه للإنشاد و ما فى الغنية من دعوى الإجماع و من قوله فى السرائر هو الحق اليقين و تنزيل كلام المحرمين المطلقين على ما إذا أخذه بنية التملك خلاف ظاهر جماعة

منهم و تصریح آخرین علی أن من القائلین بالتحريم من اشترط بعد ذلك العدالة منهم المصنف في الكتاب كما يأتي و هذا يقضى بالتخصيص و يأتي التحقيق (ثم) إنهم أى القائلین بالتحريم أطلقوا القول بأنها أمانة من غير خلاف بينهم و أنه مخير بين إبقائها أمانة و بين التصديق بها عن مالکها و لهم في ضمانها إذا تصدق بها قولان (و أنت خبير) بأنه على القول بالتحريم ينبغى أن تكون مضمونة عليه لمكان عدوانه و إن أبقاها أمانة في يده فقولهم و ما فرعوا عليه غير محرر و لهذا تردّد في جامع المقاصد ثم إنه في التذكرة نفى العلم بالخلاف عن جواز أخذ لقطه الحرم للعبد لأنها أمانة و قد حكاها عنه في الدروس مستندا إليه فإذا كانت جائزة للعبد بلا خلاف فبالأولى أن تجوز للحرم إذا قصد مجرد الحفظ و ليت شعري ما ذا يقولون فيما يخشى فسادها أ يمنعون منه و يعطلون على الشارع غاية خلقه

و على المالك الانتفاع بملكه (و نحن نقول) إن كان أخذها بنية التملك و لو بعد التعريف فأخذه حرام و إن كان أخذه بنية الإنشاد أو كان أخذ ما دون الدرهم و نوى التملك فمكروه (أما الأول) فلمكان إجماع الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة و المختلف و قد استدل الشيخ و الشافعي بقوله صلى الله عليه و آله و سلم لا تحل مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٤

.....

لقلتها أى مكه زادها الله شرفا إلا لمنشد يعنى لمعرف و قوله صلى الله عليه و آله و سلم لا يحل ساقطها إلا لمنشد قالوا معنا لا تحل لقطتها إلا لمعرفها و قد يكون استند أصحابنا إلى حسنة الفضيل بن يسار لمكان إسماعيل بن مزار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال لا يمسه و أما أنت فلا بأس لأنك تعرفها و خبر الفضيل بن يسار قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطه الحرم فقال لا تمس أبدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت فإن كان مالا كثيرا قال فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها و عليه تنزل رواية أبي بصير عن علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألت عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال بثما صنع ما كان ينبغى أن يأخذه قال قلت قد ابتلى بذلك قال يعرفه قلت فإنه قد عرفه فلم يجد له باغيا قال يرجع به إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين فإن جاء طالبه فهو له ضامن و مرسل إبراهيم بن أبي البلاد قال الماضي أعنى العسكرى لقطه الحرم لا تمس بيد و لا برجل و قد استدل القائلون بالتحريم مطلقا بهذه الأخبار و بقوله جل شأنه أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا ذكر ذلك في المبسوط و الإيضاح و غيرها و ضعف في المسالك الجميع بما يرجع حاصله إلى منع دلالة الآية و ضعف أسانيد الروايات مع تضمن بعضها لفظه لا ينبغى الصريحه في الكراهية و بعضها لفظه فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها الظاهرة في الكراهية إذ لو كان محرما لساوى غيره بل الظاهر منه أن أخذ الثقة غير مكروه أو أقل كراهية و حال مطلق اللقطة كذلك بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ما هو أصح سندا (منها) كان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله لا تمسوها (و منها) لا تعرض لها (قال) و يؤيد الحكم بالكراهية الخبر عن اللقطة و نحن يومئذ بمنى فقال أما بأرضنا هذه فلا تصلح و قال شيخنا في الرياض في جميع ما ذكره عدا الجواب عن الآية نظر لانجبار قصور الأسانيد بالشهرة الظاهرة المحكية في كلام جماعة و اعتضاده بأصل حرمة التصرف في ملك الغير إلا - برخصة من الشرع هي في المقام مفقودة (قلت) قد عرفت حال الشهرة و أن الشهرة المعلومة و الإجماعات المنقولة على خلاف ذلك و الأصل مقطوع و الرخصة موجودة بالإجماعات و إطلاقات الأخبار كقول الصادق عليه السلام في خبر اليماني لقطه الحرم تعرف سنه فإن وجد صاحبها و إلا تصدق بها و خبر الحسين بن كثير عن أبيه و نحوه خبر علي بن جعفر و صحيحه الحلبي و الضعف في بعضها منجبر بالشهرة معتضد بالإجماعات و قال في الرياض في رد ما في المسالك لفظه لا ينبغى و إن أشعرت بالكراهية إلا أن بثما صنع أظهر دلالة على الحرمة منه على الكراهية و دعواه الصراحة ممنوعة كيف لا و استعماله في الحرمة و الأعم شائع في الأخبار حتى أنكروا بعض الأصحاب إشعاره بالكراهية (قلت) لا ريب أن لا ينبغى ظاهر في الكراهية كما أن بثما صنع ظاهر في الحرمة

فظاهر إن تعارضا و ستعرف الراجح و قال في الرياض في رده أيضا دلالة إن لم يأخذها إلا ممتلك على الكراهية غير نافعة للقائلين بالكراهية لعدم تفصيلهم في الحكم بين الفاسق و الثقة نعم ربما يوجد هذا التفصيل في كلام بعض القائلين بالحرمة فتكون ضارة لهم لا نافعة (قلت) قد عرفت أنهم يفهمون من النهي في هذه الأخبار إرادة الأخذ للملك لا لتعريفها لصاحبها و قال في الرياض في رد المسالك و أما النصوص الصحيحة المتضمنة لنحو ما في روايات المسألة من المنع عن أخذ مطلق اللقطة فهي مما تؤيد القول بالحرمة لإطلاقها بالمنع الشامل للقطعة الحرم و غيره و لا إجماع على تقييده بالثاني و انصراف النهي فيها إلى الكراهية لوقوع الخلاف فيه أيضا حرمة و كراهية كما يستفاد من المختلف حيث قال الأشهر الكراهية بعد أن حكى المنع عن الصدوق و النهاية (قلت) الإجماع على انصراف النهي فيها إلى الكراهية معلوم و منقول في عدة مواضع كما تقدم في الفصل الثاني بل هو مستفاد زيادة على ما تقدم من موضع آخر من التذكرة و من التنقيح ثم إنه في المختلف لم يحك المنع عن النهاية تصریحا و لا ظهورا و إنما قال إن عبارتها تشعر بذلك و حكى كلام الصدوقين (الصدوق خ ل) برمته و نسب إلى الأول أولوية الترك و لم ينسب المنع إلى الثاني ثم إنه متى كان مثل ذلك يقدر عند الإجماع بل التقييد يقتضى به مرسل الفقيه المتجرب بالشهرة و هو قوله عليه السلام أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٥

و يستحب الإشهاد (١)

إذا وجدها أن لا- يأخذها و لا- يتعرض لها و الإطلاق ينصرف إلى الغالب و هو لقطعة غير الحرم لا إلى النادر مضافا إلى خبر الخاتم الذي في يده الذي جاء به السيل فلا ريب في تقييد تلك الصحاح ثم قال في الرياض و على تقدير الإجماع على الكراهية فلا دلالة فيه على التقييد المتقدم إليه الإشارة بعد احتمال كونه مقيدا لها بصورة العكس أى التحريم و أنها لقطعة الحرم قال بل هذا أولى لتعدد المجازية في الاحتمال الأول من التقييد و صرف النهي فيها إلى الكراهية و لا كذلك الثاني فإن اللازم فيه أنما هو الأول و يكون النهي فيه باقيا على الحرمة (قلت) على صورة العكس ينبغي أن يقيد أيضا بصورة نية التملك و عدم نية التعريف و الحفظ للمالك ثم ما الباعث لحمل هذه الإطلاقات على الفرد النادر جدا فإن كان الباعث تعدد المجاز فمحدوره مما يضمحل بالنسبة إلى النادرة و الإجماعات و المرسل المتجرب و إن كان الباعث أخبار المسألة فقد عرفت المراد منها و على تقدير التسليم فلا يقوى ذلك على معارضة ذلك هذا و صرف النهي في هذه الصحاح إلى الكراهية لمكان الإجماع و الأخبار لا يقضى بصرف أخبار المسألة إليها مع قيام الإجماع على الحرمة بقصد التملك و استفادة ذلك من سوقها و من أخبار العامة (و أما) خبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمار الكوفي الذي أيد به صاحب المسالك الحكم بالكراهية في أخبار المسألة فهو هذا سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة و نحن يومئذ بمنى فقال أما بأرضنا هذه فلا تصلح و أما عندكم فإن صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله و هو محتمل وجوها (أحدها) أن المراد من قوله عليه السلام لا تصلح أنه تحرم لأن الغالب قصد التملك بعد التعريف (الثاني) أن المراد أنه أشد كراهية إن نوى التعريف و الحفظ على المالك (الثالث) أن المراد أنه لا- فائدة فيه لملتقطه لأنه لا يملكه بعد التعريف و أما عندكم فإنه يملكه و قد رواه في الرياض معولا على المسالك أنه سأله عن اللقطة بمنى فتوهم صاحب الرياض أن قوله بمنى صلة اللقطة لا صلة سأله فقال إنها مشعرة بل ظاهرة في اختصاص الكراهية و عدم الصلاحية بمنى و لا قائل به من الطائفة و أطال في ذلك في غير ما طائل و المراد بقوله عليه السلام بأرضنا هذه أرض الحرم لا خصوص منى بقرينة قوله و أما عندكم فإن المراد به أرض الكوفة لأن يعقوب بن شعيب هو ابن ميثم التمار و هو كوفي (و أما الثاني) و هو أنه مكروه إذا كان أخذه بنية الإنشاد فلنفي الخلاف فيه بين المسلمين في الخلاف و المبسوط مضافا إلى ما قد يظهر من الغنية من دعوى الإجماع و كذا السرائر بما لعله يفهم من قوله الحق اليقين و إلى ما في التذكرة من نفى العلم بالخلاف عن جوازها للعبد لأنها أمانة كما سمعت و لما في حسنة الفضيل بن يسار من

قوله عليه السلام و أما أنت فلا بأس لأنك تعرفها و لما فى خبره فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها و قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى العامية لا- تحل لقطتها إلا لمنشد لا تحل ساقطتها إلا لمنشد و الضعف منجر بالشهرة (و أما الثالث) و هو كراهية أخذ ما دون الدرهم مع نية التملك لأنك قد عرفت أن الإجماعات المدعاة على عدم جواز التملك لا تتناوله و كذا الشهرة على تحريم الالتقاط إن تمت و لقول الصادق عليه السلام فى المرسل فما كان دون الدرهم فلا يعرف و عمومه لأن كان لغويا يشمل المأخوذ من الحرم و غيره و قوله عليه السلام فى المرسل الآخر و إن كانت اللقطة دون الدرهم فهى لك و الإرسال منجر بالشهرة كما عرفت بل قد يحمل على ذلك خبر الخاتم الذى جاء به السيل و لا نظن أن أحدا يمنع من أخذ التمرة أو اللقمة أو نحو ذلك من الحرم و قد تقدم الكلام فى أنه يملك من غير تعريف و يأتى أيضا

(قوله) (و يستحب الإشهاد)

إجماعا كما فى الخلاف و ليس واجبا عند علمائنا كما فى التذكرة و به أى الاستحباب صرح فى المبسوط و أكثر ما تأخر عنه للأصل و عدم ذكره فى أخبار الخاصة و خلو أكثر أخبار العامة و إنما هو مأمور به فى خبر واحد من أخبارهم و لو كان واجبا لذكر كالتعريف فى أخبارنا و أكثر أخبارهم الواردة فى مقام الحاجة و إلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و لأنه أخذه أمانة فلم يفتقر إلى الإشهاد كالوديعة و أوجه أبو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٦

فيعرف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد (١) و لو علم الخيانة حرم الالتقاط (٢) و لو خاف فى الجواز نظر (٣) و يحصل الالتقاط (٤) بالأخذ لا بالرؤية و إن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه (٥) بها و لو قال ناولنيها فإن نوى الأخذ لنفسه فهى له و إلا فهى للآخر على إشكال (٥)

حقيقة و الشافعى فى أحد قوليه و وجه الاستحباب أنه به يصون نفسه عن الطمع و يحفظها عن ورثته لو مات و عن غرمائه لو أفلس نعم يجب الإشهاد إذا حضرته الوفاة كما تقدم فى الوديعة

(قوله) (فيعرف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و للمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة قالوا يعرفهم بعض أوصافها كالعدة و الوعاء و العفاس «١» و الوكاء لا- جميعها قال فى التذكرة ينبغى له أن يشهد على جنسها و بعض صفاتها من غير استقصاء لئلا يذيع خبرها فيدعيها من لا يستحقها فيأخذها إذا ذكر صفاتها إن اكتفينا بالصفة أو يواطئ الشهود الذين عرفوا صفاتها على التفصيل فيأخذها بشهادتهم أما إذا ذكر بعض صفاتها و أهمل الباقي انتفت هذه المخالفة و لا ينبغى الاقتصار فى الإشهاد على الإطلاق بأن يقول عندى لقطة و لا على ذكر الجنس من غير ذكر وصف لئلا يموت فيكتمها الوارث قال و للشافعى قولان أحدهما أن يشهد على أصلها قال و يجوز أن يذكر جنسها و الثانى أن يشهد على صفاتها أيضا لئلا يأخذها الورثة انتهى و هذان ذكرهما فى المسالك لأصحابنا على الظاهر من كلامه و قال إن الأول أشهر و هو غير صحيح إذ ليس لأصحابنا غير ما ذكرناه

(قوله) (و لو علم الخيانة حرم الالتقاط)

كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأن الأخذ الذى يكون وسيلة إلى الحرام حرام لكن عبارة التذكرة هذا إذا علم الخيانة من نفسه و معناه أنه يعلم من نفسه فى الحال أنه خائن لأنه قال و أما الأمين فى الحال إذا علم أنه لو أخذها خان فيها و فسق فالأقرب الكراهية الشديدة دون التحريم و هذا بظاهره يخالف الكتاب و كذا قوله فى التحرير و لو علم الخيانة من نفسه فالأقرب شدة الكراهية لا التحريم إلا أن يراد من العلم الظن فتأمل جيدا و المراد بالخيانة نية التملك و التصرف

(قوله) (و لو خاف فى الجواز نظر)

قال في الإيضاح الأصح التحريم و في جامع المقاصد أنه أولى لأن الخوف من الوقوع في المحرم الموجب للنار يجب دفعه باجتناح ما يقتضيه و لأن الأمانة لا تليق بمن لا يثق من نفسه و جزم بالكراهية في الدروس و هو جيد للأصل أى أصل جواز الالتقاط و أصل براءة الذمة و المانع الذى هو الخيانة غير معلوم قال في الدروس و تتأكد أى الكراهية في حق الفاسق و قد سمعت ما فى التذكرة و التحرير و لعل المدار فى الخلاف على أن خوف الخيانة هل هو من قبيل ما يتمسك فيه بأصل البراءة حتى يكون من قبيل مشتبته الموضوع أو مما لا- نص فيه أو من قبيل ما حكم فيه العقل بضرب القاعدة و إعطاء القانون و هو أن دفع الضرر المظنون واجب فلا يتمسك فيه بأصل البراءة و لعل نظر الشهيد إلى الأول و نظر الفخر و الكركى إلى الثانى و تأمل المصنف لمقام قيام الاحتمالين (قوله) (و يحصل الالتقاط بالأخذ بالرؤية و إن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها)

يريد أنه لا- يحصل الالتقاط بالرؤية و إن اختصت بغير الملتقط بأن كان هو الرائي فأعلم الآخر بها فالتقطها كما إذا كان أعمى لأن الحكم منوط بالالتقاط و إن تسبب عن رؤية الآخر و إعلامه كالاصطياد و الاحتطاب كما فى التذكرة و جامع المقاصد و إليه أشار فى المبسوط و قد تقدم مثل ذلك فى اللقيط (و قال) فى جامع المقاصد لا يخفى ما فى العبارة من التقييد فإن الاختصاص بالرؤية مع تجدد رؤية الآخر غير مستقيم (قلت) هذا غير وارد لما مرّ من فرض كونه أعمى (قال) و كلمة إذا غير واقعة فى الموقع (قلت) إذا فرضنا كونه أعمى كانت فى موضعها (قال) و ضمير بها ليس له مرجع معين فى العبارة (قلت) هو كذلك لكنه مستفاد منها إذ الالتقاط يستفاد منه اللقطة

(قوله) (و لو قال ناولنيها فإن نوى الأخذ لنفسه فهى له و إلا فلا أمر على إشكال)

و نحو ذلك ما يأتى له فى باب الإجارة فى عدم

(١) العفاس ككتاب الوعاء فيه النفقة جلداً أو خرقة و غلاف القارورة و الجلد يغطى به رأسها (قاموس).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٧

(الثانى) الملتقط

و هو كل من له أهلية الاكتساب «١» و إن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً (١) نعم يشترط فى لقطة الحرم العدالة (٢)

الترجيح فى جواز الاستيجار للاحتطاب و نحوه من المباحات قال فى التذكرة الحكم يبنى على جواز التوكيل فى الاصطياد و نحوه فإن سوغنا التوكيل عمل بمقتضى نية الأخذ و إلا كانت للأخذ خاصة و نحوه ما فى الإيضاح و جامع المقاصد و قال فى الأخير و ذلك مبنى أيضاً على أن تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيابة النية و هى القصد إلى التملك أم يثبت بمجرد حيازتها و قال فى باب الإجارة إن هذا البناء لا يصح و فى باب الوكالة أنه غير واضح لأنه إنما يتم إذا قلنا إن المباح يملك بالحيابة على وجه القهر كالإرث و إن نوى عدم التملك و لا دليل يدل على ذلك و قد صرحوا بأن من حفر بئراً فى طريق لغرض الاستقاء منها مدة إقامته عليها يكون أولى بها إلى أن يرحل عنها ثم هو و غيره سواء فيها فيتصور جواز الاستيجار و التوكيل و إن لم نقل بأنه يشترط فى تملك المباحات النية نعم نقول يشترط عدم نية الضد و مثل هذا ما قاله هنا إنه لا بد من أن لا يقصد بالأخذ عدم التملك فلو حوّل شجراً أو حجراً مثلاً مباحاً فى الطريق من جانب إلى جانب آخر قاصداً بذلك تخلية الطريق و نحو ذلك فدخوله فى ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً و مثله ما لو نحى المال الضائع من جانب إلى آخر فإنه ينبغى أن لا يكون ملتقطاً و إن ضمن مال الغير لإثبات اليد عليه على إشكال فى هذا

انتهى (قلت) لا بد في تملك المباحات من النية لظهور دعوى الإجماع من جماعة على عدم تملك الصائد (الصيد خ ل) الدرّة التي في جوف السمكة مع الجهل بها و استفاضة الأخبار بذلك حكاها فيما حكى في الوسائل عن الكافي و قصص الأنبياء و الأمالي و تفسير مولانا العسكري عليه السلام مؤيدا ذلك بقوله عليه السلام لكل امرئ ما نوى و لا قائل بالفصل و ما في مقامين من جامع المقاصد من منع صدق الحيازة هنا لأن المحوز هو السمكة و ما في بطنها لا يعد محوزا شرعا و لا عرفا و لا لغة كما لو أخذ النائم الشيء فلا بد من قصد الحيازة و أما قصد التملك فلا يشترط ففي محل المنع إذ الحوز الجمع و ضم الشيء و كل من ضم إلى نفسه شيئا فقد حازه قاله أهل اللغة فتأمل و يأتي تمام الكلام (و أما) ما في الإيضاح من أن مجرد الأخذ يوجب الالتقاط كما في الصبي و المجنون من غير اعتبار القصد (فجوابه) أن أخذ الصبي مع نية الولي مملكة للمباحات مصححة للالتقاط فكان أخذه له جزء سبب فيهما و قد عرفت أن أخبار الباب خاصة بالمكلفين لتضمنها الأمر بالحفظ أو التصديق أو التملك و شيء من ذلك لا يتوجه إلى الصبي فوجوب الالتقاط في كلام الإيضاح بمعنى ترتب أحكامها عليه مشكل جدا بعد اقتضاء الأصل العدم فالحكم بجواز التقاطه خارج بالإجماع أو أن التقاطه جزء سبب أو كالتحجير و قد عرفت أيضا أن اللقطة في ابتدائها أمانة و ولاية لأن الشارع فوض إليه حفظها و تعريفها و الاكتساب إنما هو في انتهاء أمرها و أما أخذ المباحات غيرها فهو اكتساب محض فيمكن أن نقول إنه لا بد في اللقطة التي يجب تعريفها من النية كما هو المعتمد عند علمائنا كما في التذكرة و إن قلنا بعدم اشتراطها في تملك المباحات لأنه لا بد فيها من نية الأمانة في أول الأمر و الحفظ للمالك و بعد الحول يتخير بين البقاء على ذلك و بين التصديق بها عن المالك و بين نية التملك و أما ما لا- يجب تعريفها فهي كسائر المباحات فلم يكن الحكم في المسألة مبنيا على ما ذكره و يحصل من هذا أنها لا تدخل في ملك الملتقط قهرا بعد التعريف بلا فصل كما عليه الأكثر لأنه له أن يبقيها أمانة أو يتصدق بها عنه (و ينبغي) التنبيه على فرع آخر و هو ما إذا رأى شيئا مطروحا على الأرض فدفعه برجله ليعرف جنسه أو قدره ثم لم يأخذه حتى ضاع فالظاهر أنه لا يصير بذلك لقطة لكنه يضمنه لأنه حرك ساكنا فلزمه

(قوله) (الثاني الملتقط و هو كل من له أهلية الكسب و إن خرج عن التكليف أو كان عبدا أو كافرا أو فاسقا)

قد استوفينا الكلام في ذلك كله في الفصل الثاني

(قوله) (نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة)

قد صرح في الدروس بأن أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطة الحرم الصبي

(١) الكسب خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٨

ثم للعدل أن يحفظ اللقطة بنفسه أو يدفع إلى الحاكم (١) و غيره بتخير الحاكم بين انتزاعه منه و بين نصب رقيب إلى أن تمضي مدة التعريف (٢) ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه و إلا فالخيار للملتقط حينئذ إن شاء أبقاه أمانة في يد الحاكم أو غيره و ليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل (٣)

و المجنون و الكافر و الفاسق لأنها أمانة محضة و عليه نص في التذكرة و المسالك غير أنه في التذكرة لم يصرح بالمجنون و ينبغي إضافة السفية إليهم و نص في التحرير على عدم الجواز للثلاثة الأول و تردّد في الفاسق و تردّد في الشرائع في الأربعة و نصوا هؤلاء جميعا على جوازها للعبد و سها في جامع المقاصد كما في نسختين منها (منه ظ) فيما حكاه عن الدروس من عدم جوازها للعبد (و بيان الحال) أنه لما لم يصح تملك لقطة الحرم التي يجب تعريفها بحال و قد سمعت الإجماعات الناطقة بذلك كانت أمانة محضة و كان أخذها مجرد حفظ و ولاية و هؤلاء الأربعة ليسوا أهلا لحفظ الأمانات فإذا أخذها أحدهم لم يكن له ولاية و لا أولوية على

حفظها بل يجب على الحاكم أن ينتزعها و يحفظها بما يراه و أما العدل فتقرّ في يده على قصد الحفظ فيكون المصنف في الكتب الثلاثة قائلاً بالحرمة لغير العدل و هذا مما يوهن إطلاقهم كما نهنا عليه هناك أو يكون أراد على بعد أنه يجوز للحاكم ائتمانه عليها و إبقاؤه في يده فيزول التحريم حينئذ إن قلنا ببقاء وصف العدالة و إلا فقد يقال إنه لو أضّر على إبقائها في يده خرج عن العدالة إن جعلنا معصية التقاطها صغيرة

(قوله) (ثم للعدل أن يحفظ بنفسه أو يدفع إلى الحاكم)

كما في التذكرة و الإرشاد و مجمع البرهان و المفاتيح و هو قضية كلام الباين لأن الحاكم وليّ الغائب و منصوب للمصالح فيجب عليه القبول لأنه حفظ مال من هو وليه و وكيله و قد تقدم أن الأكثر خيره في الشاة في الفلاة بين حفظها لمالكها و دفعها للحاكم و بين تملكها و خيره أيضا فيما إذا التقط ما لا يبقى كالطعام بين تقويمه على نفسه و دفعه للحاكم و خيره جماعة فيما يحتاج بقاؤه إلى مئونة بين علاجه بنفسه و بين دفعه إلى الحاكم و آخرون عينوا عليه الرجوع إليه و قد يلوح من سكوت الأ-كثر عن ذكر التخيير المذكور هنا و ذكرهم له في المواضع الثلاثة أنه مما لا يجوزونه و ليس كذلك

(قوله) (و غيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه و بين نصب رقيب إلى أن تمضي مدة التعريف)

يريد بغير العدل الكافر و الفاسق و أما الصبي و المجنون فلا-ريب أنه لا-يقر في أيديهما و المصنف خير الحاكم بين الأمرين المذكورين و ظاهره أن ذلك على سبيل الوجوب لعدم كونهما من أهل الأمانة على مال الغير و قال أبو على كان لولي المسلمين إخراجها من يده إلى من يثق به عليها و نص في المبسوط على أنها تقر في يده و نقل قولين أحدهما أنها تنزع من يده و الآخر أنها تترك ثم قال و من قال إنها لا تنزع فإنه يضم إليه آخر و قد يظهر منه أنه مختاره و اختار في المختلف إبقائها في يده و في التذكرة أوجب مع علم الحاكم بخيانتها ضم مشرف إليهما و إلا استحب و لعله خيرة الدروس حيث قال و لا يضم الحاكم إليه مشرفا على الأقرب و اختاره في جامع المقاصد عملا بالأصل و المراد به عموم الإذن في الالتقاط و ربما كان للفاسق أمانة و الالتقاط في معنى الاكتساب لا-استيمان محض فلا-يعرض له الحاكم (و ربما) استدل عليه بأنهما يخلى بينهما و بين الوديعه (و فيه) أن الإذن فيها من المالك و في اللقطة من الشارع و ليس له استيمان غير العدل على مال الغير و يأتي في الصبي ما يخالف ذلك فليحفظ و لا ترجيح في المسالك و المفاتيح و لم يتعرض لذلك غير من ذكرنا فيما أجد و ظاهر الباين أنها تقرّ في أيديهما لأنهم إنما ذكروا تأكد كراهتها للفاسق قال في التحرير لم أفق لعلماننا على نص في انتزاع اللقطتين من يد الفاسق أو ضم حافظ إليه مدة التعريف و قد سمعت ما في المبسوط لكنه ليس نصا و أقصاه الظهور أو لم يظفر به و المراد باللقطتين لقطه الحرم و لقطه غيره و في جامع المقاصد أنهما لقطه الحيوان و لقطه الأموال و عبارته كادت تكون نصا فيما ذكرناه و الأمر سهل

(قوله) (ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه و إلا فالخيار للملتقط إن شاء أبقاه أمانة في يد الحاكم أو غيره و ليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٤٩

أما الصبي و المجنون فللولى نزع من يدهما (١) و تملكهما إياه بعد مدة التعريف (٢) و يتولاه الولي (٣) أو أحدهما (٤) و لو أتلفه الصبي ضمن (٥) و لو تلف في يده فالأقرب ذلك لأنه ليس أهلا للأمانة و لم يسلمه المالك عليه (٦) بخلاف الإيداع

الوجه في الجميع ظاهر

(قوله) (أما الصبي و المجنون فللولى نزع من يدهما)

قد تقدم في باب الضالة صحة التقاط الصبي و المجنون و إن لم نقف فيه على مخالف و إن كانت القواعد و الأخبار قد تعطي خلاف ذلك كما مرّ مسبقا و بينا أنه لا يلتفت إلى ما في الكفاية هنا و ما في المفاتيح و قوله للولى نزع معناه أنه يجب عليه نزع منه كما

صرح به في التذكرة و جامع المقاصد و هو ظاهر المبسوط و التحرير و الوجه واضح لأنهما ليسا من أهل الأمانة و اللقطة كالمال المملوك فكما يجب على الولي أخذ مالهما من أيديهما و يحرم تمكينهما منه خوف إتلافه فكذا يجب انتزاع اللقطة منهما و مع التقصير في انتزاع اللقطة منهما و التلف يضمن كما هو صريح التذكرة و التحرير و الكتاب و الإيضاح و جامع المقاصد فيما يأتي لأن هذا اكتساب الطفل كاحتطابه و احتشاشه فلا يجوز للولي جعله في يده لأنه أمين له فيجب عليه حفظ أمواله فإذا تركها في يده كان مفرطاً و الأمين إذا فرط ضمن

(قوله) (و تمليكهما إياه بعد مدة التعريف)

كما نص عليه في التحرير و التذكرة و الدروس و الروضة يفعل بعد الحول الأخط لهما و نحوه ما في المبسوط من أن المولى عليه إن كان ممن يستقرض له فإنه يستقرضه له و يملكه إياه و إلا فلا و هو بناء على أن تملك اللقطة و تمليكها استقراض (و فيه) أنه لو جرى مجرى الافتراض لم يصح التقاطهما أى الصبي و المجنون فتأمل

(قوله) (و يتولاه الولي)

أى يتولى التعريف الولي كما نص عليه في المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و الروضة و غيرها لأنه قائم مقام كل منهما و هما ليسا من أهل التعريف كذا قال في التذكرة و لا نجد مانعا منه إذا كان الصبي مميزا إذ الغرض الإعلام و قد حصل فتأمل

(قوله) (أو أحدهما)

هذا من متفردات الكتاب و وافقه عليه في جامع المقاصد قال لتمكينهما من تملك المباحات و هذا في معناها و هو لا يتم في غير المميز و المجنون المطبق و احتمال إرادة تولى التمليك إن تمّ فيهما بعيد و إن احتاج التعريف إلى مئونة لم يصرف مال الصبي إليه و رفع الأمر إلى الحاكم لبيع جزءا منها لمئونة التعريف

(قوله) (و لو أتلفه ضمن)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد أسبغنا الكلام في ذلك في أول باب الوديعة نقضا و إبراما و قلنا إن مقتضى الأصول و الضوابط عدم الضمان كما في حجر التذكرة و التحرير إذ لا دليل على كونه من باب الأسباب إلا قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت و هو مختص بالمكلف لكن قد يظهر من جماعة أن الضمان إجماعى و قلنا إنه يمكن الاستدلال بخبر السكوني من أخرج ميزابا الحديث

(قوله) (و لو تلف في يده فالأقرب ذلك لأنه ليس أهلا للأمانة و لم يسلطه المالك عليه)

ما قرّبه المصنف هو الأصح عند ولده و قد احتمله في التحرير و جزم في التذكرة بعدم الضمان لأنه أخذ ما له أخذه و في جامع المقاصد أنه الأصح لكنه في باب الحجر قال إن الإهمال في الحفظ و التفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف فيلزمه أن لا يفرق بينه و بين ما قبله فتأمل. و وجه عدم الضمان أنه إنما يثبت حيث يجب الحفظ و الوجوب لا يتعلق بهما لأنه من خطاب الشرع و على في قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت ظاهرة في وجوب الدفع و الحفظ فيكون الخبر من باب خطاب الشرع و قد حكموا في باب الوديعة أنهما لو استودعا و تلفت لم يضمننا و لا فرق بين لقطتهما و إيداعهما لأنهما مأذونان في كليهما من الشارع لأنه أذن لكل ملتقط و هما داخلان في ذلك (و ليس) لك أن تقول إنهما أثبتا يدهما على مال الغير بغير إذن من المالك فتكون يد عدوان لأن كل ملتقط كذلك إذ لا- إذن له من المالك و إنما هي إذن الشارع فكان المال كأنه قد حصل في يده برضا المالك و لا يلزم من ذلك كونهما مستأمنين شرعا بل المستأمن هو الولي و لهذا وجب عليه انتزاع العين من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٠

و لو قصر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين الولي (١) و للبعد أخذ اللقطتين (٢) فإن عرف حولا ثم أتلفها

تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق (٣) وكذا لو لم يعرف (٤) و لو علم المولى و لم ينتزعها ففي تضمينه إشكال ينشأ من تفريطه بالإهمال إذا لم يكن أمينا و من عدم الوجوب بالأصل (٥)

أيديهما فهما مأذونان بإثبات اليد كسائر الملتقطين غير مكلفين بالتسليم للولى لعدم التكليف فانحصر الوجوب فى الولى إذا علم بالالتقاط فلا يستقيم فرق المصنف هنا بين الإيداع و الالتقاط و قد اعترف بعدمه فى التذكرة كما أوضح ذلك كله فى جامع المقاصد (و أيضا) لو كانت يدهما يد ضمان لوجب أن تكون يد الولى كذلك لأن يده مبنية على يدهما و لا يلزم من أمر الشارع إياه بالأخذ زوال الضمان الذى كان و به أجاب فى جامع المقاصد عما فى الإيضاح قال محصل ما بين به الشارح وجه القرب يرجع إلى أن الصبى و المجنون لهما أهلية الاكتساب و ليس لهما أهلية الأمانة فيكون التقاطهما اكتسابا محضا لا استيمان فيه فإذا تلفت العين كانت مضمونة و ربما يقال لا بعد فيه كمن التقط بنية التملك من أول الأمر فيدهما من أول الأمر يد ضمان و نظر فيه أى صاحب جامع المقاصد بأنهما و إن لم يكن لهما أهلية الأمانة لا يلزمهما الضمان بالتلف الحاصل من غير جهتهما و بأن يدهما لو كانت يد ضمان لوجب أن تكون يد الولى كذلك و قد عرفت أنه لو لا ما يظهر من دعوى الإجماع و الخبر لكان لنا تأمل فى الضمان فيما إذا أتلفا (قوله) (و لو قصر الولى فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبى أو تلف بالأقرب تضمين الولى)

قد تقدم بيان وجه الأقرية و وجه العدم أنه لم يدخل فى يده و الأصل براءة الذمة و هو ضعيف جدا (قوله) (و للبعد أخذ اللقطتين)

قد تقدم الكلام فى أن له أخذ لقطه المال الصامت و الحيوان مستوفى فى أول الفصل الثانى فيحتمل أن يريد لقطتى المال (الأموال خ ل) و الضوال و لم يفهم غيره صاحب جامع المقاصد و أن يريد لقطتى الحرم و غيره كما ذكره فى التذكرة و به فسر فى المسالك عبارة الشرائع و قال فى الدروس و أما لقطه الحرم فجائز أخذها للبعد لأنها أمانة قال الفاضل لا نعلم فيه خلافا انتهى و مراده أنه لا إشكال فى أخذ العبد لقطه الحرم و أنه ليس الحال فيه كالحل و ما حكاه عن الفاضل هو قوله فى التذكرة للعبد أخذ لقطه الحرم كما له أخذ لقطه الحل و لا يجوز له التملك و لا لسيده و المدبر و أم الولد كالقن و لا نعلم فيه خلافا انتهى فتأمل (قوله) (فإن عرّف حولا ثم أتلفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق)

كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد مع الحكم بأن التعلق بدمته فكان كما لو استقرض قرضا فاسدا فاستهلكه فإنه يتعلق بدمته و هو المراد بقول المصنف برقبته و فى المفاتيح أنه يتعلق برقبته كالكتاب و كذلك لو تملكها كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير غير أنه قال فى المبسوط تعلق الضمان برقبته كالكتاب و كذلك لو تملكها كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير غير أنه قال فى المبسوط تعلق الضمان برقبته كالكتاب و قد يكون أراد بها ذمته أو أراد ما يذهب (ما ذهب خ ل) إليه الشافعية فى أحد وجهيهم من أن الضمان يتعلق برقبته كما لو غصب شيئا فتلف قالوا و ليس كالقرض لأن صاحبه سلمه إليه لكن الحكم فى الأصل عندنا ممنوع كما فى التذكرة و قال أيضا و كذا لو تلفت بتقصير منه فعندنا يتعلق بدمته و المفروض فى مسألة الكتاب و ما فى المبسوط أن المولى لم يأذن له فى التملك و لا فى الإتلاف بل لا علم له بها

(قوله) (و كذا لو لم يعرف)

كما فى التذكرة لأنه إذا أعرض عن التعريف ضمن كالحرّ فى ذمته و لعله أشار إلى بطلان ما فرق به بعض الشافعية من أن الإتلاف فى السنة أو بدون تعريف خيانه محضه فيتعلق الضمان برقبته و بعدها مع التعريف يدخل وقت الإرفاق فاستهلاكه لها يشابه استقراضها و هو فاسد كما عرفت

(قوله) (و لو علم و لم ينتزعها ففي تضمينه إشكال ينشأ من تفريطه إذا لم يكن أمينا و من عدم الوجوب بالأصل)

إذا التقط بغير إذن المولى و كان أمينا جاز للمولى إبقاؤها عنده إلى أن يعرّفها ثم يفعل بها أحد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥١

و لو أذن له المولى في التملك بعد التعريف (١) أو انتزعا بعده للتملك ضمن السيد (٢) و لو انتزعا السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله فإن تملك أو تصدق ضمن و إن حفظها لمالكها فلا ضمان (٣)

الأمر الثلاثة و ظاهر من تعرض له أن لا تأمل فيه و لا خلاف و إن لم يكن أمينا و تركها في يده فقد قال في المبسوط إنها تكون في ضمان السيد لأنه كان قادرا على انتزاعها من يده فلما تركها في يده تعدى بتركه فصار كما لو وجدها و سلمها إلى فاسق فإنه يضمنها انتهى و حاصل كلامه أنه يجب على المولى انتزاعها منه و تردّد في الشرائع في الضمان و قال في المختلف فيه نظر و في جامع المقاصد هو مشكل لكنه اختار بعد ذلك كالتحرير و المسالك عدم الضمان و هو الظاهر من التذكرة لأنه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده كما في المختلف و الدروس و جامع المقاصد و وجهه أن للعبد ذمة و الحال أنه لم يأذن له في الالتقاط و لا أثر لعلمه كما لو رأى عبده يتلف ما لا لغيره فلم يمنعه فإنه لا يضمنه بل نقول إنه يكفينا الشك في وجوب حفظ مال الغير خصوصا مع وجود يد متصرفه ذات ذمة فمن قرب عدم الضمان أو استظهره فلأنه استظهر عدم وجوب الانتزاع على المولى و من تردّد في هذا تردّد في ذلك و هو قضية القواعد فما في المسالك من أنا إن أوجبا على السيد الانتزاع احتمل الضمان و عدمه غير وجيه و في الدروس لو كان العبد غير مميز اتجه ضمان السيد و كأنه نزله أي غير المميز منزلة دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير و إلا ورد عليه ما ورد هناك من أنه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده و أما إذا قبضها المولى ثم ردها إليه و كان خائنا فالظاهر أنه لا خلاف في ضمانه و عليه نص في التذكرة كما أنه يضمن إذا أذن له في الالتقاط و كان خائنا إذا قصّر في الانتزاع و عليه نص في جامع المقاصد و قد تأمل فيما إذا لم يقصر و لعل الأقرب حينئذ عدم الضمان و في حكم الإذن رضاه بعد الالتقاط (قوله) (و لو أذن له المولى في التملك بعد التعريف)

أي ضمن السيد قد تقدم أن العبد إذا أتلّفها بعد تعريفه لها حولا تعلق الضمان بذمة العبد يتبع به بعد العتق إذ المفروض أن المولى لم يأذن له في التملك و لا في التصرف بل لا علم له بها و أراد هنا أن يبين ما إذا تلفت بعد الحول و قد أذن له في التملك فحكم بأنه يضمن بحيث يتناول إطلاقه ما إذا أجرى العبد صيغة التملك أو لم يجرها قال في التذكرة و إن تلفت بعد مدة التعريف فإن أذن له السيد في التملك و جرى التملك ضمن و إن لم يجز التملك بعد فالأقوى تعلق الضمان بالسيد لأنه أذن في سبب الضمان فأشبه ما إذا أذن له أن يسوم شيئا فأخذه و تلف في يده انتهى و لعل المراد بالتملك التملك للعبد كما أفصحت به عبارة التحرير قال و من جوز تمليك العبد مع إذن المولى لو أذن له مولاه في التملك بعد الحول ملك العبد و ضمن السيد لكن لا تصريح في الكتاب و التذكرة بالبناء على مذهب الغير فيحتمل أن المراد فيها التملك للسيد لا للعبد لأنه ليس للعبد أن يملك فلا يصح له أن يملك و هذا يعطى أنه لا بد في التملك من اللفظ فتأمل و قد يكون أراد بالتملك في الكتاب التصرف و الإتلاف و لا فرق في المسألة بين علم المولى بالتقاطه أو لا و لا بين أن يقصد الالتقاط لنفسه أو لسيدته فإن الالتقاط في كل منهما يقع للسيد (قوله) (أو انتزعا بعده للتملك ضمن السيد)

إذا علم السيد باللقطة كان له انتزاعها من يده كالأموال التي يكتسبها العبد فإن كان الانتزاع بعد التعريف تخير المولى بين حفظها على مالكها و لا ضمان و بين تملكها أو التصديق بها فيضمنها عند ظهور مالكها و إن كان قبله كان كالملتقط بنفسه و إن كان العبد قد عزّف بعض الحول احتسب به و أكمل الحول و تخير بين الأمور الثلاثة و إن أقرّها في يده فهو ما استشكله المصنف آنفا و إن تلفت في يد العبد في مدة التعريف فلا ضمان و إن تلفت بعدها فهي المسألة التي قبل هذه بلا فاصلة و هذا تمام أحكام لقطة العبد (قوله) (و لو انتزعا السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله فإن تملك أو تصدق ضمن و إن حفظها لمالكها فلا ضمان)

قد تقدم بيانه آنفا و هو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٢
و لو أعتقه المولى قال الشيخ للسيد أخذها لأنها من كسبه و الوجه ذلك بعد الحول (١)

الثالث اللقطة

و هي كل مال ضائع أخذ و لا يد لأحد عليه (٢) فإن كان في الحرم و جب تعريفه عليه حولا فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به و في الضمان قولان و بين الاحتفاظ و لا ضمان (٣)

واضح

(قوله) (و لو أعتقه قال الشيخ للسيد أخذها لأنه من كسبه و الوجه ذلك بعد الحول)

قال الشيخ في المبسوط عبد وجد لقطة و لم يعلم سيده فأعتقه فما الذى يفعل باللقطة يبني على القولين فمن قال للعبد أخذها فإن السيد يأخذها منه لأن هذا من كسبه كالصيد و قد سوغ له أخذها قبل ذلك و هو خيرة التذكرة و كذا الدروس و فى جامع المقاصد أن عليه الفتوى (قلت) و هو قضية الاستصحاب و الموافق لقواعد الباب لاتفاقهم على أنها كسب من حين الأخذ حكاه فى الدروس و ليست أمانة محضة و وجوب التعريف لصحة التملك و يد العبد يد السيد إذا أذن أو رضى و إلا فهو لا يقدر على شىء و حيث ثبت استحقاقها للسيد من حين الأخذ و جب أن يستصحب و لا يزول كما لا يزول غيره من الحقوق و المصنف خالف هنا و فى المختلف قال و الوجه ذلك بعد الحول و معناه كما فى المختلف أنه إن كان العتق بعد مضى مدة التعريف كان للسيد ذلك و إن لم تكن مضت مدة التعريف لم يكن له أى السيد الأخذ قال لأنها أمانة فى يد العبد و قد تحرر و ليس للمولى انتزاع الأمانة من يده و ليست كسبا الآن فليس له أخذها قال فينبغى حمل ما قاله الشيخ على التقدير الأول (قلت) قد سمعت إجماع الدروس الذى يشهد التبع بصدقه و لا ترجيح فى الإيضاح و إنما بنى الأمر على أن الالتقاط هل هو للسيد ابتداء أو لا بل هى ولاية للعبد و أمانة فى يده «١» و هذا كله إذا لم يكن الالتقاط بإذن السيد أما إذا كان بإذنه كان الالتقاط له و اليد يده

(قوله) (الثالث) اللقطة و هى كل مال ضائع أخذ و لا يد لأحد عليه)

كما فى الشرائع و النافع و هو معنى قوله فى التذكرة إنها المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره لكنه لم يذكر أنه لا يد عليه و لعله اكتفى عنه بالضائع لأنه صار اصطلاحا فى ذلك كما تقدم بيانه و فى الوسيلة تعريفها بما وجده الإنسان لغيره فأخذها و هذا يشمل الضائع و غيره و ما عليه يد و غيره و يخرج بالضائع المال المجهول المالك لأنه ما حصل فى يدك من مالكة أو من يقوم مقامه ثم جهلته أو كان مجهولا لك من أول الأمر كأن كنت معه فى فندق أو خان أو قافلة و لا تعرفه و حصل فى يدك أو فى متاعك شىء من ماله غفلة أو خطأ (و منه) ما يقع الاشتباه فيه من النعال و غيرها فى الحمامات و الزيارات و ما يؤخذ من الحاكم الظالم أو السارق مما يعرف أنه حرام و لا تعرف صاحبه إذ لا فائدة فى تعريفه إذ قد لا يعرف صاحبه أنه وصل إلى يدك بل قد لا يعرف أنه ذهب منه و حكمه أن يتصدق به فوراً بعد اليأس و أما قبله فلا بد من الفحص و لا يتقدر بالسنة فقد لا يحصل اليأس بالسنتين و قد يحصل بما دون ذلك بل قد يحصل فى الحال و به يفارق اللقطة فإنه يتصدق بها أو يملكها بعد التعريف سنة و إن رجا الظفر بصاحبها و أما إذا حصل له اليأس ابتداء أو فى أثناء السنة فإنه يتخير بين التصديق بها أو التملك لها بعد أن يعرفها تعبداً لأن اللقطة لا تملك بدون تعريف على حال كما يعطى ذلك كله أخبار اللقطة لمن أنعم النظر فيها و قد تقدم ذلك فى أول باب الوديعه و فى آخره و قد تقدم أن اللقطة صارت حقيقة عرفاً فى المال الصامت فلا حاجة إلى تقييد المال فى التعريف به و خرج بما لا يد لأحد عليه المال الضائع الملقوط و هذا تعريف اللقطة بالمعنى الأخص قال فى المسالك و هو المعروف منها لغه (قلت) المعروف منه لغه المال مطلقاً كما

تقدم و أما المعنى الأعم المصطلح عليه عند الفقهاء فهو ما يجعل عنوان الباب بحيث يشمل الآدمى كما عرفته فى أول الباب (قوله) (فإن كان فى الحرم وجب تعريفه حولاً- فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به و فى الضمان قولان و بين الاحتفاظ و لا ضمان)

أما وجوب تعريفها إذا

(١) فعلى الأول للسيد أخذها مطلقاً أى قبل الحول و بعده و بعد العتق و على الثانى ليس له أخذها إذا كان العتق قبل الحول (منه) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٣

.....

كانت كثيرة فقد صرح به فى المقنع و المقنعة و النهاية و سائر ما تأخر عنها و فى الغنية الإجماع عليه بل لعل الظاهر من الخلاف ذلك و به نطق خبر على بن حمزة و خبر اليماني و خبر الفضيل بن يسار (و أما) أنه يتخير بين الصدقة بها و الاحتفاظ فقد صرح به فى المبسوط و الخلاف فى ظاهره أو صريحه و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و غيرها و فى الغنية الإجماع عليه بل و كذا الخلاف و فى المسالك و الكفاية أنه المشهور و لم يذكر هذا التخيير فى شىء من أخبار الباب نعم فى خبرى على بن حمزة اليماني الأمر بالتصدق بها و ظاهرهما تعيينه كما هو ظاهر رسالة على بن بابويه فيما حكى و المقنع و المقنعة و النهاية و المراسم حيث اقتصر فيها على الأمر بالتصدق بها و كأن نظر المشهور إلى أنه محسن إلى المالك بحفظ ماله و حراسته له فلا مانع منه كما جزموا بذلك فى الشاة المأخوذة من العمران أو الفلاة كما تقدم (و أما) الضمان حيث يتصدق بها فلم يرجحه المصنف هنا و كذا لا ترجيح فى الدروس هنا و اللمعة و المهذب البارع و المسالك و عدم الضمان خيرة المقنعة و النهاية فى باب اللقطة و المراسم و الغنية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و المقنعة و كذا الكفاية و قد حكى عن المهذب للقاضى و عن ابن حمزة و لعله فى الواسطة و حكاها المصنف عن والده و فى الغنية الإجماع عليه كما هو محكى عن الخلاف و فى النافع أنه أشهر (و القول) بالضمان خيرة الخلاف و المبسوط و النهاية فى باب الحج و السرائر و المختلف و جامع المقاصد و غاية المرام و الروضة و هو المحكى عن أبى على و عن حج الدروس و فى التذكرة فى موضعين منها و المسالك أنه المشهور و فى الكفاية أنه أشهر و فى السرائر أنه الحق اليقين و هذا يجرى مجرى الإجماع (و حجة هؤلاء) قوله عليه السلام فى خبر على بن حمزة بعد الأمر بالتصدق بها فإن جاء صاحبها فهو له ضامن و فى جامع المقاصد أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب و لعله يريد الشهرة المحكية إن تمت و قد عرفت الحال من نقل الأقوال و الإجماع الظاهر من السرائر و عموم على اليد ما أخذت و فحوى الإجماع و الأخبار الناطقة بالضمان فى لقطة غير الحرم المأذون فى التقاطها إجماعاً فبالأولى أن يضمن هنا لمكان النهى المختلف فيه كراهية و تحريماً بل لا أقل من المساواة بل الأولوية ظاهرة عند القائل بالتحريم بل ينبغى على القول بالتحريم ضمانها و إن أبقاها أمانة لمكان العدوان و هذا و إن اختلف بما إذا تعمد الالتقاط و هو الذى دل عليه أيضاً خبر على بن حمزة لكن لا قائل بالفصل و إن لم يتم ينبغى القول بالتفصيل فيضمن إذا تعمد دون ما إذا لم يتعمد فتأمل و على كل حال فالضمان أشبه بالأصول و أظهر من الأدلة (و حجة الأولين) بعد إجماع الخلاف و الغنية المعتضدين بشهرة النافع إن الأصل براءة الذمة من وجوب الضمان و إن الصدقة تصرف مشروع بالإجماع فلا يتعقبها ضمان حذراً من الإضرار و هو معارض بالصدقة بلقطة غير الحرم مع أنه رفع الغرر فى الخبر بقوله عليه السلام فهو له ضامن فلا منافاة بين الأمر بالصدقة و الضمان إلا أن يقول إنهم لم يلتفتوا إلى الخبر أصلاً (و قد يوجه) بأنها أمانة و قد دفعها بإذن الشارع و ما هو كذلك لا يتعقبه ضمان إلا ما خرج بالدليل و إجماع الغنية معارض بما يظهر من دعوى الإجماع فى السرائر بل هو إجماع لكن يبقى سليماً عن المعارض إجماع الخلاف المنجبر بشهرة النافع و القاعدة المذكورة و هى أن التصرف

المشروع في الأمانات لا يستعقب ضمانا إلا ما خرج بالدليل إن تمت بنفسها كما ذكرها كذلك في الإيضاح و جامع المقاصد و غيرهما أو تم كونها أمانة كما في الشرائع كما وجهناها به (ثم) الشأن في تمام ما حكوه عن الخلاف فإننا لحظناه في نسختين و لم نجد إلا قوله لقطعة الحرم يجوز أخذها و يجب تعريفها سنة ثم بعد ذلك يكون مخيرا إذا لم يجئ صاحبها ثم ذكر ما إذا أخذها ليعرفها و يحفظها على مالکها و نفى الخلاف عن جوازه ثم ذكر أنه ليس له أن يلتقطها لیتملكها و حكى الخلاف عن بعض أهل الخلاف ثم ادعى إجماع الفرقة و أخبارهم و لعلمهم فهموا

من قوله مخيرا التخيير السابق الذي ذكره في كلامه في لقطعة غير الحرم فإنه خيره بين ثلاثه أمور منها أن يتصدق بها عنه و يكون ضامنا ثم إن إجماعه ليس أيضا منطبقا على ذلك على تقدير استنباطه من كلامه فلا يصح الاستدلال به هذا و في جامع المقاصد بعد أن ذكر القولين قال هذا إن أخذ المال على قصد الالتقاط يعني التملك مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٤ و إن كان في غير الحرم فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف (١)

و الاكتساب فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذي يحضرني أن المصنف في التذكرة قال إن جواز أخذها على هذا القصد جائز و ادعى الإجماع فعلى هذا هل يضمن أم لا ينبغي الضمان انتهى (قلت) كأنه لم يلحظ كلام الأصحاب جميعا و إلا فقد رتب القولان أى الضمان و عدمه في كشف الرموز و التذكرة و الإيضاح فيما كتبه عليه بيده و المسالك و الكفاية على التقديرين أى الحرمه و عدمها و بنى القولين الشهيد في اللمعة و أبو العباس في كتابيه على التحريم و بنى الضمان و عدمه في النهاية على اختلاف قوله في موضعين على التحريم الظاهر من قوله لا يجوز و قد تقدم بيانه و من جوز الالتقاط مطلقا أو بنية الحفظ و الإنشاد جعل الضمان و عدمه مبنيا على ذلك كالمقنعة و الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و الدروس قال في التحرير بعد أن ذكر القول بحرمه لقطعة الحرم و كراهتها و على التقديرين إن أخذه و جب عليه الأخذ بنية الإنشاد و لا يجوز أخذه بنية التملك لا قبل الحول و لا بعده فإن أخذه على هذا الوجه كان ضامنا و إن أخذه بنية الإنشاد و جب عليه التعريف سنة فإن جاء صاحبه و إلا تخيير بين احتفاظه دائما و بين الصدقة فإن تصدق به ففي الضمان قولان أقربهما ثبوته انتهى و هو في جامع المقاصد غالبا يحكى عن التحرير (و أما) أنه لا ضمان عليه حيث يأخذه بقصد الاحتفاظ فيتلف بغير تفريط فهو صريح جامع المقاصد و فخر الإسلام في حاشيته عن خطه و ظاهر المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و التذكرة و اللمعة و كتابى أبى العباس و المسالك و الروضة و الكفاية و في جملة من هذه علل بأنها أمانة و أنه محسن فما عليه من سبيل قال في المسالك أطلق القول بكونها أمانة من حرم الالتقاط و من جوزه و نحوه ما في الروضة و قال فخر الإسلام لا ضمان سواء قلنا بتحريم أخذها ابتداء أو بكرهته لأنها بعد الأخذ تنقلب أمانة و قال في جامع المقاصد إن أخذها على قصد الالتقاط كيف يكون أمانة مع أنه عاد بأخذها قال و يمكن أن يقال إن الالتقاط لا يقتضى التملك جزما و لهذا لا تملك لقطعة غير الحرم بعد التعريف إلا بالنية أو اللفظ على الخلاف و لا يدخل في ضمانه من أول الأمر لأن مجرد أخذ اللقطعة لا ينافى الحفظ دائما فحينئذ يكون أخذ لقطعة الحرم غير مناف للحفظ و الأمانة و إن حرم من حيث إن الالتقاط اكتساب و يشكل على هذا كون الأخذ محرما فكيف يكون أمانة انتهى و الإشكال في محله و قد سمعت جزمه في التحرير بأنه إن أخذها على نية التملك كان ضامنا و إن قصد التعريف و ما إذا يقول صاحب جامع المقاصد فيما لو نوى التملك من أول الأمر و لم ينو التعريف ثم عرّف فإن ذلك يوجب الضمان في اللقطتين فتأمل و قد صرح في المبسوط و غيره بأنها لا تملك بحال و قد تقدم نقل الإجماعات على ذلك و نقل خلاف أبى الصلاح

(قوله) (و إن كان في غير الحرم فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف)

كما في ظاهر المقنع حيث قال لك و صريح التذكرة و الإرشاد و التبصرة و الإيضاح و الدروس و كذا جامع المقاصد قال في التذكرة

إن ما نقص عن الدرهم لا- يجب تعريفه و يجوز تملكه فى الحال عند علمائنا أجمع (قلت) لعله فهم أنه يملكه مما فى المقنعة و المراسم و الشرائع و النافع من أنه ينتفع به و من قوله فى الخلاف و المبسوط لا يجب تعريفه و مما فى النهاية و الوسيلة من أنه يجوز أخذه و به عبر هو فى التحرير و من قوله فى الغنية يجوز التصرف به و من قوله فى السرائر يباح التصرف به و به عبر فى التنقيح و فى اللمعة و الروضة عبر بيحل و قد فهم فى المسالك من عبارة الشرائع أنه يملكه (و كيف كان) ففى الخلاف دعوى إجماع الفرقه و أخبارهم على أنه لا- يجب تعريفه و فى كشف الرموز نفى الخلاف عن ذلك و فى الغنية إجماع الطائفة على أنه يجوز التصرف فيه من غير تعريف و فى التنقيح الإجماع على أنه يباح و فى التذكرة أيضا لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى إباحة أخذ القليل و الانتفاع به من غير تعريف و هذه العبارات و الإجماعات كلها فيما إذا كان الأخذ من غير الحرم ما عدا جملة منها كالخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و غيرها مما يشمل اللقطتين كما تقدم بيانه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٥

و لو وجد المالك فالأقرب الضمان (١)

مفصلا عند الكلام على لقطه الحرم و فى المفاتيح بعد أن اختار الكراهية فى لقطه الحرم و أنه لا فرق بينه و بين غيره قال و مع الأخذ يملك ما دون الدرهم من غير تعريف بلا- خلاف (و الحاصل) أنه قد تقدم الكلام فى لقطه الحرم قليلها و كثيرها مسبغا و هو من متفرقات الكتاب (و يبقى الكلام) فى الدرهم نفسه و ما كانت قيمته كذلك فهل يجب تعريفه أم لا فحاله حال ما دونه قولان (الأول) ظاهر المقنع و الفقيه و المقنعة و النهاية و السرائر و غيرها بل قد نسب ذلك إلى هؤلاء جماعة على البت و هو صريح الخلاف و الغنية و الشرائع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الدروس و اللمعة و المهذب البارع و المقتصر و التنقيح و الروضة و غيرها و هو المحكى عن القاضى و ادعى عليه فى الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم و إجماع الغنية يتناوله و فى كشف الرموز عليه العمل (و يدل) عليه الأصل المعتضد بإطلاق النصوص الكثيرة بلزوم تعريف اللقطه مع أن جملة منها عامه لمكان ترك الاستفصال و الصحيح عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة قال عليه السلام يعرفه سنه و فى مرسل ابن عمير عن اللقطه قال تعرف سنه قليلا- كان أو كثيرا و ما كان دون الدرهم لا يعرف و نحوه مرسل الفقيه و المخالف سلار و ابن حمزه و حكى عن التقى فاخثاروا (الثانى) و قال فى النافع فيه روايتان و قد أنكر عليه جماعة وجود الرواية المخالفة للروايتين المتقدمتين و قال تلميذه كاشف الرموز إن مراده الإشارة إلى الصحيحة و المرسله و أنهما واردتان فى أن الدرهم يعرف فتأمل (ثم ليعلم) أن للمصنف عبارات تؤذن بأن التقاط القليل ليس بمنزلة حيازة سائر المباحات يملك بمجرد الحيازة بل لا بد فيه من نية التملك كالكثير بعد التعريف (منها) قوله الأقرب و جوب دفع العين مع وجود صاحبها و يحتمل القيمة مطلقا كالكثير إذا ملكه بعد التعريف و القيمة إن نوى التملك و إلا- فالعين و هو أقرب انتهى و ستعرف ما فيه (و منها) قوله لو تملك ما دون الدرهم ثم وجد صاحبه فالأقرب و جوب دفعه إليه لأصالة بقاء ملك صاحبه عليه و تجوز التصرف للملتقط لا ينافى و جوب رده و هذا يؤذن بعدم تملكه بل جواز التصرف فقط كما سمعته عن جملة من العبارات إلا أن تقول إنما أراد به عدم لزوم الملك من أصله أو حدوث تزلزله كالمبيع قبل القبض إذا حدث فيه عيب و لا- مانع من كون حيازة القليل سببا فى ملكه فى الحال كسائر المباحات و لا مانع من تزلزله أو حدوث تزلزله إذ لا دليل على الملك و التملك إلا الإجماع إذ اللام فى المرسل فى قوله لك ليست صريحة فى التملك و ليس فى الآخر إلا نفى و جوب التعريف و لم يظهر منه أى الإجماع أنه لانزم بحيث لا- يجوز لمالكة الرجوع إن كان باقيا و لا كذلك الكثير فإن أخذه ليس سببا فى ملكه بالإجماع لمكان اشتراطهم التعريف فلا بد لحدوث الملك من سبب و ليس هو إلا النية أو اللفظ فحصل الفرق بين القليل و الكثير على مختار جماعة لكن قد تقدم لنا آنفا أنه لا بد فى تملك المباحات من النية و قد برهنا على ذلك فلا فرق حينئذ بين القليل و الكثير إلا بالتعريف و عدمه فلا ريب عندنا فى و جوب رد العين مع عدم نية التملك بل قد نقول بوجوب ردّها مطلقا لأنه إذا (لو خ ل)

لم يكن له الرجوع إلى العين لم يكن له الرجوع إلى القيمة لأنه إنما يمنع من الرجوع إلى العين إذا كانت مملوكة ملكا لازما و العوض إنما يلزم حينئذ بدليل من خارج و الأصل عدمه لكن قد حكى الإجماع في الإيضاح و التنقيح على عدم وجوب ردّ العين و يحمل على ما إذا نوى التملك ثم إنه لا ريب أن له أن يأخذ القليل بنية الحفظ للمالك أو التصديق به عنه كما هو الشأن في الكثير و حينئذ لا بد للتملك من نية و إن قلنا بعدم اعتبارها في المباحات فليحظ ذلك كله هذا إذا كانت باقية و أما إذا كانت تالفه فنقول أيضا لا دليل إلا الإجماع و لم يدل على التملك بحيث يفيد عدم وجوب الرد قيمة أو عينا مع وجود مالكة فلا فرق أيضا بينهما حينئذ إلا أن تقول إن الظاهر من التملك عدم الرجوع فتأمل و يأتي تمام الكلام

(قوله) (و لو وجد المالك فالأقرب الضمان)

كما في التذكرة و التحرير و المختلف و الإيضاح و التنقيح و الرياض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٦

و إن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولا (١)

و المشهور عدم الضمان كما في المختلف و به صرح في النهاية و الغنية و هو ظاهر المقنع و المقنعة و الخلاف و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة إذ قد تعرض فيها كلها لجواز الأخذ و الانتفاع و الملك على اختلافهم في التعبيرات و ظاهرهم أن ذلك بلا ضمان و قد ادعى في الغنية الإجماع عليه أي عدم الضمان و ادعى في المختلف أن كلام السرائر متناقض قال في السرائر اللقطة ضربان ضرب يجوز أخذه و لا يكون على من أخذه ضمانه و لا تعريفه بل يجوز التصرف قبل التعريف و متى أقام صاحبه بينة وجب ردّه عليه قال في المختلف في بيان التناقض أن عدم الضمان يقتضى عدم الرد و أجاب في الدروس بأن انتفاء الضمان مع التلف و أن وجوب الردّ مع بقاء العين فلا تناقض لاختلاف الشرط و هو جيد لكن الشأن في ثبوته و قد استدلل للضمان في المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و غيرها بأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فاستعقب الضمان قال في الإيضاح (أما الأولى) فثبوت الملك للمالك و الأصل البقاء و الضياع غير ناقل للملك عن مالكة و تجوز الشارع التملك له لثلاث تعطل غاية خلقه أي الإنفاق (قلت) إذا جوز له الشارع التملك فقد تصرف في ملكه فالأقعد ما ذكرناه آنفا قال في الإيضاح ما حاصله (و أما الثانية) فلقول الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه و ليس المراد رد العين للإجماع على عدم وجوب ردها فيكون المراد القيمة و ليس المراد الدرهم فما زاد لأنه لا يتحقق ذلك فيهما إلا بعد التعريف سنة و النية و ذلك تراخ فلو كان ذلك شرطا لزم مع تأخير البيان عن وقت الحاجة الإغراء بالجهل و تقديم ما يجب تأخيره فيكون المراد فيما دون لتعقب الانتفاع فيه للوجدان بلا فصل فيجب الضمان و هو المطلوب انتهى و فيه مواضع للنظر و قد تبعه في ذلك كله صاحب التنقيح و قد يناقش في هذا الإجماع بما سمعته عن السرائر و التذكرة و نحوه ما في التحرير من قوله وجب ردّه إليه إن كان موجودا و هو خيرة الدروس و جامع المقاصد و عبارة الكتاب ظاهرة في ردّ القيمة مطلقا فتوافق هذا الإجماع و أما مع التلف فقد صرح به في التحرير بوجوب ردّ قيمته معه و استوجهه في جامع المقاصد و نظر فيه في الدروس و قد سمعت ما في السرائر و هذا كله فيما نقص عن الدرهم و أما ما زاد عنه فقد يظهر من الروايات و كلام القدماء كما في الدروس أنه يتعين عليه دفع العين ثم قرب أنه يتخير بينها و بين بدلها مثلا أو قيمة و يأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام و قد استدلل على عدم الضمان فيما نحن فيه بالأصل و بعدم صراحة أخبار المسألة في الملك و التملك و هو كما ترى مع أن الظاهر انعقاد الإجماع عليه كما تقدم

(قوله) (و إن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولا)

هذا مما صرح به الأصحاب كافة من المقنع إلى الرياض و النصوص به مستفيضة فيها الصحيح و غيره و في الخلاف و المبسوط و الغنية و ظاهر التذكرة الإجماع عليه و في السرائر و كشف الرموز نفى الخلاف فيه (و استدلووا) عليه بأنه يجب إيصاله إلى مالكة و

التعريف وسيلة إليه و مقدمة له فيجب من باب المقدمة فوجوب التعريف إنما هو لتحصيل المالك و لا منافاة بين وجوبه لذلك و كونه شرطاً في التملك و أن إمساكها من غير تعريف كالقائنها في موضعها أو غيره بل لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لأن إبقاءها في مكانها أقرب إلى وصولها إلى صاحبها لأنه إما أن يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه و إما أن يأخذها غيره فيعرفها لكن قال في موضع من المبسوط من وجد لقطه نظرت فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرف لأن التعريف إنما يكون للتملك انتهى و قد قال قبل ذلك من وجد لقطه فإنها تكون في يده أمانة و يلزمه أن يعرفها سنة فإذا عرفها سنة كان بعد ذلك بالخيار إن شاء حفظها على صاحبها و إن شاء تصدق بشرط الضمان و إن شاء تصرف فيها و ضمنها و زاد في المسالك و تبعه شيخنا صاحب الرياض في توجيه كلام الشيخ الذي خالف فيه بأنه إذا لم يقصد التملك لم يجب التعريف و يكون ما لا مجهول المالك و أجاب بالفرق بينه و بين المال المجهول المالك بأنه لم يقدر له الشارع طريقاً إلى التوصل إلى مالكة بخلاف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٧

ثم إن شاء تملك أو تصدق و ضمن فيهما و إن شاء حفظها للمالك و لا ضمان (١) و يكره التقاط ما تقل قيمته و تكثر منفعته كالعصا و الشظا و الوتد و الحبل و العقال و شبهها (٢)

محل الفرض فقد جعل الشارع التعريف طريقاً إليه (و فيه) خطأ من وجوه لأن الشيخ لم يجعله من مجهول المالك بل قال إذا أراد حفظه لصاحبه و إبقاءه أمانة لا يعرفه و كيف يجعله مجهول المالك و هذا ضائع و المجهول المالك ليس بضائع كما تقدم بيانه مرارا و قد جعل الشارع له طريقاً و هو الفحص عن صاحبه حتى يحصل اليأس فيتصدق به عنه حينئذ فوراً (و أورد) عليه في الدروس بأن التملك غير واجب فكيف تجب مقدمته (و يجاب) بأنه لعله أراد به الشرط لكن يقال له إذا كان التعريف واجبا بأي معنى كان على من أراد تملكها فكذا يجب على من أراد حفظها لأن التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه فيجب أن يكون الوجوب في محل الوفاق و هو إرادة التملك صيانة لها عن الضياع عن صاحبها و هذا موجود في محل النزاع أعني ما إذا أراد حفظها (قوله) (ثم إن شاء تملك أو تصدق و ضمن فيهما و إن شاء حفظها للمالك و لا ضمان)

كما صرح بذلك كله في الخلاف و المبسوط في موضع منه و الغنية و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و غيرها و في الخلاف و الغنية الإجماع عليه و هو ظاهر التذكرة حيث نسبه إلى علمائنا و لا يضر قوله في المبسوط إن شاء تصرف لأن المراد به تملك كما صرح به بعد ذلك في مقام آخر لكن في المقنع لم يذكر إلا- أنها بعد التعريف كسبيل مالك و اقتصر في النهاية و السرائر على ذكر التصرف فيها و الصدقة و مراد النهاية بالتصرف التملك كما صرح به بعد ذلك و ادعى على ذلك أي الحصر في الأمرين في السرائر إجماع أصحابنا و قال إنه الحق اليقين و منع من الإبقاء أمانة و قال إنه مذهب الشافعي و أبي حنيفة و إنه لم يقله أصحابنا و أطال في بيان ذلك ما يزيد على عشرين سطراً و قال إن من قال بهذا القول لا يوجب التعريف و إنما يوجب التعريف حتى يملكها و قال إن التخيير بين الثلاثة خلاف مذهبنا و قول أصحابنا و رواياتهم و يأتي تحقيق الحال و الغرض الآن نقل الأقوال و اقتصر في المقنعة و المراسم على ذكر التصرف فيه فقط و مرادها تملكه و خيره في الوسيلة بين أمرين لا غير التصرف و الحفظ لصاحبه (و من العجيب) أن أحداً لم يحك عن هؤلاء خلافاً مع أن كلامي السرائر و الوسيلة نضان في الخلاف و غيرهما ظاهر لأن مفهوم اللقب في عبارات الأصحاب حجة و به يثبت الوفاق و الخلاف لأنها قيود كالتعاريف و لا كذلك في الأخبار لأنها جارية مجرى كلام أهل العرف و قد برهن عليه في محله (هذا) و يشهد لابن إدريس أنه إذا كانت تدخل في ملكه بعد الحول قهراً و أن القول به أشهر كما قاله في الدروس و أنه إجماع كما في السرائر فلا معنى للإبقاء أمانة لكن الإجماعات الثلاثة المتقدمة و أخبار الخلاف و ما يحكيه كما يرويه و فتوى من عرفني و عدم عدّهم خلفه خلافاً مما لا- يمكن الخروج عنه مع أنه مقتضى الأصل و شهرة الدروس لم نتحققها كما ستعرف إن شاء الله تعالى لأنها معارضة

بشهره التذكرة و المختلف و المسالك و الروضة و الكفاية و إجماع الغنية و كذا التنقيح و هذه كلها مع الإجماعات الثلاثة مما توهن إجماعى السرائر مع أنك إذا جمعت بين فتاوى السرائر لم يتحقق التخيير بين الأمرين إذ ليس هناك إلا التملك فقط (و أما) الضمان مع الصدقة إذا كره المالك فلم يختلف فيه هنا اثنان فيما أجد و إن اختلفوا فى لقطه الحرم لمكان النصوص الكثيرة الدالة على الضمان هنا و فى كشف الرموز الإجماع عليه و فى المسالك نفى الخلاف فيه هذا و لم يذكر الأكثر هنا أن له الدفع إلى الحاكم و سيذكره المصنف فى أواخر الثالث من الأحكام

(قوله) (و يكره التقاط ما تقل قيمته و تكثر منفعته كالعصا و الشظايا و الودت و الحبل و العقال و شبهها)

كما ذكر ذلك كله فى النهاية و يدخل فى شبهها الإداوة و السوط و النعلان و الكراهية فى الجميع أيضا خيرة الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها مع التصريح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٨

.....

فى بعضها بتأكد الكراهية و اقتصر فى المقنعة على النص على كراهية التقاط الإداوة و السوط و النعلان و فى الكفاية أن القول بالكراهية فى الجميع هو المشهور و عليه الأكثر كما فى مجمع البرهان و المفاتيح و هو الأشهر و عليه عامة من تأخر كما فى الرياض و حكى عن صريح الحلبي و ظاهر الصدوقين أنهم حرّموا التقاط النعلان و الإداوة و السوط و هو ظاهر الوسيلة قال لا تتعرض لها بحال و كأنهم لم يلاحظوها و ظاهر المراسم تحريم الإداوة و المخرصة لأنه قال لا يأخذها بل يتركها و حكى المقداد عن الحلبي أنه حرّم الشظايا أيضا و حقق فى التنقيح أنه مع بلوغ القيمة فى الأمور المذكورة درهما فما زاد لا يجوز التقاطه و مع عدم ذلك يجوز على كراهية شديدة تزيد على كراهية الالتقاط مطلقا و قال المقدس الأردبيلي ما نجد ما يدل على شدة الكراهية فى هذه بل الأمر بالعكس بمعنى أن الكراهية فى غيرها أشدّ (قلت) أسدّ ما يستدل به للمشهور على الكراهية و عدم التحريم ما يستفاد من فحوى ما دلّ على جواز التقاط ما تكثر قيمته و من إطلاق قول مولانا الصادق عليه السلام بل من عمومه المتناول لما نحن فيه أفضل ما يستعمله الإنسان فى اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها و لا يتعرض لها و من حسنة حريز عن أبى عبد الله عليه السلام قال لا بأس بلقطة العصا و الشظايا و الودت و الحبل و العقال و أشباهه قال و قال أبو جعفر عليه السلام ليس لهذا طالب فتدخل الثلاثة فى أشباهه و قول مولانا الباقر عليه السلام ليس لهذا طالب معناه أن هذه الأشياء حقيرة فلا يطلبها مالكها لأن العادة تقضى بإعراضه عنها فيكون ذلك فى الحقيقة إباحة من المالك و له وجه آخر ستسمعه إن شاء الله تعالى و يأتى الكلام فى أن ذلك لا ينافى الكراهية معتصداً ذلك كله بالشهرة المعلومة بل هو إجماع معلوم من المتأخرين و على شدة الكراهية فى الثلاثة بذهاب هؤلاء الأعاظم إلى الحرمة و بخبر عبد الرحمن قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النعلان و الإداوة و السوط يجده الرجل فى الطريق أ ينتفع به قال لا يمسح به حيث عدل عن النهى عن الانتفاع به إلى النهى عنه بأبلغ وجه و هو مسيسه و هو حجة الجماعة على الحرمة و هو معارض بما عرفت مما هو أقوى منه بحيث صرف فيه النهى إلى الكراهية و شدتها (و عساك تقول) إن الحسنه كالصريحه فى نفى الكراهية عما تقل قيمته و تكثر فائدته بل عما اشتملت عليه رواية عبد الرحمن لمكان التعليل و نفى البأس فضلا عن شدتها (لأننا نقول) قد عرفت أن شدة الكراهية فى الثلاثة لمكان فتوى الأعاظم بالحرمة (ثم) إنا نجدهم من على بن بابويه و ولده و المفيد و الشيخ و سلار و ابن حمزة و الحلبي معرضين عن الحسنه فى خصوص نفى الكراهية ناظرين إلى الخبر عاملين به كراهية أو تحريما و ما ذاك إلا لأن الحسنه مخالفة بظاهرها لأخبار الباب و إجماع الأصحاب إذ هما متفقان على كراهية اللقطة مطلقا كما تقدم الكلام فيه مسبقا فى الفصل الثانى و ستسمع الوجه فى هذا التعليل و الخبر موافق للإجماع و الأخبار الأخر و خصوص خبر داود بن أبى يزيد المرسل فى الفقيه فإنهما متحدان متنا ثم إنه ليس فى سنده ما يفت فى عضده إلا القاسم بن محمد و هو هنا الجوهرى بقريته رواية الحسين بن سعيد عنه و حديثه قوى معتبر و أما أبان بن عثمان

فلم نتحقق ناووسيته كما مرّ مرارا فاندفع ما قاله المولى الأردبيلي (و يبقى الكلام) فى شدة الكراهية فيما عدا الثلاثة و لعله لتنتيخ المناط و المنقح له العقل لا-شتراك الجميع فى كثرة الفائدة و قلة القيمة و عدم قصد الاكتساب بها فكان أخذها غالبا خاليا عن الاكتساب و الفائدة أو لمكان الإيماء إلى العلة المنصوصة و هو قول الباقر عليه السلام ليس لهذا طالب بأن يكون معناه أن الناس الملتقطين لا يطلبونه لأنه لا اكتساب فيه مع قلة قيمته و كثرة فائدته لمالكه و لعل الأصحاب من هنا أخذوا هذا العنوان (ثم) إن القائل بشدة الكراهية فى الجميع إنما هو المصنف فى ظاهر الإرشاد و صريح التذكرة و الشهيدان فى صريح الدروس و الروضة و لا رابع لهما فيما أجد إلا أن تقول إنه يستفاد من التنصيص عليها شدة كراهيتها (و من الغريب) قوله فى المسالك إن وجه الكراهية فى العصا و الشظا و الحبل و الوتد و العقال النهى عنها المحمول على الكراهية إذ لا نجد هذا النهى

فى أخبار الباب و هى ثلاثة لا رابع لها و لعله نظر إلى العلة التى فهمناها (و أما) خبرا عبد الرحمن فهما واردان فى ثلاثة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٥٩

و أخذ اللقطة مطلقا مكروه و يتأكد للفاسق و أكد منه المعسر و يستحب الإشهاد (١)

(المطلب الثانى فى الأحكام)

إشارة

و هى أربعة

(الأول) التعريف

و هو واجب و إن لم ينو التملك (٢) سنة من حين الالتقاط (٣) و زمانه النهار دون الليل (٤) و لا يجب التوالى (٥)

أشياء (و أما) تحقيق التنتيخ فإنه جمع فيه بين خبرى عبد الرحمن و داود و بين حسنة حريز فنزل الأولين على ما إذا بلغ درهما فما زاد و الأخير على ما دون ذلك و هو على شدة بعده جمع لا شاهد عليه مع أنه خرق على الظاهر فيما أحد للإجماع المركب و لبعضهم فى المقام كلمات آخر لا ينبغى أن تسطر و الإداوة بالكسر المطهرة به أيضا و المخصرة بالخاء المعجمة ما اختصره الإنسان بيده فأمسكه من عصا و نحوها و الشظا بالكسر خشبة محدّدة الطرف تدخل فى عروة الجو القين و الوتد بكسر الوسط و العقال بكسر العين (قوله) (و أخذ اللقطة مطلقا مكروه و يتأكد للفاسق و أكد منه المعسر و يستحب الإشهاد)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله إلا المعسر و قد صرح بتأكد الكراهية له جماعة كالمحقق و المصنف فى التحرير و الإرشاد و الشهيدان لأن التقاطه يضر بحال المالك إذا ظهر و قد تملك بل قد تدعوه نفسه لمكان العسر إلى الخيانة و إن اجتمع الفسق و الإعسار تزيد الكراهية و فى مجمع البرهان أنه يشكل إثبات حكم شرعى بمثل ذلك

المطلب الثانى فى الأحكام (قوله) (و هى أربعة الأول التعريف و هو واجب و إن لم ينو التملك)

قد تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (سنة من حين الالتقاط)

قد طفحت عباراتهم بوجوب التعريف سنة و حولا كاملا من المقنع إلى الرياض و قد حكى عليه الإجماع فى الخلاف و المبسوط و

الغنية و ظاهر التذكرة و به استفاضت الأخبار (و أما) كون وجوبه من حين الالتقاط إن أمكن بلا فصل فقد صرح به فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا مجمع البرهان و هو ظاهر الباقيين و ظاهر أخبار الباب ففى حسنة محمد عن أبى جعفر عليه السلام و صحيحته عن أحدهما عليهما السلام فإن ابتليت فعرفها سنة و ما خلا عن الفاء يحمل على معناها و ليس فى أخبارنا ثم كما ادّعاها فى المسالك لكن هذه الفاء إنما أتى بها للربط خاصة و لا تدلّ على التعقيب و إن ذكره فى التحرير كما ستعرف (نعم) يمكن أن يستدل عليه بما روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه أمر به و قال لا-تكتم و لا تغيب و إن التأخير وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها فإن الظاهر أن صاحبها بعد الشهر أو الأشهر يبأس منها و يسلو عنها و بترك طلبها كما سيظهر لك فيما يحصل به التعريف و بعد فلنا فى ذلك كله تأمل يظهر وجهه مما يأتى قال فى التذكرة فلو أخرها عن الحول الأول مع الإمكان إثم و لا يسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول لأنه واجب و لا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات و سائر الواجبات انتهى و هذا يقضى بوجوب القضاء فى سائر الواجبات و هو غير ظاهر و لو لا أنه يظهر من التذكرة دعوى الإجماع على ذلك حيث لم ينسب الخلاف إلا لأحمد لكان القول بسقوطه قويا فيصير كالمال المجهول المالك يتصدق به و فى خبر العبدى عن يونس ما يدل على ذلك و يأتى تمام الكلام فى أنه هل له أن يملك إذا أخر أم لا (قوله) (و زمانه النهار دون الليل)

هذا هو المتبادر من الأخبار و الموافق للاعتبار و به صرح فى المبسوط و غيره و قالوا أيضا وقت الغداة و العشى (قوله) (لا يجب التوالى)

كما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو معنى كلام الدروس فى بيان التعريف و فى الكفاية نسبته إلى الأصحاب و هذا التوالى المحكوم بكونه غير واجب و غير شرط له تفسيران (أحدهما) أن المراد به استيعاب وقت الحول بالتعريف و ذلك غير شرط اتفاقا كما فى المسالك و المفاتيح و لا كل يوم لإطلاق الأمر فيرجع إلى ما يعد تعريفا عرفا و هو يتحقق بدون ذلك (الثانى) أن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٠ بل يعرف كل يوم فى الابتداء ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى (١) و إيقاعه عند اجتماع الناس و ظهورهم كالغدوات و العشيات و أيام المواسم و المجتمعات كالأعياد و أيام الجمع و دخول القوافل و مكانه الأسواق و أبواب المساجد و الجوامع و مجامع الناس (٢)

المراد به توالى التعريف فى الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر فى اثنى عشر شهرا متوالية فإن ذلك غير لازم بل يجوز تعريفه بأن يعرف شهرين و يترك شهرين و هكذا بحيث يجتمع من الأشهر المعرف فيها تمام الحول و بهذا المعنى صرح فى التذكرة مفسرا به معنى التوالى الذى ليس بواجب و شبهه بما لو نذر صوم سنة فإنه يجوز له أن يوالى و أن يفرق بحيث يجتمع له صيام اثنى عشر شهرا انتهى فليتأمل فيه فإن ما يأتى قد ينافيه من أن الضابط كونه لا ينسى

(قوله) (بل يعرف كل يوم فى الابتداء ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى)

أما أنه يعرف كل يوم فى الابتداء إلى سبعة أيام ثم فى بقية الشهر فى كل أسبوع ثم فى كل شهر إلى آخر الحول فقد قال فى مجمع البرهان أنه المشهور و نسب فى الكفاية إلى الأصحاب أنه يعرف فى الابتداء كل يوم مرة ثم كل أسبوع ثم كل شهر كذلك أى مرة و هو خيرة الروضة و المفاتيح و كذا جامع المقاصد و قال فى الدروس إنه يعرف كل يوم مرة أو مرتين من الأسبوع الأول ثم فى الأسبوع الثانى مرة ثم فى الشهر مرة و قال فى التذكرة إنه يعرف فى الابتداء فى كل يوم مرتين فى طرفى النهار ثم فى كل يوم مرة ثم فى كل أسبوع مرة أو مرتين ثم فى كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكرر الماضى و لعل مراده أنه يعرف فى الأسبوع الأول كل يوم

مرتين و في الأسبوع الثاني كل يوم مرة ثم فيما بقي من أسابيع الشهر كل أسبوع مرة ثم في كل شهر مقدار ما لا ينسى و كأنه يكتفى فيه بالمرة و المرتين و لعلهم إنما يعتبرون هنا الشهر ثلاثين يوما و إلا فلا يتم في الهلالي إذا كان في آخره أو بعد مضي أسبوع أو أكثر أو أقل و لعلهم إنما اعتبروا التكرار في الأسبوع الأول لأن مالكة يهتم بطلبه في أول الأسبوع كما قاله في المبسوط (و أما) عبارة الكتاب فلعل معناها أنه يعرف كل يوم مرة من الأسبوع الأول لأن الظاهر أن المراد أسابيع الشهر و أنه يكتفى بتعريف واحد في كل أسبوع بعده إلى تمام الشهر فيكون الشهر الأول مستوعبا بالأيام ثم بالأسابيع ثم إنه يعرف في كل شهر مقدار ما لا ينسى و فهم المحقق الثاني منها أنه يكتفى بالشهر الثاني بتعريف واحد في مجموع الشهر الثاني و كذا في كل شهر بعده فالتعريف واحد و عشرون مرة على ما فهمه و لعل مولانا الأردبيلي و الخراساني أشار بالمشهور و الأصحاب إليها و إلى الروضة لكن يرد على ما فهموه منها و على عبارة التذكرة أنه حينئذ لا محصل لقوله بحيث لا ينسى لأن التعريف الذي ذكره إن كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه تكرارا لما مضى فلا معنى للتقييد و إن لم يكن كان غير معتبر و كان التقييد غير صحيح إلا أن تقول إنه أشار بالحيثية إلى معنى آخر و هو أن المذكور بخصوصه غير واجب فكأنه قال إن الواجب التعريف بهذا و ما جرى مجراه (و الضابط) كونه بحيث لا ينسى كما قال في الدروس بعد ما حكيناه عنه و الضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه و كما قال في الروضة إن المعتبر ظهوران الثاني تكرار لما سبق و قال في الكفاية اعتبر الأصحاب أن يقع على وجه لا ينسى و قد تكون الباء الداخلة على حيث للتعليل كقوله (قد سقيت آبآلهم بالنار) فيكون المعنى يعرفها كذلك لأجل أن يكون التعريف في مكان لا ينسى لأن حيث ظرف مكان هذا و في السرائر و التحرير أقل ما يعتبر في الأسبوع دفعة واحدة و في مجمع البرهان يبعد صدق التعريف في السنة مع إيقاعه في أحد عشر شهرا كل شهر مرة و ينبغي ملاحظة العرف و عدم الخروج عن ظاهر الروايات ففي صحيحة يعقوب فإن صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع فإنه قد يفهم منه في كل جمعة إن كان البلد تقام فيه الجمعة

(قوله) (و إيقاعه عند اجتماع الناس و ظهورهم كالغدوات و العشيات و أيام الموسم و المجتمعات كالأعياد و أيام الجمع و دخول القوافل و مكانه الأسواق و أبواب المساجد و الجوامع و مجامع الناس)

لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦١

و يتولاه بنفسه و نائبه و أجيرو (١) و الأجرة عليه (٢) و إن نوى الحفظ و الأقرب الاكتفاء بقول العدل (٣)

الغرض إشاعة ذكرها و إظهارها ليظهر عليها مالكتها و قد جعل في المبسوط و السرائر الكلام فيها في ثلاثة أشياء وقت التعريف و زمانه و كفيته فقالا وقت التعريف أن تعرف بالغداة و العشى وقت بروز الناس و لا تعرف بالليل و لا عند الظهيرة و الهاجرة قالا و أما الزمان فإن تعرف في الجماعات و الجمعيات و أن يقف على أبواب الجوامع و لا يعرفها داخلها فتأمل و لم يذكر إمكانه و سيأتي أنه في موضع الالتقاط

(قوله) (و يتولاه بنفسه و نائبه و أجيرو)

قال في التذكرة يجوز أن يوليه غلامه و ولده و من يستعين به و يستأجره عليه لا نعلم فيه خلافا و في المسالك أن ذلك كله محل وفاق و في الإيضاح يجوز التعريف بنائب إجماعا و مما صرح فيه بجواز النيابة و الاستعانة بالمبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح لأن الغرض الإشهار و الإعلان و هو يحصل بأي شخص كان و في مجمع البرهان أن ظاهر العبارات و الروايات أن الملتقط يعرفها بنفسه (قلت) هذه عبارات الأصحاب (و أما) قولهم عليهم السلام فإن صاحبها يعرفها و إذا ابتليت فعرفها فإنما هو مثل قولهم إذا أصاب ثوبك نجاسة فاغسله إذ من المعلوم أن ذلك ليس بعبادة كما هو واضح (و أما) قوله في التذكرة ليس للملتقط تسليم اللقطة إلى غيره إلا بإذن الحاكم فإن فعل ضمن إلا مع

الحاجة بأن يريد السفر أو لا يجد حاكما يستأذنه أو النقط و لم يتمكن من حفظها فإنه تجوز له الاستعانة بغيره فلا ينافى ذلك فإن تعريف الغير لها و هي في يد الملتقط غير إيداعها عند الغير و استيمانه عليها إن سلمنا له ذلك هذا و قال في التذكرة ينبغي أن يتولى التعريف شخص أمين ثقة عاقل غير مشهور بالخلاعة و اللعب و لا يتولاه الفاسق لثلا تفقد فائدة التعريف و هذا على الكراهية دون التحريم و قال في جامع المقاصد لكن لا يركن إلى مجرد قول غير العدل بل لا بد من اطلاعه و اطلاع من يعتمد على خبره (قلت) و هل إخبار من يعتمد على خبره من باب الشهادة أو من باب الخبر احتمالان أقواهما الأول و في المسالك و الروضة يشترط في النائب العدالة أو الاطلاع على تعريفه المعبر شرعا

(قوله) (و الأجرة عليه)

كما هو قضية إطلاق المبسوط و السرائر و صريح التحرير و الدروس و الكفاية لأن التعريف حق واجب عليه فيكون أجرته عليه و قال في التذكرة لو قصد الحفظ حين الالتقاط أبدا فالأقرب أنه لا يجب على الملتقط أجره التعريف بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليبدل أجرته من بيت المال أو يستقرض على المالك أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع أو يبيع بعضها إن رآه أصلح أو لم يمكن إلا به و استوجهه في جامع المقاصد لأن ذلك لمحض مصلحة المالك و لأنه محسن و ما على المحسنين من سبيل فهو كالإنفاق قال فإن قيل ليس التعريف لمحض مصلحة المالك لأنه بعد حصوله يسوغ له التملك و إن لم يقصده فيكون لمصلحته أيضا قلنا المقصود بالذات في ذلك مصلحة المالك و مصلحة الملتقط بالتبعية غير مقصودة فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن أن يقال يدفع الأجرة و يرجع إذا نوى الرجوع (قلت) إذا كان أخذها مكروها منهيها عنه في الأخبار معللا بأن الناس لو تركوها لجاء صاحبها فأخذها كيف يكون أخذها لمحض مصلحة المالك و أنه محسن إليه فقول الشيخ و من وافقه على إطلاقه أشبه بالمذهب نعم يتم ذلك فيما إذا عرف أنها تتلف و قضية كلام من تعرض لذلك و صريح التذكرة أنه إن كان أخذها للتملك كانت مئونة التعريف عليه و إن ظهر المالك لأنه إنما فعل ذلك لمصلحة نفسه خاصة

(قوله) (و الأقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد)

أى إذا أخبر العدل الواحد أنه عرفها فإنه يكتفى بقوله سواء كان متبرعا أو بأجرة و في جامع المقاصد أن فيه قوة و كأنه لا ترجيح في الإيضاح (قلت) الأقرب أقرب لقوله جل شأنه وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ وَ وحده حجة و الأصل صيانة المسلم عن الكذب لأن الأصل الصحة في أقواله و أفعاله إذ لا منازع له و أنه بالاستنابة صار له ولاية و أن مثل ذلك مما تعسر إقامة البينة عليه فيلزم الحرج و هذا من باب الأخبار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٢

ففي وجوب الأجرة حينئذ نظر (١) و يذكر في التعريف الجنس كالذهب و الفضة (٢) و إن أوغل في الإبهام كان أحوط بأن يقول من ضاع له مال أو شيء (٣) و ينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط (٤)

يكتفى فيه بخبر الواحد لأنه أخبر عن حكم شرعي غير مختص بمعين و ليس إخبارا بحق مخصوص لازم للغير حتى يكون من باب الشهادة فتأمل (و أما) المخبر بأنى قد أطلعت على تعريفه حولا فهو من باب الشهادة كما تقدم و لم يبق للوجه الآخر إلا أصل عدم التعريف و الذمة مشغولة به و هو مقطوع بما عرفت و الذمة تبرأ بذلك كما هو الشأن في أمثاله و لا فرق في ذلك بين المتبرع و غيره و استلزامه في الثاني ثبوت حق له على الغير لا يقضى بتهمته و رد خبره إذ العسر و الحرج يقضيان بأنه مثل الذي لا يعلم إلا من قبله على أنا إذا قلنا بسقوط التكليف بالتعريف بإخباره بالنسبة إلى الملتقط و أن له التملك و بعدم شغل ذمته بالأجرة ارتفعت التهمة و كم من موضع حكمنا فيه بثبوت أحد المعلولين دون الآخر فتدبر «١»

(قوله) (ففي ثبوت الأجرة نظر)

يعنى على القول بالاكْتفاء بخبر العدل هل تجب الأجرة فيه نظر ينشأ من أن الاكْتفاء بقوله فى التملك و سقوط التعريف يقتضى وقوع الفعل الذى هو متعلق الأجرة لترتيبها على وقوعه لأنه معلول آخر و الحكم بثبوت أحد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر و من أنه إيجاب مال على الغير بمجرد الدعوى و إن قيل قوله فى سقوط التكليف بالنسبة إلى الملتقط الذى لولاه لزم الحرج و قوى فى الإيضاح عدم وجوب الأجرة و فى جامع المقاصد أنه الأصح و لعل الأقوى و الأصح ثبوت الأجرة لأنه لمكان الحرج و العسر فى إقامة البينة يصير كالأعمال التى لا يعلم الإتيان بها إلا من قبله فإنها يكتفى فيها بقوله كما تقدم

(قوله) (و يذكر فى التعريف الجنس كالذهب و الفضة)

و معناه أنه لا يذكر فى التعريف الأوصاف بل ينبغى أن يقتصر على الجنس بدليل ما بعده كذا قال فى جامع المقاصد لكن فى التذكرة و التحرير و الدروس أنه إن ذكر الجنس فى التعريف جاز مع التصريح فى بعضها بأن الإيغال أحوط كما ستمسح (قوله) (و إن أوغل فى الإيهام كان أحوط بأن يقول من ضاع له مال أو شىء)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و الكفاية و المفاتيح و فى التحرير أنه أولى و كذا الدروس (قلت) لو تعرض لبعض صفاتها فى موضع الأمن من التلبس ليتنبه لها المالك فلا بأس بشرط أن لا يستقصى فى الوصف و فى روايته سعيد بن عمرو من يعرف الكيس و قد وجد كيسا فيه سبعمائة دينار و أقره الصادق عليه السلام على ذلك فىكون مثله جائزا

(قوله) (و ينبغى أن يعرفها فى موضع الالتقاط)

كما فى التحرير لكن ظاهر التذكرة و الدروس و صريح جامع المقاصد أن الحكم على سبيل الوجوب لأن طلب الشىء فى موضع فقدانه أكثر و هذا التعليل يقضى بالاستحباب و قد استدلل عليه أى الوجوب فى الأخير بموثقة إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام عن رجل نزل فى بعض بيوت مكة فوجد فيها نحو من سبعين دينارا مدفونه فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع بها قال يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فإن لم يعرفوها قال يتصدق بها و سؤال أهل المنزل ليس بالتعريف المعروف و لهذا يدفع إليهم من غير بينة و لا وصف تعبدا إجماعا و قد حكم فيه بأنه يتصدق بها إن لم يعرفوها و الأصحاب أطلقوا أنه حينئذ للواجد و بعضهم قيده بانتفاء أثر الإسلام و إلا فلقطه و لعلهم يحملون التصديق به على الاستحباب و كيف كان فدلالته على ما نحن فيه كما ترى (ثم) إنه قد يرشد إلى الاستحباب قولهم إنه إذا التقطها فى الصحراء لا يلزمه أن يغير قصده و يعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى مكانه الذى أنشأ السفر منه و هذا يقضى بأنه إذا التقطها فى غير بلده لا يجب عليه الإقامة أسبوعا أو أكثر أو أقل ليحصل الإشهار و الإعلان إذ من المعلوم أن المرء و المرتين فى حكم ما لا أثر له و يرشد إلى الوجوب الخبر فيمن وجد متاع شخص معه و لم يجده حتى جاء إلى الكوفة و لم يعرفه

(١) بيان ذلك أن التملك معلول لوجوب التعريف و ثبوت الأجرة معلول له و الحكم بثبوت أحد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر (منه).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٣

و لا يجوز أن يسافر بها فيعرفها فى بلد آخر (١) و لو التقط فى بلد (٢) الغربه جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف فى بلد اللقطه ثم يكمل الحول فى بلده و لو التقط فى الصحراء عرف فى أى بلد شاء (٣) و ما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه و ينتفع به مع الضمان (٤)

صاحبه قال أبو الحسن عليه السلام كيف يعرفه و لم يعرف بلده فإذا كان كذلك فبعه و تصدق به إذ يفهم أن التعريف فى غير بلد الالتقاط لا فائده فيه و قولهم إنه لا يجوز أن يسافر بها من بلده الذى هو موضع الالتقاط فيعرفها فى بلد آخر لتعلق الوجوب بذلك

البلد و إنه لو أراد السفر فوض التعريف إلى غيره و لا- يسافر فينبغي أن يلحظ ذلك كله ثم إن إطلاقهم هنا يتناول ما إذا التقطها في بلده أو بلد غربه أو بريه و ستعرف الحال في ذلك (قوله) (و لا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر)

قد عرفت الحال في ذلك و ينبغي ملاحظة الجمع بين كلامي المصنف و في التحرير أنه إذا سافر بها لزمه التعريف في أى بلد شاء و هو يوافق ما تقدم و لم يتعرض له سوى المصنف و المحقق الثاني

(قوله) (و لو التقط في بلد الغربه جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده) قد سمعت الآن كلامهم و لم أجد من صرح بهذا الفرع على هذا النحو إلا المصنف في الكتاب خاصة و كأن المحقق الثاني يوافق على ذلك قال لم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقاط و لا وقفت على تعيين مقدار فيه و يمكن أن يقال يجب المقدار الذي يفيد الإشهار في بلد الالتقاط ثم يكمل الباقي في بلده انتهى (قوله) (و لو التقطه في الصحراء عرف في أى بلد شاء)

كما في المبسوط و التحرير و جامع المقاصد إذ لا أولوية لبلد على آخر و إن قرب في الدروس و المسالك أنه يعرف من يجده فيها و يتم إذا حضر في بلده و هو الموافق لما تقدم و يحتمل كلام الكتاب على أنه لم يجد فيها أحدا و قال في التذكرة و لو التقط في الصحراء فإن اجتازت به قافلة يتبعهم عرفها فيهم و إلا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية و لكن يعرف عند الوصول إليها و لا يلزمه أن يغير قصده و يعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى المكان الذي أنشأ السفر منه و قال بعض الشافعية يعرفها في أقرب البلاد إليه انتهى و هذا القول قد استحبه صاحب المسالك بناء على أن الأقرب أولى و لعله ليس مطردا و لذلك أطلق الجماعة و مراده أنه التقط في الصحراء ما يعلم أو يظن أن له مالكا بالفعل إلا أنه غير معين فلو التقط فيها ما يعلم أنه لا مالك له في الحال كان له من دون تعريف و به يحصل الجمع بين كلامهم هنا و بين قولهم إن ما يوجد في المفاز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إذ المفازة و الصحراء و الفلاة هنا بمعنى واحد كما تقدم و يأتي (قوله) (و ما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه و ينتفع به مع الضمان)

هذا معنى ما في المقنع و المقنعة و النهاية و المراسم قال في المقنع و إن وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة و نحوه ما ذكر معه و ذلك بمعنى أنه يضمن و هو معنى ما في المبسوط إن شاء أكله و يرد القيمة و مثل ما في الكتاب ما في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها لكن في النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها لكن في النافع و الإرشاد و اللعة يقومه من دون ذكر على نفسه لكن في الأولين أنه يضمن و هو يفيد تقويمه على نفسه و مما صرح أنه يقومه على نفسه المقنع و المقنعة و النهاية و المراسم و الشرائع و التحرير و الدروس و الروضة و بمعناه قوله في المبسوط كله و نحوه تملكه و قد نسبه مع الضمان في الكفاية إلى كلامهم و ليس في الغنية إلا أن له التصرف فيه من غير تعريف و دعوى الإجماع عليه و ليس في الشرائع و الدروس ذكر أنه يضمن كما حكيناه أولا عن اللعة لكنه مراد جزما (هذا) و في الخبر عن سفره وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين قال يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء «الخبر» و في آخر فإن وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة و ليس في الأول تصريح «١» بالتقويم على نفسه و لا يحكم

(١) التصريح خ ل

و له بيعه و حفظ ثمنه و لا ضمان (١) أو يدفع إلى الحاكم (٢)

عليه الثانى بقيده لاحتمال ورود الأمر بالتقويم على نفسه مورد الغالب من تعسر تقويمه على الغير فى المفاوز و احتمال ورود إطلاق الخبر الأول عليه ممكن إلا أن عموم مفهوم التعليل مع القطع بعدم الفرق يدفعه و لذلك ذكر المصنف و غيره أن له بيعه كما ستمتع لكن قدماء الأصحاب لم يذكروا أن له بيعه أصلا و لم يذكره أحد قبل المصنف لكن ذلك غير ضائر لأن أحدا من القدماء سوى الشيخ لم يذكر الدفع إلى الحاكم مع أنه جائز له قطعاً و لم نجد أحدا اشترط فى التقويم على نفسه إذن الحاكم و كلام الرياض صريح أو كالصريح فى انسحاب الخلاف الآتى إليه و كلام التذكرة التى لم يعرف الخلاف إلا منها صريح فى أن المنع إنما هو فى بيعه على غيره بدون إذن الحاكم و أطلق له فيها جواز الأكل و لهذا اعترضه فى جامع المقاصد بأنك إما أن تشترط الرجوع إلى الحاكم فيهما أو لا فيهما و الفرق مشكل ثم قال إن مراجعة الحاكم فيهما أوجه (قلت) ستعرف الفرق و الظاهر أن الثمن إن أفرزه أو قومه على نفسه بعين حيثنذ يكون أمانة فلو تلف بغير تفريط لم يكن عليه عوضه للأصل و جواز الأخذ و التقويم و عدم دليل على الضمان و إن لم يفرزه فما فى الذمة لا يخشى هلاكه و لو اختلفت قيمته فالمدار على قيمته يوم الأكل لا يوم الأخذ و لا أعلى القيم و التعريف للقطعة لا لقيمتها و جزم جماعة بأنه لا يجوز له إبقاء ذلك لأنه يتلف فيضمن لتقصيره و فى جامع المقاصد نفى الريب عنه و الظاهر أن المراد بما لا يبقى ما يفسد عاجلا كالهريسة و اللحم و الطبخ و البطبخ لكن قال فى التذكرة ما لا يبقى عاما كالبطبخ إلى آخره

(قوله) (و له بيعه و حفظ ثمنه و لا ضمان)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و ظاهر التذكرة الإجماع على أنه يتخير بين البيع و تعريف الثمن و بين التقويم و التملك و التعريف حولا حيث قال عندنا و كأنه استنباطى لأن أحدا لم يذكره قبله و كذلك نسبته فى الكفاية إلى كلامهم لكنه قال أيضا فى التذكرة لا- يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لأنه مال الغير و لا ولاية له عليه و لا على مالكة فلم يجز بيعه إلا- بالحاكم كغير الملتقط و قال أيضا إذا باع الطعام الذى يخشى فساده تولاه الحاكم فإن تعذر تولاه بنفسه لأنه موضع ضرورة أما لو باعه بدون إذن الحاكم و فى البلد حاكم كان البيع باطلا انتهى و لعل الأقوى عدم وجوب استئذانه كما هو صريح مجمع البرهان و ظاهر إطلاق الكتاب و ما وافقه للأصل و إطلاق قوله عليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل و قوله عليه السلام فى الصحيح الوارد فى التقاط الجارية إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها و لأن له ولاية التملك و الصدقة بعد التعريف فالبيع بالطريق الأولى فتأمل فى هذا و قد جواز تملكه فكان كأنه وكيل أو صاحب مال و لأن له ولاية التملك و الصدقة بعد التعريف فالبيع بالطريق الأولى فتأمل فى هذا و قد يستدل بأنه قد أبيع له أكله من دون استئذان فيباح له بيعه و أنه أبيع له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه (و أجاب) عن أول هذين فى التذكرة بأن فى البيع ولاية على مال الغير بخلاف الأكل فإن القصد به مع الانتفاع أداء القيمة إلى المالك (قلت) هذا الفرق جيد و إليه يرشد كلامهم فى المسألة الآتية لكن قضية الأصول و ظواهر الأخبار و الفتاوى من المتأخرين بخلافه (و أجاب) عن ثانيهما بأن حالة العجز لا قدرة له على الحاكم فأبيع له البيع تخلصا من ضررها بخلاف حالة القدرة (قلت) لعل غرض المستدل التقريب بما أشرنا إليه من أن له تعلقا به و ولاية عليه و ليس كالأجنبي و قد عرفت أن أحدا لم يذكره قبل المصنف و الكلام فى الثمن و التعريف كما تقدم

(قوله) (أو يدفع إلى الحاكم)

كما فى المبسوط و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و فى الأخير لعله لا خلاف فيه و ظاهر التذكرة أنه لا مخالف فيه إلا أحمد و فى الكفاية نسبته إلى كلامهم لأنه ولى الغياب و فى أكثر ما ذكر التصريح بأنه لا ضمان و مع ذلك كله قال فى المفاتيح قيل و إن شاء دفعه إلى الحاكم ابتداء و لا ضمان

(قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٥

و لو افتقر بقاؤها إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التخفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي و لو أخرج الحول الأول عرف في الثاني و له التملك بعده على إشكال (١)

(الثاني الضمان)

و هي أمانة في يد الملتقط أبدا ما لم ينو التملك أو يفرط (٢)

(و لو افتقر بقاؤها إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التخفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي)

كما في المبسوط و الشرائع و كذا التذكرة في مقام منها و قال في اللمعة أصلحه الحاكم ببعضه و فسره في الروضة بأنه يصلحه ببعضه عوضا عن إصلاح الباقي أجمع أو يبيع بعضه و ينفقه عليه و جوبا حذرا من تلف الجميع و وجه تعيين الرجوع إلى الحاكم أنه مال غائب و هو وليه في حفظ ماله و عمل ما هو الحظ له فيه فيجب على الملتقط إعلامه بحاله إن لم يعلم و مع عدمه يتولاه بنفسه حذرا من الضرر بتركه كما في جامع المقاصد و الروضة و هو يخالف الحيوان حيث يباع جميعه لأن النفقة تتكرر فيؤدي إلى أن يأكل نفسه و في التحرير و الدروس أنه يتخير بين فعل ذلك و بين الدفع إلى الحاكم و هو خيرة موضع من التذكرة و قد استحسنه في المسالك و هو الأصح لما مر فيما تقدم و كيف كان فهو لقطه شأنه شأن ما لا يبقى في جميع ما تقدم

(قوله) (و لو أخرج الحول الأول عرف في الثاني و له التملك بعده على إشكال)

ولا- ترجيح أيضا في الإيضاح و الأصح أن له ذلك كما هو خيرة التذكرة و التحرير و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو قضية كلام الشرائع و الإرشاد أو صريحهما حيث قيل فيهما و لا يجوز تملكها إلا بعد التعريف و إن بقيت في يده أحوالا إذ قضيته أن التملك يصح بعد التعريف إذا بقيت في يده أحوالا قبله و يأتي مثل ذلك للمصنف و كذا مجمع البرهان بل لا نجد مصرّحا بالعدم لتعليق الحكم بالتملك في النصوص على التعريف حولا الصادق على الواقع بعد الالتقاط على الفور و بدونه (و وجه العدم) أنه يقتصر في تملك مال الغير المخالف للأصل على المتيقن و قول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمد فإن ابتليت بها فعرفها سنة فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك و الفاء تدل على التعقيب بغير مهلة فيكون جعلها في عرض ماله موقوفا على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بلا- فصل و أن التعريف لإمكان لقاء المالك و إنما يمكن في وقت طلبه و الظاهر أنه بعد الحول يأس منها فتنفى فائدة التعريف (و فيه) أن الأصل مقطوع بإطلاق النصوص المتقدمة و أن غاية ما أفاده الصحيح على تقدير التسليم و جوب الفور و هو غير شرطية بل قد يظهر من الخبر بمعونة الإجماع و الأخبار الأخرى اشتراط التملك بالتعريف و لا نزاع فيه و تقدير شيء زائد لا دليل عليه و في كثير من الأخبار و فيها الصحيح يعرفها سنة من غير فاء و في أخبار العامة عنه صلى الله عليه و آله و سلم اعرف عقاصها و وكاءها ثم عرف سنة فإن جاء صاحبها و إلا فشأنك فلو كان الفور معتبرا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و لا- يجوز جعل الأعم من السبب مكانه و ليس في أخبارنا ثم يعرفها كما توهمه في المسالك (ثم) إنا لا نسلم أن هذه الفاء للتعقيب كما في الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و قد تقدم ذلك عن التحرير بل هي رابطة الجواب الإنشائي مثل قوله تعالى فَإِنْ شَهِدُوا فَلَا تَشْهَدْ مَعَهُمْ- إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي و لا أحد يقول بأن هذه تفيد التعقيب و إلا لا فائدة في قوله جل شأنه مَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَكُبَّتْ وُجُوهُهُمْ و إن تاب زيد فتاب (و الحاصل) أنه لا فائدة لهذه الفاء إلا الربط و هو منحصر في ست مسائل (و أما) (الأخير فإن تم قضى بسقوط التعريف و به استدلال أحمد لا بعدم جواز التملك مع أنه لو كان التأخير لعذر لم يسقط التعريف عندنا و جاز و ملك

بعد التعريف و في الدروس لا- ضمان بالتأخير لعذر أو لغير عذر و لعل الأشبه بأصول الباب أنها إن بقيت في يده أحوالا من غير تعريف لعذر أو لغيره حيث ييأس من صاحبها و صاحبها ييأس منها و لا- يتفطن لها لو سمع تعريفها أنها تكون كالمال المجهول المالك يجب عليه أن يتصدق بها لكنه إن أراد تملكها عرفها تعبدا و إن لم يجد تعريفها لمكان إطلاق النصوص و الفتاوى فتأمل جيدا

(قوله) ((الثاني الضمان) و هي أمانة في يد الملتقط أبدا ما لم ينو التملك أو يفترط)

كما هو صريح التذكرة و قضية كلام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٦

و لو نوى التعريف و التملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده (١) و لو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد و إن لم يخن بخلاف المودع لتسليط المالك هناك (٢) و لو نوى التملك ثم عرف سنة فالأقرب جواز التملك (٣)

غيرها و ظاهر التذكرة أن لا مخالف في شيء من الأحكام الثلاثة حتى من العامة لأن الضمان مع التفريط مما لا ريب فيه كما أنها أمانة أبدا إذا نوى الحفظ لصاحبها أبدا مع عدم إخلاله بتعريفها كما تقدم و لا أجد خلافا في أن أخذها بنية التملك قبل الوقت المشروع له و هو ما إذا كانت النية للتملك في الابتداء من دون تعريف أو في أثناء الحول مقتضى للضمان لأن يده حينئذ يد خيانة و عدوان و الظاهر أنه يبرأ بالدفع إلى الحاكم فهاتان صورتان من صور أخذ الملتقط و بقي صور آخر تأتي في كلامه (قوله) (و لو نوى التعريف و التملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده)

هذه صورة أخرى من صور أخذ الملتقط (أما) أنها أمانة في الحول فمما لا خلاف فيه و لا إشكال كما تقدم مرارا و هي شرعية لكن جعل لها الشارع هنا حكما آخر كما تقدم بيانه (و أما) أنها مضمونة بعد الحول ففي الكفاية أنه المعروف من مذهب الأصحاب و هو كذلك لكنها إنما تضمن حينئذ إن نوى التملك بعده كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و مجمع البرهان و كان عزم التملك مطردا باقيا و إن لم يجر صيغته كما لو نوى التعريف و التملك بعده و بقي عزمه كما هو المفروض في الكتاب و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك لأنه صار ملكا لنفسه فأشبهه المستام و إن لم يملك بالفعل و صريح التحرير و الرياض و ظاهر الكفاية أنه لا بد في هذا الفرض من تجديد نية أخرى و سيأتي من المصنف و غيره النص على عدمه هذا إذا قلنا بافتقار التملك إلى النية كما هو المعتمد عند علمائنا كما في التذكرة و قد تقدم بيانه و إلا نقل بذلك بل قلنا تملك قهرا بغير نية و لا اختيار كما يأتي فلا إشكال في الضمان كما في التذكرة أيضا و غيرها لكنه سيأتي أنهم مختلفون في أن اللقطة هل تضمن بمطالبة المالك أو بنية التملك و قد اختار الأول الشيخ في المبسوط و جماعة و هنا أطلقوا الكلمة و يمكن الجمع بأن خلافهم هناك إنما هو في تمام سبب الضمان فهل هو نية التملك فقط أو أن ذلك جزء سبب و لا يتم إلا بمطالبة المالك فليحظ ذلك و يأتي تحريره إن شاء الله تعالى ثم إن في بعض العبارات لا يضمن إلا بنية التملك بعد التعريف مع أنه يضمن بالتصدق إلا أن يكون المراد و هي عنده أو يكون المراد ضمنا حتميا لأنه مع التصديق يحتمل أن يرضى المالك بذلك فلا ضمان

(قوله) (و لو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد و إن لم يخن بخلاف المودع لتسلط المالك هناك)

قد تقدم الكلام في ذلك في باب الوديعه و لو لم يقصد أمانة و لا خيانة لم تكن مضمونة عليه و له أن يملك بشرطه و كذا لو أضر أحدهما و نسي تمسكا بأصالة البراءة

(قوله) (و لو نوى التملك ثم عرف سنة فالأقرب جواز التملك)

قد تقدم أنه لو نوى التملك بغير تعريف حين الالتقاط و أراد اختفائها على الملك كان غاصبا ضامنا فلو أنه عرفها بعد ذلك التعريف المعبر فقد قرب المصنف جواز التملك له و هو خيرة التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و

كذا الدروس لأنه قد وجد سبب الملك و هو التعريف و الالتقاط فيتملكها به و لأن عموم النصوص يتناول هذا الملتقط و المانع لا يصلح للمانع للأصل و الضمان لا ينافي جواز التملك مع حصول الشرط على أنا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط للزم أن نمنع الفاسق و الصبي و السفية من الالتقاط لأن الغالب على هؤلاء نية التملك حين الالتقاط من دون نية تعريف و يشبه الحال فيه ما إذا دخل حائط غيره و احتش منه أو احتطب أو اصطاد فإنه يملك ذلك و إن كان دخوله محرماً (و وجه العدم) أنه أخذ مال غيره على وجه لا- يجوز له أخذه فأشبه الغاصب و جعل في جامع المقاصد ثم خارجه عن بابها في عبارة الكتاب و فسرها بأنه أخذها بقصد التملك و عرّفها التعريف المعتبر متصلاً بالأخذ و قال لا يراد منها التراخي عن الأخذ و لعله نظر إلى أنه إذا تراخي لم يحصل التعريف المعتبر لأن المصنف فيما تقدم استشكل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٧

و بنية التملك يحصل الضمان و إن لم يطلب المالك على رأى (١)

في التملك فيما إذا أخرج الحول و قد عرفت أن لا مخالف في أنه له التملك هناك و أن وجه العدم ضعيف (قوله) (و بنية التملك يحصل الضمان و إن لم يطلب المالك على رأى)

عليه الفتوى كما في التنقيح و عليه الأكثر كما في المسالك و الكفاية و هو صريح الشرائع و الإيضاح و الإرشاد و الدروس و ظاهر المقنعة و النهاية و الخلاف و المراسم و المبسوط في أوائل الباب و التذكرة و المختلف و غيرهما مما قيل فيه أنه يضمن بعد الحول إن نوى التملك بل كاد يكون صريح الأخيرين و حكى في الخلاف إجماع الفرقة و أخبارهم على أنه إذا عرّفها سنه و أكلها كان ضامناً و لم يتعرض لمطالبه المالك أصلاً و لهذا نسبناه إلى ظاهره و يرشد إليه أنه قال في التحرير قال الشيخ في بعض كتبه يضمن بمطالبة المالك لا- بنية التملك و في أكثرها أن الضمان يتعلق به بالنية و قال في أواسط الباب من المبسوط قال قوم يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبه صاحبها بقوله صلى الله عليه و آله و سلم من وجد لقطه فليشهد ذا (ذوى خ ل) عدل و لا يكتم و لا يغيب فإن جاء صاحبها فليردها و إلا- فهو مال الله يؤتية من يشاء و قال آخرون اللقطة بعد الحول تجرى مجرى القرض و القرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبة المقرض و الأول أقوى انتهى و هو ظاهر السرائر حيث قال هو ضامن إذا جاء صاحبه و قد يظهر ذلك من الغنية و الكفاية أنه أقرب و اختاره في جامع المقاصد محرراً له قال متى كانت العين باقية و ظهر المالك و طالب و جب ردها و لا بعد في ذلك بأن يكون ملك الملتقط إياها مترزلاً- و إن جاء بعد تلفها و طالب و جب البديل يوم التلف أو يوم المطالبة و قال إنه أعدل الأقوال لأن فيه جمعا بين الأدلة و الأصل عدم أمر زائد عليه (و حاصل كلامه) أن الملتقط يملكها ملكاً مترزلاً مراعى يزول بمجىء صاحبها و يجب البديل مع تعذر رد العين و نسبه إلى التحرير و قال إنه قوى متين و اختاره في المسالك لكنه قال إن ضمانها مراعى بظهور المالك أو مطالبته قال و هذا حسن و الظاهر من الأخبار أن الضمان يحصل بظهور المالك لكن الشيخ اعتبر المطالبة انتهى (قلت) ستمتع ما في الدروس من أن الروايات محتملة و قوى في الروضة أن ضمانها لا يحصل إلا بظهور المالك طالب أم لم يطلب مع احتمال توفقه على مطالبته و قال في التحرير و يملك الملتقط اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجىء صاحبها فإن وجدها المالك كان أحق بها و ليس للملتقط دفع القيمة أو المثل إلا برضاه على إشكال إلى أن قال و لو تعذر رد اللقطة بعد التملك و جب على الملتقط المثل إن كان و إلا القيمة و الوجه أن القيمة المعتبرة هي القيمة وقت التملك و هل يملك الملتقط اللقطة بعد التعريف و النية بغير عوض يثبت في ذمته و إنما يتجدد العوض في ذمته بمطالبة المالك كما يتجدد ملك الزوج لنصف الصداق بالطلاق أو بعوض ثابت في ذمته لصاحبها فيه احتمال قال الشيخ في بعض كتبه يضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك و في أكثر كتبه الضمان يتعلق به مع النية انتهى كلام التحرير و لا ترجيح فيه فيما نحن فيه و نحوه ما في الدروس لكنه رجح المشهور كما حكيناه عنه قال هل يملكها بعوض يثبت في ذمته أو بغير عوض ثم يتجدد بمجىء مالكها في الروايات احتمال الأمرين و الأقرب الأول انتهى و كلام التحرير مع ملاحظة

أوله و آخره ظاهر أو نص في أنه يملكها ملكا مراعى لكن هذا الملك يحتمل أن يكون بغير عوض ثابت في الذمة حين التملك و إنما يتجدد بمطالبة المالك و أن يكون بعوض ثابت كذلك في ذمته لصاحبها فلا ملازمة و لا ترتيب بين كون الملك فيه مترزلا مراعى و كون الضمان عند المطالبة (و ليعلم) أن كلام المشهور هنا مع قولهم أيضا بعدم وجوب رد العين لو كانت باقية يقضى بأنهم يقولون إنه يملكها ملكا مستقرا غير مترزل كملك المباحات بعوض مضمون في ذمته ضمانا مترزلا مراعى بظهور المالك و مطالبته فإن ظهر علمنا استقرار الضمان و إلا انكشف عدمه كما هو الشأن في البيع الفضولي على القول بأن الإجازة كاشفة كما هو الشأن في الوديعة إذا صارت مضمونة و العارية المضمونة و ضمان الغاصب فمعنى الضمان حينئذ أن الشارع جعل ذمة الملتقط متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال له على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٨

.....

تقدير ظهوره و مطالبته فلزوم البدل ثمره الضمان و فائدته لا نفسه كما بيناه في باب الوديعة و ليس معنى الضمان فيما نحن فيه و فيما مثلنا به أن العوض يستقر في ذمته كالقرض لعدم إمكانه فيما مثلنا به لأن العوض فيها إنما يستقر بالتلف و الإبراء منه إبراء مما لا يجب مع أنهم قالوا بصحة الإبراء من الضمان فيها فلا بد أن يكون مرادهم ما ذكرناه و هم صرحوا به (و أما) عدم صحته فيما نحن فيه فالوجه فيه ظاهر لأن الالتقاط عندنا اكتساب و ليس جاريا مجرى الاستقراض و إنما هو مذهب للشافعية و لو جرى مجراه لم يصح من الصبي و المجنون بل و لا صح لوليها أن يملك لهما بعد التعريف إن كانت مصلحتهما في عدم الاستقراض كما قد تقدم و ما حكيناه عن المبسوط ثانيا فإنما هما قولان للعامه قال إن أحدهما أقوى و الذي يظهر منه في الباب أن مذهبه فيه هو ما حكيناه عنه أولا و ذلك لا يدل على عدوله عنه و هو الموافق لإجماع الخلاف و كلام الأصحاب و كلام التحرير و الدروس لا يأبى عما ذكرناه في تحرير مذهب المشهور و إن أوهم بادئ بدء خلافه و كذلك ما حكيناه عن السرائر و ما في الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا ما يأتي من الكتاب من أنه على قول مشهور يكون لدينا بالعوض فيجب عزله عند الموت و الإيضاء به و يعدد مدينا بسببه فيستثنى في الخمس و غير ذلك فليس بجيد لما عرفت مع استمرار الطريقة و استقامة السيرة على خلافه و لو كان كذلك لورد في خبر من أخبار الباب على كثرتها مع أن ذلك جار فيما إذا تصدق به أيضا و خبر محمد الذي تضمن الإيضاء به يحمل على أنه إبقاء أمانه لم يملكه فكانت الاحتمالات في المقام كثيرة (منها) ما ذكرناه في بيان كلام المشهور (و منها) أنه يملكه ملكا مستقرا بعوض ثابت لانزم كالقرض لا يزول إلا بعفو المالك أو عدم مطالبته (و منها) أنه يملكه ملكا مستقرا مجانا و يتجدد وجوب العوض بظهور المالك أو مطالبته (و منها) أنه يملكه مترزلا مجانا و يزول بمجىء المالك أو مطالبته و يجب البدل مع تعذر العين (و منها) أنه يملكها ملكا مترزلا بعوض مترزل و كأنه لا يصح أن يقال إنه يملكها ملكا مترزلا بعوض مستقر و يأتي للمصنف في الكتاب الاستشكال في أنه هل يملكها مجانا و يتجدد وجوب العوض بمجىء مالكها أو بعوض يثبت في ذمته و هو محتمل لأكثر الاحتمالات المذكورة و يأتي بيان الوجه في جزئه هنا و استشكاله من دون تقادم عهد و قد استدلل للمشهور بعموم قوله صلى الله عليه وآله و سلم على اليد ما أخذت و بأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه و هو يوجب الضمان و هما كما ترى و أقعد ما يستدل لهم به ما في الشرائع و التذكرة و غيرهما من أن المطالبة لترتب على الاستحقاق أى على ثبوت حق سابق إذ لو لم يكن له حق سابق لم يكن لصاحبه المطالبة لأنها أذية فلو ترتب الاستحقاق و ثبوت الحق على المطالبة لزم الدور و أنه لو لم يجب العوض قبل المطالبة لم يكن له المطالبة بالبدل إذا تلفت لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون (و أجاب) عن الأول الشهيد الثاني بمنع توقف المطالبة على الاستحقاق بل على إمكانه و هو حاصل سلمنا لكن الاستحقاق حاصل و إن لم يكن الضمان حاصلًا لأن المراد أنه إذا جاء المالك استحق أن يطالب و إذا طالب وجب الضمان و هذا مأخوذ من جامع المقاصد و قد فهم من الاستحقاق استحقاق المطالبة لا غير مع أنه

محتمل لغيره كما عرفت سلمنا لكننا نقول له بما ذا يستحق المطالبة فإن كانت بالعرض الذى يثبت بالمطالبة إذ لا يريد الثابت قبل رجوع الأمر إلى أنه إذا جاء المالك استحق المطالبة بالعرض الذى يثبت بالمطالبة فيرجع إلى الدور الذى قاله لأن المطالبة أذية لا تجوز إلا بحق سابق (و أجاب) المحقق الثانى بأن اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح لكنه لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك بل غايته أنه إذا جاء المالك استحق فطالب فإن أراد أنه استحق العرض كان ثبوت العرض و الضمان بمجىء المالك لا بالمطالبة و هو خلاف ما يحاول فتأمل و إن أراد أنه استحق المطالبة بالعرض جاء ما ذكرناه على المالك (و أجاب) عن الثانى بمنع كون الإلتاف غير موجب للضمان مطلقا لإمكان أن يقال المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك إذا جاء يرد عليه البديل إذا تلفت العين و هذا كاف فى صدق معنى الضمان و نحوه ما فى المسالك (قلت) هذا مراد المشهور كما بيناه فلم يكن أتى بشيء آخر و أنت إذا أمعنت النظر و تأملت فيما ذكرناه فى معنى الضمان كدت تقول إن النزاع يعود لفظيا فليتأمل جيدا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٦٩

(الثالث التملك)

و إنما يحصل بعد التعريف حولا و نية التملك على رأى (١)

(و أما) قولهما إنه يملكها ملكا مراعى فيه أن الظاهر من قولهم عليهم السلام إنها كسبيل ماله و اجعلها فى عرض مالك و إلا كانت فى ماله فإن مات كانت ميراثا لولده و لمن ورثه فإن لم يجئ لها طالب كانت فى أموالهم هى لهم أنه يملكها ملكا مستقرا و أن لا عوض لها أصلا (و لك أن تقول) إن ظاهر قولهم عليهم السلام فى عدة أخبار فإن جاء طالبها دفعها إليه و ردّه إليه و جوب رد العين و ذلك يقضى بتزلزل الملك و أن الأصل بقاء مال المالك على ملكه خرج التملك فى الجملة فيكون ملكا مراعى محافظة على الأصل فينقضى الملك و ينقطع بظهور المالك سواء كانت العين باقية أو تالفه و لا بعد فى حمل ما ذكرت من قولهم عليهم السلام على الملك المراعى كما أوجبوا العوض و الضمان مع أن ظاهر الأدلة خلافه مضافا إلى ما يأتى فى المسألة الآتية من معنى قولهم عليهم السلام اجعلها فى عرض مالك و لكن لنا أن نقول و جب العوض بالإجماع و بقيت العين على ملكه الدائم لمكان دليله الظاهر فى ذلك و يحمل قولهم عليهم السلام دفعها إليه على ما إذا جاء قبل التملك فتأمل و يأتى بلطف الله تعالى تمام الكلام فى هذا (و قد استدلوا) للشيخ بقوله صلى الله عليه و آله و سلم فإن جاء صاحبها فليردّها و إلا فهو مال الله يؤتية من يشاء و هذا عامى و قول الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتى طالبه فإذا جاء طالبه ردّه إليه و قول الصادق عليه السلام فإن وجدت صاحبها إلا فانت أحق بها و هى كسبيل مالك إلى غير ذلك مما استدل به فى المسالك و لم يتضح لنا وجه دلالتها و نعم ما قال فى الدروس من أن الروايات محتملة للأمرين أى قول الشيخ و قول المشهور (و كيف كان) فهذا الضمان دائم و ليس بمخصوص بمجىء المالك بل الوارث أيضا كما أفصحت به رواية أبى خديجة و لا يبعد أن يكون كذلك بعد موت الملتقط أيضا لمكان عموم إذا جاء صاحبها (قوله) (الثالث التملك و إنما يحصل بعد التعريف حولا و نية التملك على رأى)

هو خيرة المبسوط و الخلاف فى موضعين منه و الوسيلة و الغنية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و التذكرة فى موضع منها و المختلف و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و الدروس و اللعة و المقتصر و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو المحكى عن التقى و هو المشهور كما فى الروضة و الأشهر كما فى التذكرة و المسالك و الكفاية و عليه الأكثر كما فى المختلف و هو الحق و عليه الفتوى كما فى التنقيح و فى الغنية الإجماع عليه و فى زكاة الخلاف أنه هو المذهب و فى مقابلة هذا القول قول جماعة إنها بعد الحول و التعريف تدخل فى ملكه قهرا و قد نسبه فى الدروس إلى ظاهر النهاية و المقنعة و إلى الصدوقين

و ابن إدريس (قلت) إذا كان ظاهر المقنعة كان ظاهر المراسم و قال في المختلف ليس في المقنعة و المراسم دلالة على أحد القولين (قلت) قال في المقنعة و إن كان الموجود في غير الحرم عرّف سنة فإن جاء صاحبه و إلا تصرّف فيه الذى وجده و هو ضامن له و مثلها عبارة المراسم و ليس فى كلام الصدوقين و الشيخ فى النهاية إلا قولهم إنها كسبيل ماله كما فى جملة من الأخبار و هذا لا ينافى الملك الاختيارى لأن مثل ذلك يقال فى مثل ذلك نعم المصرح به ابن إدريس فى السرائر مدعىا عليه الإجماع و تواتر الأخبار و قد قرّب صاحب الكفاية و قال فى الدروس إنه أشهر و قد نفى عنه البعد فى الرياض مع أنه فى مكانه من البعد من وجوه كما ستعرف و لا أقل من أن يكون كسائر المباحات و قد بينا أنه لا بدّ فى تملكها من النية و كيف يجتمع هذا مع إجماع الخلاف و الغنية و التذكرة على أنه مخير بين التملك و التصديق به و الحفظ للمالك فضلا عن أخبار الخلاف و الفتاوى كما تقدم بيان ذلك كله و ما فى التذكرة من قوله كلما جاز التقاطه يملكك بالتعريف حولا أثمانا أو عروضاً عند علمائنا أجمع فإنه مسوق للردّ على الفارق بين العروض و الأثمان و أصحاب القول الأول اختلفوا فالأكثر على أن الملك يحصل بقصد التملك فقط و لا حاجة إلى اللفظ و لا إلى التصرف و قال الشيخ فى الخلاف لا- تدخل إلا- باختباره بأن يقول قد اخترت ملكها و وافقه على ذلك ابن حمزة و أبو الصلاح و هو ظاهر التذكرة فى موضعين منها و حاصله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٠

و لو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده و إن لم يجدد قصدا (١)

أنه يشترط مع نية التملك التلّفظ و فى التنقيح أن الفتوى على خلافه و ذكر فى المسالك قولاً آخر و هو أنه لا يملك إلا بالتصرف بمعنى كونه تمام السبب و الجزء الأول التعريف و الثانى نية التملك أو لفظه الدال عليه و هذا ليس لأحد من طائفتنا و إنما هو أحد أقوال الشافعى (حجّة المشهور) على عدم التملك قهراً بعد الإجماع المحكى فى الغنية و ظاهر الخلاف و التنقيح الأصل و ظاهر الأخبار (أما الأول) فلأن الأصل بقاء الملك على ملك مالكه و عدم نقله عنه إلا بسبب موجب للنقل و ليس مضى الزمان موجبا له إذ لم يعهد فى الشرع مثله (و أما الثانى) فلورود النص بأنه إذا تصدق بها بعد الحول خير المالك بين الغرم و كون الأجر له و بين عدمه و الأجر للمالك و لو كانت ملكا له كان ثواب الصدقة له لا ينتقل عنه بالغرم و قال أحدهما عليهما السلام فى صحيح محمد فإن ابتليت فعزّفتها سنة فإن جاء طالبها و إلا- فاجعلها فى عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك حتى يجيء لها طالب فإن لم يجى لها طالب فأوص بها فى وصيتك فإن أمره عليه السلام بالإيضاء بها و جعلها فى عرض ماله ظاهر فى إبقائها أمانة و معنى جعلها فى عرض المال أنه يجعلها فى جملة من غير مبالاة و معناه أنه لا يجب عليك عزلها عنه فى مكان وحدها و أنك لا تضمنها بل حالها حال مالك يصيبها ما أصابه قال فى الوافى هذه اللفظة تستعمل فى مثل هذا المعنى يقال يضربون الناس عن عرض أى لا يبالبون بمن ضربوا و منه كل الجبن عرضاً أى اعترضه و اشتره و لا تسأل عن عمله و كأن شيخنا فى الرياض لم يلحظ آخر الخبر و إلا لما أنكر ظهوره فى إبقائها أمانة و يمكن أن يستدل به لما فى الروضة بأنه عليه السلام أمر بجعلها فى عرض ماله و أقل مراتب الأمر الإباحة و ذلك يستدعى أن يكون المأمور به مقدورا و هو لا- يجتمع مع الملك قهراً و ما اعترض عليه به فى الرياض أنه إنما يتم لو كان المأمور به جعلها مالا- و جعلها فى عرض المال غير جعلها مالا- غير سديد لأنهما إن كانتا بمعنى تم استدلال الروضة و إن كانتا غيرين تم الاستدلال الأول بل يتم استدلال الروضة أيضا بناء على أن المراد بجعلها فى عرض ماله جعلها أمانة فيدخل تحت قوله مقدورا و فى الصحيح يعزّفتها سنة فإن لم تعرف حفظها فى عرض ماله حتى يجيء صاحبها فيعطيها إياه و إن مات أوصى بها و هو ضامن و لو كان مالكا قهراً لكان له التصرف فيها كيف شاء و لم يأمره بحفظها (و أوهن) شىء احتمال أن يكون فإن لم يعزّفتها بالتشديد لأنه لو كان كذلك لأمره بالتعريف لا- يحفظها من دون تعريف ثم إن الموجود فى النسخ الصحيحة فإن لم تعرف بالتاء ذى النقطتين من فوق (حجّة السرائر) و ما وافقها ما ادعاه فيها من الإجماع و تواتر الأخبار و قد عرفت ما يعارض ذلك و قال فى المختلف إن ادعاه

الإجماع و تواتر الأخبار خطأ فإن أكثر الأصحاب قالوا إنه لا يملك إلا بالنية بل أبو الصلاح جعل الاحتفاظ و عدم التملك أولى و الأخبار إنما تنطق بما قلناه انتهى (قلت) دليله من الأخبار قولهم عليهم السلام هي كسبيل ماله و قد عرفت الحال في ذلك و أجاب في المختلف بأن التشبيه يدل على المغايرة و إلا لكان اتحادا لا تشبيها و هو يدل على نفي المالية انتهى و قد فسّره في التنقيح بأن التشبيه لا يقتضى الاتفاق في جميع الأحكام و إلا لكان هو هو بل يكفي في مطلق التشبيه الاتفاق في بعض الأحكام و هو هنا كذلك فإنه يشابه ماله في جواز التصرف فيه بأحد الأمور الثلاثة فورد عليه أن الاتفاق في جميع الأحكام لا يستلزم الاتحاد لأنه يكفي في التغير استناده إلى أمر آخر غير الأحكام كتغير الماهية و نحو ذلك (و حجة) الخلاف أن الملك يثبت حينئذ إجماعا و لا دليل على ما سواه و ضعفه في جامع المقاصد بأن حصول الملك لا شك فيه و توقفه على سبب لا يستدعى سببا معينا و الأصل عدم التعيين و ذلك دليل على الاكتفاء بالنية فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها و ليس الدليل منحصر في الإجماع و حاصله أن أحد السببين كاف و أن دليله من الأخبار من وجد شيئا فهو له و نحوه و تظهر الفائدة بين القولين الأولين في اختيار الصدقة و النماء المتجدد و الجريان في الحول و تظهر فائدة الثالث في الأخيرين

(قوله) (و لو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده و إن لم يجدد قصدا)

لأن القصد المذكور صالح لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧١

و لا يفتقر إلى اللفظ و لا إلى التصرف (١) سواء كان غنيا أو فقيرا مسلما أو كافرا (٢) أما العبد فيتملك المولى و لو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف و يتبع بعد العتق (٣) و من اعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية و حكم العبد في الباقي (٤)

يكون سببا لحدوث الملك في الوقت الذي علق به و لا دليل على اشتراط مقارنته لحصول الملك و هذا هو ما أشرنا إليه فيما سلف و قد عرفت من خالف في ذلك

(قوله) (و لا يفتقر إلى اللفظ و لا إلى التصرف)

كما تقدم بيان الأمرين

(قوله) (سواء كان غنيا أو فقيرا مسلما أو كافرا)

قد تقدم فيما سلف أنه حكى في التذكرة الإجماع على أن الملتقط يتخير بين أمور ثلاثة سواء كان غنيا أو فقيرا أو من تحل له الصدقة أو تحرم عليه و في صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام في اللقطة يجدها الرجل الفقير أ هو فيها بمنزلة الغنى قال نعم ثم إن الالتقاط اكتساب و كل واحد منهم صالح له و قال أبو حنيفة إن كان غنيا لم يكن له التملك و به قال الحسن بن صالح و الثوري لقوله صلى الله عليه و آله و سلم فإن وجد صاحبها فليردها عليه و إلا فهو مال الله يؤتية من يشاء و ما يضاف إلى الله عز و جل لا يملكه إلا من يستحق الصدقة

(قوله) (أما العبد فيتملك المولى و لو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف و يتبع به بعد العتق)

قد تقدم الكلام أن العبد يجوز التقاطه إذا لم يأذن له المولى في الالتقاط و لا في التملك و لم ينهه فإذا التقط شيئا صح منه أن يعرّفه كما صح التقاطه فإذا أكمل حول التعريف لم يكن للعبد أن يملكها لنفسه و لا لسيدة (أما الأول) فلأنه ليس أهلا لذاك مطلقا على ما هو المعروف و بدون تمليك السيد على قول بعض أصحابنا و المفروض أن السيد لم يملكه (و أما الثاني) فلأن السيد لم يقع منه نية التملك على أنه على كل من التقديرين لا اعتبار بقصده و إنما يقع الالتقاط منه للسيد إذا شاء كما تقدم بيانه في الضالة فإن اختار العبد التملك على الوجه الذي لو فعله الحر ملك به لم يملك به و تكون العين في يده مضمونة عليه يتبع بها بعد العتق كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و لم يتعرض في الثلاثة إلى أنه يباح له التصرف فيها كما هو ظاهر قوله في الكتاب نعم له التصرف و

لعله نظر في ذلك إلى أن له التصرف بالمباحات إذا حازها كالحوم الصيد و أكل الأعشاب و نحو ذلك من غير توقفه على إذن السيد و اللقطة كأحدها لكنه إنما يتم في المباح من اللقطة كما إذا كانت دون الدرهم فإنه قد تقدم أنها كسائر المباحات إلا أنه لا يكاد يظهر من العبارة و إنما هي مسوقة لما يجب تعريفه و هذا لا يباح التصرف به لأن اللقطة مال الغير فلا يحل التصرف فيها إلا بعد التملك و لا- يحصل إلا- بإذن المولى و المفروض عدمه (و عساك تقول) إنه إذا أذن له في التصرف ساغ له ذلك (قلنا) إن كان الإذن في التصرف يقتضى الإذن في التملك و الدخول في ملك السيد رجع الأمر إلى خلاف الفرض بل لا يتجه قوله و يتبع به بعد العتق و إن كان لا يقتضيه لأنه أعم منه لم يفد إباحة التصرف لأنها تكون باقية على ملك الغير و احتمال تنزيل إطلاق الكتاب على أن المراد بالتصرف تصرف خاص كنحو ركوب الدابة و تحميلها و شرب اللبن و نحو ذلك فإن ذلك يجوز لكل ملتقط عبدا كان أو غيره فلا يتوقف على الإذن جيد جدا لكن فيه أن الظاهر منه خلافه و أنه لا بد في مثل ذلك من المقاصد كما تقدم بيانه فيتبع بالزائد بعد العتق

(قوله) (و من اعتق بعضه حكمه حكم الحرّ في قدر الحرية و حكم العبد في الباقي)

من نصفه حرّ و نصفه رق يصح التقاطه لأن القن عندنا يجوز التقاطه فهذا أولى فإن لم يكن بينه و بين السيد مهابة كانت اللقطة بينهما على النسبة كسائر الاكتسابات و كانا كرجلين و جدا معا لقطه و الأقرب الاكتفاء بتعريف أحدهما و إن كان بينهما مهابة فعندنا كما في التذكرة أن اللقطة تدخل في المهابة و حكمها حكم سائر الاكتسابات و إن لم تكن من المعتادة كالصياغة و الخياطة فإن وقعت في نوبة المولى كانت له و إن وقعت في نوبة العبد كانت له أيضا و أيهما وقعت له فإنه يعرفها و يملكها و الاعتبار بيوم الالتقاط لأنه وقت حصول الكسب لا بوقت التملك فلو وقع الالتقاط في نوبة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٢

و لو نوى أحد الملتقطين اختص بملك نصيبه (١) و هل يملكها مجانا و يتجدد وجوب العوض بمجىء مالكةا أو بعوض يثبت في ذمته إشكال (٢) و الفائدة وجوب عزلها من تركته و استحقاق الزكاة بسبب الغرم و وجوب الوصية بها و منع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني (٣) و تملك العروض كالأثمان (٤) و لا- يجوز التملك إلا بعد التعريف و إن بقيت في يده أحوالا (٥) و يكفي تعريف العبد في تملك المولى لو أراه (٦) و ما يوجد في المفاوز و في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام و إلا فلقطة على إشكال و كذا المدفون في أرض لا مالك لها (٧)

العبد مثلا- و كان انقضاء مدة التعريف في نوبة السيد فالمدار على نوبة الالتقاط و الحكم لها و إن قلنا إن اللقطة نادرة و النادر لا يدخل في المهابة كان الحكم فيها كما لو لم يكن بينهما مهابة و يبقى الكلام في أسابيع التعريف و شهره و التوبة قد تمنع من التعريف و قد لا تمنع

(قوله) (و لو نوى أحد الملتقطين اختص بملك نصيبه)

إذا التقطها اثنان معا دفعه و جب عليهما معا تعريفها حولا- و الأقرب الاكتفاء بتعريف أحدهما لأنه لا يجب على الملتقط مباشرة التعريف فإذا انقضت مدة التعريف و اختارا معا تملكها ملكاها و لو اختارا حفظها لم يملكها أحد منهما و كانت أمانة في أيديهما و لو اختار أحدهما التملك دون الآخر ملك نصفها دون الآخر و بقي النصف الآخر أمانة

(قوله) (و هل يملكها مجانا و يتجدد وجوب العوض بمجىء مالكةا أو بعوض يثبت في ذمته إشكال)

هذه المسألة بعينها هي التي تقدمت في قوله و بنية التملك يحصل الضمان و قد استوفينا فيها الكلام و الظاهر أن هذا منه رجوع عن الجزم إلى التردد و قال في جامع المقاصد كأن المصنف حاول في الأول بيان أن الملك للملتقط يثبت مستقرا ثم أظهر التردد في أن العوض متى يلزمه إذ لا شبهة في أن المالك له استحقاق في ماله إذا علم (قلت) هذا يخالف صريح كلام المصنف أولا و ثانيا

(قوله) (و الفائدة وجوب عزلها من تركته و استحقاق الزكاة بسبب الغرم و وجوب الوصية بها و منع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني)

قد تقدم أن تملك اللقطة و تملكها للمولى عليه ليس استقراضا و لا جاريا مجراه فهذه الفائدة لا تأتي على مذهب أصحابنا (قوله) (و تملك العروض كالأثمان)

إجماعا كما في التذكرة و عليه ينطبق إجماع الغنية و هو قول جمهور العامة أيضا و عن أحمد روايتان هذا أظهرهما عنده و الثانية و عليها أكثر أصحابه أن العروض لا تملك بالتعريف و اختلفوا فيما يصنع بها و هو غلط قطعا إذ الأخبار من الطرفين به متضفرة كأخبار الشاء و العصا و الشظاظ و السفره مضافا إلى إطلاقات الأخبار الأخر و فتاوى الأصحاب (قوله) (و لا يجوز التملك إلا بعد التعريف و إن بقيت في يده أحوالا)

قد تقدم الكلام في آخر الفصل الثاني

(قوله) (و يكفي تعريف العبد في تملك مولاه لو أراد)

قد تقدم الكلام فيه غير مرة

(قوله) (و ما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام و إلا فلقطة على إشكال و كذا المدفون في أرض لا مالك لها)

أول من تعرض لذلك الصدوق في المقنع و قد اختلفت كلماتهم في هذه الفروع الثلاثة (قال) في المقنع و إن وجدت لقطه في دار و كانت عامرة فهي لأهلها و إن كانت خرابا فهي لك (و قال) في النهاية اللقطة على ضربين ضرب منها يجوز أخذه و لا يكون على من أخذه ضمانه و لا تعريفه و هو كل ما كان دون الدرهم أو يكون ما يجده في موضع خرب قد باد أهله و استنكر رسمه و بذلك عبر في السرائر حرفا حرفا و نحو ذلك ما في التحرير و ظاهرهم عدم الفرق بين أن يكون عليه أثر الإسلام أو لم يكن و إلى ذلك أشار بقوله في الغنية و كذا إن وجد فيما لا يعرف له مالك من الديار الدارسة و نحوه ما في فقه الراوندى و ما يوجد في موضع خرب مدفونا لا- من أثر أهل الزمان و وافقهم على ذلك المحقق في الشرائع و النافع و المصنف في التبصرة و الشهيدان في الدروس و المسالك و الكاشاني و الخراساني

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٣

.....

و شيخنا صاحب الرياض و زادوا عليهم ما عدا الشهيد ما يوجد في المفاوز و ما يوجد مدفونا في أرض لا مالك لها مطلقين فيهما أيضا غير فارقين بين وجود أثر الإسلام و عدمه بل هو صريح بعضهم و قد نسبه في الكفاية إلى المشهور و ظاهر الرياض أو صريحه نسبة ذلك كله إلى النهاية و السرائر و لم يزد الشهيد في الدروس إلا الثاني و لم يتعرض للمفاوز أصلا و لعله الموجود في الخربة كما ستسمع أو لأن الخربة تشمل المفازة كما مرّ عن الصحاح و القاموس في بيان العمران و المفازة فلعل من ألحق بها المفاوز نظر إلى ذلك أو إلى أن العلة إنما هي كونها خربة و لا أهل فيها فكانت المفاوز أولى لأن الخربة كانت معمورة مسكونة في بعض الأزمان القريبة ثم انجلى عنها أهلها و المفاوز قد انجلى عنها أهلها من مدة قرون ماضية كما دلت عليه الأخبار أو هي على الدوام بلا أهل فكانت خربة و زيادة كما في مجمع البرهان و غيره و يستفاد من تقييدهم الموجود في الأرض التي لا مالك لها بالمدفون عدم اشتراطه في الأولين بل يملك ما يوجد فيهما مطلقا عملا بإطلاق النص فتأمل جيدا (و فضل) في المبسوط فيما حكى عنه فقال إن كان مدفونا عليه سكة الإسلام فلقطة و إلا أخرج خمسه و الباقي له (و استحسنة) في المختلف و حكاها عن المبسوط في الإيضاح فيما يوجد في الخربة و قواه و حكى التقييد المذكور في التنقيح عن المبسوط في المفازة و الخربة و المدفون في الأرض التي لا مالك لها

بمعنى أن لقطه هذه الثلاثة تملك من غير تعريف إذا لم يكن عليها أثر الإسلام وإلا وجب التعريف وهذا خيرة التذكرة وشرح الإرشاد لفخر الإسلام والمقتصر واللمعة وجامع المقاصد وفي التنقيح أن عليه الفتوى وفي جامع المقاصد والروضة أنه أشهر لكن الموجود في المبسوط بعد ملاحظته في الباب مرارا متعددة وإن وجد في طريق موات وكان ضرب الجاهلية فإن كان على وجه الأرض يكون لقطه وإن كان مدفونا في أرض ميتة فلا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون ضرب الإسلام (و الثاني) أن يكون ضرب الجاهلية (و الثالث) ما لا يعرف هل هو من ضرب الإسلام أو من ضرب الجاهلية فإنه يحكم له بحكم الركاز فخمسه لأهله و الباقي لواجده والظاهر أن هناك سقطا وقال في الإرشاد المدفون في الأرض التي لا مالك لها أو المفاوز أو الخربة فهو لواجده فقصر الحكم في الثلاثة على المدفون من غير تقييد واقتصر في التحرير في موضع آخر على الأول قال من وجد مالا مدفونا في أرض لا مالك لها فهو له ويخرج خمسه إن بلغ النصاب ونحوه ما في المراسم والوسيلة وفقه الراوندى وقد سمعت كلامه في الوسيلة ولا ترجيح في الروضة كما أن المصنف هنا استشكل فكان الأصحاب في المقام على أنحاء متعددة (و يعلم) أن المستفاد من أخبار الباب وكلام الأصحاب أن هذا الحكم إنما هو فيما ليس له مالك موجود يرجى الوصول إليه ولا كذلك غيره من اللقطه فإن له مالكا بالفعل موجودا غير مأبوس منه لكنه غير معين وهنا لا مالك لها لا معين ولا غير معين وإن كان فمأبوس من معرفته (أما) استفادة ذلك من الأخبار فأخبار الباب هي (صحيحة) محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الدار يوجد فيها الورق فقال إن كانت معمورة فيها أهلها فهو لهم وإن كانت خربة قد جلا أهلها فالذي وجد المال أحق به (و صحيحته) الأخرى أيضا عن أحدهما عليهما السلام قال وسألته عن الورق يوجد في دار فقال إن كانت الدار معمورة فهي لأهلها وإن كانت خربة فانت أحق (و الموثق) قضى على عليه السلام في رجل وجد ورقا في خربة أن يعرفها فإن وجد من يعرفها وإلا تمتع بها (و المرسل) في الفقيه وإن وجدت لقطه في دار وكانت عامرة فهي لأهلها وإن كانت خرابا فهي لمن وجدها (و موثقه) إسحاق بن عمار قال سألت أبا إبراهيم عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحو من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه حتى قدم الكوفة كيف يصنع قال فليسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فإن لم يعرفوها قال يتصدق بها ولا ريب أن المراد بالخربة ما جلا عنها أهلها واستنكر رسمها ولم يعلم لها مالك وإلا فلو علم

أن لها مالكا وجب أن يعرف وهذا الورق الذي يوجد في هذا المكان ليس له مالك بالفعل كالذي يجده الناس في الكوفة والمدائن وما خرب من بسر من رأى فالظاهر أنه المال الذي هلك صاحبه و باد أو انجلى عن جميع تلك البلاد ولهذا اشترطوا جميعا كونه في خربة ويرشد إلى ذلك قول أبي العباس في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٤

.....

المهذب والمقدس الأردبيلي إن المأخوذ من المفاوز يؤخذ فيه اليأس من المالك بل في مجمع البرهان أن هذا الشرط من المعلوم ويشهد على ذلك أن الأصحاب فهموا منها ذلك لأنهم ألحقوا بها الفلاة والبرية والمفازة لأنها خربة وزيادة كما مر وألحقوا بها المدفون تحت الأرض التي لا مالك لها سواء كانت في العمران أو الفلاة لاشتراك الجميع في عدم المالك بالفعل أو اليأس منه ولو لا أنهم فهموا منها ذلك لما صح الإلحاق لبعدها بين الخربة والفلاة وجعلوا ما يوجد على وجه الأرض التي لا مالك لها في العمران لقطه لأن مثل ذلك له مالك بالفعل لكنه غير معين فاشترطوا في هذا الدفن دون الأولين وقد وصفت الخربة في النهاية والسرائر والتحرير بكونها قد باد أهلها واستنكر رسمها ونحو ذلك الصحيح وقد سمعت ما في الغنية وفقه الراوندى وليس هو إلا لأن ما يوجد فيها حيث تكون كذلك لا مالك له بالفعل أو مأبوس من الوصول إليه ولذلك اشترط في المبسوط وما وافقه في كونه لواجده أن لا يكون عليه أثر الإسلام وقالوا لو كان عليه أثر الإسلام كان لقطه و وجهه أنه حيث يكون عليه أثر الإسلام يكون له

مالك بالفعل لكنه غير معين فيجب تعريفه و أما إذا لم يكن عليه أثر الإسلام فإنه يعرف أنه لا- مالك له بالفعل كما هو الغالب المشاهد في الأخير بل لعل أثر الإسلام في كلامهم كناية عن وجود مالك بالفعل و عدم أثره عبارة عن عدمه أو اليأس منه فلو وجد سيفاً أو ثوباً أو قباءً و نحو ذلك في الخبرة أو الفلاة و جب تعريفه لكن هذا إنما يلائم ما حكوه عن المبسوط مختارين له من دون ذكر توجيهه (و أما) من وجهه بأن سبق أثر الإسلام يدل على سبق ملك المسلم فتوجيهه على ما فهمناه أن سبق يد المسلم يقضى بأن له مالكا بالفعل غير معين و يرشد إلى ذلك أنه أجاب في التذكرة عن الموثقة بحملها على ما إذا كان على الورق أثر الإسلام أو على أن المالك معروف و مراده أن لها مالكا معروفاً لكنه غير معين و لا- يمكن أن يريد المعروف المعين لأنها حينئذ لا- تحتاج إلى التعريف مع أنه عليه السلام قضى أنه يعزفها كما هو واضح ظاهر و الغرض الآن بيان المراد من كلام الأصحاب سواء كان هذا التفصيل صحيحاً أو لا و يرشد إلى ذلك أيضاً قولهم لو التقطه في الصحراء عرفه في أي بلد شاء كما تقدم الكلام فيه مستوفى و قد قلنا هنا إن مرادهم أنه التقط فيها ما يعلم أو يظن أن له مالكا بالفعل لكنه غير معين و إلا لأشكل الجمع بل لا يمكن الجمع إذ الصحراء و الفلاة و المفازة و البرية و القفر هنا بمعنى كما تقدم بيانه بل قد عبر في النافع و كذا التنقيح بالفلاة هنا بدل المفاوز و يرشد إلى ذلك أيضاً أن الشيخ في المبسوط على ما وجدناه فيه و صاحب الوسيلة و الراوندى و المصنف في الإرشاد و التحرير قصروا الحكم على المدفون لأنه أبعد عن احتمال شبهة وجود المالك بالفعل بل قد صرح في المبسوط بأن ما كان على وجه الأرض الموات مضروباً بسكة الجاهلية لقطه كما سمعت (و ليعلم) أن أحداً من الأصحاب لم يقصر الحكم على الدار و لا على الورق كما في الأخبار بل فهموا العمومات (العموم خ ل) و عدم الفرق و في مجمع البرهان كأن عدم الفرق بالإجماع هذا تمام كلام الأصحاب في المقام و يأتي الكلام في الأدلة (و أما) كلامهم في باب الخمس فظاهر الدروس الإجماع على أن المدفون في دار الإسلام في أرض موات لا مالك لها لقطه لو كان عليه أثر الإسلام حيث اقتصر على نسبة الخلاف إلى الخلاف و في المدارك و الكفاية و المفاتيح نسبتته إلى أكثر المتأخرين و به صرح في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الكتاب و الإيضاح و المسالك و الروضة مستندين في ذلك إلى الموثقة و إلى أنه مال ضائع عليه أثر ملك إنسان و وجد في دار الإسلام فيكون لقطه كغيره و إلى أن أثر الإسلام يدل على سبق يد المسلم و الأصل بقاء ملكه و هذا الأخير هو عمدة أدلتهم و لا- يخفى عليك اختلاف كلام المحقق و المصنف و الشهيد في البابين (و يجاب) عما احتجوا به بأن الرواية غير دالة على هذا التفصيل و الجمع بينها و بين الصحيحين غير منحصر في هذا التفصيل الذي لا

شاهد عليه بل و لو ضمنا إلى أثر الإسلام كونه في بلاد الإسلام لأنه ممكن بما حكينا عن التذكرة من ثانی الوجهين أو يحمل الصحيحين على الاستحقاق بعد التعريف هذا كله بعد فرض التكافؤ على أنه قد قيل إنها أي الموثقة قضية في عين و ليس كذلك لعدم وجود معيارها فيها لا كما في الرياض و ما اعترض به على الجمع فيه أي الرياض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٥

.....

باستلزام حمل الصحيحين على الفرد النادر إذ الغالب في بلاد الإسلام التي هي موردهما أي الصحيحين كون الدراهم و الدينارين مسكوكه بسكة الإسلام فمدفوع بأن الغالب فيما يوجد في الثلاثة عدم كونه مسكوكاً بها كما هو مشاهد فيما يلتقطه الناس من الكوفة و الشامات بل في زمن ورودهما كاد ينحصر ما يوجد في الخرابات في غير مضروب الإسلام كما هو واضح (و يجاب عن الثاني) بأن المتبادر من اللقطة المال الضائع على غير هذا الوجه و إطلاقها على المال المكنوز أول ممنوع على أنه يلزم من ذلك عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره (و عن الثالث) بأن وجود أثر الإسلام لا يقتضى جريان ملك المسلم عليه إذ يمكن صدور الأثر من غير المسلم ليعامل به المسلمون أو نحو ذلك كما اعترفوا في الموجود في دار الحرب فإنهم قالوا إنه لو وجدته و إن كان عليه أثر الإسلام و

لا- نعلم أحدا يشترط في اللقطة أن تكون ملكا لمسلم بل هي المال الضائع لمسلم أو ذمی أو معاهد ثم إنه ليس كل مال علم أنه لمسلم يكون لقطه هذا المال المجهول المالك لا يعرف بل يتصدق به عند اليأس من صاحبه فتأمل (ثم إنه) من المعلوم بحسب العادة والقرائن أنا إذا وجدناه في خربة مثل الكوفة نحكم بأنه مما خرج عن ملك أول من وصل إليه فتأمل وأيضا لا ينحصر كونه لمسلم في كونه مسكوكا بسكة الإسلام إلا أن تقول إن ذلك على طريق المثال فينبغي أن يكون مطمع نظرهم إلى ما ذكرناه من أن المدار في اللقطة على مال له مالك بالفعل لكنه غير معين وغير مأیوس من معرفته والمدار فيما نحن فيه على اليأس من ذلك وأوضح طرق اليأس كونه غير مسكوك بسكة الإسلام لكونه مطردا لا يتخلف في المسكوك بسكة عادية ونحوها من ضروب الجاهلية وإلا فأدلتهم كما رأيت مع ذهاب معظمهم إلى ذلك وقد سمعت ما في الدروس من ظهور دعوى الإجماع أو الإيذان به ويمكن أن يستدل لهم بإطلاق الصحيح الناشئ من ترك الاستفصال عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة كيف يصنع قال يعزفها سنة فإن لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها قيعطها إياه وإن مات أوصى بها وهو لها ضامن إذ لا تفصيل فيه بين كون الدرهم في الفلاة أو العمران (فإن قلت) ولا تفصيل فيه بين كونه عليه أثر الإسلام أو لا (قلت) أصحاب القول الآخر على ما فهم جماعة من مشايخنا المعاصرين يقولون إنه لواجده من دون تعريف سواء كان عليه أثر الإسلام أو لم يكن درهما كان أو ثوبا فكان بإطلاقه حجة عليهم في إطلاقهم والمخالف في باب الخمس الشيخ في الخلاف وابن إدريس في السرائر وابن زهرة في الغنية حيث لم يفصلوا وقد يظهر ذلك من النهاية والوسيلة لكنه قال في الغنية فيما إذا كان المدفون في ملك مسلم أو ذمی ولم يعرفه أنه يكون لقطه إذا كان عليه سكة الإسلام (و كيف كان) فقد استدلل للشيخ في النهاية وابن إدريس والمحقق ومن وافقهم في المقام وللشيخ في الخلاف ومن وافقه في باب الخمس بالصحيحين وورودهما في الورق والدار لا يقضى بالاختصاص حتى تكونا أخص من المدعى لعدم القائل بالفصل وقد سمعت ما في مجمع البرهان (ثم) إن ذلك يستلزم ثبوت الحكم في المفازة والمدفون تحت الأرض بالأولوية كما سمعته وقد عرفت الحال في أدلة المبسوط وما وافقه في البابين والإجماع الظاهر من الدروس لم نتحققه وظهور الإجماع ليس بإجماع فيحصل من ذلك على ما فهمه بعض من عاصرناه أن كل ما يوجد في المفازة والخربان أو كان مدفونا في أرض غير مملوكة من درهم ودينار وسيف وكتاب و ثوب ونحو ذلك فهو لواجده من دون تعريف كما هو الشأن فيما يوجد في جوف الدابة من دراهم أو دنانير أو جوهرة أو غير ذلك كما هو نص الصحيح الوارد فيه وعليه فيه المعظم ولا فرق بين بطن الدابة والأرض مع أن الوارد فيما نحن فيه صحيحان مع حكاية الشهرة في الكفاية مضافا إلى أنه لا يصدق على المدفون في بطن الأرض أنه لقطه فلا معنى لتعريفه وإن وجد عليه أثر الإسلام (و فيه أولا) أنك قد عرفت ما هو المستفاد من أخبار الباب وكلمات الأصحاب المطلقين والمفصلين (و ثانيا) أنك عرفت أيضا أنه معارض بقولهم ولو التقطه في الصحراء عزفه في أي بلد شاء من دون نقل خلاف وبقولهم إن ما لا بقاء له مما يلتقط في الطريق أنه يتخير بين البيع وتعريف الثمن وبين التقييم والتملك والتعريف حولا وقد تقدم أن ظاهر التذكرة الإجماع عليه وبقولهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٦

ولو كان لها مالك فهو له (١) ولو انتقلت عنه بالبيع إليه عرفه فإن عرفه فهو أحق به وإلا فهو لواجده (٢)

فيما نقل قيمته وتكثر منفعته إنه إذا بلغ الدرهم إنه يعرف كالإداوة والقربة والنسليين ولا يمكن الجمع إلا بما فهمناه أو بالفرق بين المفازة والصحراء والبرية والفلاة وقد عرفت أنه مما لا- يصغى إليه (و ثالثا) أنه كما يستفاد من أخبار اللقطة أنها المال الضائع كذلك يستفاد منها أنها المال الذي له مالك بالفعل موجود ولكنه غير معين فمتى وجد هذا وجب التعريف إلا أن يحصل اليأس كما قدمنا والفارق بين بطن الدابة وبطن الأرض هو النص الصحيح الصريح السالم عن كل ما ورد على الصحيحين فيما نحن فيه على أن جماعة مخالفون فيما في جوف الدابة كما ستعرف على أن المناسب التنظير لما نحن فيه بالدابة الغير المملوكة كالذي يوجد في

بطن السبع و الغزال و هم يقولون بتعريفه إذا كان عليه أثر الإسلام و شهرة الكفاية هنا معارضةً بشهرتها فى باب الخمس مع زيادة المدارك و المفاتيح و بما تؤذن به عبارة الدروس من دعوى الإجماع و هذا منا من باب التنزل و التسليم و المماشة لبعض مشايخنا المعاصرين كما عرفت و إلا فقد عرفت أن المطلقين إنما يريدون به ما قدمناه من أنه المال الذى لا مالك له بالفعل يرجى وصوله إليه و المدار عندهم على العلم أو الظن بذلك الجارى فى العرف مجراه سواء كان عليه أثر الإسلام أو لا و المفصلون يقولون إنا لا نعلم ذلك أو لا- نظنه إلا- بعدم وجود أثر الإسلام كما أن الشرط فى ذلك أن يكون فى خربة أو مفازة أو مدفوناً لكن الظاهر أن ذكر الخربة و المفازة و الدفن فى الأخبار و كلام الأصحاب و ذكر عدم أثر الإسلام فى كلام من عرفت أنما هو لبيان ما يتحقق به اليأس من المالك و عدم الظفر به فلو حصل اليأس بغير ذلك كان الحكم كذلك كما إذا وجدته فى جوف بحر أو نهر عظيم كما صرح به فى المراسم و كما إذا قطع صاحب الفندق بأن هذا المال للزوار الذين لا يعرفهم و لا يعرف بلادهم و قطع بأنهم لا يرجى عودهم نعم إن حصل اليأس من عدم التعريف لعذر أو لغير عذر كأن بقيت عنده أحوالاً من دون تعريف حتى حصل له القطع باليأس من المالك كان بالخيار بين أن يتصدق بها كالمال المجهول و إن شاء عرّفها و تملكها و إن كان التعريف لا يجدى ليأسه من المالك كما أنه لو عرفها كان له أن يملكها و إن لم ييأس من المالك عملاً- فى الأمرين بإطلاق النصوص و الفتاوى كما تقدم و لا كذلك المال المجهول المالك فإنه إن يئس من مالكة تصدق به فى الحال و إن لم ييأس منه لا يجوز له التصدق به و إن بقى مائة عام و لا يجوز له تملكه فى حال و قد عرفت جميع موضوعاته فى باب الوديعة بما لا مزيد عليه و حاصله أنه المال الغير الضائع الذى وصل إليك من مالكة بلا واسطة أو بواسطة

(قوله) (و إن كان لها مالك فهو له)

قضاء لئيد لأنه قد يكون هو الذى دفنه قال فى الخلاف إذا وجد ركازاً فى دار ملك لمسلم أو ذمى فى دار الإسلام لا يتعرض له إجماعاً و لعل معناه أنا ليس علينا أن نسأله عن ذلك و لا عن السبب الذى ملكها به أ هو الإحياء حتى يكون كالموجود فى المباح أو الابتياح حتى توجب عليه تعريف البائع إن لم يكن دخل الكثر فى المبيع بل يجب على الواجد إن كان مستعيراً أو مستأجراً أو نحو ذلك أن يعرفه فإن عرفه فهو له و إلا يعرفه فهو للواجد كما نص عليه فى الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و التبصرة و اللمعة و التنقيح و المسالك و الروضة و خمس الكتاب و التذكرة و قد سمعت ما فى المقنع و قال فى خمس التحرير إن وجدته فى أرض مملوكة لمسلم أو معاهد فهو لصاحبها إن اعترف به و إلا فلاؤل مالك و إن لم يعرفه ففى تملك الواجد إشكال و فى الغنية إن وجد مدفوناً فى ملك مسلم أو ذمى و جب تعريفه فإن عرفه أخذه و إن لم يعرفه و كان عليه سكة الإسلام فهو بمنزلة اللقطة و إن لم يكن كذلك كان بعد إخراج الخمس لمن وجدته دليل الإجماع و الكلام أنما هو فى المدفون و ستسمع ما فى النافع و تمام الكلام فى المسألة الآتية

(قوله) (و لو انتقلت عنه بالبيع عرفه البائع فإن عرفه فهو أحق به و إلا فهو لواجده)

كما صرح بذلك كله فى المقنعة و النهاية و المراسم و الشرائع و النافع و التحرير فى الباب و فى الرياض أنه لا يجد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٧

و هل يجب تتبع من سبقه من الملاك إشكال (١)

فيه خلافاً و فى الكفاية ما يوجد مدفوناً فى أرض كان لها مالك أو بائع فالمشهور أنه يعرف المالك أو البائع فإن عرفه فهو له و إلا فهو لواجده و كلام المصنف و الجماعة أنما هو فى المدفون و قال فى الروضة لو وجدته فى المملوكة غير مدفون كان لقطعة إلا أنه يجب تقديم تعريف المالك فإن ادّعاه فهو له و إلا عرفه لكن فى النافع و الرياض لو وجدته فى أرض لها مالك أو بائع و لو كان ما وجد فيها مدفوناً عرفه المالك و البائع فإن عرفه و إلا فهو لواجده فعمما الحكم لغير المدفون بل جعلوا الحكم فيه أجلى بل نفى عنه

الخلافة فى الرياض و هو يخالف قواعد اللقطة (و قضية) كلام المحقق فى خمس الشرائع و المصنف فى خمس الإرشاد و كذا الكتاب فى المقام أن ذلك إذا لم يكن عليه أثر الإسلام و إن كان عليه أثره فلقطة كما هو صريح المبسوط و التذكرة فى البابين و التحرير و الكتاب فى الخمس و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و قد سمعت ما فى الغنية و فى التنقيح أنه إن كان عليه أثر الإسلام فلقطة إجماعاً و إن لم يكن فللشيخ فيه قولان أحدهما أنه لقطة و الثانى أنه لو واجده و عليه الفتوى و مع ذلك قال فى الكفاية إن الأكثر على عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره (و إطلاق) كلامهم يقضى بعدم الفرق بين القليل و الكثير و به صرح فى المسالك و لعله للأصل و اختصاص ما دل على تملك القليل من دون تعريف باللقطة و هذا ليس منها لكنه إنما يتم على القول بعدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره و أما على القول بالفرق فإن ما عليه أثر الإسلام لقطه و فى معنى البائع من انتقل عنه بغير البيع من أسباب التملك كما نص عليه جماعة و ظاهر إطلاق جماعة و صريح آخرين كالمصنف و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم أنه إن عرفه المالك أو البائع يدفع إليه من غير بينة و لا يمين و لا وصف و قد استدلت المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهما على أنه يدفع إلى المالك أو البائع إذا عرفه بالصحیحين و قال فى المسالك أيضاً إن إطلاق الحكم أى من المحقق بكونه لو واجده مع عدم اعتراف المالك أو البائع به الشامل لما عليه أثر الإسلام و عدمه تبع لإطلاق النص (و قد يقال) ليس فى الصحیحين دلالة على شىء من الحكمين لأن فى أحدهما إن كانت أى الدار معمورة فيها أهلها و هو المراد بالمعمورة فى الآخر (و يجاب) بأن المراد بالمعمورة التى فيها أهلها فى الخبرين التى ما هلك أهلها و بادوا و لا انجلوا عنها و بعدوا كما يدل عليه مقابلتها بالخربة نعم لا دلالة فيهما على الحكم الثانى أعنى كونه لو واجده مع عدم اعتراف المالك أو البائع و لعله لذلك استشكل فى التحرير مع قوله عليه السلام فى موثقة إسحاق التى قد سمعتها يتصدق بها و إن حمل على الاستحباب و لا يصح أن تراد بالنص فى قوله لإطلاق النص (و يمكن) الاستدلال عليه بالصحیح الوارد فيما يوجد فى جوف الجزور و البقرة فإنه حكم فيه بأنه يعرفه البائع فإن لم يعرفه فالشئ له فىكون من باب تنقيح المناط لعدم الفرق بين الأرض و الدابة فتأمل (و يستدل) به أيضاً على تعريف البائع أو المالك إذ الصحیحان خاليان عنه و تعريف المالك غير الدفع إليه و به يفرق بينه و بين ما سبق على تأمل فيه و بموثقة إسحاق التى أشرنا إليها فإنه عليه السلام أمره بأنه يسأل أهل المنزل و يمكن الاستدلال على الجميع بإجماع الغنية المعتضد بالشهرة بل الإجماع معلوم على تعريف المالك و أنه إن عرفه كان له و إن لم يعرفه فهو للواجد إن (و إن خ ل) لم يكن عليه أثر الإسلام (و منه) يعلم الحال فى مناقشة صاحب المدارك فى وجوب تعريفه لذى اليد إذا احتل عدم جريان يده عليه لأصل البراءة و أصل عدم التقدم مع أن الأصل الثانى معارض بمتله و الحال فى إجماع التنقيح على أنه لقطه إذا كان عليه أثر الإسلام ما عرفت من حصول اليأس و عدمه و لذلك اشترط عدمه هنا من اشترط

(قوله) (و هل يجب تتبع من سبقه من الملاك إشكال)

قال فى الإيضاح ينشأ من وجود المقتضى و عدم النص فإنه جاء بتعريف البائع له (قلت) لا نص فى المقام كما تقدم و إنما هو فى الدابة و لعله نقح المناط و مراده بالمقتضى أنه كان فى يده و لم يعلم الانتقال عنه (و الأولى) أن يجعل منشأ الوجه قولهم إنه للواجد إن لم يعرفه المالك أو البائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٨

و كذا التفصيل لو وجده فى جوف دابة (١) أما لو وجده فى جوف سمكة فهو لو واجده (٢)

كما عرفت و وجوب التتبع خيرة التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية بعض ذكره فى الباب و بعض فى الخمس قالوا فيجب عليه تعريف كل من جرت يده على المبيع مقدماً الأقرب فالأقرب و لعل المراد بالبائع فى كلام من أطلق الجنس ليشمل القريب و البعيد و هل يجب (يجرى خ ل) ذلك فى المستأجر و المستعير احتمالان (قوله) (و كذا التفصيل لو وجده فى جوف دابة)

يعنى أنه يعرّفه البائع فإن عرفه فهو أحق به و إلا فللواجد كما هو المحكى عن على بن بابويه و القاضى و هو خيرة المقنع و المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و التنقيح و المفاتيح و كذا المسالك بعض ذكره فى الباب و بعض فى باب الخمس و نسب فى التذكرة إلى علمائنا أنه يجب عليه تعريف البائع فإن عرفه و إلا فهو للواجد و فى المذهب البارع و المقتصر يجب على المشتري تعريف البائع إجماعا و فى الروضة أن ظاهر الفتوى و النص عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره و فى المدارك أطلق الأصحاب من غير فرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره بل الظاهر كون الدراهم فى ذلك الوقت مسكوكة بسكة الإسلام و فى جامع المقاصد ينبغى أن يقال مع وجود أثر الإسلام يكون لقطعة لكن الصحيحة على خلافه و هذا التقييد قد يظهر من خمس الشرائع و هو خيرة المختلف و المسالك فى الخمس و الروضة فى الباين بل نفى البعد فى المختلف فى آخر كلامه عن القول بوجود التعريف لما يجده فى بطن الدابة مطلقا سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا و هو الذى استقر عليه رأيه فى جامع المقاصد ذكره فى مسألة السمكة و قال إنه هو الذى يقتضيه النظر و لعله لا وجه لذلك كله بعد تطابق الفتاوى و النص الصحيح على الإطلاق (ففى) صحيحة عبد الله بن جعفر قال كتبت إلى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقرة للأضاحى فلما ذبحها وجد فى جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جوهرا لمن يكون ذلك قال فوقع عليه السلام عرفها البائع فإن لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله إياه و يستفاد منها أيضا أنه لا يجب تتبع من جرت يده على الدابة من الملاك و هو كذلك إذ من الجائر عدم جريان ذى الملك المتقدم على هذا الموجود بل لو علم تأخر ابتلاع الدابة لما وجد فى جوفها عن البيع لم يبعد سقوط تعريف البائع و فى جامع المقاصد أنه يعرفه البائع فإن عرفه فهو له و إلا فمن قبله و الوجه فى وجوب تعريف البائع سبق يده و ظهور كونه من ماله دخل فى علفها لبعده وجوده فى الصحراء و اعتلافه و المراد بالدابة فى كلامهم الأهلية المملوكة بالأصل ففارت السمكة قال فى المختلف و لما كانت الأحكام الشرعية غالبا منوطه بالغالب دون النادر و كان الغالب فيما تبتلعه الدابة أنه من دار البائع و فيما تبتلعه السمكة من البحر أوجب الشارع التعريف للأول دون الثانى حتى أنا لو عرفنا تضاد الحال فى الباين حكمنا بضد الحكمين و هى أعم من أن تكون فرسا أو غيرها و إن كانت فى عرفهم تنصرف إلى الفرس لأن ذلك قضية كلامهم و دليلهم و قد سها القلم فى جامع المقاصد فأثبت على بن جعفر مكان عبد الله بن جعفر الحميرى و تبعه على ذلك الشهيد الثانى فى الروضة و موضعين من المسالك (و من الغريب) ما فى المذهب البارع فإنه ذكر بعد ما نقلناه عنه أنفا تذبذبا سماه تحصيلا قال إذا وجد شيئا فى جوف دابة فإن كان عليه أثر الإسلام فهو لقطعة قاله الشيخ فى المبسوط و هو مذهب الأكثر و فى النهاية أطلق القول بتملك المشتري له مع عدم معرفة البائع و تبعه ابن إدريس و إن لم يكن عليه أثر الإسلام و عرفه البائع فهو أحق به و إن لم يعرفه ملكه الواجد و عليه الأصحاب انتهى و أنت قد عرفت كلام الأصحاب جميعا

(قوله) (أما لو وجدته فى جوف سمكة فهو لواجده)

كذا أطلق الأصحاب كما فى التذكرة و جامع المقاصد و كذا الكفاية و ستمتع ما فى المذهب البارع و المقتصر و التنقيح و به صرح فى المقنعة و النهاية و الوسيلة و الشرائع فى موضعين منها و كشف الرموز و الكتاب و الإرشاد فى الخمس و التحرير فى موضع منه و الإيضاح و اللمعة و هو المحكى عن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٧٩

.....

القاضى و قال فى الرياض عليه المتأخرون قاطبة و ستمتع كلام باقى المتأخرين و فى التنقيح أن الفتوى على ما ذكره الشيخان بتفصيل تسمعه و قال فى المراسم إن ما يوجد فى بطون ما يذبح للأكل و السموك إن انتقل إليه بميراث أو من بحر و ماء أخرج خمسه و الباقي ملكه فإن انتقل إليه بالشراء عرّف ذلك البائع فإن عرفه ردّه إليه و إلا أخرج خمسه و الباقي له و قال فى السرائر لا فرق بين

الحيوان المذبوح و السمكة إذا وجد في جوفها شيئاً في أنه يجب تعريفه للبائع قلّ عن الدرهم أو كثر فإن عرفه و إلا أخرج خمسة و كان له الباقي لأن البائع باع هذه الأشياء و لم يبع ما وجده المشتري فلذلك وجب تعريف البائع و الذي حققه في المختلف أن الموجود إما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا- فإن كان وجب تعريفه من البائع و غيره لسبق ملك المسلم عليه و يكون حكمه حكم اللقطة لأنه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولا إذ الحيوان هنا كالأله و إن لم يكن عليه أثره فليس بيعه من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن السمكة مما ليس أصله البحر أما إذا كان أصله البحر فلا و قد اختاره في كتابه أبو العباس و نفى عنه في التذكرة البأس لكن قال ما كان أصله البحر للصيد و قضيته أن المشتري يعرفه البائع و قال في المذهب إن المستند إجماع علمائنا و إطلاق سلّار يحمل على التفصيل و لا عبرة بندور ابن إدريس و قال في موضع آخر من التحرير لو اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي له فإن باعها الصيد و لم يعلم فيه قولان (أحدهما) أنه يعرفها البائع فإن طلبها كان له أخذها و هو الوجه عندى (و الثانى) للمشتري و كذا لو وجد في جوفها عنبرة أو شيئاً مما يخلق في البحر و لو وجد دراهم أو دنانير فالوجه أنها لقطعة فإن وجدها الصيد لزمه التعريف و إن وجدها المشتري فعليه التعريف ثم قال و أطلق علمائنا القول في ذلك فأوجبوا تعريف البائع فإن عرفها فهي له و إلا- أخرج خمسة و حل له الباقي انتهى و قد عرفت ما أطلقه علمائنا و فصل في التنقيح بأن ما عليه أثر الإسلام في بطن السمكة يجب تعريفه و ما ليس عليه أثره فإن اشترطنا في تملك المباحات النية فهو للواجد و إن لم نشترط نظرنا في الغالب من حال الحيوان و الغالب أن الدابة تبتلع من دار البائع و السمكة من البحر و قد ينعكس لكنه نادر ثم قال فالفتوى إذن على ما ذكره الشيخان و قال في جامع المقاصد إن الذى يقتضيه النظر أن ما فى جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة و ليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الأصحاب و ما عداه لقطعة و هذا خيرة الروضة و خمس المسالك و ظاهر النافع و لقطعة المسالك التردد و لا ريب أن إطلاق الحكم فى السمكة مبنى على الأصل و الغالب فيها من كونها مباحة بالأصل مملوكة بالاصطيد فيندفع اعتراض جامع المقاصد عن العبارة فلو كانت مملوكة كالموجودة فى ماء محصور مملوك فحكمها حكم الدابة كما أن الدابة لو كانت مباحة الأصل فحكمها حكم السمكة فإطلاق الحكم فيها مبنى على الغالب مضافاً إلى قرينه مستند الحكم فيهما و قد سمعت ما فى المختلف و لما كان ملك المباحات متوقفاً على الحيازة و النية المتوقفة على العلم بالتملك لم يتوجه ملك الصيد لما فى بطنها من المال لعدم شعوره به فكان لواجده (و يدل) على توقف ملك المباحات على النية ما استفاض من النصوص المروية فيما حكى فى قصص الأنبياء و الأمالى و تفسير مولانا العسكرى عليه السلام و الكافى حيث تضمنت تقريرهم عليهم السلام لجماعة كثيرين فى تصرفهم فيما وجده فى جوفها بعد الشراء من دون تعريف مع اشتغالها على المعجز و أسانيدها تجربها الشهرة و يعضدها الإجماع الظاهر من المختلف و كذا التذكرة قال فى المختلف إن أصحابنا لما لم يفتوا بالتملك للبائع مع عدم معرفة ما فى جوفها دلّ على بطلان القول بعدم اشتراط النية فى تملك المباحات و على اشتراطها فى تملكها و هذه هى الدقيقة التى أشار إليها المصنف بقوله و تحته دقيقة و احتمال فى جامع المقاصد أن ذلك لا يعدّ حيازة لأن حيازة الشيء أخذه و حفظه و الاختصاص به و لا يكون ذلك إلا مع العلم (و فيه) أن اشتراط العلم غير واضح لأن مرجع الحيازة إلى الاستيلاء و وضع اليد فاعتبار أمر آخر لا دليل عليه و المسألة موضع تردد

للمصنف فى كتاب الشركة من الكتاب و التحرير و للمحقق فى كتاب شركة الشرائع و اختلف كلام المبسوط فى مواضع حكم بالتوقف على النية و عكس فى مواضع كما يأتى بيانه فى كتاب الشركة و خيرة شركة الإيضاح و المسالك التوقف على النية و هناك قول ثالث و هو الاكتفاء بالحيازة مع عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٠

و تحته دقيقة (١) و لو وجد فى صندوقه أو داره مالا و لا يعرفه فهو له إن لم يشاركه فى الدخول غيره و إلا فلقطة (٢) و لو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط لأن له التملك و الصدقة (٣)

نية عدم التملك و هو خيرة شركة جامع المقاصد (و كيف كان) فالقول بالتوقف هو الصحيح لما سمعت مضافا إلى أن الأصل عدم الملك في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازة و النية معا و بقي الباقي و تمام الكلام في باب الشركة فإننا ذكرنا هناك أدلتهم جميعا و بينا الحال فيها و فيما ذكر هنا بلاغ و أما حديث أثر الإسلام و عدمه فقد عرفت أن المدار فيه على اليأس من المالك و عدمه (قوله) (و تحته دقيقة)

و هي أن تملك المباحات يحتاج إلى نية و إلا لكانت للصيد كما تقدم

(قوله) (و لو وجد في صندوقه أو داره مالا و لا يعرفه فهو له إن لم يشاركه في الدخول غيره و إلا لقطعة)

كما في النهاية و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و قد نسبه في جامع المقاصد إلى إطلاق الأصحاب و في الرياض أنه لم يظهر له في الحكمين خلاف و في جامع المقاصد ينبغي أن يقيد بما إذا كان المشارك غير محصور فإن كان محصورا و جب تعريف المشارك خاصة لكن يشكل كونه ملكا له إذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه و لذلك أطلق الأصحاب (قلت) النص ورد في المشارك الكثير منطوقا و لا يدل مفهومه في الشق الثاني إلا على أنه ليس له إذا أدخل أحد غيره يده و هو كذلك و ذلك لا يدل على أنه لقطعة و إطلاق الأصحاب لا بد من تقييده في الشق الثاني (و يشكل) كونه لقطعة من وجوه فيما إذا كان المشارك واحدا لا غير و النص صحيح جميل بن صالح قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل وجد في بيته دينارا قال يدخل منزله غيره قلت نعم كثير قال هذه لقطعة قلت فرجل وجد في صندوقه دينارا قال يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئا قلت لا قال فهو له و قد احتمل وجوب تعريف المشارك المحصور خاصة الشهيد الثاني و الكاشاني و نفى عنه البعد الخراساني و استحسنة شيخنا صاحب الرياض لأنه بعدم اعتراف المشارك يصير كأنه لا- مشارك له فيه و يمكن تنزيل إطلاق النص و الفتوى عليه إذا كان هو المالك دون المشارك و كان نافيا له عنه على أن النص تضمن الكثير كما عرفت بل قد استظهر المقدس الأردبيلي أن التعريف للمشاركين و من يحتمل كونه لهم على وجه الإعلام لا تعريف اللقطعة و قد عبر في النهاية و الكفاية بأن حكمه حكم اللقطعة فتأمل و قد اتفقت كلمتهم على التعبير بالدار و الصندوق و الموجود في الخبر البيت و كأنهم أشاروا بذلك إلى عدم الاختصاص و أن الحكم جار في كل مشترك محتمل و مختص غير محتمل إلا- له و قد دلّ الخبر على حكم الدار المختص بالمفهوم و على المشترك بالمنطوق و في الصندوق بالعكس و في المسالك و الكفاية أن ذلك أي كونه للواجد إذا لم يقطع بانتفائه عنه و إلا كان لقطعة و نفى عنه البأس في المفاتيح و في الروضة ينبغي أن يكون لقطعة و في مجمع البرهان أنه يتبع قطعه (قلت) النص و الفتوى مطلقان مع عدم صدق اللقطعة على مثله على الظاهر فالانطلاق مع الإطلاق أشبه بأصول الباب مع أن الأصل البراءة من وجوب التعريف و لا ينافيه القطع لأنه قد يعرض له النسيان حتى يقطع بانتفائه عنه و قد يكون مما بعثه الله سبحانه و تعالى له فتأمل و في الروضة أنه لا فرق في وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم و ما زاد لا اشتراكهم في اليد بسبب التصرف قال و لا يفتقر مدعيه منهم إلى البيئنة و لا الوصف لأنه مال لا يدعيه أحد و لو جهلوه جميعا فلم يعترفوا به و لم ينفوه فإن كان الاشتراك في التصرف خاصة فهو للمالك منهم و إن لم يكن فيهم مالك فهو للمالك و إن كان الاشتراك في الملك و التصرف منهم فيه سواء

(قوله) (و لو دفع اللقطعة إلى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط لأن له التملك و الصدقة)

قد عبر بمثل ذلك في الشرائع و جامع المقاصد و لعل الضمير المؤنث في كلامهم راجع إلى القيمة و كان الأولى التذكير ليرجع إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨١

و لو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه فإن أخذه عرفه سنة ثم يملكه إن شاء إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضا فيجوز أخذه حينئذ من غير تعريف (١)

التمن قال في الدروس لو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها و لم يظهر المالك عرض التمن على الملتقط ليمتلك أو يتصدق و قال في الإرشاد لو دفع إلى الحاكم فباع دفع التمن إلى الملتقط إن طلبه و لا ريب أنه يجوز للملتقط الدفع إلى الحاكم و أنه يبرأ بذلك كما في جامع المقاصد كما أنه لا ريب أنه إذا رأى المصلحة في البيع باعها و أنه إذا وجد المالك ردّ التمن إليه (عليه خ ل) و أنه إذا لم يعرف المالك و جب ردها على الملتقط إذا قصد التملك و أن تعريف الحاكم يكفى عن تعريفه لأنه لا يجب عليه أن يعرف بنفسه و لا تأمل في شيء من ذلك و إنما هو في وجوب الرد لأجل الصدقة أو الحفظ إذا عرف منه أنه لا يريد أخذها و إنما يريد حفظها أو التصديق بها فظاهر الإرشاد و صريح المفاتيح و كذا مجمع البرهان و وجوب الرد لهما أيضا و ظاهر الشرائع و الكتاب و الدروس و وجوب الردّ إليه ليتصدق بها لا ليحفظها لأن له ولاية الصدقة كما له ولاية التملك و لعل الفرق أن الصدقة من الملتقط يترتب عليها الحكم بضمائه فيكون توليه عليها أعود على المالك من تولى الحاكم فمن ثم لم يكن للحاكم منعه بخلاف الاحتفاظ فإنه أمانة بيده كما هو عند الحاكم كذلك و أن ولاية حفظ مال الغائب إلى الحاكم و إنما كان للملتقط ولايته لما كان بيده فلما رده إلى الحاكم سقط حقه من ذلك لأنه حق عارض بسبب الالتقاط بخلاف ولاية الحاكم فإنها ثابتة له بالأصل (و لعل) الأولى و وجوب دفعه إليه مع إرادة الحفظ و الصدقة لأنهما من الأمور الثلاثة التي يتخير فيها الملتقط و قد ثبت له الولاية فتستصح و لا يجوز إخراجها عنها من دون ظهور خيانه و بيع الحاكم لا- يزيلها بل تنتقل إلى التمن و لأنه لو رجع عن إرادة الحفظ أو الصدقة و أراد أن يملك كان له كما يستفاد من التذكرة و لا ترجيح في جامع المقاصد في كل من الأمرين و كذلك المسالك و كيف كان فهل الغرض من ذكر هذا الفرع بيان أنه يجوز دفعها ابتداء إلى الحاكم كما فهمه المحقق الثاني و الشهيد الثاني من الكتاب و الشرائع و به عنون في المفاتيح و قد يظهر ذلك من الدروس أو الغرض أنه إذا كانت مما لا يبقى أو افتقر بقاؤها إلى العلاج و بيع بعضه أو كله و دفعها للحاكم لبيعها لأنه ليس له ولاية البيع عند المصنف في الأخير في الكتاب و لا في الأول في التذكرة كما فهمه المقدس الأردبيلي من عبارة الإرشاد و لعله أولى لمكان ذكر البيع في كلامهم و إلا فليس له وجه و جبه تدعو الحاجة إلى ذكره فتأمل

(قوله) (و لو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضا فيجوز أخذه من دون تعريف)

هذا خلاصة ما في التذكرة و ستسمع عبارتها و به جزم في التحرير إلا- فيما إذا علم بشاهد الحال أنه تركه عوضا فإنه احتمال جواز أخذه من دون تعريف احتمالا و نحوه ما في الدروس قال لو وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه إلا مع القرينة الدالة على أن صاحبه هو أخذ ثيابه بكونها أدون و انحصار المشتبهين و مع عدم القرينة فهي لقطة انتهى (و هو) يقضى بأنه مع القرينة المذكورة يجوز له أن يتصرف بذلك سواء شهدت الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضة أو غلطا و هو خيرة جامع المقاصد لأن الآخذ غاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرف في مقداره للحيلولة فإن أمكنه إثبات ذلك عليه عند الحاكم رفع الأمر إليه و إلا استقل به على وجه المقاصة و الآخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضى من عليه الحق فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة (نعم) إن جوزنا كون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطعة قطعا كما أفصحت به أيضا عبارة الدروس و قال في التذكرة لو أخذت ثيابه في الحمام و وجد بدلها أو أخذ مداسه و ترك بدلها لم يملكه بذلك و لا بأس باستعماله إن علم أن صاحبه تركه عوضا و يعرفه سنة أى إذا لم يعلم أن صاحبه تركه عوضا إلى أن قال إلا أن يعلم أن السارق قصد المعاوضة بأن يكون الذى تركه أردى من الذى سرقه و كان لا يشتبه على الآخذ بالذى له فلا يحتاج حينئذ إلى التعريف لأن مالها تركها قصدا و التعريف أنما جعل للضائع عن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٢

و لو مات الملتقط عرف الوارث حولا و ملكها و البحث فيه كالموروث (١) و لو مات بعد الحول و نية التملك فهي موروثه (٢) و لو لم ينو كان للوارث التملك و الحفظ (٣)

صاحبه ليعلم به و يأخذه و تارك هذا عالم به و راض ببدله عوضا عما أخذه فصار كالمبيح له أخذه بلسانه و هو أحد وجهي الحنابلة و لهم آخران أحدهما الصدقة و الثاني الدفع إلى الحاكم ليبيعه و يدفع ثمنها إليه عوضا عن ماله و ما قلناه أولى لأنه أرفق بالناس لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له و للسارق بالتخفيف عنه من الإثم و حفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع و قد أبيع لمن له على إنسان حق من دين أو غضب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك انتهى و ما حكيناه عن ظاهر الدروس و صريح جامع المقاصد أنفع و أرفق لأنه شامل لما إذا أخذه غلطا أو عمداً أو نسيانا مساويا كان المأخوذ للمتروك أو أجود أو أردى مضافاً إلى ما عرفت مما يرد عليه من أن الأخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضى من عليه الحق فلا يحتاج إلى شهادة الحال بقصد المعاوضة ثم إنه من الممكن أن لا يرضى المأخوذ ماله بهذه المعاوضة لأن المفروض أن ماله أجود فلم يكن له التصرف في هذه إلا إذا رضى بهذه المعاوضة و ما استشهد له من إباحة أخذ من له على إنسان دين أو حق إنما ينطبق على ما في جامع المقاصد و قال في التذكرة و كذا التحرير إن وجد هناك قرينة تدل على اشتباه على الأخذ و أنه إنما أخذها ظناً بأنها ثيابه بأن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مساوية لها و هي مما تشبته فينبغي أن يعرفها كما في التذكرة و عرّفها كما في التحرير قال في التذكرة لأن صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه (قلت) مقتضى كلامه في كتبه الثلاثة أنه يعول على القرينة الدالة على أن الأخذ هو المتروك ماله فإذا كان كذلك لم يخرج بالاشتباه عن كون أخذه عدواناً بغير حق فيكون غاصباً بالمعنى الأعم فيصح له التصرف مطلقاً مقاصد و لا يكون لقطه كما قدمناه عن جامع المقاصد نعم إن جوزنا أن يكون الأخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطه قطعاً كما تقدم ثم عد إلى عبارة الكتاب و ما كان مثلها فقول المصنف في كتبه و الشهيد لو وجد عوض ثيابه لا يريدان به العوض الحقيقي إذ لو تحقق كون مالكة قد عاوضه به جاز الأخذ و قولهما لم يكن له أخذه و ليس له أخذه إنما يريدان به الأخذ على قصد المعاوضة أما أخذه لقطه فجاز عندهما فيجب تعريفه إن كان درهما فصاعداً فإذا عرفه تملكه إن شاء فإن جاء المالك قاصه بماله و ترادا الفضل إن أوجبنا العوض فرضى المالك بجعل ماله عوضاً و إلا ترادا المالكين و كان للملتقط المطالبة بالأجرة و النقص دون الآخر فإن باعه الملتقط بعد الحول ملك من ثمنه قدر قيمة ماله المأخوذ و كان الباقي لقطه يملكه و يغرم للمالك إن كان قد أتلّف ماله و لو باع قبل الحول بإذن الحاكم فالحكم فيه كذلك و إن باع بدون إذنه لم يصح البيع و يأخذه صاحبه من المشتري و يلزم من شاء منهما بأرش النقص و أجرة الاستعمال و كان للملتقط أيضاً مطالبته بالأجرة و النقص إن كان ماله باقياً و بالقيمة و الأجرة إن كان تالفاً و ليلحظ ذلك

(قوله) (و لو مات الملتقط عرّف الوارث حولا و ملكها و البحث فيه كالموروث)

بمعنى أنه يضمن على الخلاف في وقته و بذلك صرح في التذكرة و كذا الدروس و هو قضية كلام التحرير و لو كان في الأثناء بنى كما في التذكرة و التحرير و الدروس و لا يحتاج إلى استئناف التعريف قال في التذكرة بخلاف الملتقط من الملتقط لأنه يطلب المالك أو الملتقط فاحتاج إلى استئناف التعريف حولا بخلاف الوارث فإنه يطلب المالك لا غير انتهى فتأمل

(قوله) (و لو مات بعد الحول و نية التملك فهي موروثه)

كما في التذكرة و التحرير فإن جاء صاحبها أخذها من الوارث و إن كانت معدومة أخذت قيمتها أو مثلها من التركة إن اتسعت فإن ضاقت زاحم الغرماء

(قوله) (و لو لم ينو كان للوارث التملك و الحفظ)

كما في التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٣

و لو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في مال الميت و عدمه (١)

(الرابع الرد)

و يجب مع قيام البيئة (٢) و لا يكفى الواحد (٣) و لا الوصف و إن ظن صدقه للإطباب فيه (٤)

و اقتصر فى التحرير و الدروس على ذكر التملك و لا يحتاج إلى تعريف آخر

(قوله) (و لو فقدت من التركة فى أثناء الحول أو بعده احتمال الرجوع فى مال الميت و عدمه)

و مثله ما فى التذكرة من عدم الترجيح و حكم فى التحرير بالرجوع ثم احتمال العدم و فى الإيضاح و جامع المقاصد أن الأصح عدم أخذ شىء من مال الميت لأنها أمانة و الأصل براءة الذمة من وجوب البدل معتضدا بظاهر حال المسلم لأن الظاهر أنها تلفت من دون تفریط أو أنها دفعها إلى الحاكم و إلا لأقرّ بها عند الموت على أن الوجوب إنما هو متعلق بتسليم العين و ذلك مع وجدانها أما البدل فلا يجب إلا بالتلف مع التفریط و هو منتف بالأصل و وجه الأول عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت و الأصل بقاء العين فإذا تعذرت وجب المصير إلى بدلها و هو ضعيف و قد تقدم لنا ما له نفع فى المقام عند قول المصنف فى الوديعه و لو مات المستودع و لم توجد الوديعه فى تركته فهى و الدين سواء على إشكال

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 ٦، ص: ١٨٣

(قوله) (الرابع الرد و يجب مع قيام البيئة)

لا خلاف فى وجوب الرد فيما يجب تعريفه و إنما الخلاف فى أنه هل يجب رد العين مع بقائها و تملكها بعد التعريف أم لا بل يجوز رد العوض قولان أشهرهما كما فى المسالك و الكفاية الثانى و فى المسالك أيضا أنه المشهور و هو خيرة الشرائع و الكتاب فيما يأتى و التذكرة و الإرشاد و الدروس و فى الإيضاح فى أثناء كلام له فيما يأتى على الظاهر و قد يشهد له الإجماع المحكى فى الإيضاح و التنقيح على عدم وجوب ردها إذا كانت دون الدرهم كما تقدم بيانه مفصلا (و حجتهم) على ذلك أنها قد صارت ملكا للملتقط فلا- تنتقل عنه إلا- بوجه شرعى كالقرض إذ ليس للمقرض بعد تملك المقرض الرجوع كما يرشد إليه قول الأكثر و بنية التملك يحصل الضمان و إن لم يطالب المالك كما تقدم بيانه محررا و لعل شهرة المسالك مستنبطة من ذلك و ظاهر النهاية و المبسوط و المراسم و السرائر بل و المقنعة و الوسيلة أنه يجب عليه رد العين و هو خيرة جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية لكن الظهور من كلام القدماء ليس بتلك المكانة إذ لعله ليس بمسوق لبيان ذلك و لذلك قال فى الدروس أنه قد يظهر من الروايات و كلام القدماء و فى المسالك أنه (أى وجوب رد العين ح) لا يخلو من قرب و فيه و فى الروضة و مجمع البرهان و الكفاية أنه ظاهر الأخبار (قلت) الأخبار التى قالوا إن ظاهرها ذلك هى صحيحة الحلبي تعرفها سنة فإن جاء طالبها و إلا فهى كسبيل مالك و نحوها صحيحة محمد و غيرها و ليست بتلك المكانة من الظهور لأنها تحتل أنه إن جاء قبل التملك فتأمل و لذلك قال الشهيد قد يظهر (و أما) الرواية التى فيها و ليكن وديعه عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه فهى عامية مرسله شاذة و لا ترجيح فى التحرير (و أما) وجوب الرد مع قيام البيئة فمما لم يختلف فيه اثنان و قد صرح به فى الوسيلة و أكثر ما تأخر عنه و يجب أيضا بالشاهد و اليمين كما فى المبسوط و الوسيلة و الدروس و الروضة لكن فى الوسيلة أن ادعاها أحد استحقتها بشاهدين أو شاهد و يمين بعد ما وصفها

بالوعاء و الوكاء و الوزن و العدد و الحلية فتأمل و أما وجوبه مع العلم بكونها له فمما لا ريب فيه أيضا و قد نص عليه جماعة و إن كان بغير طريق شرعى

(قوله) (و لا يكفى الواحد و إن كان عدلا)

أى فى وجوب الدفع و هذا أيضا مما لا أحد فيه خلافا و احتمال فى التذكرة جواز الدفع إذا حصل الظن من قوله و قد اختاره الشهيدان و المحقق الثانى و هو متوجه لأن قول العدل الموثوق به أقوى من الوصف

(قوله) (و لا الوصف و إن ظن صدقه للإطناب فيه)

أى لا يكفى الوصف فى وجوب الدفع كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعنة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الرياض و عليه انعقد العمل كما فى كشف الرموز لأنه لم يثبت كون الوصف حجة و الواصف لها مالكا

(قوله)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٤

نعم يجوز فإن امتنع لم يجبر عليه (١) فلو دفع إلى الواصف و ظهرت البينة لغيره انتزعتها الغير (٢) فإن تلفت رجوع على من شاء و يستقر الضمان على الواصف (٣) إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك (٤) و لو أقام كل منهما بينة بعد الدفع إلى الأول و لا ترجيح أقرع (٥) فإن خرج الثانى انتزعت من الأول (٦)

(نعم يجوز فإن امتنع لم يجبر عليه)

يجوز الدفع له بالوصف إذا ظن صدقه كما هو المشهور كما فى جامع المقاصد و الكفاية و الأشهر كما فى المسالك و الروضة و عليه انعقد العمل و إليه ذهب الجمهور إلا أهل الظاهر فإنهم يذهبون إلى وجوب دفعها كما فى كشف الرموز و به صرح فى المبسوط و سائر ما ذكر بعده فى المسألة المتقدمة ما عدا الإرشاد مع زيادة الخلاف و المختلف هنا لكن ظاهر اللعنة و كذا التحرير جواز الدفع بمطلق الوصف و إن لم يظن صدقه فيجب تأويله و حمله على ما إذا ظن الصدق فتأمل و فى النافع قيل يكفى الوصف فى الأمور الباطنة كالذهب و الفضة و هو حسن و ظاهره أن هذا القائل يقول إنه يكفى فى وجوب الدفع و كأنه قد استحسنته أيضا المقداد و أبو العباس فى التنقيح و المقتصر و كذا المهذب و نسبه فى التنقيح إلى المبسوط و الخلاف و لعله عنه حكاه شيخنا صاحب الرياض و قال لتلميذه كاشف الرموز لا أعرف منشأ هذا التفصيل و لا القائل به (قلت) و نحن كذلك و قال فى السرائر الأقوى أنه إذا لم تقم البينة لا يعطيه إياها سواء غلب على ظنه صدقه أو لا (و يدل) على ما عليه الأصحاب قول مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام فى صحيحة البرزنى و إن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه و الأمر للندب أو لرفع توهم الحظر كما هو ظاهر الأصحاب و هو يشمل شهادة العدل الواحد أيضا و تقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمرو الخثعمى الكيس الذى فيه سبعمائة دينار لمن أخبره بعلامته مضافا إلى ما فى المختلف و غيره من أنه لو لا ذلك لأفضى إلى خفائها عن المالك و تسلط غيره عليها إذ من المستبعد إقامة البيئات على ما يستصحبه الإنسان من أمواله فإيجاب البينة سد لباب أخذ المالك لها و ذلك ضد الحكم فوجب أن لا يكون مشروعا لانتفاء الحكمة فيه و فى المختلف فى المقام كلام نص فى أن كل ظن يجوز العمل به للمجتهد و غيره فليحظ هذا و لو جاء مدع فادعها و لم يقم بينة و لا وصفها لم يجز دفعها إليه و إن غلب على الظن صدقه نص عليه فى التذكرة

(قوله) (فلو دفع إلى الواصف فظهرت البينة لغيره انتزعتها الغير)

لأن البينة حجة شرعية بالملك و الدفع بالوصف إنما كان رخصة و بناء على الظاهر فإن تعذر انتزاعها من الواصف ضمن الدافع لذى البينة المثل أو القيمة لإتلافه لها بالدفع و لا تنافيه الرخصة له من الشرع لأن غايتها رفع الإثم و هو لا يستلزم نفى الضمان مع عموم

دليل ثبوته كقوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما أخذت وغيره كما ثبت نظيره فى الإذن فى التصرف فى اللقطة بعد التعريف مع الضمان إذا جاء المالك

(قوله) (فإن تلفت رجع على من شاء و يستقر الضمان على الواصف)

لأن التلف فى يده ولأنه عاد غار و لو جاء الواصف بعد ما تملك الملتقط اللقطة و أتلفها فقومها الملتقط لظنه صدقه ثم جاء آخر فأقام البيئه بملكيتها كان له مطالبه الملتقط دون الواصف لأن الذى قبضه الواصف ليس عين ماله و لو تعذر الرجوع على الملتقط فالأقوى أن له الرجوع على القابض اقتصاصا للملتقط

(قوله) (إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك)

لاعترافه بكون الأخذ منه ظلما و أن البيئه متوهمه

(قوله) (و لو أقام كل منهما بيئه بعد الدفع إلى الأول و لا ترجيح أقرع)

لأنها لكل أمر مشكل فإن خرج الأول فلا كلام

(قوله) (فإن خرج الثانى انتزعت من الأول)

أى بعد إحلاف الثانى قال فى التذكرة لا تدفع إلى من خرجت له القرعة إلا باليمين فإن امتنع منها أحلف الآخر فإن امتنع احتمل إبقاؤها أمانة عليهما حتى يصطلحا أو على غيرهما انتهى و الذى قالوه فى باب القضاء أنهما إن ادعى عينا فى يد ثالث و أقام كل واحد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٥

و لو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم (١) و إن دفع باجتهاده ضمن (٢) و لو تملك بعد الحول فقامت البيئه لم يجب دفع العين بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثليه (٣) فإن رد العين وجب على المالك القبول (٤) و كذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على إشكال (٥) و الزيادة المتصلة و المنفصلة فى الحول للمالك (٦) و فى التبعية للقطعة نظر أقربه ذلك (٧)

منهما بيئه و لا ترجيح و أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف فإن نكل حلف الآخر فإن نكلا عن الحلف أنها تقسم بينهما

(قوله) (و لو تلفت لم يضمن الملتقط إذا كان قد دفع بحكم الحاكم)

أى و البيئه لأن حكمه صيره بمنزلة المكره لأنه يجب عليه الدفع فلا تقصير منه حينئذ و يرجع الحاكم على القابض و ليس من خطأ الحكام و إن كان فلا يرجع على بيت المال مع وجود القابض

(قوله) (و إن دفع باجتهاده ضمن)

لأنه ليس له الحكم لنفسه و لو كان بالبيئه لأنه لا يكفى فى وجوب الدفع عندهم البيئه بل لا بد من حكم الحاكم بها فى جميع الأحكام لأن الحكم بها من وظائفه إلا ما استثنى مثل الهلال كما صرحوا به فى المقام و غير فكان الدفع حينئذ مستندا إليه و قد تبين

أنه بغير حق و قد صرح بالحكمين فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و غيرها

(قوله) (و لو تملك بعد الحول فقامت البيئه لم يجب دفع العين بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثليه)

قد تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (فإن رد العين وجب على المالك القبول)

كما فى التذكرة و هو قضيه قوله فى الشرائع جاز لأنها لا تنحط عن مرتبه المثل بل هى أقرب إلى نفسها من البدل و قد يقال إن الواجب فى القيمي القيمة فلا يجزى غيرها إلا بالتراضى كما فيما إذا اقترض منه القيمي فإنه قد اختير عدم وجوب قبول العين إذا ردها المقترض فى الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد لأنه إذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطا بالتراضى و وجوب القبول هناك خيره الخلاف و الدروس و المسالك و مجمع البرهان و فى الدروس أن فى الخلاف الإجماع عليه و ذلك لأن قولهم

الواجب القيمة محمول على تقدير عدم إعطاء العين كما فى المثلى فإنه يجب المثل على تقدير عدم إعطاء العين و يحتمل هنا و هناك وجوب قبولها إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردّ و إن نقصت فلا و هذا الفرع مبنى على ما يختار من عدم وجوب دفع العين (قوله) (و كذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على إشكال)

أى يجب القبول مع الأرش على إشكال و نحوه قوله فى الشرائع جاز على إشكال و ينشأ من أن الواجب المثل فى المثلى و القيمة فى القيمى و مع وجود العيب فلا- مماثلة و من أن العين مع الأرش الساد مسدّ الفئات أقرب إلى نفسها من القيمة و هو الذى قواه فى التذكرة و المسالك و فى الإيضاح أن الأصح عدم وجوب القبول (قلت) هو أشبه بالأصول كما قاله فيما إذا استقرض الجارية و نقصت و أراد ردّها مع الأرش و على القول بوجوب ردّ العين يجب القبول بلا إشكال (قوله) (و الزيادة المتصلة و المنفصلة فى الحول للمالك)

لا- إشكال فى ذلك كما فى المسالك لو ظهر المالك قبل تمام الحول أو بعده قبل التملك لأنها لم تخرج فى الأمرين عن ملك مالكها سواء كانت أمانة أم مضمونة فزوائدها له متصلة كالسمن أم منفصلة كالولد (قوله) (و فى تبعية اللقطة نظر أقربه ذلك)

يريد أنه إذا عرّفها الملتقط و تملكها فهل الزوائد التى صارت فى الحول تتبع العين فى التملك و الملكية نظر من أن العين هى الضائعة الملتقطة دون زوائدها و تملكها على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين فتكون أمانة للمالك كسائر مجهول المالك و فى شرح فخر الإسلام إن وليها الحاكم و فيه نظر ظاهر و من أن الملتقط إذا استحق ملك العين فمقتضى التبعية أن يستحق تملك النماء لأن الفرع لا يزيد على أصله و استحقاق التملك يحصل من حين الالتقاط و بمجرد و إن كان التعريف شرطاً فكان النماء إنما وجد بعد الاستحقاق فيتبع العين و لا يشترط لملكه حول بانفراده و هو الأصح كما فى الإيضاح و الأقرب مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٦

و بعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك (١) و إلا فكالأول (٢) و لو رد العين لم يجب رد النماء (٣) فلو دفع العوض لمن قامت له البيئنة ضمن للثانى مع البيئنة لأن المدفوع ليس نفس العين و يرجع على الأول لتحقق بطلان الحكم (٤)

(المقصد الرابع فى الجعالة)

إشارة

(٥)

كما فى جامع المقاصد و الأقوى كما فى المسالك و لا ترجيح فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام (قوله) (و بعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك)

أى الزيادة المتصلة و المنفصلة بعد الحول و بعد نية التملك للملتقط لأنها حدثت على ملكه لكنه إذا ظهر المالك و أراد أن يرد عليه العين باختياره أخذها المالك مسلوبة الزيادة المنفصلة لأنها متميزة غير تابعة للعين حتى على القول بتزلزل الملك لأن تزلزله لا ينافى ذلك كما فى المبيع فى زمن الخيار و أما إذا كانت متصلة فإنها تتبع العين لأنها تتبعها فى الرد بالعيب و فى الإقالة و إنما تبعت فيهما لكونها بمنزلة الجزء منها فكذا هنا (و الحاصل) أن الملتقط مخير بين دفع قيمتها و بين دفعها مع نمائها المتصل بها و ليس له أن يأخذ منه ما قابل قيمة السمن مثلاً

(قوله) (و إلا فكالأول)

أى و إن لم يكن التجدد بعد نية التملك فكالأول المتجدد في الحول فيجىء الإشكال في التبعية و الأقرب الأقرب
(قوله) (و لو ردّ العين لم يجب رد النماء)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (فلو دفع العوض لمن قامت له البيئه ضمن للثانى مع البيئه لأذن المدفوع ليس نفس العين و يرجع على الأول لتحقق بطلان
الحكم)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و التحرير و قال في الأخير إنما يرجع الملتقط على الأول إذا لم يكن قد اعترف بالملكية له و هو
ظاهر كما تقدم و ليس للثانى الرجوع على الأول لأن مقبوضه مال الملتقط لا اللقطه و هذا الفرع كما تقدم مثله مفروض فيمن عرّف و
تملك و ضمن العوض عند المصنف أو أتلف و زاد في جامع المقاصد ففرضه فيما إذا أقام الأول البيئه بالاستحقاق فدفع إليه العوض
ثم أقام الثانى البيئه و انتفى المرجح فأقرع فخرج اسم الثانى فأحلف فحلف قال فإنه يجب على الملتقط الغرم إلى آخره و قد يفهم
ذلك من التذكرة و التحرير و عبارة الكتاب مطلقه توافق كلامهم في باب القضاء من أنه يقضى لأكثر البيئتين عداله فإن تساويا
فأكثرهما عددا فإن تساويا أقرع فإذا كانت بينه الثانى أكثر عداله أو أكثر عددا ضمن للثانى و رجع على الأول و يجبىء كما تقدم أنه
لو تعذر رجوعه على الملتقط فإنه يرجع على القابض اقتصاصا للملتقط و الحمد لله كما هو أهله و صلى الله على محمد و آله
الطاهرين

المقصد الرابع فى الجعالة

هى بثليث الجيم و كسرهما أشهر كما فى المسالك (و لغة) ما يجعل للإنسان على شىء يفعله كما فى التذكرة و غيرها و يفهم منها و
من غيرها أنها فى الشرع عبارة عن صيغة داله على عوض فى عمل محلل مقصود و اختلف كلام الأصحاب فى كونها من العقود أو
من الإيقاعات فمنهم من جعلها إيقاعا حكما و وضعها كالمحقق فى الشرائع و كأنه نظر إلى عدم اشتراط تعيين العامل و إذا لم يكن
معينا لا يتصور للعقد قبول و على تقدير قبول البعض لا ينحصر فيه إجماعا و المصنف فى التحرير و الشهيد فى اللمعة حيث قال لا
تفتقر إلى قبول و قد يظهر ذلك من كلام المقنعة و منهم من جعلها عقدا كالشيخ فى المبسوط و ابن حمزة فى الوسيلة و كذا سلالر
فيكون القبول الفعلى كافيا فيها عندهم كالوكالة و المنفى هو القبول اللفظى و أما قول المحقق فى الشرائع أيضا إنها عقد جائز
كالمضاربة بعد عدّها فى الإيقاعات و قوله إنها لا تفتقر إلى قبول فيوجه بأنه تجوز فى تسميتها عقدا و كالمصنف فى التذكرة قال
الجعالة عقد جائز من الطرفين إجماعا و كولدته فى الإيضاح و فى جامع المقاصد أن ظاهرهم أنها من العقود فيكون القبول فيها فعليا
(قلت) هو ظاهر سلالر بناء على ما ذكره فى أول كتابه بل و النهاية و الإرشاد و الدروس و قال فى المسالك تظهر الفائدة فيما لو فعل
العامل لا بقصد العوض و لا بقصد التبرع بعد الإيجاب فعلى الأول يستحق العوض لوجود المقتضى له و هو الصيغة مع العمل و على
الثانى لا يستحق و إن كان قد عمل لأن المعتبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٧

و فيه مطلبان

(الأول فى الأركان)

إشارة

و هى أربعة

(الأول الصيغة)

كقوله من رد عبدى أو ضالتى أو فعل كذا (١) و ما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا فلو رد إنسان ابتداء فهو متبرع لا شىء له (٢)

من القبول الفعلى ليس هو مجرد الفعل بل لا بد معه من انضمام الرضا و الرغبة فيه لأجله كما نبه عليه فى الوكالة (قلت) من رد لا على قصد التبرع و لا على قصد العوض متبرع و إن لم يقصد التبرع فلا فائدة و أما ما نبه عليه فى الوكالة فهو ما حكاه عن التذكرة من أن القبول فى الوكالة يطلق على معنيين (أحدهما) الرضا و الرغبة فيما فوض إليه و نقيضه الرد (و الثانى) اللفظ الدال عليه على النحو المعبر فى البيع و سائر المعاملات و أنه يعتبر فى الوكالة القبول بالمعنى الأول دون الثانى حتى لو رد و قال لا أقبل أو لا أفعل بطلت و لو أراد أن يفعل أو يرجع فلا بد من استيناف إذن مع علم الموكل انتهى فتأمل فيه و قال فى المسالك هذا يدل على أن القبول بمعنى فعل ما و كل به و لا يكفى مطلقا بل مع اقترانه بالرضا و الرغبة و وقوعه قبل أن يرد انتهى و حاصله أنه يأتى بالفعل على وجه الرضا و القبول للإيجاب و أما الرغبة فلا- وجه لاشتراطها بالمعنى المعروف منها (و تنقيح البحث) فى العقود الجائزة مطلقا هو ما ذكرناه فى أول باب الوديعه من أنها حيث يكون إيجابها و قبولها قوليين تكون عقودا حقيقه و يصح نظمها فى سلك العقود و حيث لا يكونان كذلك تكون من باب المعاطاه فى العقود الجائزة و قد برهنا عليه و نقلنا تصريحهم به فالجعله أشبه شىء بالوصية لأن إيجابها أوصيت أو افعلوا بعد وفاتى و قبولها لفظى و فعلى إلا- فى غير المحصور كالفقراء و الفقهاء فليست عادمه النظير حتى تقول إنها بالإيقاع أشبه (و كيف كان) فهى جائزة و لا نعلم فيها خلافا كما فى التذكرة و مراده بين المسلمين و قد دلّ على جوازها قبل الإجماع الكتاب و السنه و الاعتبار (فالأول) قوله عز و جل و لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ و شرع من قبلنا حجه ما لم نعلم نسخه (و أما الثانى) فهو ما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام قال سألته عن جعل الآبق و الضالّه فقال لا بأس و مثله خبر مسمع و سئل الباقر عليه السلام عن الرجل يعالج الدواء للناس فيأخذ عليه جعلًا فقال لا بأس و سئل الباقر عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على أن يتحول من منزله فيسكنه قال لا بأس به و ورد بها أخبار عامية (و أما الثالث) فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإن العمل قد يكون مجهولا كرد الآبق و الضالّه و نحو ذلك و لا يمكن عقد الإجارة فيه و الحاجة داعية إلى رد ذلك و قل أن يوجد متبرع فدعت الضرورة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهل العمل و كانت جائزة و الأقدمون ذكروها كالمصنف فى عقب اللقطه لأن الحاجة لما كانت غالبا فى رد الضوال المنبوذة ناسب ذكرها بعدها

(قوله) (و فيه مطلبان الأول فى الأركان و هى أربعة الأول الصيغه كقوله من رد عبدى أو ضالتى أو فعل كذا و ما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا)

قال فى التذكرة الأول الصيغه و هى كل لفظ دال على الإذن فى العمل و استدعائه بعوض يلزمه كقوله من ردّ عبدى أو خاط لى ثوبا أو بنى لى حائط و ما أشبه ذلك من الأعمال المحللة المقصودة فى نظر العقلاء و نحوه ما فى التحرير و الدروس من أنها صيغه دالة على الإذن فى الفعل بشرط عوض كما فى الأول و بعوض كما فى الثانى و لعل بينهما فرقا و لعله أن الأول ظاهر فى الإيقاع و الثانى ظاهر فى العقد فتأمل و لا فرق فى صيغه المالك بين أن يقول من رد عبدى أو يقول إن رد إنسان عبدى أو يقول إن رددت عبدى و يصح التقييد بالزمان كأن يقول فى شهر و المكان كأن يقول من بغداد و الإطلاق و لا فرق فى القبول اللفظى بين أن يقول قبلت أو أنا أرد كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و يأتى بعضه فى الكتاب

(قوله) (فلو رد إنسان ابتداء فهو متبرع لا شىء له)

كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد فيما يأتى و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و نسبه فى التذكرة إلى أكثر علمائنا و قال فى الدروس عليه المتأخرون تارة و أنه المشهور أخرى و

هو قول ما عدا الشيخين و ابن حمزة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٨

و كذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع (١) و إلا فإشكال (٢)

كما في المختلف و المشهور خلاف قولهم كما في جامع المقاصد فيما يأتي و قال في المقنع إذا وجد الإنسان عبداً أبقاً أو بعيراً شارداً فردّه على صاحبه كان له على ذلك جعل إن كان وجده في المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جياذ و إن كان وجده في غير المصر فأربعة دنانير قيمتها أربعون درهما جياذا و بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و نحوه ما في النهاية و ما حكى عن ابن حمزة قال و إن لم يجعل و جرت العادة في البلد بشيء يستحقه و إن لم تجر و وجده في المصر كان له دينار و إن وجده خارج المصر كان له أربعة دنانير و لعله ذكر ذلك في الواسطة إذ لم نجده فيما عندنا من نسخ الوسيلة و قولهم هذا يقتضى الاستحقات في البعير و العبد و إن لم يجعل المالك جعلاً كما في المختلف و في التذكرة و الدروس أنه يشعر بذلك (قلت) هو ظاهر في ذلك و قال في الخلاف لم ينص أصحابنا على شيء من جعل اللقطة و الضوال إلا على إباق العبد فإنهم رويوا أنه إن ردّه من خارج البلد استحق الأجرة أربعين درهما قيمتها أربعة دنانير و إن كان من البلد فعشرة دراهم قيمتها دينار و ما عدا ذلك يستحق الأجرة بحسب العادة ثم نقل كلام العامة و قال دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم فهذه أخبار مرسله و المفيد قال إن بذلك ثبتت السنة (و قد روى) مسمع عن الصادق عليه السلام أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم جعل في الآبق ديناراً إذا وجد في مصره و في غير مصره أربعة دنانير و الشيخ في المبسوط قال روى أصحابنا و ذكر مضمون الخبر و قال هذا على جهة الأفضل لا الوجوب و يأتي أن الأكثر عاملون بالخبر إذا بذل جعلاً و لم يعينه و قد يؤيد قول الشيخين بأن في ذلك حثاً على رد الآبق و صيانته له عن الرجوع إلى دار الحرب و الرد إلى دينهم و تقوية أهل الحرب به فتأمل و بأن العامة رويها عن علي عليه السلام و ابن مسعود و عمر و شريح و عمر بن عبد العزيز و أصحاب الرأي و أحمد في إحدى الروايتين و لم يعرف لهم مخالف في زمنهم فكان إجماعاً كما حكاها في التذكرة لكنه قوى أن لا شيء له و قال ابن إدريس لا يظن ظان أن من رد شيئاً من الضوال و الآبق و اللقط يستحق على صاحبه من غير أن يجعل له فإنه خطأ فاحش و يأتي تمام الكلام عند تعرض المصنف له في ثلاثة مواضع (قوله) (و كذا لو ردّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع)

سيأتي في كلام المصنف و كلام غيره أنه لو سمع الجعل فردّ متبرعاً أنه لا يستحق جعلاً فبالأولى أن لا شيء له لو رد و لم يسمع جعلاً و لا جعلاً قاصداً للتبرع (قوله) (و إلا فإشكال)

أى و إن لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقات فإشكال أصح أنه يستحق كما في الإيضاح و قال في الدروس لو ردّها من لم يسمع الصيغة بقصد العوض فالأقرب الاستحقات إذا كانت الصيغة تشملها (قلت) هو المفروض في كلام الكتاب و وجهه أنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع و قد وقع بإذن الجاعل فالمقتضى للاستحقات و هو جعل المالك بصيغة تشمل العامل و عدم تبرعه موجود و المانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل لا يصلح للمانع للشك في مانعيته فيعمل بمقتضى عمله و وجه العدم أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع إذ لا عبرة بقصد من دون جعل المالك قال في الإيضاح في توجيهه (قالوا) لم يقصد به جواباً لإيجابه و به يستحق و غيره تبرع (قلنا) ممنوعان بل سبب الاستحقات صدور الإيجاب من الموجب و الفعل من القابل انتهى و معناه أنه لم يقصد بفعله قبول إيجابه فعبر عن القبول بالجواب و بالقبول الذي هو جواب الإيجاب يستحق الجعل و غيره و هو الذي ليس بقبول لإيجابه تبرع و أشار بقوله قلنا ممنوعان إلى الأمرين و هو كونه بالجواب يستحق و أن غيره تبرع فتأمل فيه و لعل منع الأولى بالنسبة إلى الحصر و في جامع المقاصد أن الأولى أن يفرق بين من ردّ كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرع و إن قصد العامل العوض و بين غيره

لأن الأول لا يكاد ينفك من التبرع بخلاف الثاني فيستحق دون الأول (قلت) ليس الأول موضع إشكال فكلامهم إنما هو في الثاني و قال إن على العبارة مؤاخذه فإن قوله و إلا فإشكال يقتضى ثبوت الإشكال فى كل من لم يرد على قصد التبرع يتناول من رد لا على قصد التبرع و لا على قصد الاستحقاق و ليس بجيد لأن هذا متبرع و إن لم يقصد التبرع مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٨٩

و لو كذب المخبر فقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك و لا المخبر لأنه لم يضمن (١) و لو تبرع المخبر فقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لأنه ضامن (٢) و لو قال من رد عبدى من العراق فى شهر كذا فله كذا و من خاط ثوبى فى يوم كذا فله كذا صح بخلاف الأجرة للزومها بخلاف الجعالة (٣)

(الثانى الجاعل)

و شرطه أن يكون أهلا للاستيجار (٤) و فى العامل إمكان تحصيل العمل (٥)

(قلت) لعله يرجع بالأخرة إلى أنه رد على قصد التبرع حكما على أنه نادر

(قوله) (و لو كذب المخبر و قال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك و لا المخبر لأنه لم يضمن) كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أما المخبر فلأنه لم يضمن و لم يلتزم أقصى ما فى الباب أنه كذب و هو لا يوجب الضمان و أما المالك فإن كان المخبر قد كذب عليه لم يكن عليه شىء أيضا و كان على الراد أن يثبت و يفحص و يسأل فالتفريط وقع منه و إن كان قد صدق فردّ طمعا فى الجعل كفى فى الاستحقاق إخبار المخبر و إن لم يكن ثقة كما فى جامع المقاصد (قوله) (و لو تبرع المخبر فقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لأنه ضامن)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و فى جامع المقاصد أنه لا ريب فيه و إن كان العمل لا يرجع عليه بفائدة للتوسع فى الجعالة (قلت) فيلزم الباذل ما جعله مع رده إلى المالك أو إليه حسب ما شرط و هذا بخلاف ما إذا التزم الثمن فى بيع غيره و الثواب على هبة غيره لأنه عوض تمليك فلا يتصور وجوبه على غير من جعل له الملك و الجعل ليس عوض تمليك

(قوله) (و لو قال من ردّ عبدى من العراق فى شهر فله كذا و من خاط ثوبى فى يوم فله كذا صح بخلاف الإجارة للزومها بخلاف الجعالة)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و مرادهم أن ذلك إذا قصد تطبيق العمل على الزمان بحيث يتبدئ بابتدائه و ينتهى بانتهائه لأن الجعالة جائزة فإذا لم يتفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج العقد عن مقتضاه لأن التقدير بالعمل و الزمان معا يقتضى عدم الوثوق بحصول العوض و هو مغتفر فى الجعالة دون الإجارة لأنها لازمة فلم يصح تقديرها بهما معا لأن اتفاقهما نادر فيخل بلزوم العقد و لأن تطبيق العمل على الزمان غير معلوم التحقق فيكون اشتراطه اشتراطا لما لا يوثق بالقدرة عليه فلم يصح (قوله) (الثانى الجاعل و شرطه أن يكون أهلا للاستيجار)

قال فى التذكرة يشترط فيه أن يكون من أهل الاستيجار و مطلق التصرف فلا ينفذ جعل الصبى و المجنون و السفهيه و المحجور عليه لفس و المكره و غير القاصد و لا نعلم فيه خلافا انتهى و لا يعتبر ذلك فى العامل لأن ركنها الجاعل فلو ردّ الصبى المميز و لو بدون إذن وليه و المحجور عليه استحق الجعل كما قطع به فى التذكرة فى الصبى بقوله قطع الجارى مجرى الإجماع و يشكل بأنها إذا كانت عقدا كان باطلا فيستحق أجره المثل لا العوض إلا أن تقول إن الغرض الأقصى منها تحصيل العمل فبنى الأمر على المسامحة فى العامل و العمل فى الجهالة و غيرها و فى غير المميز و المجنون و جهان من عدم تحقق القصد و وقوع العمل و خصت الإجارة بالذكر

فى الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها لأنها أشبه بالجعالة من البيع و غيره لأن فى كل منهما مقابلة منفعة بمال (قوله) (و فى العامل إمكان تحصيل العمل)

كما فى الشرائع و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و لعله إليه أشير فى التذكرة و الدروس قال فى الأول (لو قال ظ) من رد عبدي فله كذا و كان العبد مسلماً فهل للكافر رده الأقرب ذلك مع احتمال العدم لاستلزامه إثبات السبيل و قال فى الثانى لو قال من استوفى ديني على المسلم فله كذا لم يدخل الذمى و يدخل فى ردّ العبد المسلم لأن السبيل هنا ضعيف (قلت) و مثله لو قال من زار عالماً قربته إلى الله تعالى و نحوه مما يشترط فيه القربة و حصوله من المسلم أو المؤمن فلا بد من أن يراد بالإمكان فى كلامهم الإمكان الشرعى بهذا المعنى و أما بمعنى كونه جائز التصرف فبعيد إذ قد علمت أن الصبى لو رد استحق و أما إرادة الإمكان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٠

و لا يشترط تعيينه (١) «١» و لا القبول نطقاً (٢) و لو عين فرد غيره فهو متبرع (٣)

(الثالث العمل)

و هو كل ما يصح الاستيجار عليه و هو كل عمل مقصود محلل و إن كان مجهولاً (٤) و لا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبى أو حج عنى فله دينار صح لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولوية جوازه مع العلم (٥)

العقلى و العرفى فيردها أنه لا يحتاج إلى اشتراطه فإن غير الممكن كذلك لا يمكن فعله (قوله) (و لا يشترط تعيينه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و غيرها لأن الأصل و الغالب فى العامل جهالته لأن الغرض رد الآبق و ما فى معناه و لا تعلق للمالك بخصوصية الراد بل قد لا يتمكن منه معين و قد لا يكون من يتمكن حاضراً و ربما لا يعرفه المالك فإذا أطلق الاشتراط و شاع ذلك سارع من تمكن منه إلى تحصيله فيحصل الغرض فاقتضت المصلحة فى مشروعيتها الجعالة أن تكون قابلة فى العامل للجهالة

(قوله) (و لا القبول نطقاً)

قد تقدم الكلام

(قوله) (و لو عين فرد غيره فهو متبرع)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان لأنه لم يبذل له أجره و لا لمن يشمله و فى الشرائع أن عمله ضائع و لعله أراد أن ذلك إذا جعل على المجعول له العمل بنفسه أو قصد الراد العمل لنفسه أو أطلق أما لو ردّه نيابة عن المجعول له حيث يتناول الأمر النيابة فإنه لا يضيع عمله و كان الجعل لمن جعل له و فى التذكرة لو ردّه عبد المجعول له استحق المولى الجعل لأن ردّ عبده كرده و يده كيده

(قوله) (الثالث العمل و هو كل ما يصح الاستيجار عليه و هو كل عمل مقصود محلل و إن كان مجهولاً)

أما أنها تصح على كل عمل مقصود محلل غير واجب كالخياطة و ردّ الآبق و الضالة فمما لا أجد فيه خلافاً و قد نفى فى التذكرة الخلاف عن اشتراط كون العمل محللاً و نصّ فيها و فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللعة و الدروس و فى غيرها على اشتراط كون العمل مقصوداً للعقلاء فلو قال من استقى من دجلة و رماه فى الفرات مما لا يعده العقلاء مقصوداً لم يصح و مثله الذهاب إلى موضع خطير ليلاً - بغير غاية مقصودة و المراد بالمحلل فى كلامهم الجائز بالمعنى الأعم ليشمل المباح و المندوب و المكروه حيث يكون مقصوداً و لا بد من إخراج الواجب منه فلا تصح عليه الجعالة كما لا تصح عليه الإجارة و قد نص فى التذكرة و الدروس و المسالك

و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح على اشتراط عدم كونه واجبا فلو قال من صلى الفريضة فله كذا لم يصح قال و لو قال من دلتى على مالى فله كذا فدلته من كان المال فى يده لم يستحق الجعل لأن ذلك واجب عليه بالشرع فلا يجوز أخذ العوض عليه أما لو كان فى يد غيره فدلته عليه استحق لأنه غير واجب عليه و الغالب أنه يلحقه مشقة فى البحث عنه و لو قال من رد على مالى فله كذا فردّه من كان المال فى يده نظر فإن كان فى رده من يده كلفه و مؤنّه كالعبد الآبق استحق الجعل و إن لم يكن كالدراهم و الدنانير فلا انتهى (و أما) أنها تصح إذا كان العمل مجهولا فقد نص عليه فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعمه و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و فى الروضة أن عدم اشتراط العلم بالعمل هنا موضع وفاق (قلت) لا- أجد فيه خلافا إلا- من صاحب الوسيلة قال و تصح بشرطين تعيين العمل و الأجره انتهى فتأمل (و يعلم) أن العمل لو كان مجهولا بالكلية لا يصح الجعل عليه فمراهم المجهول فى الجملة و مستندهم بعد الإجماع أن الغرض الأقصى من الجعالة بذل الجعل على ما لا يمكن التوصل بعقد الإجارة إليه لجهالته لأن مسافه رد الآبق قد لا تعرف فتدعوا لحاجه إلى احتمال الجهالة فيه كما تدعو إلى احتمالها فى العامل و قد احتملت الجهالة فى القراض لتحصيل الزيادة فهنا أولى هذا و لا يخفى أن قوله فى الكتاب و إن كان مجهولا يقضى بصحة الاستيجار على العمل و إن كان مجهولا

(قوله) (و لا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبى أو حج عنى فله دينار صح لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولويه جوازه مع العلم) و المخالف الشافعية فى أحد الوجهين

(١) تعينه خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩١

(الرابع الجعل)

و شرطه أن يكون معلوما بالكيل أو الوزن أو العدد و لو كان مجهولا كثوب غير معين أو دابة مطلقه ثبت بالرد أجره المثل و لو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسنا كقوله من رد عبدي فله نصفه و من خاط ثوبى فله ثلثه (١)

فإنهم قالوا فيه لا تصح الجعالة على العمل المعلوم

(قوله) (الرابع الجعل و شرطه أن يكون معلوما بالكيل أو الوزن أو بالعدد و لو كان مجهولا كثوب غير معين أو دابة مطلقه ثبت بالرد أجره المثل و لو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسنا كقوله من رد عبدي فله نصفه و من ردّ (خاط خ ل) ثوبى فله ثلثه)

جعل المصنف هنا و فى التذكرة للجعالة أربعة أركان الصيغه و العاقد و العمل و الجعل و قد تقدم الكلام فى الثلاثة الأول و ظاهره هنا كما هو صريح التذكرة أن الإخلال بواحد منها يفسد العقد و يبطله و قد اشترط فى الجعل هنا أن يكون معلوما كما هو خيرة المبسوط و الوسيلة و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و قال فى الأخير أطلق الأصحاب عدم جواز كون الجعل مجهولا و فى الإيضاح و مجمع البرهان نسبة ذلك إلى الأصحاب و فى المسالك و الكفاية و كذا المفاتيح أن المشهور اشتراط كون العوض معلوما فى صحة الجعالة مطلقا كما يشترط ذلك فى عوض الإجارة و قد صرح هنا بكونه معلوما بالكيل أو الوزن أو العدد كما فى الشرائع و الإرشاد و التذكرة و فى الأخير و المبسوط أنه لو كان مجهولا فسد العقد و وجب بالعمل أجره المثل و قال فى إحياء الموات من الكتاب لو قال اعمل و لك نصف الخارج بطل لجهالة العوض إجارة و جعله و هو يقضى بعدم جواز الجعالة مع جهالة الجعل مطلقا و هو أى فساد العقد حينئذ ظاهر الكتاب و الوسيلة و ما ذكرناه بعده من الكتب بل بعضها كاد يكون صريحا و قد

سمعت الشهرة الثلاث وقال ولد المصنف فيما كتب على الإيضاح أن المانع من جهالته لا يقول إنه يبطل أصل العقد وإنما يبطل المسمى فلو جعل له جعلاً مجهولاً صحت الجعالة وكانت له أجره المثل وقال في الدروس الجعالة صيغة دالة على الإذن في عمل بعوض ولا يشترط فيهما العلم وقال في اللمعة صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما وفسر الضمير في الروضة بالعمل والعوض وقال في اللمعة أيضاً من قال من رد عبدي أو خاط ثوبى فله كذا صح أو فله مال أو شيء إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجعالة وإنما هو شرط في تشخيصه وتعيينه فإن أراد ذلك فليذكر جنسه وقدره وإلا ثبت بالرد أجره المثل انتهى وهذا كله يوافق ما حكيناه عن ولد المصنف وهو ظاهر التبصرة ويرشد إلى ذلك ما في المسالك من الاستدلال على جواز كون العوض مجهولاً - بإطباقهم على صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم أجره المثل ونحوه قوله في الروضة في ذلك يرشد إلى ذلك اتفاقهم على الحكم من غير تعرض للبطلان أى بطلان الجعالة ونظره في ذلك إلى قوله في الدروس ولو كان مجهولاً فأجره المثل قولاً - واحداً من دون تعرض لبطلان الجعالة لكن يقال له إذا كانوا متفقين على صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل من أين حصلت الشهرة في المسالك على اشتراط كونه معلوماً في صحة الجعالة وبين الدعويين أربعة أسطر ثم إن صريح التذكرة والكتاب في إحياء الموات كما سمعت أنه يفسد العقد وكذا غيرهما وأنت إذا لحظت كلام الروضة ظهر لك أنه لم يصل إلى مراده في اللمعة ولعلنا نبينه فيما يأتي إن شاء الله تعالى وظاهر المصنف الميل إلى التفصيل الذي ذكره وقد فهم منه المحقق الثاني أنه مختاره وقال إنه قوى وفي التذكرة أنه أقوى وفي الإيضاح أنه أصح وفي الروضة لا بأس به وكأنه مال إليه في المسالك وهو خيره مجمع البرهان على الظاهر وفي الكفاية أنه غير بعيد وفي المفاتيح أنه أظهر هذه أقوال المسألة (احتج على الأول) في التذكرة بأنه لا حاجة إلى الجهالة فيه بخلاف العمل وبأن العمل في الجهالة لا يصير لازماً والعوض يلزم بوجود العمل فوجب كونه معلوماً وبأنه لا يكاد يرغب أحد في العمل إذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد (و أورد على الأول) بأن الفرق غير تام لأن أمرها مبني على احتمال الغرر وقد تمس الحاجة إلى جهالة العوض كما تمس إلى جهالة العمل بأن يريد تحصيل الأبق ببعضه وعمل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٢

(المطلب الثاني) في الأحكام

الجعالة جائزة من الطرفين (١)

الزرع ببعضه وقد لا - يريد العامل إلا ثوباً كائناً ما كان لمكان شدة البرد ونحو ذلك (و استدلل) في المسالك بإطباقهم على صحة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم أجره المثل مع أن العمل الذي ثبت أجره مثله غير معلوم عند العقد بل يحتمل الزيادة والنقصان انتهى فتأمل (و على الثاني) بأنه إنما يتم فيما إذا كان العوض مجهولاً بحيث لا يمكن تسلمه ولا تسليمه وأما إذا كان معلوماً في الجملة كالصبرة والدابة والثوب ونصف الأبق والزرع فلا فهو مثل العمل فإنه لو كان مجهولاً بالكلية لم يصح كما تقدم (و على الثالث) بأن العادة مطردة بالرغبة في أعمال كثيرة مجهولة بجزء منها مجهول وإنا الكلام والتوقف في صحة ذلك وقد ورد النص بجواز جعل السلب للقاتل من غير تعيين كقوله صلى الله عليه وآله وسلم من قتل فله سلبه ثم إنه مع عدم الرغبة والرضا لا بد من التعيين إن احتاج إليه لتحصيل ماله ونحن لم نوجب عليه التجهيل بل نجوز له ذلك إن وجد راغب وإلا عين إن أراد قال المقدس الأردبيلي لا نجد على اشتراط المعلوماتية دليلاً ولا فرق بين العمل والعوض فإن أمكن تسليمه العوض وأخذ به حيث لا يقع فيه نزاع وجد الراغب جازت الجهالة فيه ومما ذكر يعلم الوجه في التفصيل (و وجه) كلام فخر الإسلام والشهيدان مثل قوله من ردّ عبدي فله مال أو شيء يعدّ جعالة لأنها لا تنحصر في لفظ إذ العلم بقدر العوض و جنسه غير شرط في تحقق الجعالة لاتساعها وبنائها على الجهالة في أحد العوضين فكان أمرها مبني على احتمال الغرر وإنما هو شرط في تشخيص العوض فإن أراد التعيين ذكر قدره و جنسه

و إلا يذكر قدره و جنسه و إنما قال له مال أو شيء ثبت بالرد أجره المثل فأجره المثل منزله منزله الشيء فكان كأنه لما قال له لك شيء أو مال أراد أن لك أجره المثل فتبوتها في هذا العقد ليس لبطلانه فتصح أيضا فيما إذا قال إذا فعلت كذا فأنا أرضيك و أعطيك و نحو ذلك و يثبت له أجره المثل و مما ذكر يعلم الحال في قوله في اللمعة فإن أراد التعيين فليذكر جنسه و قدره و إلا ثبت بالرد أجره المثل و قد فسر في الروضة قوله و إلا ثبت بأنه إن لم يذكر القدر أصلا أو ذكره و لم يعينه ثبت أجره المثل ثم إنه قال إنه يشكل إلى آخر ما قال (و أنت خير) بأنه لو استدعى الرد و لم يبين أجره المثل فالراد عند الشهيد في ظاهر اللمعة متبرع لأصالة البراءة كما لو استدعاه مجانا و يأتي استشكال المصنف فيه و لو سلم أنه مشمول لعبارة اللمعة فمن حيث إثباته أجره المثل لا يأتي فيه الإشكال الذي ذكره إلا أنها هل هي بمقتضى العقد أم لا فكلام آخر فليلاحظ ذلك من أرادته (و يعلم) أن التفصيل إنما هو فيما إذا كان العبد مجهولا كما هو واضح فلو كان معلوما فأولى بالصحة إلا أن نمنع الاستيجار على الارتضاع بجزء من المرتضع بعد الانفصال و إليه أشار في التذكرة في آخر المسألة

المطلب الثاني في الأحكام (قوله) (الجماعة جائزة من الطرفين)

كما صرح به في المبسوط و سائر ما تأخر عنه إلا ما قل و في التذكرة أنها عقد جائز من الطرفين إجماعا كما تقدم أيضا و في الكفاية أنه لا يعرف فيه خلافا و في المسالك أنه لا خلاف فيه سواء جعلناها عقدا أو إيقاعا لأنها بمنزلة أمر الغير بعمل له أجره فلا يجب المضى فيه من الجانبين (قلت) الخلاف معروف من أبي علي قال لو جعل عاما لمن جاء بالآبق فخرج الناس عند عمومهم بما جعل من الجعل فأشهد المولى على نفسه بأنه قد فسخ ما كان جعله لم يفسخ بذلك حكاة عنه في المختلف فليتأمل في إطلاق أبي علي و قوله في الشرائع أنها لازمة من طرف الجاعل إلا أن يدفع أجره ما عمل حيث يكون قد تلبس العامل بالعمل لا يقتضى لزوم لأن المراد جواز تسلط كل منهما على فسخه سواء ترتب على ذلك لزوم عوض في مقابلة العمل أم لا (و لك أن تقول) إن قولهم إن الجاعل يدفع أجره ما عمل العامل و إن الماضي عليه أجرته و نحو ذلك على اختلافهم في التعبير مع المحافظة على لفظ الأجره و أوضح من ذلك ما قاله في الدروس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٣

فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل و لا شيء له لأنه أسقط حقه (١) و كذا للجاعل قبل التلبس بالعمل مطلقا و بعده فيدفع أجره ما عمل (٢)

و عليه فيما مضى بنسبته إلى الجميع يقتضى بكونها لازمة بالنسبة إلى ما مضى لأنه يقتضى بعدم إبطال السابق بالفسخ و المراد بالجواز بل المتبادر منه إبطال دفع حكم العقد مطلقا و هو يقتضى ثبوت أجره المثل لما سبق من العمل على أن ثبوت أجره المثل لا تقتضى البطلان عند الشهيد و غيره فتكون عندهم جائزة من طرف العامل لازمة من طرف الجاعل كالرهن لازم من طرف الراهن جائزة من طرف المرتهن و بكونها لازمة من طرف المالك فيما مضى صرح في جامع المقاصد في أثناء كلام له فيما يأتي لكن ما يفهم من المبسوط و الشرائع و الإرشاد و التبصرة من أن فسخ الجاعل متوقف على دفع الأجره ليس بمراد قطعاً لمخالفته للإجماع كما في المسالك لأنه إذا فسخ بطن العقد من حينه و لزمته الأجره سواء دفعا أم لا (قوله) (فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل و لا شيء له لأنه أسقط حقه)

و أبطل المنفعة على نفسه كما في المبسوط و التحرير و الروضة و كذا في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و في الكفاية أنه المشهور لأن المالك لم يجعل له العوض إلا في مقابلة مجموع العمل و لم يحصل غرضه و لم يأت العامل بما شرط عليه العوض و لما كانت جائزة لم يثبت فيها شيء إلا بالشرط بخلاف الإجارة فإنها لازمة تستقر الأجره شيئا فشيئا و احتمال في السبعة المتأخرة أنه لو كان الجعل على نحو خياطة ثوب فحاط بعضه و جوب حصته قالوا و يقوى

الاحتمال لو مات أو شغله ظالم ثم إن بعضهم استظهر ذلك كالمولى الأردبيلي وبعضهم نفى عنه البأس كالشهيد الثاني وغيره و المدار عندهم على العمل الذى تقابل أجزاءه بالأجرة كبناء الحائط و تعليم القرآن بل احتمال المحقق الثانى ثبوت الحصّة مطلقا لكن قال الشهيد الثانى إنه لا إشكال فى عدم استحقاق شىء فى نحو ردّ العبد لأنه أمر واحد لا يتوسط العوض على أجزائه و نحوه ما فى الكفاية و المفاتيح (تذنيب) لو فسخ العامل ثم أراد العمل فهل يفسخ العقد أم يستمر إيجاب الجاعل احتمالان ذكرهما فى جامع المقاصد من دون ترجيح و ربما بنى ذلك على أن الجعالة عقد أم لا فعلى الأول يحتمل الانفساخ لأن ذلك قضية العقد الجائز و عدمه لأن العبرة بإيجاب المالك و إذنه و ذلك أمر لا قدرة للعامل على فسخه و على الثانى يتجه عدم بطلانها لمكان بقاء الإيجاب و الإذن و معنى قولهم يجوز للعامل الفسخ أنه لا يجب عليه الوفاء بالعمل و إن بقى حكم الإذن (قوله) (و كذا للجاعل قبل التلبس بالعمل مطلقا و بعده فيدفع أجره ما عمل)

أى له الفسخ قبل التلبس بالعمل و بعده لكنه حيث يفسخ بعده يدفع أجره ما عمل و فى جامع المقاصد لا موقع لقول المصنف مطلقا كما لا يخفى قال و فسرّه الشهيد فى حواشيه بأن معناه أن له ذلك من غير شرط بذل عوض و لا محصل له (قلت) لعله أراد سواء كان العمل مما يوزع على الأجرة أو لا كردّ الآبق و إن شرع فى المقدمات أو سواء كانت عقدا أو إيقاعا عين العوض أم لا و كيف كان فنحو ما فى الكتاب كلام المبسوط و الشرائع و التبصرة و الإرشاد و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح لكن عبارات الأربعة الأولى تعطى توقف الفسخ على دفع الأجرة كما نبهنا عليه فيما مرّ و عبارتا الدروس و اللمعة تعطيان اللزوم بالنسبة إلى ما مضى و كذا غيرهما كما تقدم أيضا (و الوجه) فيما ذكرناه من أنه إذا فسخ بعد التلبس و قد عمل ما يوجب اجرا دفع إليه أجره ما عمل أنه إنما عمل بعوض لم يسلم له و لا تقصير من قبله و الأصل فى العمل المحترم الواقع بأمر المالك أن يقابل بالعوض و لو قلنا إنه لا عوض له و فتحنا هذا الباب لكان للإنسان أن يكمل أكثر عمله بغير عوض (و أما) إذا تلبس و لم يكن عمل عملا يقابل بالأجرة فلا شىء له أصلا إن تمّ الفرض (و الظاهر) أن المراد بالعوض حصته بنسبة ما فعل إلى المجموع من العوض المبذول كما هو صريح الدروس لأنه العوض الذى اتفقا عليه فلا يلزم غيره خصوصا إذا زادت أجره المثل عنه لقدمه على أنه لا يستحق سواه و هو خيرة المسالك و الروضة و الكفاية لكن قوله فى التذكرة عليه للعامل أجره مثله مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٤

و يستحق العامل الجعل بالتسليم (١) فلو جاء به إلى باب منزله فهرب (٢) أو مات لم يستحق شيئا (٣) و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة (٤) و يعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس و إلا بالنسبة (٥)

يخالف ذلك ظاهرا و وجهه أنه بالفسخ بطل حكم العقد و لما كان العمل محترما جبر بأجره المثل كما لو فسخ المالك القراض (و فيه) أن المشروط للعامل فى القراض جزء، من الربح فقبل ظهوره لا- وجود له حتى ينسب إليه ما فعل بخلاف عامل الجعالة فإنه مضبوط يمكن الاعتماد على نسبته و هذا إنما يتم فيما يتوزع على أجزائه الأجرة لا فيما هو نحو رد الآبق و لم يحصل فى يده و قد فسخ و يتم فيما إذا فسخ و قد صار فى يده و حينئذ ففائدة الفسخ عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير بل يستحق لما سبق بنسبته و يبقى له فيما بعد ذلك أجره المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك و هو حفظه عنده و نحوه إذ لا يجب عليه رده على المالك بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده و إن لم يعلم و جب إعلامه فاندفع ما أشكل على المحقق الثانى من أنه فى هذه الصورة لا يكاد يتحقق للفسخ معنى إذ لا يجوز له تركه بل يجب تسليمه إلى المالك أو من يقوم مقامه فلا تتحقق فائدة للفسخ حينئذ هذا (و ليعلم) أن العقد إنما يفسخ إذا علم العامل بالفسخ من الجاعل و إلا فهو على حكمه فلو عمل استحق تمام العوض كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك فكان كالموكيل إذا لم يعلم بالعزل (قوله) (و يستحق العامل الجعل بالتسليم)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و ذلك مع التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده أو الإطلاق لتعلق الاستحقاق بالردّ و المتبادر منه إلى اليد و لم يحصل و قال المقدس الأردبيلي إن كان العمل الذى شرط له مستلزما للتسليم أو شرط فيه ذلك لزمه ذلك و إلا فلا فلو قال من رد عبدي إلى هذا البلد فله كذا لم يجب التسليم و كذا لو قال من خاط لى هذا الثوب فالظاهر أنه يستحق بالعمل دون التسليم (قلت) الأول خارج عن الفرض و به صرح فى الروضة و الثانى جيد و قد قيل مثله فى باب الإجارة و يترتب على ما قالوه أنه ليس للعامل حبس العبد ليتسلم العوض لأن الاستحقاق بالتسليم فلا يتقدم عليه

(قوله) (فلو جاء إلى باب منزله فهرب)

أى لم يستحق شيئا كما هو المفروض فى كلامهم

(قوله) (أو مات لم يستحق شيئا)

كما فى التذكرة و المسالك و إن كان بداره كما فى الروضة و زاد فى الأول ما إذا غصبه غاصب

(قوله) (و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة)

هذا هو الأقوى كما فى الإيضاح لأن المانع ليس من قبله و إن ردّ الممكن عادة قد حصل و تسليمه من الموت ليس داخلا تحت قدرة البشر و كأنه ميل إليه فى جامع المقاصد و الروضة و فى المسالك أن الفرق ضعيف لاشتراكهما فى المقتضى إذ لا دخل فى ذلك لاستحقاق الجعل على العمل المخصوص المنفى فى صورتين

(قوله) (و يعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس و إلا بالنسبة)

قد صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان بأنه يعمل بالمتأخر من الجعالتين و قد قيد ذلك فى التذكرة و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان بما إذا سمع العامل الجعالتين و هو مراد من أطلق و فى اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة أنه لو سمع أحدهما خاصة فالعبرة بما سمعه لا- غير و معناه أنه إذا سمع الأولى خاصة استحق الجعل الأول و قال فى التذكرة إنه لو لم يسمع العامل الجعالة الأخيرة فلا بأس بالرجوع إلى أجره المثل و يأتى تحقيق الحال و قيد ذلك أيضا فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان بما إذا سمع الثانية قبل الشروع فى العمل كالكتاب و أما إذا سمع الثانية بعد الشروع فى العمل ففى الكتاب و جامع المقاصد و المسالك و الروضة أن له من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع و فى الثلاثة الأخيرة أن له من الثانية بنسبة الباقي على إشكال فى ذلك لجامع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٥

و لو حصلت الضالة فى يد إنسان قبل الجعل و جب دفعها إلى مالكتها و لا شيء له (١)

المقاصد و المسالك يأتى بيانه و دفعه و فى التذكرة أنه إذا سمع الثانية بعد الشروع فى الأولى فالأقرب الرجوع إلى أجره المثل لأن الجعالة الثانية فسخ للأولى و الفسخ فى أثناء العمل يفضى إلى أجره المثل و لم يفرق المصنف فى الكتاب و التذكرة و التحرير و المحقق فى الشرائع بين ما إذا زادت الجعالة الثانية أو نقصت و هو قضية إطلاق الباقي و إطلاق الجميع شامل لما إذا كانتا مطلقتين أو الثانية مقيدة بالزمان أو المكان و هو محمول على ما إذا كانتا مطلقتين أما مع التقييد فلا بد من التفصيل الآتى هذا تحرير كلام الأصحاب (و تنقيح البحث) أن يقال كما يجوز فسخ المالك لأصل الجعالة و إبطالها رأسا يجوز فى قيودها من صفات الجعل بالزيادة و النقصان و الجنس و الوصف و المكان و الزمان قبل التلبس بالعمل و بعده قبل إكماله فإذا عقب الجعالة على عمل معين بأخرى و زاد أو نقص فقد أبطل الأولى و جعل بدلها الأخرى فإن كان قبل أن يشرع فى العمل عمل بالأخيرة و إن كان قد سعى العامل فى الردّ

من دون أن يتسلم الضالة أو العبد ذهب سعيه ضياعا بلا أجره لأن العمل هنا الرد و الذهاب ليس منه نفسه و إنما هو من مقدماته فكان كأنه لم يسمع و إن كان بعد الشروع في العمل كأن كان خاط بعض الثوب الذي قد جعل عليه أولا مائة مثلا ثم جعل عليه ثانيا عشرة فقد سمعت ما في التذكرة من أنه يرجع إلى أجره المثل فيما عمل و عرفت وجهه (و فيه) ما تقدم مثله من أنه إذا (قد خ ل) أقدم على المسمى فليستحق بالنسبة منه فلا- يتجه الرجوع إلى أجره المثل خصوصا إذا كانت أزيد منه نعم لو قيل بثبوت أقل الأمرين من أجره المثل و نسبته إلى المسمى لكان وجهها في الجملة و المصنف في الكتاب و من وافقه قالوا له من المائة بنسبة ما عمل قبل الجعالة الثانية لأن ذلك رجوع عن الأولى و هو من جهة المالك فيجب عليه ذلك كما تقدم و إن كان قد عمل أيضا بعد سماعه الثانية فله من الثانية بنسبة الباقي إذا أكمل العمل (لكن) في هذا إشكال ينشأ من أنه إنما جعل الجعل الثاني على مجموع العمل و لم يحصل العامل عالم بالحال فكان عمله بعد سماعه الثانية واقعا بدون عوض مبذول من المالك في مقابلته لأن الجعالة لا تقابل بالأجزاء إلا في مواضع فنفرض هذا فيما إذا قبض العبد في بلاد نائية و سمع الجعالة الثانية بالتقريب الذي ذكرناه آنفا في دفع ما أشكل على المحقق الثاني فلا- تكون هذه الجعالة مما تقابل بالأجزاء (و يجاب) عنه على ما فيه مما لا يخفى بأنه عمل عملا و قد أتمه بأمر المالك بالعوض الذي عينه و لا سبيل إلى أجره المثل لأن العوض معين و لا إلى مجموع الجعل الثاني لأنه لم يعمل مجموع العمل بعد الأمر به فلا مناص عن التوزيع و هذا كله إذا كان قد سمع الجعالتين أما لو سمع إحداها خاصة فإنه يستحق الجعل فيما سمعه كما عرفت و قد سمعت ما في التذكرة و أما إذا كانت الثانية مخالفة للأولى في الزمان و المكان كما إذا كان قد قال من ردّ عبدي يوم الجمعة فله مائة ثم قال من ردّه يوم السبت فله دينار أو قال من رد عبدي من الشام فله مائة أو من بغداد فله دينار فالظاهر عدم المنافاة فيلزم ما عين لكل واحد من الوصفين لمن عمل فيه و كذا لو كانت الأولى مطلقة و الثانية مقيدة بزمان أو مكان و كان جعل الأولى أقل و إن كانت الثانية أقل احتمل الرجوع و أن يحمل المطلق على غير صورة المقيد فليلاحظ ذلك كله و ليتأمل فيه لأن الأصحاب أطلقوا و لعلمهم لحظوا أن المتبادر في العرف الرجوع عن الأولى و إبطالها رأسا

(قوله) (و لو حصلت الضالة في يد إنسان قبل الجعل و جب دفعها إلى مالكها و لا شيء له)

كما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و كذا المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد لكن لم يذكر فيها وجوب الدفع و لعله لأنه لا يجب و إنما يجب الإعلام و التخليه و لعل المصنف و المحقق أرادوا به الرد أو إعلام المالك و التخليه (و كيف كان) فقد نسب أنه لا شيء له إذا حصل في يده قبل الجعل في التذكرة إلى أكثر علمائنا و قوّه و إنما ذكر ما نسب إليه في جامع المقاصد و المسالك و الكفاية من التفصيل فيما إذا قال من رد على مالي فله كذا فرده من كان المال في يده قال نظر فإن كان في يده من يده مزيد كلفه و مؤنّه كالعبد الآبق استحق الجعل و إن لم يكن كالدراهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٦

و كذا المتبرع سواء عرف برد الآبق أو لا و سواء جعل المالك و قصد العامل التبرع أو لم يجعل و إن لم يقصد التبرع (١) و لو بذل جعللا- غير معين كقوله من رد عبدي فله شيء لزمه أجره المثل إلا- في رد الآبق أو البعير ففي رده من المصّر دينار و من غير مصره أربعة دنانير و إن نقصت قيمة العبد أو البعير فأشكال (٢)

و الدنانير فلا لأن ما لا كلفه فيه لا يقابل بالعوض كما تقدم و لعل ذلك منهم لاتحاد الطريق و قد استوجه المحقق الثاني و فيه نظر ظاهر (و الوجه) فيما ذكر في الكتاب و ما وافقه أن الدفع واجب عليه حينئذ فلا يستحق أجرا عليه إذ لا جعل على الواجب و لا عمل بالإذن يستحق به و ظاهر الكفاية التوقف و كذا مجمع البرهان و هو في محله و الظاهر أن الدلالة لا تجب عليه إذا لم تكن في يده إلا إذا كان من باب الاستدعاء للشهادة كأن يقول من كان عنده شهادة فليشهد أو كان من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر كأن يكون من حصل المال في يده عالما بأنه ليس له و يريد أكله و إتلافه و بدون ذلك لا يجب و منه يعلم حال ما في العبارة و كلام

المحقق الثاني و ما تقدم فيما إذا قال من دلني و جعل بفتح الجيم و إسكان العين الإتيان بصيغة الجعالة

(قوله) (و كذا المتبرع سواء عرف بردّ الآبق أو لا و سواء جعل المالك و قصد العامل التبرع أو لم يجعل و إن لم يقصد التبرع)

هذا تقدم الكلام في أول الباب و قلنا إن الشيخين و ابن حمزة يقولون بأن من ردّ العبد أو البعير استحق من غير شرط و يأتي ما له نفع تام في ذلك في موضعين و قد جعل المصنف في العبارة المتبرع على أقسام فلتلحظ (و قد يقال) إن في العبارة مناقشة لأن هذا الوصل لا يتضح اندراجه في قوله و كذا المتبرع لأن المتبادر من التبرع قد يخالف من لم يقصد التبرع إلا أن يقال إن من لم يقصد واحدا من الأمرين متبرع فيكون من جملة أفراد المتبرع كذا قال في جامع المقاصد و قد يكون أراد بيان أنه إذا لم يجعل المالك سواء استدعى أم لم يستدع و قصد العامل الأجرة يكون متبرعا حكما و إن لم يقصد التبرع كما يأتي ذلك في كلام المصنف على إشكال له فيما إذا استدعى و عبارة الكتاب عين عبارة التذكرة حرفا فحرفا

(قوله) (و لو بذل جعلاً غير معين كقوله من ردّ عبدي فله شيء لزمه أجره المثل إلا في رد الآبق أو البعير ففي رده من المصر دينار و من غير مصره أربعة دنانير و إن نقصت قيمة العبد أو البعير فإشكال)

أما أنه يلزم به أجره المثل فيما إذا كان العوض مجهولا- في غير الآبق و البعير فقد حكى عليه الإجماع في الدروس قال فإن كان مجهولا فأجره المثل قولا واحدا كما تقدم بيانه و أما أن في رد العبد الآبق من المصر الذي فيه مالكة دينار و من خارجه أربعة دنانير إذا بذل المالك الجعل و لم يعينه و هو قضية كلام المقنعة و النهاية و الوسيلة بالأولوية و هو قضية المنقول في المختلف من كلام القاضى لمن تأمله غير مستعجل و هو الذي فهمه منه في المختلف كما ستسمعه و صريح السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و الإرشاد و التبصرة و المختلف و المقتصر و جامع المقاصد و هو خيرة الدروس لأنه قال إذا لم يذكر عوضا و أمر بالرد فالأولى العمل بالمقدر في الرواية فبالأولى بأن يعمل بالمقدر فيها إذا أمر و ذكر العوض مبهما (و هو المشهور) كما في النافع و المختلف و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و في الرياض أن الشهرة بها عظيمة قديمة و متأخرة و في المهذب البارع و المقتصر أن الرواية ضعيفة لكنها تأيدت بعمل الأصحاب و شهرتها في كتبهم حتى صار العمل بها و بما ألحق بها قريبا من الإجماع و اختص الأخير بالأخيرة و في المختلف أنه قول من عدا الشيخين و ظاهره الإجماع من غيرهما قال و قول الباقي يدل على عدم الاستحقاق إلا أن يجعل جعلاً- مطلقا و القاضى من الباقي و في الشرائع أن العمل على الرواية و هذا يشعر بالإجماع و في غاية المرام نسبتته إلى المتأخرين كافة و قد عمل بها ابن إدريس الذي لا- يعمل إلا بالقطيعات و جعل ذلك عرفا للشرع و أشار في أثناء كلامه إلى أنه مقطوع به موظف من الشارع و قال في الخلاف إن أصحابنا رويوا أنه إن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٧

.....

ردّ العبد الآبق من خارج البلد استحق الأجرة أربعين درهما و إن كان من البلد فعشرة دراهم و قال دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم كما تقدم نقل كلامه برمته في أول الباب و قال في المقنعة بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم فأتى بلفظ ثبتت دون وردت و قال في المبسوط قد روى أصحابنا فيمن رد عبدا أربعين درهما قيمتها أربعة دنانير و هذه الأخبار المرسله في المقنعة و الخلاف و المبسوط مرسله في السرائر أيضا و قال إن ذلك موظف من الشرع و قال أيضا الأخبار وردت في العبد و هو يدل على أن هناك أخبارا و هي خبر مسمع عن الصادق عليه السلام أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم جعل في الآبق دينارا إذا وجد في مصره و في غير مصره أربعة دنانير لأن الخبر لم يذكر فيه سوى الدينار و الأربعة دنانير و الأخبار المرسله في الكتب الأربعة قد ذكر فيها الأربعون درهما و العشرة دراهم فكانت غيرها و إرسالها ينجبر بالشهرة مع تعاضدها و ثبوتها و القطع بها عند المفيد و ابن إدريس على الظاهر منهما و ما يحكيه الفقيه كما يرويها فكانت حجة أخرى (و المخالف) في ذلك الشيخ في المبسوط و كاشف الرموز فقالا

إنه يستحق أجره المثل و قال فى المبسوط لأن العقد فاسد و به قال أو إليه مال فى الروضة لكن المصنف فى المختلف فيما يأتى احتمال من كلام المبسوط الموافقة للمشهور و احتمال من أجره المثل ما قرره الشارع و هو بعيد و المقداد قال لا يستحق شيئاً إلا بجعل صاحبه و نسبه إلى المبسوط و السرائر و فى المسالك أن الأصح الإعراض عن هذا الحكم أصلاً لضعف السند و اختلاف الأصحاب فى الحكم على وجه لا يجبر ضعفه على قواعدهم و استوجهه صاحب الكفاية (قلت) من قواعدهم أن الشهرة تجبر الضعف و هى معلومة و منقولة منهما و من غيرهما معتضده بما يظهر من جماعة من دعوى الإجماع و مولانا الأردبيلي لم يبارح خطه التأمل فى المقام و المصنف فى التحرير استحسن حمل الشيخ رواية مسمع على الأفضل فيما إذا بذل جعلاً غير معين و كل ذلك فى غير محله و قد نشأ من ضعف التتبع و قلة التأمل فى كلام الأصحاب و يرشد إلى ذلك ما وقع لهم من الغلط فى النقل فكاشف الرموز حكى عن المبسوط و ابن إدريس أنه لا يستحق شيئاً إلا بجعل صاحبه ثم قال و الأشبه أنه يستحق أجره المثل لأنه أقرب إلى العدل و هو غلط قطعاً لأنهما إنما ذكرا ذلك فيما إذا جاء بالعبد الأبق و الضالة و اللقطة من غير جعل أصلاً معرضين بالمفيد فى المقنعة أو منزلين كلامه على ما إذا بذل جعلاً غير معين و احتمال أن يكون أراد بجعل صاحبه فيما حكاها عنهما ما إذا بذل جعلاً غير معين أو معينا يدفعه قوله و الأشبه إلخ لأن الشيخ يذهب فيما إذا كان غير معين إلى أجره المثل و ابن إدريس إلى الدينار و الأربعة فلم يتفقا أيضاً على قول واحد فيتعين أنه أراد بجعل صاحبه الجعل المعين و هو غلط و منه يظهر لك غلط الفاضل المقداد و شيخنا صاحب الرياض حكى عن الدروس أنه نسب العمل بالمقدر فى الرواية إلى المتأخرين و المنسوب فيه إلى المتأخرين أنه لا شىء للعامل إذا أتى بالعبد ابتداءً من دون جعل أصلاً فالنسبة إليه وهم قطعاً و قد تضمنت جملة من عباراتهم تقدير الدينار بعشرة دراهم كالمقنعة و النهاية و الخلاف و المبسوط و السرائر و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المقدس الأردبيلي لما لم ير سوى عبارة الإرشاد و التذكرة قال لا وجه لتقريره بذلك لأنه غير موجود فى الرواية و ما رأيت فى موضع آخر سوى المتن و التذكرة و قد عرفت أن بذلك أخباراً مرسله و إجماعاً منقولاً فى الخلاف فتأمل فضلاً عن إطباقهم على تقديره بذلك فى باب الدييات (و لا فرق) فى العبد بين الصغير و الكبير و المسلم و الكافر و الصحيح و المعيب و لا يتعدى إلى الأمة كما نص عليه فى السرائر و غيرها قال فى السرائر لأن الأخبار وردت فى العبد و الأنتى يقال لها عبده و أمه و أما البعير فقد سمعت ما فى المقتصر من أن إلحاقه بالأبق قريب من الإجماع و نسبه فى المهذب إلى كثير ممن تأخر عن عصر الشيخين و فى جامع المقاصد إلى الأصحاب و فى المختلف و مجمع البرهان أنه المشهور و دليله الأخبار المرسله الموظفة من الشرع كما فى السرائر مع أنه

لا يعمل إلا أن يكون قاطعاً و الأخبار المرسله فى المقنعة الثابتة عنده فضلاً عن النهاية التى هى متون الأخبار كما صرح به فى خطبه المبسوط و يجبر الإرسال الشهرة المحكية مضافاً إلى ما فى المقتصر و لا أقل من أن يفيدنا شهرة مضافاً إلى ثبوت ذلك عند المفيد و ابن إدريس و القطع بها عندهما على الظاهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٨

و لو استدعى الرد و لم يبذل أجره فالراد متبرع (١) على إشكال أقربه ذلك إن استدعى مجاناً (٢) و لو جعل لفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه (٣)

منهما و لا- يصدنا بعد هذا كله قول المحقق فى الشرائع و المصنف فى التذكرة و غيرهما بعدم الظفر بالدليل على ذلك مع أن المصنف حكم به هنا و فى الإرشاد و التبصرة و مال إليه أو توقف فى المختلف و لا يفرق فى البعير بين الصغير و الكبير و الذكر و الأنتى لأنه بمنزلة الإنسان كما فى السرائر و غيرها (و أما) الإشكال فيما إذا قصرت قيمتها عن الدينار و الأربعة فيدفعه إطلاق خبر مسمع و الأخبار المرسله فى الكتب الأربعة و إجماع الخلاف فى العبد و إطلاق الأخبار المرسله فى الكتابين فى البعير و إطلاق الفتاوى و الشهرة فيهما فإن ذلك يقضى بعدم الفرق فى وجوب المقدر بين نقصانه عن قيمتهما و عدمه كما هو خيرة الشرائع و

الإرشاد و كذا التحرير و هو قضية كلام السرائر أو صريحها ذكره في أثناء كلام له و عن الصيمري أن الإطلاق هو المشهور إلا أن تقول إن الإطلاق ينصرف إلى الغالب لا النادر مضافا إلى عدم الفائدة للمالك (و فيه) أن ذلك حق بالنسبة إلى إطلاق الأخبار لا الفتاوى لأنها قيود حتى أن مفهوم اللقب فيها معتبر فتدبر فيمكن جعل الشهرة المحكية قرينة على إرادة الفرد النادر (و فيه نظر) بل قد نمنع أن ذلك نادر إذ كانا يشملان الصغير و الكبير و الصحيح و المعيب و الفائدة في العبد ظاهرة لأن فيه صيانته له عن الرجوع إلى الكفار و الرد إلى دينهم و تقويتهم به و يأتي الأخير في البعير (سلمنا) أن هذا الفرد خارج عن إطلاق النص فتجب حينئذ أجره المثل لأنه عمل محترم له عوض و لم يعينه المالك لكنه يشكل لو زادت أجره المثل على المقدر شرعا فينبغي أن يكون محل التخصيص ما إذا زاد المقدر عن أجره المثل و إلا وجب المقدر لانتفاء المنافى حينئذ و لعله لذلك اختير في الإيضاح أن الواجب أقل الأمرين من أجره المثل و المقدر شرعا و في الروضة أنه يثبت أقل الأمرين من قيمته و المقدر شرعا (قوله) (و لو استدعى الردّ و لم يبذل أجره فالراد متبرع)

أى لا شيء له كما هو خيرة الشرائع و الإرشاد و التحرير و كذا مجمع البرهان و هو قضية كلام اللمعة لعدم التزامه بالأجره و الأصل براءة ذمته منها و طلبه أعمّ من كونه بأجره و مجانا فلا يجب عليه شيء لأن العامل حينئذ متبرع حيث أقدم من غير بذل و يشهد له ما قاله في التذكرة لمن قال أعط فلانا ألفا ففعل من أنه لا يرجع و كذا لو قال أعتق أو ألق متاعك حتى يقول عنى فى الأولين و على ضمانه فى الثالث و اختير فى التذكرة و المسالك و الكفاية و كذا الإيضاح و الكتاب لمكان مفهوم الشرط الآتى أن عليه الجعل لأنه عمل بالأمر و الفرض أن لمثله أجره كما ذكروا ذلك فيمن أمر غيره بعمل له أجره فتجب الأجره ما لم يصرح بالتبرع أو يقصده العامل و هذا يقضى بالفرق بين قوله ردّ عبدى و قوله من يرد عبدى و قالوا فيمن أمر غيره بالشراء و أداء ثمنه إنه يلزمه العوض و قالوا فيمن ضمن بسؤاله و أدى أنه يرجع و قد حكى عليه الإجماع فى سبعة كتب صريحا و ظاهرا و ورد به خبران و ما اختلف فيه اثنان و قوى فى جامع المقاصد فيما نحن فيه أنه إن دلت العادة على الأجره فى مثل هذا الفعل حمل الإطلاق عليه و إلا فلا و تمام الكلام فى باب الضمان و فى الدروس أن الأولى العمل بالمقدر فى الرواية و ما ندرى ما ذا يقول فى غير العبد و لعله يقول بأجره المثل و قد تسالموا جميعا على خلاف المقنعة و النهاية و الوسيلة كما مر (قوله) (على إشكال أقربه ذلك إن استدعى مجانا)

قد ظهر من الاستدلال للأقوال وجهها الإشكال و إنما هو فيما إذا استدعى الرد و لم يشترط أجره و لا عدمها فالاستدعاء مجانا خارج عن محل النزاع لكن مفهوم الشرط يدل على الاستحقاق فى محل النزاع كما نبهنا عليه آنفا (قوله) (و لو جعل لفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه)

كأن قال من ردّ عبدى فله كذا فإن ردّه واحد كان له الجعل فإن ردّه اثنان كان بينهما فإن ردّه جماعة كان بينهم بالسوية إن تساوا و قلنا إن الرد لا يقبل الاختلاف كما سيأتى لصدق لفظه من على كل واحدة من هذه المراتب و به صرح فى المبسوط و الشرائع و التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ١٩٩

و لو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل (١) و لو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعل متفاوتا فمن جاء به منهم فله ما عينه له و لو جاء به اثنان فلكل نصف جعله و لو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله (٢) و كذا لو عين لأحدهم و جهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى و للآخر بنسبة عمله من أجره المثل (٣) و لو عين لواحد فتبرع آخر

و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و نظير الردّ من نقب هذه السور فله كذا فنقبه ثلاثة نقبا واحدا و لو قال لجماعة إن رددتم عبدى فلكم كذا فردوه فالجعل بينهم يوزع على قدر العمل أو على الرؤوس إن كان

لا يقبل الاختلاف

(قوله) (و لو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى المختلف أنه المشهور كأن قال من دخل الدار فله دينار فدخلها جماعة استحق كل واحد منهم دينارا لأن كل واحد منهم قد صدر عنه دخول كامل كدخول المنفرد و الفرق بينه و بين الأول واضح لأن الجعل فى الأول لمن صدر عنه الرد مستقلا منفردا واحدا كان أو متعددا إذ الرد لا يتعدّد و الذى صدر عنه الرد بالاستقلال إنما هو الجماعة و لم يصدر عن فرد واحد منهم و لا كذلك دخول الدار لكن لا بدّ من غاية معتد بها فى الجعل على دخول الدار و إلا لم يصح و نظيره من ردّ عبدا من عبيدى فله دينار فردّ كل واحد عبدا هذا إذا كان الجعل أمرا كلياً فلو تشخص مثل أن قال من دخل دارى فله هذا العبد فدخل جماعة اشتركوا فيه إذا دخلوا دفعةً و ينفرد به الأول فقط مع الترتيب لأنه أخذه يفعله الدخول و لا جعل للثانى و أما فيما عدا المثال فلا فرق بين أن يدخلوا دفعةً أو متعاقبين و احتمال فى المختلف التساوى فى مسألة الكتاب فيستحق الداخلون كلهم دينارا واحداً لأنه المبذول و العموم يقتضى التشريك لا الزيادة على المبذول

(قوله) (و لو جعل لكل واحد من الثلاثة على الرد جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ما عينه له و لو جاء به اثنان فلكل نصف جعله و لو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله)

كما فى المبسوط و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و هذا إذا كان الفعل لا يقبل الاختلاف كردّ الأبقى إن قلنا إنه لا يقبل الاختلاف و الظاهر أنه مختلف الأحوال فتارة يختلف و تارة لا يختلف و لهذا اختلفت كلماتهم فيه فتأمل كما إذا قال لواحد إن رددت عبيدى فلك عشرة و قال لآخر إن رددته فلك عشرون و قال لآخر إن رددته فلك ثلاثون فكل من رده منهم فله جعله خاصةً و لو رده اثنان كان لكل واحد منهما نصف ما جعله له و لو رده الثلاثة كان لكل واحد ثلث ما جعله له إذا عمل كل واحد من الثلاثة لنفسه أما لو قال أحدهم أعنت صاحبى فلا شىء له و لكل واحد منهما نصف ما شرط و لو قال اثنان عملنا لإعانة صاحبنا فلا شىء لهما و له جميع ما شرط له و لو أعانهم رابع فى الرد فلا شىء له ثم إن قال قصدت العمل للمالك فلكل واحد من الثلاثة ربع ما جعل له و سينبه المصنف على بعض ذلك و ستمتع ما فى التحرير و غيره و إن كان الفعل يقبل الاختلاف كخياطة الثوب فخاطه ثلاثة فلكل واحد منهم بنسبة ما عمل إلى مجموع العمل مما عين له و كذلك الحال لو كانت أجرتهم متفقهة متساوية كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و مجمع البرهان سواء كان معينا لكل أو غير معين لهم فيكون المدار على أجره المثل كما يأتى فى كلام المصنف أو معينا لبعض دون آخر فيكون له أجره المثل بالنسبة إلى عمله و هو ثلثها و للمعين له ثلث جعله الذى عين له

(قوله) (و كذا لو عين لأحدهم و جهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى و للآخر بنسبة عمله من أجره المثل)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروضة و حكمه واضح و قد أدرجناه فيما سبق و لو كان العمل يختلف باختلاف الأشخاص فلمن لم يعين له بنسبة عمله من أجره المثل سواء زاد عن الثلث أم نقص

(قوله) (و لو عين لواحد فتبرع آخر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٠

معه فللمعين النصف و لا- شىء للمتبرع (١) و لو قصد الثانى إعانة العامل فللعامل الجميع و لو قصد أجره لنفسه فهو متبرع (٢) و لو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجعل بالنسبة المسافة (٣) و لو رد من أبعد لم يستحق أزيد (٤) بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى (٥) و لو لم يجده فى المعين فإشكال. (٦) و القول قول المالك مع اليمين فى شرط أصل الجعل و شرطه فى عبد معين (٧)

معه فللمعين النصف ولا شيء للمتبرع)

كما في الشرائع والتذكرة والإرشاد والمختلف إذا قصد المتبرع العمل لنفسه أو للمالك كما في التذكرة والكتاب فيما يأتي و المسالك ومجمع البرهان وكذا التحرير وفي الدروس ما قابل عمله وفي الكتب الستة أنه لو قصد مساعدة العامل فالجميع للعامل (قلت) هذا يتم إذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه واحتمل في التحرير أن له النصف أيضا هنا وحكى في الدروس والمسالك عن المصنف قولاً - باستحقاق العامل الجميع حيث يشاركه الأجنبي لا بنية مساعده له النصف أيضا هنا وحكى في الدروس والمسالك عن الأجنبي لا بنية مساعده لا يستحق العامل شيئا لأن كان أربط بقواعد الجعالة لأن العامل لا يستحق إلا بتمام العمل ولم يحصل مع المساعدة فتأمل وقال في المبسوط أنه أي المتبرع يستحق نصف أجره المثل وفي الشرائع أنه بعيد وفي المسالك أن ضعفه واضح لأنه لو استقل بالفعل لم يستحق شيئا إجماعا لتبرعه بالعمل فكيف يستحق مع المشاركة (قلت) الشيخ في المبسوط قال ما نصه أنه لا يستحق شيئا وعلى ما قلناه يستحق نصف أجره المثل انتهى واحتمل في المختلف حمل قوله على ما قلناه إلى آخره على أن من ردّ العبد فله ما عين وجعل ذلك عاما مع الجعالة والإطلاق وجعل أجره المثل ما قرره الشارع وهذا هو ما أشرنا إليه فيما سلف من أن الشيخ ليس مخالفا للمشهور الذين عملوا بخبر مسمع

(قوله) (و لو قصد الثاني إعانة العامل فللعامل الجميع و لو قصد أجره نفسه فهو متبرع)

قد تقدم الكلام فيهما

(قوله) (و لو جعل للرد من مسافة فردّ من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة)

كما في الشرائع والإرشاد والدروس وهو معنى ما في المبسوط والوسيلة والتذكرة من قولهم فإن رده من نصف الطريق فله نصف الجعل وهكذا وفي المسالك نسبته إلى الأصحاب وغيرهم من غير نقل خلاف والوجه نسبة أجره ما عمل إلى الأجره أجمع لا اعتبار (لا باعتبار خ ل) المسافة خاصة كما في المختلف وكيف كان فلا يخلو من نظر على قاعدة الجعالة كما في المسالك ومجمع البرهان (قلت) لأنه ما فعل ما ضرب الجعل عليه لأنه إنما ضربه على الرد من بغداد مثلا ولا يلزم منه ضرب جزئه لبعض الطريق وقد يكون الغرض متعلقا برده من بغداد وكما لا يستحق أجره لما زاد عن بغداد كما يأتي لا يستحق لما نقص إلا أن يكون هناك قرينه دالة على أن المطلوب الرد مع الأجره وإنما المعين للبعد لا - غير فيستحق تمام الأجره في الأبعد والنسبة فيما دون كما في مجمع البرهان

(قوله) (و لو رده من أبعد لم يستحق أزيد)

كما في التذكرة والتحرير والمسالك ومجمع البرهان لأن المالك لم يلتزمه فكان متبرعا

(قوله) (بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى)

كما في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد وإن كان أبعد لأن المراد بضد الجهة ما لم يدخل فيه المعين لأنه لم يجعل في رده من غيره شيئا فلا شيء له فكان كما لو جعل على رد شيء فرد غيره بل قد نقول فيما إذا دخل الأقل أن لا شيء له كما تقدم من (مع خ ل) أن الغرض قد يكون متعلقا برده من خصوص بغداد ومع القرينه يتم في مسألة الضد أيضا وأما غير الأقوى فهو احتمال وجوب أجره المثل لمكان الأمر بالرد وضعف بأن الأمر كذلك لا يقتضى كون الرد من ضد الجهة مأذونا فيه

(قوله) (و لو لم يجده في المعين فإشكال)

أقواه وأصحه أن لا - شيء له كما في الإيضاح وجامع المقاصد لمكان انتفاء المجعول عليه والوجه الآخر ينشأ من أنه أمر بالرد في الجملة فيستحق أجره المثل وقد عرفت الحال

(قوله) (و القول قول المالك في شرط أصل الجعل و شرطه في عبد معين)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠١

و سعى العامل فى الرد بأن قال المالك حصل العبد فى يدك قبل الجعل تمسكا بالأصل (١) و لو اختلفا فى قدر الجعل أو جنسه تحالفا و ثبت أقل الأمرين من الأجرة و المدعى إلا- أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فثبتت الزيادة و يحتمل تقديم قول المالك كالأصل (٢)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية تمسكا بالأصل فيهما (و معنى الأول) أنه جاءه بعده أو ضالته أو لقطته أو ثوبه مخيطا و طالبه بالعرض فأنكر المالك شرط الجعالة و قال لم أجعل لك شيئا فالقول قوله مع يمينه (و معنى الثانى) أن له عبيدين آبقين فاختلفا فى عين العبد الذى شرط فى رده العوض فقال العامل شرطت لى فى العبد الذى رددته و قال المالك بل شرطت لك فى العبد الذى لم تردّه فالقول أيضا قول المالك مع يمينه و مثله ما لو قال المالك شرطت لك العوض على ردهما معا فقال العامل بل على أحدهما أو على هذا الحاضر فيقدم قول المالك لأصالة براءة ذمته من المجموع و هل يثبت للعامل قسط من رده من المجموع يظهر من التذكرة ذلك و فيه أن المجموع عليه المجموع لا الأبعاض و مثله ما لو اتفقا على وقوع الجعالة عليهما فرد أحدهما كما يأتى

(قوله) (و سعى العامل فى الردّ بأن قال المالك حصل العبد فى يدك قبل الجعل تمسكا بالأصل)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأصل براءة ذمته من حق الجعالة و أصل عدم تقدم الجعل على حصوله فى يده و إن كان الأصل عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل إلا أنه بتعارض الأصلين لا- يثبت فى ذمة المالك شيء و لك أن تقول يعضد الأصل الثانى أصل عدم التبرع إلا أن التعريف بظاهرة يقطع ذلك و يقضى بما قالوا و هذا منهم بناء على ما تقدم من أنه إذا حصل فى يده الآبق قبل الجعل لا يستحق عليه و إن ردّه لوجوبه عليه و على ما تقدم نقله عن التذكرة من أنه إذا حصل فى يده قبل الجعل و توقف تسليمه على مؤنّه و حصل الجعل و ردّه استحق الجعل لا يتم هذا الاختلاف لاستحقاقه على التقديرين و كلام جامع المقاصد فيما بناه على ما حكاه عن التذكرة غير محرر إلا أن يكون غلط فى ثلث نسخ و فى معنى حصوله فى يده قبل الجعل حصوله بعده قبل علمه به و حصوله فيها من غير سعى مطلقا لانتفاء السعى و وجوب تسليمه حينئذ و حكمهما يعلم مما ذكر فى الكتاب و لعله لذلك تطابقت الكتب الثمانية على عبارة الكتاب بأنه ادعى الحصول قبل الجعل و ترك فيها ذكر الحكمين و قال فى جامع المقاصد على ظاهر قول المصنف و سعى العامل لا حاجة إلى قوله قبل الجعل لأنه إن كان له سعى فالمانع التبرع لا عدم السعى و إن لم يكن فلا فرق بين ما إذا كان قبل الجعل أو بعده و قد عرفت المراد من العبارة و غيرها

(قوله) (و لو اختلفا فى قدر الجعل أو جنسه تحالفا و ثبت أقل الأمرين من الأجرة و المدعى إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فثبتت الزيادة و يحتمل تقديم قول المالك كالأصل)

قد اختلف الأصحاب فيما إذا اختلف العامل و المالك فى قدر الجعل على خمسة أقوال كما فى المسالك و الكفاية (الأول) أن القول قول المالك مع يمينه فإذا حلف ثبتت أجرة المثل و هو خيرة الشيخ فى المبسوط و الخلاف و القاضى فيما حكى عنه و قال فى المبسوط إنه الذى يقتضيه مذهبا أما تقديم قوله فلائن الاختلاف فى فعله فيقدم فيه كما يقدم فى شرط أصل الجعالة مع أنه منكر بالنسبة إلى دعوى الزائد و الأصل براءة ذمته و أما ثبوت أجرة المثل فلائن اليمين تنفى الزائد و لا يثبت ما يدعيه فثبتت أجرة المثل للاتفاق على أن العمل بعوض و لم يثبت فيه مقدر (الثانى) أن القول قول المالك بيمينه لما ذكر لكن يثبت أقل الأمرين من أجرة المثل و ما يدعيه العامل لاعتراف العامل بعدم استحقاق الزيادة لو كان ما يدعيه أقل من أجرة المثل و هو خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و وجهه يظهر بأدنى تأمل (الثالث) أن القول قول المالك مع يمينه لكن يثبت حينئذ أقل الأمرين

من أجره المثل و ما يدعيه العامل و أكثر الأمرين من أجره المثل و ما يدعيه المالك و وجهه ظاهر أيضا و فائدة اليمين حينئذ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٢

.....

نفى ما يدعيه العامل فلا إشكال في فائدة اليمين على تقدير مساواة ما يعترف به المالك لأجره المثل أو زيادته عليها و هو قول فخر الإسلام في الإيضاح (الرابع) أنهما يتحالفان لأن كل واحد مدع و مدعى عليه و لا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر و هو خيرة الكتاب و جامع المقاصد و اعترض بأن العقد متفق عليه و إنما الاختلاف في زيادة العوض و نقصانه فكان كالاختلاف في قدر الثمن في المبيع و قدر الأجره في الإجارة و القدر الذي يدعيه المالك متفق على ثبوته منهما و إنما الخلاف في الزائد فيقدم قول منكره و قاعده التحالف أن لا يجتمعان على شيء بل يكون كل منهما منكرًا لجميع ما يدعيه الآخر ثم على تقدير التحالف يثبت ما ذكر في الكتاب (الخامس) أنه يقدم قول المالك و الثابت بيمينه ما يدعيه لا غيره و هو قول الشيخ نجيب الدين بن نما و في الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة أنه قوى لأصالة عدم الزائد مع أصل البراءة و اتفاهما على العقد المشخص بالأجره و انحصارها في دعواهما فإذا حلف المالك على نفى ما يدعيه العامل ثبت مدعاه لقضية الحصر (و الذي) يخطر بالبال أنه يمكن أن يقال إنه يمكن الجمع بين الأقوال حتى ترجع إلى قولين لا غير التحالف و قول ابن نما لأننا نقول إن الأول يرجع إلى الثاني لأن القائل بثبوت أجره المثل من المعلوم أنه يقول إن ذلك إنما هو فيما إذا لم يكن ما يدعيه العامل أقل من أجره المثل و إلا فلا يستحقها لاعترافه بعدم استحقاق ما زاد و براءة المالك منها فكيف تثبت له أجره المثل و هو ينفى عن نفسه فكان مبنى القول الأول على الغالب في أحوال الناس من أنه يدعى الزيادة كما هو واضح و القول الثاني يرجع إلى الثالث لأنه من المعلوم أنه إذا كان ما يدعيه المالك أكثر من أجره المثل فهو يعترف بأن ذلك ثابت في ذمته للعامل و العامل لا ينكره فقد ثبت باتفاهما فالقائل بأقل الأمرين من أجره المثل و ما يدعيه العامل قائلًا بقطعًا بأكثر الأمرين من أجره المثل و ما يدعيه المالك و إنما جرى في ذلك على الغالب و إلا فكيف ينفي ما اتفقا عليه و هو واضح أيضا و الثالث يرجع إلى الرابع لأن كل من قال بثبوت أقل الأمرين لا بد له و أن يقول بالتحالف إذا لم يرض المالك بإعطاء أجره المثل (بيان ذلك) أنه إذا ادعى العامل على المالك أنه جعل له مائة فقال المالك جعلت لك خمسين لا غير فمن قال إنه يثبت للعامل بيمين المالك أقل الأمرين لا بد و أن يقول إنه إذا حلف أنه لم يجعل له مائة لا يثبت للعامل أجره المثل لو كانت ستين بمجرد يمين المالك إذ لعله صادق في دعواه أنه خمسون و لعله إذا عرض عليه الحلف يقر أو ينكل فلا بد له أن يقول إنه إذا طلب المالك حلف العامل على أنه ليس خمسين أوجب إليه فإذا حلف رجع إلى الستين التي هي أجره المثل لكن لما كان ذلك إلى المالك فإذا كان باذلا أجره المثل و غرضه التخلص من المائة صح لهم أن يقولوا ذلك و أما إذا كان غير باذل و لا راض بذلك إلا بحلف العامل على نفى الخمسين فإنه يحلفه فترك الجماعة له لظهوره و لم يقولوا إنه يجب عليه دفع أجره المثل قهرا أو حتما و إلا فلو كان ما يدعيه العامل أقل من أجره المثل لا معنى لحلف المالك أيضا على الأقوال الأربعة فضلا عن التحالف كأن تكون أجره المثل في المثل مائة و خمسين فكيف يكلف المالك الحلف على نفى المائة فالمدار في كلامهم على الغالب و يمكن توجيه هذا بأن يقال إن المالك يريد أن يثبت ما ادعاه من أن المبدول خمسون فإذا حلف على نفى المائة و عرض الحلف على العامل على نفى الخمسين فلعله يمتنع و يقر بأنها هي خمسون لا غير فإذا حلف على نفى الخمسين ثبت له أجره المثل مائة و خمسون لكن لما اعترف بأنها مائة لم يصح له المطالبة بالمائة و الخمسين (فإن قلت) إذا زاد ما ادعاه المالك عن أجره المثل و حلف على نفى الزائد الذي يدعيه العامل فلا معنى لحلف العامل على نفى ما يدعيه المالك (قلت) قد عرفت أن البناء في ذلك على الغالب فلا يحتاج إلى الحلف أو أن فائدته أنه لو دفع له ذلك قبل التحالف لم يكن دفعه على طريق المؤاخذه له بظاهر إقراره فقط لأن المالك يدعى أن هذا المقدار هو

المسمى بالتسمية و بعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقا بمجرد الإقرار و المؤاخذه و بعد هذا فكل منهما مكلف فيما بينه و بين الله عز و جل (و كيف كان) فقد بان الوجه فى التحالف و أن المدار فيه على رضى المالك و عدمه بل يمكن إجراؤه على قاعدة التحالف و لهذا صوّرنا صورة الاختلاف فيما إذا قال جعلت كذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٣

و لو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك (١) و لو قال من رد عبدى فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان (٢)

فقال بل جعلت كذا حتى يكون العقد الذى تشخص بالعرض الذى يدعيه المالك غير العقد الذى تشخص بما يدعيه العامل فكان الاختلاف فيه كالاختلاف فى الجنس فليتأمل جيدا أما إذا كانت صورة الاختلاف بينهما أنى استحق عليك كذا بسبب الفعل الفلانى فقال المالك بل كذا فإنه يحلف لنفى الزائد و لا يمين من طرف العامل فعلى ما صورناه يتعين التحالف إذا لم يرض المالك و تثبت أجره المثل و على الصورة الثانية يتعين قول ابن نما و يرتفع الخلاف بالكلية لكن فى الفرق بين الصورتين نظرا ظاهرا و لم يتضح لنا الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف فى قدر الثمن فى المبيع و الأجرة فى الإجارة و تمام الكلام فى الإجارة و قال مولانا المقدس الأردبيلي إن العامل إذا ادعى أجره معينة و حلف المالك سقط حق العامل فى الدنيا فلا وجه فى إثبات أجره المثل قبل التحالف و لا بعده قال لكن كلامهم يقتضى أجره المثل فالوجه غير ظاهر و قد عرفت ما وجهناه به هذا و لم يفرق بين الاختلاف فى القدر و الاختلاف فى الجنس فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و كذا الإيضاح و ليس للجنس ذكر فى الخلاف و المبسوط فنسب القول فيه بتقويم قول المالك إلى الشيخ كما فى المسالك لعلها فى غير محلها و قد قوى فى الدروس التحالف مع الاختلاف فى الجنس و فى الروضة أنه متعين و إن تساوى قيمة و فى المسالك أنه الأصح و تثبت أجره المثل كأن قال العامل جعلت لى دينارا أو ثوبا فقال المالك بل درهما أو كتابا لأن كلا منهما منكر لما يدعيه الآخر و ليس هناك قدر يتفان عليه و يختلفان فيما زاد عليه بل مجموع ما يدعيه أحدهما ينكره الآخر و هى قاعدة التحالف فعلى ما فى الكتاب ينظر إلى قيمة الجنس و أجره المثل و يعطى أقل الأمرين إلا أن تكون أجره المثل أقل مما ادعاه الجاعل أو مساوية مع كونها أقل مما يدعيه العامل فيثبت ذلك له و يجب على الجاعل إعطاؤها و لم يجز للعامل طلبها منه و لكن كيف يتصرف الجاعل فيما ادعى أنه الأجرة و كذا العامل فى أجره المثل مع اعتقاده أنه يستحق العين إلا أن تقول قد وقع الرضا منهما بعد التحالف بأخذ هذا بدل حقه زاد أو نقص و يجىء على قول ابن نما تعيين ما عينه المالك فليتأمل (قوله) (و لو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك)

كما فى الدروس و جامع المقاصد لأن الأصل براءة الذمة من وجوب الجعل و يعتضد بأصل عدم ما يدعيه العامل

(قوله) (و لو قال من رد عبدى فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لأن أجزاء الجعل تقابل أجزاء العمل و إلا يتساوى الفعلان فبالنسبة و قد ترك القيد فى التحرير كما تركه بعض الشافعية و لا تغفل عما تقدم لنا من التأمل فى ذلك (فروع الأول) قال فى التذكرة الأقوى أن يد العامل على ما يحصل فى يده إلى أن يرد يد أمانه و لم أف فى على شىء لكن النظر يقتضى ذلك لأصالة البراءة و قال فى الدروس إن خبر السكونى و غياث يدلان عليه و الخبر السالف فى اللقطة فيه تفصيل قلت هى أمانة مالكية كما تقدم فى باب الوديعه (الثانى) قال فى التذكرة لو قال إن علمت ولدى أو علمتنى فلك كذا فعلمه البعض و امتنع من تعليم الباقي فلا شىء له على إشكال و كذا لو كان الصبى بليدا لا يتعلم على إشكال كما لو طلب العبد فلم يجده قال أما لو مات الصبى فى أثناء التعليم فإنه يستحق أجر ما علمه لوقوعه مسلما بالتعليم بخلاف رد الآبق فإن تسليم العمل بتسليم الآبق و هنا ليس عليه تسليم الصبى و لا هو فى يده و لو منعه أبوه فللمعلم أجره المثل لما علم (الثالث) لو قال إن خطت لى هذا القميص فلك درهم فحاط بعضه فإن تلف فى يد الخياط لم يستحق شيئا و إن تلف فى يد رب

الثوب بعد ما سلمه إليه استحق من الأجرة بنسبة ما عمل قال فى جامع المقاصد و فى الفرق فى هذه المسألة و مسألة التعليم نظر (قلت) هذه الفروع لا- تخلو من نظر يظهر مما تقدم فى أول المطلب الثانى (الرابع) قال فى الدروس مؤنة الدابة و العبد على المالك على الأقوى و قال فى جامع المقاصد و كذا ما يلزم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٤

و لو مات الجاعل بعد الرد أخذ الجعل من التركة (١) و لو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت (٢) و كذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله (٣)

(كتاب الغصب و توابعه)

إشارة

القماش و نحوه مما هو كالتففة مثل الطعام التى إن لم يبذلها ذهب المال أو بعضه الذى هو أزيد من المطلوب على المالك لأنه ملكه و يد العامل كيد الوكيل

(قوله) (و لو مات الجاعل بعد الرد أخذ الجعل من التركة)

كما هو واضح

(قوله) (و لو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت)

كما هو واضح أيضا لأن العقود الجائزة تبطل بالموت

(قوله) (و كذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله)

لأن الفسخ ليس باختياره و ما أدخل النقص على نفسه فله أجره ما عمل بالنسبة أما لو فعل بعد موت الجاعل فهو متبرع و الظاهر أن له الأجرة مع عدم علمه بموته و علم الوارث بالجعالة على أنه لم يذهب على المالك و الوارث شىء لأن المفروض أن لعمله عوضا: و الحمد لله حمدا كثيرا كما هو أهله و الشكر لله و الشكر طوله و صلى الله على خير خلقه محمد و آله الطاهرين

كتاب الغصب و توابعه (٤) قال فى المسالك الغصب لغة أخذ الشىء ظلما و قيل ظلما جهارا (قلت) ما زيد فى القاموس و غيره على أنه أخذ الشىء ظلما نعم أخذه جهارا معنى عرفى و قال ابن الأثير قد تكرر ذكر الغصب فى الحديث و هو أخذ مال الغير ظلما و عدوانا و بذلك فسر فى الكتاب فيما يأتى و الشرائع و النافع و الإرشاد و الدروس و اللمعة و التنقيح غير أنه بدل الأخذ فيها بالاستقلال و نسبه فى المسالك إلى الأكثر و وسمه فى التذكرة مع تعاريف أخر تأتى بأنه المشهور و فى التحرير و الإيضاح أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق و قد وسمه فى التذكرة بأنه مشهور أيضا و قال فى الإيضاح للأصحاب فيه عبارتان و عبر عن العبارتين بهذين التعريفين و ظاهره أنه لا ثالث لهما و خرج بالاستقلال ما لا إثبات فيه أصلا كمنعه من ماله حتى تلف و ما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذى هو لابس و خرج بالمال الحر و خرج بمال الغير ما لو استقل بوضع يده على مال نفسه كالمرهون فى يد المرتهن و بالعدوان إثبات المرتهن و الولى و الوكيل و المستأجر و المستعير أيديهم على مال الراهن و المولى عليه و المؤجر (قيل) و ينتقض فى عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعدا فى غصب بحيث لم يستقل كل منهما باليد فلو أبدل الاستقلال بالاستيلاء يشمله لصدق الاستيلاء مع المشاركة (و فيه) أنه لعل المراد بالاستقلال عدم مشاركة المالك و المتصرف بالحق (قيل) و ينتقض بالاستقلال بإثبات اليد على حق الغير كالتحجير و حق المسجد و الرباط مما لا يعد مالا (و قد يجاب) بأنه ليس المراد بالمال هو عين مال المغصوب منه بل ما هو أعم أو يقال إنا نشك فى كونه غصبا فإنه يعتبر فى الغصب جواز الرجوع و الاسترداد مع بقاء المغصوب و الضمان مع تلفه و

ذلك غير متحقق فيما نحن فيه أما المسجد و المدرسة و الرباط فظاهر مع عدم بقاء رحله و أما في التحجير فبعد إحياء الثاني يشكل الرجوع (و قال) المعترض فلو أبدل المال بالحق لشمل ذلك و أبدل العدوان بغير حق في التعريف الثاني ليتناول من ترتبت يده على يد الغاصب جاهلا و من سكن دار غيره غلطا أو لبس ثوبه خطأ (و رد) بأن هؤلاء ضامنون و ليسوا غاصبين لأن الغصب حرام كتابا و سنة و إجماعا و عقلا فلا يتناول غير العالم و إن شاركه في بعض الأحكام و لعلّ التعدى و التفريط في الأمانات يدخل تحت الغصب و الظلم و مما ذكر يعرف الحال في التعاريف الباقية ففي التبصرة و الروضة و مجمع البرهان و الرياض أنه الاستيلاء على حق الغير عدوانا و في الكفاية و المفاتيح أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق و في الوسيلة أنه الاحتواء على مال الغير بغير تراض و مثله ما حكاه في التذكرة و قال إنه المشهور أيضا و هو الاستيلاء على مال الغير و قال في التنقيح إن الفقهاء يطلقون الغصب على ما ذكر في النافع و على ما يشبهه من المضمونات إما بالإتلاف مباشرة أو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٥

.....

تسيبا و إما بالقبض بالبيع الفاسد و نحوه قول بعض الشافعية إن كل مضمون على ممسكه مغصوب و في المسالك أن الأظهر إطلاقه على ما يقتضى الإثم و غيره و الأغلب الأول و قال في مجمع البرهان قد رتبوا على الغصب أحكاما مخصوصة من الضمان على وجه خاص و غيره فهو قسم خاص من الأقسام الموجبة للضمان الخاص و لهذا قالوا إنه لحرام بالكتاب و السنة و الإجماع و ليس كل أسباب الضمان كذلك إلا السرقة و نحوها و الأخبار كذلك من العامة و الخاصة مع أنه ليس له موارد مخصوصة في الكتاب و السنة إلا قليلا من السنة و ليس له معنى شرعى منقول من الشارع و هو ظاهر متفق عليه بل إنما هو اصطلاح الفقهاء و لهذا وقع فيه الخلاف فيمكن أن يكتفى فيه بما يفهم من اللغة و ما يثبت له من الأحكام اليقينية لأذن الأصل عدم النقل و عدم ثبوت حكمه إلا ما ثبت بالإجماع و النص مما يفيد اليقين أو الظن المعبر شرعا و قال و لا بد أن يعتبر في الاستقلال الاستيلاء و الاستعلاء و التسلط إذ معلوم أن مطلق التصرف و وضع اليد و لو كان بالاستقلال ليس باستيلاء و يعلم الاستيلاء من مواضع من التذكرة و قال إنه لا يسمى السارق في الخفية ضعيفا أنه غاصب (قلت) يأتي له في غضب الدار ما يخالفه و قال لا نتعب في تحقيق معناه إذ هو غير وارد في الشرع بحيث يكون الحكم الواضح المقرر متعلقا به فمع تحقيقه يتحقق و يتبين الأمر بل لا بد مع تحقيق معناه أن نتعب في استخراج حكمه و ذلك كاف فلا نحكم بثبوت حكمه إلا فيما ثبت فيه ذلك الحكم بالدليل فإن كان هناك دليل غير الغصب فلا نحتاج إلى تحقق الغصب و إن كان في موضع مجرد كونه غصبا فيقتصر بما قدمناه في تعريفه فإن وجدناه صادقا عليه تحقيقا و علمنا أن حكم الغصب بالدليل حكم الغصب حكمنا به فيه و إلا رجعنا إلى أصل عدم كونه غصبا و عدم زيادة في الغصب إلا ما ثبت فتأمل انتهى (قلت) كلامه كما ترى و قد قال الصادق عليه السلام في خبر أبي ولاد في أن البغل الذي استأجره حيث قال فلي عليه علفه لا لأنك غاصب و قال أمير المؤمنين عليه السلام إذا اغتصبت أمة فأفضيت فعليه عشر قيمتها و قال أيضا عليه السلام الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها و قال أبو الحسن عليه السلام في ذكره ما يختص بالإماء و له صوافي الملوكة ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود و في الخبر من غرس أو زرع في أرض مغصوبة فله الزرع و الغرس و عليه الأجرة لصاحب الأرض و في خبرين نبويين أحدهما عامي من غضب أرضا الحديث و في الخبر عن رجل اغتصب امرأة فرجها الحديث فيمكن أن يقال إن أبا ولاد ما كان ليفعل ذلك إلا جاهلا- أو ذاهلا- لأنه حفص بن سالم الثقة الذي لا بأس به و الحجر المغصوب في الدار من أفراده الظاهرة ما أخذ سرقة و ما أخذ جهارا قهرا و كذلك الحال فيما في أيدي الملوكة الكفار بل كثير مما في أيديهم مما أخذوه سياسة بزعمهم أنه حلال لهم بل و لو كان حراما في شرعهم و قد صرح المصنف في التذكرة أن السرقة نوع من الغصب و استدلل على تحريم الغصب بقوله تعالى السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا فَلَ ريب أنها نوع من الغصب كما هو قضية الأخبار و كلام الأصحاب و كلام أهل اللغة فلا يجدى استنباط غيره من

كلامهم فى بعض المواضع بل صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و غيرهما أن الغضب و حكمه يشتان من دون عدوان كما لو أودع ثوبا عند إنسان ثم جاء و أخذ ثوبا للمستودع على ظن أنه ثوبه أو لبسه المستودع على ظن أنه ثوبه و قال فى الأخير إن كل من لا حق له فى إثبات اليد على الشىء عاد ظن خلاف ذلك أم لا إلا أن يكون معنى العدوان فعل ما يعلم كونه ظلما (قلت) و يدخل فى ذلك بناء على ذلك ما لو خرج الإنسان من مزار أو دعوة «١» أو جامع فوجد نعالا مختلطة فجعل يرفع منها بعضا و يضع بعضا ليعلم نعله كما نص عليه فى المهذب البارع و قد سمعت ما فى الإيضاح و التنقيح فلا يبعد أن يقال إنه حقيقة شرعية فى ذلك كله بحيث يشمل الغالط و الغافل و الجاهل كمن ترتبت يده على يد الغاصب و الأخبار قد علمت أن بعضها مما يظهر منه ذلك كما سمعت ما فى التذكرة و غيرها و يشهد له خرط ذلك فى باب الغضب و الاستطراد لعله يستبعد فيكون معيار الحقيقة الشرعية موجودا فيه و يكون الحرام منه ما أخذ قهرا أو سرقة و غيره غير الأول هو المكلف

(١) الدعوة بفتح الدال مصدر دعا و بضمها الطعام الذى يدعى إليه و بكسرهما ادعاء النسب (منه قدس سره).

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٦

و فيه مقاصد

(الأول) فى الغضب

إشارة

و فيه مطلبان

(الأول) فى الضمان و أركانه

إشارة

ثلاثة

(الأول) الموجب

إشارة

و هو ثلاثة

(الأول) التفويت بالمباشرة

و هو إيجاد علة التلف كالقتل و الأكل و الإحراق (١)

(الثانى) التسبيب

و هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعله أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر و فاتح رأس الظرف و المكره على الإلتلاف

بأشق الأحوال فيضمن العبد بقيمته و إن زادت عن دية الحرّ و يكلف فيما إذا تلف المثلى بالمثل و إن تضاعفت قيمته و لم نجدهم كلفوه بالأشق إلا في مواضع قليلة كما ستعرف و أما الضمان في الغالط و ما ذكرناه معه فمما لا خلاف فيه سواء كانت غصبا أو لم تكن فليس لجعلها غصبا حكم زائد و ليس كل غاصب آثما مكلفا بأشق الأحوال فليتأمل في ذلك كله فللنظر فيه مجال واسع لكن هذا أقصى ما يمكن أن يقال

(قوله) (و فيه مقاصد الأول الغصب و فيه مطلبان الأول في الضمان و أركانه ثلاثة الأول الموجب و هو ثلاثة الأول التفويت بالمباشرة و هي إيجاد علة التلف كالقتل و الأكل و الإحراق الثاني التسيب و هو إيجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر و فاتح رأس الظرف و المكره على الإلتلاف)

المراد بالموجب الموجب الذي هو أعمّ من الغصب كالرمي بالسهم فإنه موجب للضمان و لا يعدّ غصبا لأن الأسباب التي جرت العادة بالبحث عنها في باب الغصب ثلاثة التفويت بالمباشرة و التفويت بالتسيب و إثبات اليد العادية و هو الغصب و في عبارة الإرشاد و في الثالث مسامحة و على هذا اقتصر جماعة و بقيت أسباب آخر تأتي في أثناء الباب كالاستياف و الاستعارة و قد عرّف المصنف هنا و الشهيد في الدروس و غيرهما بالمباشرة بأنها إيجاد علة التلف (قلت) لأن الذي يضاف إليه التلف في العادة إضافة حقيقية يسمى علة و الإتيان به مباشرة و قد عرف المصنف العلة في باب القصاص بأنها ما يستند الفعل إليها و هما بمعنى من غير نظر إلى التلازم بين العلة و المعلول كما يشهد به قطعهم بوجوب القصاص فيما إذا ضربه بما لا يقتل غالبا إذا قصد القتل فإنه علة مع عدم التلازم و قد عرّف التسيب هنا بما سمعت و مثله ما في التحرير و هو يوافق كلامه في باب الدييات كما ستسمع و لعله احترز بقوله إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة عما إذا كان حدوث المقتضى للتلف على تقدير ذلك الفعل نادرا فإنه لا يعد سببا و أراد بقصده كون شأنه أن يحصل لا- أن يقصد كما يتوهم و عرّف في الإرشاد و الدروس بأنه إيجاد ملزوم العلة و قال في غاية المراد التسيب على ما فسره الفقهاء إيجاد ملزوم العلة قاصدا لتوقع تلك العلة و ظاهر الجمع أن التعريف من الجميع و قال و منهم من يفسره بأنه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعله غيره و هو أعمّ من الأول لإمكان سبب آخر بدل منه و معنى الأول أن الحافر للبئر في الطريق مثلا أو وجد الملزوم الذي هو الحفر قاصدا لتوقع الوقوع الذي هو علة التلف و ينبغي تأويل قوله قاصدا لأن الحافر قد لا يقصد توقع تلك العلة مع أنه يضمن قطعاً (و يبقى الكلام) في الملازمة إذ لا نجد ملازمة بين الحفر و التردى و لعل المراد بها كونه موقوفا عليه و لا يتحقق إلا بعد تحققه لا أنه لازم لوجوده و في الشرائع بأنه كل فعل يحصل التلف بسببه و لعله أراد بواسطته أو معه أو عنده لكنه يشمل المباشرة لأن التلف يحصل بواسطتها و عندها و في جامع المقاصد أن الأولى أن يقال في تفسير التسيب إنه إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعله أخرى إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف بأن يكون وجودها معه كثيرا و قد فسر السبب في قصاص الكتاب بماله أثر ما في التوليد كما للعلّة لكنه يشبه الشرط من وجه و فسر الشرط بما يتوقف عليه تأثير المؤثر و لا مدخل له في العلية قال كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع إذ الوقوع مستند إلى علته و هي التخطي فالشرط هنا هو السبب هنا و جعل من أقسام السبب الإكراه و شهادة الزور و فسر السبب في باب الدييات من الكتاب بأنه كل ما يحصل التلف عنده بعله غيره إلا أنه لولاه لما حصل من العلة كالحفر مع التردى و وجه هذا الاختلاف أن كل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٧

إذا كان بغير حق فهو غضب و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا (١)

ماله دخل في هلاك الشيء و إتلافه إما أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك و الإتلاف في العادة إضافة حقيقية أو لا يكون كذلك و الذى لا يكون كذلك إما أن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك في العادة أو لا يكون كذلك فالذى يضاف إليه الهلاك حقيقة يسمى علة و الإتيان به مباشرة و لا يرد عليه ما إذا قتل بما لا يقتل غالباً غير قاصد القتل و القاتل خطأ و ما لا يضاف إليه الهلاك و لكن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك يسمى سبباً و الإتيان به تسبباً و قد يكون هذا القصد و التوقع لأجل تأثيره بمجرد فيه و هو علة العلة كشهادة الزور في القتل و الإكراه و قد يكون بانضمام أمور إليه بعيدة الحصول كحفر البئر و قد يختص اسم السبب بالنوع الأول و عليه بنى الحكم فى القصاص لأن المدار فيه عليه لا- على المال و قد يفسر بمطلق ما يقصد به حصول العلة فيقال السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلته سواء و لكن لولاه ما أثرت العلة فلا يعتبر فيه إلا أنه لا بد منه و عليه بنى الحكم فى الدييات و الغضب لأن المدار فيهما على ضمان الأموال فعلى هذا يكون كل شرط سبباً فالحفر مع التردى يسمى سبباً تارة و شرطاً أخرى و تحصل الثمرة فيما إذا غضب شاة فمات ولدها جوعاً فإن قلنا إنه فعل ما يحصل الهلاك عنده لعله سواء قلنا بأنه يضمن ولدها و إن زدنا على التعريف قولنا و لولاه لما أثرت العلة لم يضمن الولد لأنه ليس بسبب و يمكن اعتياضه بغيره فهو أعم كذا قال فى الإيضاح و فيه تأمل إذ لعل الغرض من الزيادة الاحتراز عما إذا كان حدوث المقتضى للتلف نادراً كما تقدم فيكون المراد من الزيادة هو الراد من قولهم إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة و قد عرفت ما فسرناه به و إلا فظاهر كلام الإيضاح عند التحقيق لا- يتم فى جميع أقسام السبب إذ مراده على الظاهر أنه لو لا الغضب لما أثر الجوع فى موت الولد مع أن الجوع يؤثر فى موت الولد سواء حصل بواسطة الغضب أو بحبسه عنها أو بالإغراق فى الحلب و هو معنى قوله فيمكن اعتياضه بغيره إذ معناه أنه يمكن تأثير الجوع بغير الغضب و لا كذلك الحفر بالنسبة إلى التخطف فإنه لو لا الحفر ما أثر التخطف و لكن الظاهر أنه لا فرق لأنه يقال هنا لو لا الغضب ما أثر هذا الجوع و كذا يقال فيمن قدم الطعام المسموم لو لا التقديم ما أثر هذا الطعام المسموم (و قال فى المسالك) ما حاصله إن عرفنا السبب بأنه ما لولاه لما حصل التلف ضمن لأنه لو لا عصب الأم لما مات عادة فالسبب متحققه و إن فسرناه بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعله أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيتوقف ثبوت سببته على قصد الغاصب للشاة إلى إتلاف الولد انتهى و فيه نظر و تمام الكلام يأتي عند تعرض المصنف للمسألة و قد اعترض فى جامع المقاصد على تعريف غاية المراد الذى نسبه إلى الفقهاء بأنه إنما يصدق فى الغاصب إذا قدم طعام الغير إلى آكل مبيحاً له لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل و لا ريب أن حفر البئر سبب و طرح المعائر سبب بلا خلاف ثم قال و الظاهر أن مراد الجماعة كون قصد توقع العلة باعتبار الشأن فيكون تقديره هكذا التسبب إيجاد ملزوم العلة الذى شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة (قلت) قد عرفت أن معنى القصد الحصول و لا ريب فى عدم الحصر فيما مثل و نفى الخلاف إنما هو فى الباب و إلا فالظاهر أنه لا خلاف فى باب القصاص أن حفر البئر شرط و الاختلاف على اختلاف الاصطلاح و قال مولانا المقدس الأردبيلي إنه لا حاجة إلى هذه الزيادة و لا إلى تأويلها و قد فسر هو التسبب بأنه إيجاد سبب معد للإتلاف و قال إنا ما نقدر على فهم التعريف المذكور فى الإرشاد فكيف مع الزيادة و نفى البأس عن تعريفه بأنه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلته أخرى و قال إن لفظ عند غير مناسب (قلت) قد عرفت أن ظاهر الشهيد إطباق الفقهاء عليه كما عرفت المراد من التعريف و أن الزيادة للاحتراز

(قوله) (الثالث إثبات اليد و إذا كان بغير حق فهو غضب و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا)

قد تقدم الكلام مسبقاً

و لا يكفى رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده (١) و المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب (٢)

(قوله) (و لا يكفى رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و كذا اللمعة و هو قضيه كلام التبصرة و قال فى التذكرة لا شك أنه لا يكفى فى الغصب رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده فلو منع غيره من إمساك دابته المرسله لم يكن غاصبا و هل يضمن قال بعض علمائنا لا يضمن و فيه إشكال فظهر أنه لا يلزم من عدم كونه غاصبا عدم كونه ضامنا فحملة فى الروضة قوله فى اللمعة فلو منعه من سكنى داره أو إمساك دابته المرسله فليس بغاصب على أنه غير ضامن غير جيد إلا أن ينزل على ما يأتى و قد فرع على عدم كفاية رفع اليد فى الشرائع و التحرير عدم الضمان فى المثالين و به صرح فى النافع و التبصرة و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و فى المسالك و الكفاية و الروضة أنه المشهور و المصنف استشكل فى ذلك فى التذكرة و الكتاب فيما يأتى و نحوه ما فى التنقيح من عدم الترجيح و فى المسالك و الروضة و الكفاية ما حاصله أنه ينبغى أن يختص ما ذكره الجماعة بما لا يكون المانع سببا فى تلف العين بذلك بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة فى حفظها و المالك غير معتبر فى مراعاة الدابة كما يتفق لكثير من الدور و الدواب أما لو كان الحفظ متوقفا على سكنى الدار و مراعاة الدابة لضعفها أو كون أرضها مسبعة مثلا و بالجملة حيث يكون التلف متوقفا فإن المتجه الضمان نظر إلى كونه سببا قويا مع ضعف المباشر و قد نسب الضمان فى الأول و الأخير لجماعة من المتأخرين و هذا الذى ذكره هو الذى حققه المحقق الثانى و اختاره و أخذ يحاول استفادة ذلك من وصف الدابة بكونها مرسله قال لأنه لو لم يكن له دخل فى توقع التلف بالحبس لم يكن لذكره فائدة بل كان لغوا (و فيه) أن من ذكر الوصف حكم بعدم الضمان ثم إن من ذكره ذكر الدار فالحال فيهما سواء فيمكن تحصيل الفائدة فى ذكره (ثم) إن الجماعة قد فرقوا بين منعه عن إمساك دابته و بين حبسه عن حراستها ففى الشرائع و التحرير و غيرهما الجزم بعدم الضمان فى الأول و التردد فى الثانى كما سيأتى (و كيف كان) فالضمان هو المحكى عن الشهيد فى بعض فتاواه من دون تفصيل و هو الذى اختاره المحقق الثانى أيضا فى حاشية الإرشاد و المولى الأردبيلي و هو جيد جدا فى صورة قوة سببية المانع و ضعف المباشر و هو يرجع إلى التفصيل بنحو آخر لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم لا ضرر و لا ضرار لأنه الأصل فى التضمن بالأسباب و الإضرار صادق بمنع المانع المالك عرفا فيتجه ضمانه و ينقطع به الأصل بل قد نقول إنه يتجه الضمان فيما إذا منعه من بيع متاعه فى السوق فنقصت قيمته مع بقاء العين و صفاتها لاتحاد طريق الحكم بالضمان فى المسألتين و هو صدق الإضرار المنفى شرعا و لا نجد الآن ما يقضى بتخصيص الضرر المنفى بما يكون متعلقه المال لا اكتسابه نعم فى الدروس و جامع المقاصد و الروضة أنه لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية لم يضمن قطعا و هذه اللفظة تجرى عند من يعمل بالظنون مجرى الإجماع و بعدم الضمان فى ذلك صرح فى التذكرة و غيرها مستندين إلى أن الفاتئ ليس مالا بل اكتساب المال و هو كما ترى و الشهيد فى بعض فتاواه حكم بالضمان فى ذلك فلو كان قطعيا ما خالفه فتأمل فى ذلك كله جيدا و لو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان لعدم تحقق معنى السببية فى التلف بالمنع من البيع إذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث علّة التلف و مثل المنع من سكنى داره المنع من القعود على بساطه و غضب شاته حيث يموت ولدها جوعا و لو كان الحيوان مشرفا على الموت فمنعه من تذكيتة أو من بيعه ليذكيه المشتري فعلى ما قدمناه يكون ضامنا و فى جامع المقاصد أن الضمان لا يخلو من وجه لكنه لم يجد بذلك تصريحاً (قلت) لا حاجة بنا إلى التصريح بعد عموم خبر الضرر فتدبر إذ يمكن أن يقال إن المانع سبب فى تلف العين بمعنى فواتها على ماليتها

(قوله) (و المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب)

أما إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٠٩

و يتحقق إثبات اليد في المنقول بالنقل (١) إلا في الدابة فيكفي الركوب و الفراش الجلوس عليه (٢)

جحد فواضح كما في جامع المقاصد و به صرح في التذكرة و أما إذا عزم على الجحود فيقال فيه أنه قد سبق أن المستودع لا يضمن بمجرد قصد الخيانة ما لم يخن بخلاف الملتقط و هذا مخالف له و قد أجاب عن ذلك الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمه هي أنه إذا وجد للمجتهد حكمان مختلفان في مسألة فلتوجيه كلامه طريقان إحداهما تقرير النصين مهما أمكن و الأخرى تحصيل القولين أي إثبات خلاف له في المسألة و العدول إلى الثانية (أي الطريق الثانية لأنه مؤنث) مشروط بتعذر الأولى (إذا تقرر هذا) فتقرير النصين هنا بأن يفرق بين ما ذكره سابقا و بين ما هنا بأن المذكور سابقا هو عدم كون المستودع خائنا و ضامنا بمجرد قصد الخيانة و المذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المنع يصير غاصبا و ضامنا و لا بعد في ذلك لأنه بقصد الخيانة لم تخرج يده عن كونها يد نيابة للمالك في الحفظ إذ الفرض أنه لم يقصد كون المال له فهو مع هذا القصد قائم بما استنابه المالك فيه مثبت يده بإذنه فلم يحصل تعد و مجرد النية لا يوجب حصول التعدي بخلاف ما إذا قصد منع المالك من العين فإن يده حينئذ لنفسه فلا يكون نائبا للمالك فلا يكون إثبات يده حينئذ هو المأذون فيه من المالك فيكون إثباتا بغير حق فيصدق عليه تعريف الغاصب و قال في جامع المقاصد و هذا فرق حسن جلي (قلت) لكنه في باب الوديعة صرح بما هنا حيث قال و لو جدد الإمساك لنفسه يضمن و فسره المحقق الثاني و غيره بأنه نوى عدم الرد و هو معنى العزم على المنع فلم يكن بين فتاواه تناف كما هو واضح كما نبهنا عليه في باب الوديعة و يطرد هذا في الأمانات حتى يقال إن الثوب الذي أطارته الريح إلى دار الغير مثل اللقطة في ضمانه بمجرد الخيانة و مال الإجارة بمنزلة الوديعة لا يضمن بقصد الخيانة و يضمن بالجحود و قصد منع المالك و نحو ذلك من الأمانات

(قوله) (و يتحقق إثبات اليد في المنقول بالنقل)

المغصوب إن كان من الأعيان المنقولة تحقق غصبه و إثبات اليد عليه بالنقل اتفاقا بل هو ضروري و إجماع المسالك يتناول ذلك

(قوله) (إلا في الدابة فيكفي الركوب و الفراش الجلوس عليه)

كما جزم به في الشرائع و جامع المقاصد و قال في التذكرة إنه الوجه و قال في المسالك لا إشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط و ركوب الدابة سواء قصده أم لا- و سواء كان المالك حاضرا و أزعجه أم لا لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبه أو مطلقا حيث يكتفى به في الضمان و في التذكرة عن أحد وجهي الشافعية أنه لا بد من النقل كما لا بد منه في قبض المبيع و سائر العقود و قد أجاب عنه في المسالك بمنع عدم تحقق القبض مطلقا بذلك لأن القبض له حكمان (أحدهما) دخوله في ضمانه و هو حاصل بالركوب من غير نقل (الثاني) تمكينه من التصرف و هذا يشترط في الركوب و نحوه إذن المالك فيه و لا فرق في هذا بين نقله و عدمه فلا وجه لإخراج التصرف بغير النقل من البين على هذا التقدير انتهى و لم يتضح لنا هذا الجواب بل الظاهر فساده و الحكمان إنما هما للنقل عند المشهور لأن المشتري إن نقله بدون إذن البائع دخل في ضمانه و يقال له قبض و لا يسمى تسليمًا و يكون للبائع سلطان على حبسه حتى يقبض الثمن و له الفسخ للتأخير عن الثلاثة و إن قبضه بإذنه فقد مكنه منه و ارتفع سلطانه عنه و خياره فيه و تصرف كيف شاء فقولته القبض له حكمان إن أراد به القبض الناشئ عن النقل فمسلم و إن أراد مجرد وضع اليد كالركوب و نحوه فأول ممنوع و قد أخذ هذا الجواب من التذكرة قال القبض في المبيع له حكمان (أحدهما) الدخول في ضمانه و ذلك حاصل بالركوب و الجلوس من غير نقل و (الثاني) تمكينه منه فإن كان البائع أذن في الركوب فالتمكين حاصل و إن لم يأذن لا يتمكن لكن الحكم في النقل بغير إذنه مثله و قد تنبه لذلك المحقق في باب تسليم المبيع قال إن القبض في المنقول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٠

نقله فيشكل عليه أنه لو أخذه المشتري و لم ينقله بل تسلمه في موضعه الذي كان فيه ثم تلفت لا يكون من ضمانه مع أنه في يده و الرواية يعني خبر عقبه بن خالد تدل على ذلك إلا أن ما دل على ثبوت الضمان بإثبات اليد يناهها و الجواب يحتاج إلى فضل تأمل و تحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى إثبات اليد انتهى و قد استنهضنا كلامهم هنا على معنى اليد هناك و في المذهب البارح أن المراد باليد في العقار القدرة لا- الجارحة و هو التمكن مع رفع اليد (و تحرير المقام) أن يقال إن كان المراد بإثبات اليد و القبض الموجب للضمان هو ما تقرر عندهم في قبض المبيع من أنه النقل في المنقول و الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و التخليه في العقار اتجه في الأول و أشكل في الأخيرين فإنه لا شك في تحقق الغصب بنقل المنقول و إن كان مكيلا أو موزونا فإنهما يضمنان بالنقل من غير كيل و لا وزن مع أنه لا بد منهما في قبض المبيع و مجرد وضع اليد على هذه الأشياء لا يقضى بالغصب و الضمان و قد تقدم في باب اللقطة التردد في حصول الالتقاط بمجرد وضع اليد أو الرجل من غير نقل و كذلك الشأن في غير المنقول فإن المتبادر من الغصب و تعريفه بالأخذ و الاستقلال القبض و التصرف العرفي و هو أن يكون متصرفا بالفعل مع أنه يكفي في قبضه في البيع التخليه فلو أزعجه حتى أخرجه من داره و خلاها و تسلم مفاتها لا يسمى غاصبا عرفا مضافا إلى أن الأصل عدم الضمان و عدم تحقق الغصب و أحكامه فلا بد فيه من التصرف و الدخول مع الاستيلاء و قصد السكون و الأخذ من مالكه و إن كان ذلك خلاف ظاهر جماعة و صريح آخرين كما يأتي فاندفع ما أشكل على المحقق الثاني في باب التسليم و اتضح الحال فيما يأتي في المسألة الآتية فيما إذا أخرج المالك و لم يدخل و قضية ذلك أنه لا يتحقق الغصب بمجرد ركوب الدابة و الجلوس على الفراش إلا أن يقال إن ركوبها تصرف فيها و انتفاع بها و أخذ و غصب لها لأن الانتفاع في كل شيء بما هو مراد منه و مخلوق و مصنوع له فالدابة مخلوقة للركوب و الفراش مصنوع للجلوس فتأمل و قال في التذكرة هل يتحقق الغصب بإثبات اليد من غير نقل الأقرب عندي ذلك فلو ركب دابة الغير و هي واقفة و لم تنقل «١» عن مكانها أو جلس على فراشه فلم ينقله فالوجه تحقق الغصب فيه لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء انتهى و كلامه هذا يقضى بتحقيق الغصب مطلقا و الظاهر أنه ليس على إطلاقه و إنما هو في الدابة و الفراش دون ما عداهما و قال في جامع المقاصد اعلم أن إثبات اليد في المنقولات إنما يتحقق بالنقل إلا في الدابة فإن ركوبها كاف في إثبات اليد عليها و الفراش فإن الجلوس كاف في ذلك ثم حكى كلام التذكرة هذا الذي حكيناه ثم قال و كلامه لا يقتضى الحصر في الدابة و الفراش و لا يبعد أن الاستيلاء في كل شيء بحسبه كالدخول إلى خيمته و خبائه و نحو ذلك انتهى فقد حكم أولا بالحصر ثم نفى البعد عن عدمه ثم إن تحقق غصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر إذ لا إثبات يد و لا أخذ خصوصا إذا كانت الأرض ملكه أو مباحة إلا أن يقال إن مراده غصبيه الأرض فتأمل جيدا و لعل السرير كالبساط و أما الحجر الكبير و الأخشاب الكبيرة فمحل تأمل (و كيف كان) فكلامهم في إثبات اليد و القبض في الباب يخالف كلامهم في قبض المبيع لأنهم يكتفون في الدابة و الفراش بالركوب و الجلوس و يكتفون في المكيل و الموزون بالنقل من دون كيل و وزن و لا- يكتفون في غصب العقار بالتخليه ثم عد إلى العبارة قال في جامع المقاصد فيه مناقشتان (أحدهما) أن الاستثناء لا يستقيم إلا إذا كان المراد أن إثبات اليد في المنقول لا يثبت إلا بالنقل و لا دلالة في العبارة على ذلك إلا باعتبار عدم صحة الاستثناء (قلت) إن مفهوم اللقب في عبارات الأصحاب حجة لأنها تعاريف و قيود (و الثانية) قد وقع في قوله و الفراش الجلوس عليه العطف على معمولي عاملين بأداء واحدة و هو ضعيف عند أهل العربية (قلت) يكفي

(١) تنتقل خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١١

و في العقار بالدخول و إزعاج المالك فإن أزعج و لم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن (١)

في ذلك الجواز

(قوله) (و في العقار بالدخول و إزعاج المالك فإن أزعج و لم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن) العقار يتصور فيه الغصب و يكون غاصبا ضامنا بغضبه إجماعا كما في التذكرة و عندنا و عند أكثر العامة كما في المسالك و الكفاية و إجماع الخلاف و أخباره في مسألة المنافع منطبق عليه قطعا باللازم و في جامع المقاصد لا ريب أن غصب العقار متصور في نظر الشارع لأن إثبات اليد عليه ممكن انتهى و قال أبو حنيفة و أبو يوسف لا يمكن غصبه بل إنما يضمن بالانهدام فإذا دخل و انهدم ضمن المهدوم مستندا إلى أنه لا يمكن نقله و هذا ليس بمانع إذ الغصب في مثله يتحقق بالقبض و ليس هو منحصرا في النقل و إلا لم يجز بيعه و هبته و نحوهما مما يحتاج إلى القبض مضافا إلى عدة أخبار صريحة في غصب العقار بلفظ الغصب كما تقدم (هذا) و لا محالة يتحقق الغصب بالدخول و إزعاج المالك كما في جامع المقاصد كما ذكره المصنف بل هو محل الوفاق منا و من أكثر العامة و إنما الكلام في أنه هل يتحقق بإثبات اليد مستقلا من غير إذن المالك بأن يستولى عليها و يخرجها منها و يتسلم مفاتيحها و إن لم يدخلها أصلا لأنه بذلك تدخل تحت يد المشتري و في ضمانه فيجب أن يكون هذا القدر كافيا في تحقق الغصب أم لا يتحقق بذلك بل لا بد من الدخول خيرة الكتاب و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان الثاني و قد عرفت الوجه فيه و صريح المسالك و الكفاية الأول و هو ظاهر الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة و الدروس حيث قيل فيها بتحقيق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلا من دون إذن المالك لصدق الغصب بما سمعت في توجيهه و يشهد له أنه لو كان المالك غائبا تحقق الغصب من دون إزعاج و كذلك لو استولى مع المالك و تردد في التذكرة و جامع المقاصد و لا ترجيح في التنقيح مما ذكر و من أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول لأن الاستيلاء إنما يحصل به و لا تغفل عما تقدم و يأتي فيما إذا منعه من إمساك دابته المرسله و سكنى داره و قد يكون المراد من الاستقلال في عبارة الشرائع و ما ذكر معها عدم قدرة المالك على التصرف في عقاره الذي هو في تصرفه و تحت يده بمعنى أنه منعه عنه و لم يمكنه منه و إن كان جالسا معه فإنه حينئذ يكون وجوده و عدمه سواء فتأمل و قد اعتبر المصنف هنا و في التحرير قصد الاستيلاء حيث قال أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن و في التذكرة و جامع المقاصد أن وجود نفس الاستيلاء حقيقة يغني عن قصده فلا أثر لعدم قصده مع حصوله حقيقة و قضيته دخول الجاهل و الغافل و الناسي و المكره و المضطر فتدبر (و ليعلم) أن قضية كلام المصنف أنه يعتبر لتحقيق الغصب أمران الدخول و إزعاج المالك فلا يكفي أحدهما فقط و بذلك صرح في جامع المقاصد مع أنهما و غيرهما صرحوا بأنه إذا دخل عليه مستوليا و لم يزعجه و لكل منهما قوة أنه يضمن النصف و لعلهما أراد أن ذلك يعتبر لتحقيق غصب الكل فتأمل و في الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية أنه لو أسكن غيره فهو غاصب و الساكن ليس بغاصب و قيده الشهيدان و الكركي و الخراساني بما إذا كان جاهلا لأن يد الساكن كيده فكان في معنى سكنائه بنفسه (قلت) هو واضح إن كان مكرها و في الإرشاد و التحرير تقييده بما إذا كان المالك غائبا و الأمر المسكن ضعيفا و لا بد أيضا من التقييد بكونه جاهلا كما قيد به صاحب المسالك عبارة الشرائع و فيه نظر ستمعه قال في الكتابين أي التحرير و الإرشاد لو كان المالك حاضرا فلا ضمان و فيه أيضا أنه قد تصرف بغير إذن المالك فيكون ضامنا إلا أن يكون سكوته دالاً على رضاه فيكون دخولا بالرضا كما نبه عليه في مجمع البرهان ثم إنه يرد عليهم جميعا ما إذا انهدمت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٢

فإن قصد فهو غاصب للنصف (١)

الدار و هو فيها مثلا فإن عدم تضمين الساكن مع إثبات يده بغير حق و إن كان مغرورا مخالف لما سيأتي في الأيدي المتعاقبة على المغصوب فإنهم يحكمون بأنها أيدي ضمان و إن كان بعضهم جاهلا نعم هذا يؤيد مختار المقدس الأردبيلي في المسألة إلا أن يقولوا بثبوتها و لا يسمعون غاصبا فلا مشاحة في التسمية

(قوله) (وإن قصد فهو غاصب للنصف)

أى إن دخل بقصد الاستيلاء فهو غاصب وقد عبروا عنه بما إذا دخل الدار قهرا مع مالكتها وقالوا إنه يضمن النصف وبذلك كله صرح فى المبسوط وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح والروضة والمسالك وقواه فى المذهب البارع وفى التنقيح أن عليه الفتوى وفى المسالك والكفاية أنه مذهب الأكثر وقال فى الشرائع إنه لا يضمن الأصل وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد منشؤه عدم الاستقلال والتردد ظاهر النافع حيث قال فى الضمان قولان وكذا شرح الإرشاد لفخر الإسلام ولم نجد القول بالعدم جزما إلا ما فى التنقيح من أن القولين للشيخ فى المبسوط لأنه قال لو مد زمام الناقه من مكان إلى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لأنه لم تزل يده عنها ولا فرق بين الصورتين انتهى وستعرف الحال فى ماد زمام الناقه محررا مسبغا عند قوله ولو مد بمقود دابة إلى آخره وقد يظهر من الشرائع وغيرها أن القولين مبيان على الاختلاف فى تعريف الغصب بأن المعبر فيه الاستقلال فلا يضمن أو الاستيلاء فيضمن لكن الشهيدين فى الدروس والروضة عللا الضمان باستقلاله بالنصف وقال فى التنقيح بعد تعليل عدم الضمان بعدم استقلال يد الغاصب لأنه إنما يحصل برفع يد المالك ولم ترفع أن فيه نظرا لأنه إن أراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل وإلا لزم عدم الضمان على شخصين اشتركا فى غصب شىء واحد وإن أراد به إثباته على وجه يرفع به يد المالك فهو مصادرة على المطلوب لأن ذلك غير المتنازع فيه انتهى وكلام هؤلاء الثلاثة يقضى بتصحيح القول المشهور على تقدير الاستقلال (و كيف كان) فالمفروض فى كلام المشهور أنهما قويان وفى مجمع البرهان أنه لا تفاوت حينئذ بين كون المالك قادرا على منعه عن ذلك وإخراجه أم لا بأن يكون أقوى منه لصدق تعريف الغصب عليه (قلت) قد قال فى بيان التعريف إنه يعتبر فى الاستقلال الاستعلاء والتسلط ولا يكفى مطلق التصرف ووضع اليد فلعله أراد بعض التعاريف فتأمل وقد وجه الضمان فى الدروس وغيره بما سمعت ومن يكتفى بالاستيلاء يوجهه باجتماع يدهما واستيلائهما عليه فيضمن النصف وفى الروضة أن هذا إذا شاركه فى سكنى البيوت على الإشاعة من غير اختصاص بموضع معين فلو اختص بضمانه (قلت) هو واضح والشأن فيه كالأشأن فيما إذا كان له شريك فى الغصب وفى الكفاية والرياض أنه لا بد من كونه متصرفا فى النصف بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات كالبيع والهبة وأمثالهما لا مجرد السكنى ولم يتضح لنا وجهه وستعرف الحال وفى مجمع البرهان أن ذلك إذا شاركه فى كل موضع من البيوت بحيث ما يزاومه ولا يزعجه إلا عن النصف قال ويمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه فى البيوت من غير تعيين نصف بل يقول له أنا وأنت نكون فى هذه الدار مع إثبات يده على الكل وعدم منعه من شىء مثل الشريكين بالنصف وأحدهما يأذن للآخر (قلت) هذا جيد جدا فلا فرق بعد فرض تصرفه فى جميع الدار بين أن يكون تصرفه فى قدر النصف أو أقل أو أكثر لأن المتصرف فى جميع الدار مثلا اثنان فيحال الضمان عليهما كالجنائيات فلو جنيا عليه ومات من جنائيتها كانت الدية عليهما نصفين وإن كان أحدهما جرحه ألف جرح والآخر إنما جرحه جرحا واحدا وأما الأجرة فلا يضمن منها إلا قدر ما ينتفع به من السكنى كما نبه عليه أبو العباس فى كتابه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٣

و لو دخل الضعيف على القوى فى داره وقصد الاستيلاء لم يضمن (١) و يضمن لو كان القوى نائيا (٢)

هذا وفى الدروس والروضة أنه يضمن النصف عينا وقيمة ولعل الأولى أن يقولوا عينا ومنفعة هذا وقد يظهر من كلامهم أن ذلك حيث يتحد المالك والغاصب أما لو تعددا أو تعدد أحدهما فالضمان بالنسبة فلو كان المالك اثنين ضمن الغاصب الثلث أو ثلاثة ضمن الربع كما أن الغاصب إذا كان اثنين والمالك واحدا ضمنا الثلثين قال فى التنقيح لو كان المالك أكثر من واحد هل يلزم النصف الغاصب أو بالنسبة الأقرب الأخير كما لو تعدد الغاصب ثم قال والتحقيق يقتضى الضمان على نسبة ما استولى عليه واستقل به إن نصفا فنصف وإن ثلثا فثلث وهكذا وهو خيرة المقدس الأردبيلي وفى الرياض أنه جيد ولعل الأجود ما تقدم من أنه كالجنائية

(فرع) قال في الدروس لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب و منع المستحق فالظاهر ضمان العين و المنفعة انتهى و الظاهر أن الغصب لا- يتصور في الوقوف العامة بمنع بعض المستحقين قبل إثبات يده و إن أثم نعم لو سبقت للمستحق يد فمنعه مانع بغير حق أمكن تصور الغصب و إطلاق كلام الدروس قد يظهر منه خلاف ما ذكرناه (قوله) (و لو دخل الضعيف على القوى في داره و قصد الاستيلاء لم يضمن)

كما في الشرائع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الرياض لأنه ليس بغاصب لشيء من الدار و لا عبرة بقصده الاستيلاء لأنه قصد ما لا يتمكن من تحقيقه إذ المفروض أن القوى لا بعد مثل الضعيف مستولياً عليه و ظاهر الدروس و اللمعة و الروضة التوقف لظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكناها و قدرة المالك على دفعه لا ترفع الغصب مع تحقق العدوان و في مجمع البرهان لا ينبغي أن يشك في كونه ضامناً على أنه تصرف في مال الغير بغير إذنه خصوصاً إذا كان مع قصد الاستيلاء و الاستعلاء فإنه قد يكفي و لا يحتاج إلى وجود ما في نفس الأمر كما يشعر به لفظ الاستيلاء و عدم منع المالك مع قدرته لا يدفع ذلك إلا أن يكون دالاً على الرضا فيكون الدخول بالرضا و الظاهر أنه لا نزاع في أنه يضمن أجره ما سكن و به صرح في الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض (قوله) (و يضمن لو كان القوى نائياً)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و في الأخير أنه لا شبهة في الضمان قال في التذكرة لأن الاستيلاء حاصل في الحال و أثر قوة المالك إنما هي سهولة إزالته و الانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك فإنه يكون غاصباً و إن سهل على المالك انتزاعه و تأديبه و قال في التحرير لو دخل أرض إنسان أو داره و المالك غائب ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار من أذن له في الدخول إليها على إشكال أقربه عدم الضمان إلا مع قصد الاستيلاء انتهى فتأمل فيه و لعل في النسخة سقطاً (فروع) قال في التذكرة لو دخل عقاراً لينظر هل يصلح له أو ليتخذ مثله لم يكن غاصباً و لو انهدمت في تلك الحال ففي الضمان إشكال ينشأ من أنه قد حصل التلف في يده فكان كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه أو مثله فتلف في تلك الحال فإنه يضمنه و من الفرق بينه و بين المنقول بأن اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة و اليد على العقار حكمية فلا بد في تحققها من قرينة قصد الاستيلاء و في المسالك الأصح أنه لا يضمن بخلاف المنقول و لا ترجيح في جامع المقاصد و في الدروس لو رفع متاعاً بين يدي المالك فإن قصد الغصب فهو غاصب و إن قصد النظر ففي كونه غاصباً وجهان انتهى و لو كان القوى مستولياً و صاحب البيت ضعيفاً بحيث اضمحلت يده معه فالمتجه أنه يضمن الجميع كما في جامع المقاصد و في الروضة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٤

و الحوالة على المباشر لو جامع السبب إلا مع ضعفه بالتغريب (١) كمن قدم طعام غيره إلى آكل جاهل فالضمان يستقر على الأمر (٢)

و الرياض أنه قوى

(قوله) (و الحوالة على المباشر لو جامع السبب إلا مع ضعفه بالتغريب)

قد طفت عباراتهم في باب القصاص و الديات و الغصب أنه لو اجتمع المباشر و السبب ضمن المباشر إذا تساوى في القوة أو رجح المباشر و في كشف اللثام الإجماع عليه و في مجمع البرهان أنه من المعلوم عقلاً بل و نقلاً أنه إذا وجد لشيء سببان قريب و بعيد أنه يسند إلى القريب و البعيد هو سبب السبب و له مدخلية ما في ذلك الشيء فيكون الضمان مستنداً إلى المباشر و هو ظاهر و كأنه مجمع عليه انتهى (و الحاصل) أني لم أجد في الأبواب الثلاثة في ذلك مخالفاً و قد قالوا إنه يستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر كما اقتصر على ذلك جماعة و هذا يشمل الضعف بالإكراه و الغرور بل و الشمس و النار و الريح إن صدق عليها اسم المباشرة و في

الدروس و اللعنة و الروضة إلا- مع ضعفه بالإكراه أو الغرور و اقتصر فى الإرشاد على الأول و فى الكتاب هنا على الثانى و ناقشه المحقق الثانى بأنه لا وجه لهذا القيد فإن عدم صلاحية المباشر لنسبة الفعل إليه موجبة لضعفه كما فى الريح و الشمس و النار و كأنه إلى ذلك أشار فى المسالك بقوله يستثنى من ذلك أمور كثيرة (و فيه) مع أنه وارد على الجميع فينبغى أن يحمل كلامهم على التمثيل مع أن الإكراه أولى بالذكر أن هذه الثلاثة منزلة منزلة المباشر و ليست من المباشرة و من لم يستثن كالمحقق فى الشرائع و المصنف فى ديات الكتاب فقد استغنى عنه بالتصريح بذلك و التمثيل و التعليل و قد يجتمع على الشيء الواحد سببان بأن يحفر واحد عدوانا بئرا و يضع آخر كذلك عنده حجرا فيعثر به إنسان فيقع فى البئر فإنه يقدم الأول فى الجناية و إن تأخر حدوثه عن الآخر و ربما احتتمل تساوى السببين و ترجيح الأقوى كما لو نصب سكيناً فى البئر المذكور و قد استوفينا الأقوال و الاحتمالات فى ذلك فى باب الديات (و الإكراه) يتحقق بسلب الاختيار و الوعيد بقتل النفس و هتك العرض و أخذ المال الكثير و ذكروا الضابط فى الإكراه على الطلاق بأنه التوعد على الإضرار بالمكره و بمن يقوم مقامه كالأب و الابن و إن كان شتما للمرتفع عنه لا الضرر اليسير كأخذ مال يسير و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب المكاسب هذا فى المال أما فى النفس فيتعلق الضمان بالمباشر مطلقاً و يحبس الأمر حتى يموت و قد بينا الكلام فى الإكراه على ما دون النفس فى باب الديات و المكاسب و المراد بالسبب فاعل ملزوم العلة كحافر البئر كما تقدم و قد يطلق مجازاً على غير ذلك كما يقال تلف مال فلان بسبب سعاية فلان به إلى الظالم و هذا لا يوجب الضمان عندنا بل على الساعى الإثم كما فى التذكرة و يبقى الكلام فيما يبذله و يغرمه المسروق منه و المغصوب منه لتحصيل المال فهل يرجع به عليهما أم لا احتمالان و الظاهر أن السارق و الغاصب كالحافر فاعل ملزوم العلة (قوله) (كمن قدم طعام غيره إلى آكل جاهل فالضمان يستقر على الأمر)

الغار كما فى الدروس و الروضة فى المقام و به طفحت عباراتهم عند الكلام على الأيدي المترتبة على يد الغاصب و قد فصل فى المبسوط تفصيلاً طويلاً- و أطول منه ما فى التذكرة و حاصله أنه إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فإما أن يطعمه لغير صاحبه أو يطعمه لصاحبه فإن كان الأول فإن كان عالماً فهو غاصب كأول و إن كان جاهلاً فإن قال له كله فإنه ملكى و طعامى أو قدمه ضيفاً فإنه لا يلزم الأكل شيء لأنه غره و أوهمه أنه لا- تبعه فيه عليه و إن قال كله و لم يقل إنه ملكى و لا- طعام فلان غصبته بل أطلق فوجهان أقوامهما الضمان لأنه غره أيضاً و إن كان الثانى فإن كان الآكل عالماً بأنه طعامه فقد برئ منه الغاصب و إن كان جاهلاً ضمنه الغاصب و لم يبرأ لأنه لم يردده إليه رداً تاماً فإنه لا يمكنه التصرف فيه بكل ما يريده من أخذه و بيعه و الصدقة به (و عساک تقول) إن كل ما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه أى الآخذ كما يأتى (قلت) قد قالوا إلا مع الغرور كما لو أضافه به و يأتى تمام مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٥

و لو دفع غيره فى بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع (١) و لو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة و سقط أو ذاب بالشمس ففى الضمان إشكال ينشأ من ضعف المباشر و من أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب (٢) و لو فك قيد الدابة فشردت أو عن المجنون فأبق أو فتح قفصاً عن طائر فطار فى الحال أو بعد مكث (٣)

الكلام عند تعرض المصنف له مرة أخرى

(قوله) (و لو دفع غيره فى بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع)

أى المتعمد لذلك لقوة المباشر و ضعف أثر الحافر و أما إذا دفعه مع الجهل بالبئر و كان حفرها عدواناً فإن الحافر هو الضامن و قد استوفينا الكلام فى هذه المقامات فى أوائل باب الديات

(قوله) (و لو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة و سقط أو ذاب بالشمس ففى الضمان إشكال ينشأ من ضعف المباشر و من أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب)

قد استشكل أيضا فى الإرشاد و التحرير و قال فى الشرائع بعد أن تردد لعل الأشبه أنه لا يضمن لأن الريح و الشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب و فى الكفاية أنه أقرب فى صورة انقلابه بالريح و لا ترجيح فيها فى صورة إذابة الشمس و فصل فى المبسوط فحكم بعدم الضمان بحدوث الريح و قلبها له نافية عنه كابن زهرة فى الغنية الخلاف و بالضمان فى إشراق الشمس عليه و استشكل فى الأول فى التذكرة و استوجه الضمان فى الثانى و فرق بأن الشمس مما يعلم طلوعها فيكون الفاتح له معرضا ما فيه للشمس و هبوب الرياح غير منتظر و لا- متوقع فالهلا-ك حينئذ لم يحصل بفعله و ليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض ففعله غير ملجئ و الأمر الحادث مباشر فلم يتعلق الضمان بفعله فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دل سارقا فسرق و قد يفرق بين الأصل و التنظير على أن وجود الريح كثير موجب لتوقع القلب و الانقلاب كما فى جامع المقاصد (و وجه) الضمان فى ذلك أن فعله سبب تلفه إذ لو لا الفتح لما ضاع ما فيه و لم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب الضمان فكان كما لو جرح إنسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجراحة فإنه يضمن فكذا هنا و قد اختير أنه يضمن فى المسألتين فى شرح الإرشاد لولده و غاية المراد و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و قد عرفت الوجه فى ذلك و قال فى مجمع البرهان لا إشكال فى الضمان إذا علم كون فعله سببا فقط لا غير و لم يعلم استناده إلى غيره بالكيفية و قال فى جامع المقاصد إن عبارة الكتاب لا تخلو من شىء فإنه لا يقصد بالسبب حصول العلة أصلا فكيف يستقيم قوله و من أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فلو قال بدله و من أنه لا يقصد بفتح الزق توقع الهبوب كان أولى (قلت) توقع الشىء انتظار كونه و حصوله فالمراد بتحصيل الهبوب انتظار كونه و حصوله و قد طفحت بذلك عبارات الخاصة و العامة

(قوله) (و لو فك قيد الدابة فشردت أو عن المجنون فأبقى أو فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال أو بعد مكث)

أى ضمن كما صرح بذلك فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و فى الأخير أنه المعروف من مذهب الأصحاب و ظاهر التذكرة الإجماع على الضمان فى فتح قفص الطائر سواء طار فى الحال أو بعد مكث و حكى فى الرياض عن المبسوط نفى الخلاف فى الثلاثة و عن ظاهر التذكرة الإجماع فيها أى الثلاثة و لم نجد ذلك فيهما و استسمع ما وجدناه بل قال فى المبسوط فى ضمان الطائر إذا لم يهجه و لم يطر فى الحال يقوى عندى أن عليه الضمان فحكم به غير جازم و فى معنى المجنون غير المميز غير أنه لم يذكر المجنون فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و هذه المواضع الثلاثة مما يترجح السبب فيها على المباشرة لضعفها لعدم العقل لكن بعضها غير أغلبى و قد تقدم المختار و يأتى و أشاروا بقولهم فطار فى الحال أو بعد مكث إلى خلاف بعض الشافعية حيث فرق بين الأمرين فحكم بالضمان فى الأول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٦

أو أزال وكاء الظرف فسأل ما فيه و لا- يجسه إلا الوكاء (١) أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات و ابتل أسفله فسقط (٢) أو قبض بالبيع الفاسد (٣) أو السوم على إشكال (٤)

دون الثانى و فى المبسوط أنه لو أهاج الدابة فشردت أو الطائر فطار ضمن بلا خلاف أى منا و من العام و فى التذكرة أنه لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً و فى حكم خروج الطائر و ثوب الهرة و لو أفسد الطائر و غيره شيئاً بخروجه ضمنه لأن فعل الطائر منسوب إليه نعم لو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة التى هى فعل السبب كأن مات الطائر أو العبد المجنون أو الدابة فلا ضمان لعدم مدخلية السبب و عدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقاً و يأتى الكلام فى العبد العاقل

(قوله) (أو أزال وكاء الظرف فسأل ما فيه و لا يجسه إلا الوكاء)

فإنه يضمن بلا خلاف كما فى المبسوط و السرائر و فى المسالك أنه يضمن لا محالة إذا كان مطروحا لمباشرته الإلتاف و بما فى

الكتاب صرح في الكتب المذكورة آنفا بعد المبسوط جميعها ما عدا النافع

(قوله) (أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات و ابتل أسفله و سقط ضمن)

كما في المبسوط و سائر ما ذكر بعده عدا السرائر و النافع و التحرير لأن السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح و هما

مما من شأنه أن يحصل بالفتح

(قوله) (أو قبض بالبيع الفاسد)

أى ضمن كما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في الكفاية و في المسالك أنه موضع وفاق و بالضمان صرح في المقام في

الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و قد تقدم الكلام فيه مستوفى عند الكلام على صيغته البيع و قد

جعلناه في أول باب الوديعه من الأمانة الشرعية و إن كان مقبوضا من يد المالك و لم أجد من تأمل فيه في البابين و غيرهما سوى

مولانا المقدس الأردبيلي قال لأن دليله القاعدة المشهورة و هي أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و بالعكس و قال إن ذلك

غير واضح و كذا على اليد ما أخذت (قلت) القاعدة لا أجد فيها مخالفا بل يأخذونها بطرفها في أبواب العقود اللازمة و الجائزة مسلمة

و ستسمع عن قريب كلامهم في استيفاء المنفعة الفاسدة

(قوله) (أو السوم على إشكال)

□

ينشأ من أنه بإذن المالك فيكون أمانة كالوديعه و الأصل البراءة و من أن الإذن لا تقتضى الأمانة مع عموم قوله صلى الله عليه و آله و

سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي و قد قبض لمصلحة نفسه (قلت) الخبر ذو وجوه و الخارج منه قد يكون كالدخل أو أضعافه هذه

العارية و المضاربة و الشركة و العين المرهونة و المستأجرة و الموكل عليها بجعل و الوصى عليها كذلك و نحوها مما كان القبض

فيها لمصلحة نفسه خارجة مستثناة غير مضمونه إجماعا لكن المشهور أنه مضمون كما في الإيضاح و المسالك و مجمع البرهان في

المقام و باب البيع و الروضة في باب البيع أيضا و نسبه في جامع المقاصد في الباب المذكور إلى الأكثر ذكروا ذلك في مسألة ما إذا

اشترى عبدا موصوفا و دفع البائع له عبيدين ليتخير فأبق أحدهما و هو خيرة غضب المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و

الإرشاد و هو خيرة الأستاذ الشريف قدس الله روحه و كان يستنهض عليه مع ذلك موافقة الاعتبار قال لو لم يكن مضمونا لتوصل

كثير من الناس إلى أكل المال بذلك و هو معارض بالعارية و غيرها و اختيار عدم الضمان في السرائر في موضع آخر و هو البيع و

المختلف و الإيضاح و مجمع البرهان و في المسالك و الكفاية أنه متجه و لا ترجيح في جامع المقاصد (قلت) قد عددناه في باب

الوديعه من الأمانة الخاصة المالكية و هي كل عين حصلت في يدك بإذن المالك أو من قام مقامه أو بغير إذنه ثم علم بها و لم

يطلبها و قضيه ذلك أن يكون غير مضمون و هذه أيضا قاعدة مشهورة معروفة عندهم و الشهرة المدعاة على الضمان في المقبوض

بالسوم لعلها مأخوذة من أخذهم لذلك مسلما في مطاوى أبواب العقود هذا المصنف و قد استشكل هنا قد أخذه في ما يأتي قريبا و

في عدة مواضع من الكتاب و غيره مسلما و قد تكون هذه الشهرة مأخوذة من الحكم بالضمان في ثمانية عشر كتابا في ما إذا دفع بائع

عبد موصوف عبيدين ليتخير المشتري فأبق أحدهما فإنهم قالوا إنه يضمن الآبق بقيمته و يطالب بما اشتراه و قد قال جماعة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٧

أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة (١) أو ألقى صبيا في مسبعة أو حيوانا يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن (٢)

□

منهم الشهيدان و الكركي أن الحكم بالضمان مبنى على أن المقبوض بالسوم مضمون لا لخصوصية السوم بل لعموم قوله صلى الله

تعالى عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت و قد حكم بالضمان هناك في المختلف و الإيضاح و المسالك و مجمع البرهان و قد

سمعت كلامهم في المقام و كذا غيره

(قوله) (أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة)

فإنه يضمنها كما في الشرائع والإرشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والإرشاد والدروس بأجرة مثلها كما في الستة الأول ولعله المراد من الأخيرين ويحتمل أن يكونا أرادوا أقل الأمرين منها ومن المسمى وهذا من باب المباشرة وليس من سنخ ما ذكر معه وقال في الخلاف المنافع تضمن بالغصب كالأعيان واستدل عليه بقوله عز وجل **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** قال والمثل مثلان مثل من حيث الصورة ومثل من حيث القيمة فلما لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة قال وعلى المسألة إجماع الفرق وأخبارهم تدل على هذا «انتهى» وهو منطبق على ما نحن فيه وهل العين مضمونة بالاستيفاء قال في جامع المقاصد الذي يلوح من كلامهم العدم والذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة لأن التصرف في العين غير جائز فهو بغير حق فيكون في حال التصرف استيلاءه عليها بغير حق وذلك معنى الغصب إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بالصحيحة مناف لذلك فيقال إنه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقا والأصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة وإنما يضمن المنفعة خاصة ولو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلاءه بغير حق وهو باطل وقد استوفينا فيه الكلام في باب الإجارة

(قوله) (أو ألقى صبيا في مسبعة أو حيوانا يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن)

كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان واستظهر في الكفاية أن لا خلاف في ذلك وبالأول صرح أيضا في ديات المبسوط والشرائع والإرشاد وغيرها للتسبب مع ضعف المباشر فإن إلقاء الصبي الذي يضعف عن التحرز عن السبع سبب تام في هلاكه والسبع لا يحال عليه في الضمان فلا معارض للسبب واستند في التذكرة إلى أنه قصد الإلتلاف بالنقل وهو يرجع إلى التسبب الذي يقضى بدخوله تحت العمد فيوجب القصاص واحتزوا بالصبي عن الكبير الذي يمكنه التحرز عادة فإنه لا يضمنه بإلقائه لو اتفق إلتلاف السبع له لأن ذلك لا يعد سببا في حقه (و الظاهر) أنه لا فرق في الصبي بين غير المميز والمميز الضعيف عن التحرز ويلحق به من به خبل أو جنون أو بلغ بالكبر مرتبة الصغير على احتمال قوى كما في مجمع البرهان وغيره وألحق بالسبعة المضيعه كعميشه وكمسبعة في قول وهي المفازة وهو في محله وهو خيرة الإيضاح وجامع المقاصد وقد استشكل فيه المصنف في غضب التذكرة وما يأتي من الكتاب والشيخ في المبسوط قال بعدم الضمان وعدم الإلحاق (و أما) إلقاء الحيوان الذي يضعف عن الفرار في المسبعة والمضيعه فالوجه فيه ظاهر لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه ومثله العبد الصغير وقد يكون داخلا تحت الحيوان ولا يخفى ما في وصف الحيوان بضعفه عن الفرار وإن أرادوا بيان التسبب هذا وشيخنا صاحب الرياض جعل في باب الديات ما نحن فيه أعني ما إذا ألقى الصغير في مسبعة من سنخ ما إذا غصبه غاصب فمات بلدغ حية أو افتراس أسد ونحو ذلك مما ليس هو من قبل الله سبحانه فاستظهر في الجميع عدم الضمان أو التردد (و أنت خير) بظهور الفرق بين المسألتين إذ المفروض في الثانية أنه غضبه ووضعه في غير المسبعة فاتفق أن افترسه الأسد ولهذا كان المشهور في هذه عدم الضمان كما في المسالك كما يأتي بيان الحال والمشهور فيما نحن فيه الضمان بل لا خلاف فيه بل قد اختار جماعة كالشيخ في المبسوط في أحد قوليه والمصنف والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم الضمان أيضا في مسألة الغصب وقواه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٨

ولو فتح بابا على مال فسرق أو دل سارقا أو أزال قيذا عن عبد عاقل فأبق لم يضمن (١)

في الخلاف بعد أن نسبه إلى أبي حنيفة بل قد يلوح من حواشي الشهيد في مسألة الظئر أنه إجماعي قال «ما نصه» من قواعد الفقهاء أن الحر لا يضمن بإثبات اليد إذ لا أثر لليد في غير المال واستثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل مسألة الظئر ومسألة المنادى وغيره ليلا فخرج ومسألة تلف الصبي المغصوب بتلف الغاصب كلدغ الحية وهو قوى جدا ولا سيما إذا قصد إلتلافه بل في جامع المقاصد أنه إذا قصد توقع التلف بغضبه وقطعه عن يعتنى به ضمنه إجماعا وينبغي التأمل في هذا الإجماع مع أن المشهور عدم الضمان من

غير تفصيل و لعل الوجه في ذلك أنه سبب للإتلاف و قاصد له فكان كالقاصد للقتل بالنادر كالإبرة و الخزفة لأنه لا يعلم أنه أضره إلا بالقصد كما تقدم فليتأمل و الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه و عروضها له أكثرى فلا يبعد أن تختص القاعدة بعدم ضمان الحر بذلك كما خصصت بالظئر و المخرج لغيره من منزله ليلا- لكن ظاهر الشهيد أنه مستثنى بالإجماع أو غيره لا لمكان التسيب و إلا- لاستثنى كل تسيب و ما خص ذلك بالذكر فليلاحظ أو نقول إن القاعدة إنما تثبت بالإجماع و معقده إنما هو عدم ضمان الكبير و الصغير المغضوب الذي كان تلفه بالموت الطبيعي فتأمل و تمام الكلام في باب الدييات

(قوله) (و لو فتح بابا على مال فسرق أو دل سارقا أو أزال قيذا عن عبد عاقل فأبق لم يضمن)

أما أنه لا يضمن في المسألة الأولى فقد صرح به في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و في الأخير أنه المشهور و ليس في محله لأنه لا مخالف فيه قبله ممن تعرض له (و وجهه) أنه لم يوجد منه إثبات اليد على مال و لا مباشرة إتلاف و لا سبب يمكن تعليق الضمان به و حكى شيخنا في الرياض عن خاله مولانا الأستاذ الشيخ محمد باقر رضى الله تعالى عنه أنه قال بالضمان أو مال إليه لأن قوة المباشر لا ترفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه أيضا و هو نفى الضرر و الإضرار فلا يمتنع الحكم بضمانهما معا و تخير المالك في الرجوع على أيهما شاء كما هو الشأن في الأيدي المترتبة على الغضب و في الرياض لو لا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بالضمان في غاية الحسن (قلت) قد سمعت ما قضى به تتبعنا و ما في كشف اللثام و مجمع البرهان من أن المباشر يقدم على السبب (و أما المسألة الثانية) فعدم ضمانه فيها خيرة الشرائع و النافع و التذكرة و الدروس و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك و في الكفاية أنه المشهور و في المسالك أنه ظاهر الأصحاب و خلاف الإرشاد نادر و قال في غاية المراد قد تصفحت كتب أصحابنا فلم أجد أحدا قال بالضمان في هذه الصورة إلا المصنف في هذا الكتاب يعنى الإرشاد و حكم في التحرير بالضمان فيها ثم استشكله و قد نص نجم الدين و المصنف في باقى كتبه على عدم الضمان (قلت) لم يتعرض له أحد قبل المحقق فيما أجد بل لو وجد الشهيد غيره ممن تقدم عليه لذكره و هو شاهد بصحة تتبعنا و لم يذكر هذه الصورة في التبصرة مع أنه ذكر الصورة الأولى و في جامع المقاصد أن المصنف في الإرشاد مخالف لجميع الأصحاب على ما يظهر من شرح الإرشاد و أن قول الإرشاد لا ينطبق على أصول مذهبنا و في الرياض أن الإجماع ظاهر كما تقدم (قلت) الكل قد عولوا على الشهيد و قد عرفت أن المصرح بالعدم قبله اثنان لا ثالث لهما بل أحدهما في أحد أقواله نعم قد يظهر ذلك من فخر الإسلام كما ستسمع فكان قول الأستاذ بالضمان في هذه الصورة أيضا كما في الإرشاد غير مخالف للإجماع كما استظهره ابن أخته و لو كان الحكم بالعدم إجماعيا لجزم به في الدروس و ما قال على الأقوى و المقدس الأردبيلي قال بالضمان أو مال إليه و قد عرفت أنه استشكل في التحرير و قد فسر فخر الإسلام عبارة الإرشاد بما إذا كان مستأنا فدل السراق على أمانته و هو كما ترى و لو كان كذلك لما كان للاستشكل في التحرير وجه هذا و شيخنا صاحب الرياض يستظهر في مسألة العبد كما يأتي أنها ليست محل إجماع من تردد صاحب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢١٩

و لو حفر بئرا في غير ملكه (١) أو طرح المعائر في المسالك (٢)

الكفاية فكيف يستظهر هنا الإجماع مع مخالفة هؤلاء (و يعلم) أن هذه المسألة لما كان احتمال قوة السبب فيها على المباشر قائما كانت خلافية بخلاف الأولى فإنه لا مجال فيها لهذا الاحتمال فنزاع الأستاذ في الأولى في أصل القاعدة و نزاع المصنف في الإرشاد في خصوص الفرض (و أما المسألة الثالثة) فقد نص فيها على عدم الضمان أيضا في الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و قيد في التذكرة و جامع المقاصد و الكفاية بما إذا لم يكن آبقا قال في التذكرة و إن لم يكن آبقا فلا ضمان و إن كان آبقا ففي الضمان إشكال من حيث استناد فعله إليه فكان مباشرا و مباشرته معتبرة لأنه عاقل بخلاف المجنون و معناه أنه يقدر على منع

نفسه من الإباق المحرم فلو فات شيء من العين أو المنفعة فهو مستقل به مباشر له و من حيث إن المالك قد اعتمد ضبطه بإطلاقه إتلاف عليه أى فكان كحل المجنون و البهيمه و معناه أنه لو لم يفكه لم يقع ما وقع من التلف إذ لا شك في صدق السببية و ليس هناك مباشر يمكن أخذ الحق منه و كونه قادرا على التحفظ مع عدمه لا ينعف و هذا أقوى لمكان التسبب كما يأتي في غضب الحر الصغير مع صدق التصرف في مال الغير لأنه بهذه العادة قد أشبه الدابة و نحوها و في جامع المقاصد أن الأول لا يخلو عن وجاهه و لعله يتأمل في التصرف و السببية و قال في الدروس لو فتح بابا على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ و نقل عن كل العامة عدم الضمان و لا فرق بين كونه عاقلا أو مجنونا آبقا أو غير آبق بالغا أو صبيا انتهى و كأنه متردد في المسألة إذا كان الفتح مثل الفك و لعله غيره

(قوله) (و لو حفر بئرا في غير ملكه)

أى ضمن و هذا يشمل ما إذا حفر في طريق مسلوكة أو في ملك الغير فقط أو المشترك و قد طفحت بذلك عباراتهم في باب الديات و باب الغضب و بالأول صرح في ديات المقنعة و المراسم و به و بالثاني صرح في ديات المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و بالأخير صرح أيضا في غضب الشرائع أيضا و ما ذكر الآن بعدها مع زيادة التذكرة و الدروس و ظاهر ديات الغنية الإجماع فيهما مع زيادة الملك المشترك و إطلاقهم في الأخير يشمل ما إذا كان المتردى المالك أو غيره دخل بإذن المالك أم لا و يشمل ما إذا كانت البئر مكشوفة أو مغطاة و قد خلت جملة من عباراتهم في الأول عن التقييد بعدم مصلحة المسلمين كالمقنعة و المراسم و الغنية و السرائر و قضية ذلك أنه يضمن و إن كان فيه مصلحة كما صرح به في الإيضاح لكن الشيخ و المصنف و الشهيد الثاني و المولى الأردبيلي نفوا الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين العامة كالحفر للبلوعة و الاستقاء و نحو ذلك و استحسنة المحقق و قد يلوح من السرائر و إطلاق الأخبار مع ما فيها من العموم اللغوي و ترك الاستفصال يقضى بالضمان مطلقا حتى في السببية الغير الغالبة (ففي خبر السكوني) من حفر بئرا في طريق المسلمين و في خبر زرارة من حفر بئرا في غير ملكه و في الموثق ما حفر في الطريق أو في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها و المستفاد من هذه الأخبار أن التعدي موجب للضمان فدلالته على الحافر في المشترك لصدق تعديه بالحفر مع إطلاق الفتاوى بضمان المتعدى بالحفر و احتمال تعديه بجميع الحفر و إن كان شريكا مبنى على توقف الاجتناب عن الحفر في غير ملكه عليه في ملكه من باب المقدمة و يحتمل أنه يضمن النصف مطلقا و يحتمل ضمان النصف إن كان الشريك واحدا أو الثلث إن كان اثنين و هكذا و قد استوفينا الكلام في المسألة و أطرافها في باب الديات بما لا مزيد عليه

(قوله) (أو طرح المعائر في المسالك)

كما في الشرائع و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المعائر جمع معثرة كالدكة و القمامات كقشور البطيخ و نحوها و بالضمان في الأخير صرح في ديات المبسوط و غيره و خصص الضمان في الشرائع و التحرير و الإرشاد بمن لم ير القمامة و الأصل في ذلك عموم صحيح الحلبي و الكنانى من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن و أنه سبب و أن الطريق لم يوضع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٠

أو أتلف منفعة كسكنى الدار و ركوب الدابة و إن لم يكن هناك غضب ضمن (١) و لو أرسل ماء في ملكه فأغرق مال غيره أو أوجج نارا فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختيارا مع علمه أو غلبه ظنه بالمتعدى إلى الآخر فيضمن (٢)

لذلك فيكون وضعها مشروطا بالسلامة و قد استوفينا الكلام في المسألة و أطرافها في باب الديات

(قوله) (أو أتلف منفعة كسكنى الدار و ركوب الدابة و إن لم يكن هناك غضب ضمن)

لو أتلف منفعة كسكنى الدار و ركوب الدابة ضمن ما أتلفه قطعاً كما في جامع المقاصد و إتلاف المنفعة بمعنى استعمال عينها و

استيفاء منفعتها قال فى التذكرة منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و القوات فلو غضب عبداً أو جاريةً أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فانت تحت يده بأن بقيت فى يده مدةً و لا يستعملها عند علمائنا أجمع و به طفحت عباراتهم فى باب الإجارة فى مسألة إجارة الدراهم و الدنانير (و الإحصال) أن ضمان المنفعة إذا أتلّفها بمعنى استعمل العين و استوفى منافعها مما لا ريب فيه حتى فى منفعة الحر كما سيأتى إن شاء الله تعالى و يتصور إتلاف المنفعة و إن لم يكن غاصب العين فيما إذا آجره داره أو دابته ثم غضبها منه و استوفى المنفعة و فيما إذا دخل الضعيف على القوى فى داره أو ركب الضعيف مع القوى دابته فإن الغضب غير متحقق لانتهاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة (قوله) (و لو أرسل ماء فى ملكه فأغرق مال غيره أو أوجج ناراً فاحترق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة مع علمه أو غلبه ظنه بالتعدى إلى الآخر فيضمن)

حاصله أنه لا بد فى الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه بالتعدى أو غلبه ظنه به و هو خيرته فى باب الديات من الكتاب فى أحد الوجهين كما ستسمع و خيرة الإرشاد و الشرائع فى البابين و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الكفاية و كذا مجمع البرهان فى موضعين منه لكن فى بعضها التعبير بالظن دون غلبته و لعلهما بمعنى اصطلاحاً و فى الكفاية أنه أى الضمان إذا اجتمع الأمر أن المقطوع به فى كلامهم و لا يعرف فيه خلافاً و فى المسالك أنه لا شبهة فيه (و قضية) كلامهم أنه لا يضمن مع أحد الأمرين و وجهه أنه فعل مأذون فيه شرعاً لأنه له أن يتصرف فى ماله كيف شاء فلا يتعقبه ضمان و لا يعد ذلك تفریطاً حيث لم يتجاوز حاجته إذا ظن و لم يظن التعدى إذا تجاوز مع أصالة البراءة من الضمان (و اختيار) الضمان بأحد الأمرين تجاوز الحاجة أو ظن التعدى فى التحرير و اللمعة فى الموضعين لتحقق السببية الموجبة له و نحوه ما فى الكفاية أيضاً من اعتبار الظن القوى (و اعتبر) فى الدروس أحد أمرين إما تجاوز قدر الحاجة أو العلم بالتعدى و لم يكتف بالظن و لم يعتبر الهواء فمتى علمه و إن لم يكن هواء ضمن و إن لم يزد عن حاجته فيبينه و بين اللمعة مغايرة و خيرة الدروس هو ظاهر كلام المبسوط (و عنه) أى الشهيد فى بعض فتاواه أنه اعتبر فى الضمان أحد أمور ثلاثة مجاوزة الحاجة أو عصف الريح أو غلبه الظن بالتعدى و قد أطلق فى المقنعة و النهاية و المبسوط و السرائر أنه إذا أشعلها فى ملكه فحملتها الريح إلى غيره فأحرقت فلا ضمان فلا بد من تنزيله على ما إذا عصف الهواء بغته بعد الإشعال و قال فى غضب مجمع البرهان دليل الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة مع العلم أو الظن بالتعدى و القدرة على العدم و المنع العقل و الإجماع و السببية مع عدم العذر و كذا عدم الضمان مع انتفاء الجميع و أما إذا انتفى البعض ففى بعض أفراده تأمل و هو ما إذا كان قادراً و عالماً و لكن ما تجاوز عن قدر الحاجة (قلت) لعله لا ريب فى الضمان إذا علم التعدى فترك قطعه اختياراً و إن كان فعله بقدر حاجته لأن ترك قطعه مع علم بتعدى و قدرته على قطعه تعد محض فليتأمل و عبارة الكتاب فى الديات هذه و إن كان الهواء عاصفاً و لا حائل أو أوجج أكثر من قدر الحاجة مع غلبه الظن بالتجاوز ضمن و نحوها ما فى غضب التذكرة و ظاهرها أنه لو أوجج قدر الحاجة و كان الهواء عاصفاً بمعنى غلب على ظنه التعدى لمكان عصف الهواء ضمن فإن كان قد أوجج أكثر من قدر الحاجة مع غلبه الظن لمكان عصف الريح و عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢١

و لو غضب شاه فمات ولدها جوعاً أو حبس المالك عن حراسه ماشيته فاتفق تلفها أو غضب دابة فتبعها الولد ففى الضمان نظر (١)

الحائل كان أولى بالضمان و كان يغنى عن ذلك كله أن يقول يكفى غلبه الظن بالتجاوز و يمكن أن يكون مراده أنه لو أوجج أكثر من قدر الحاجة و الريح عاصف ضمن و إن لم يغلب على ظنه التعدى بأن غفل عنه و لم ينتبه له لأنه يكفى فى الضمان قضاء العادة لأن عصف الريح فى معنى الظن و حكمه كما صرح به فى المسالك و نبه عليه فى اللمعة و الروضة و حيثنذ فلا بد من ذكر الشق الثانى و يكون المراد أنه لو أوجج أكثر من قدر الحاجة و غلب على ظنه التجاوز من عصف ريح أو غيره ضمن و إن لم يغلب على ظنه

لا يضمن إلا أن يكون الهواء عاصفاً و تقضى العادة بالتعدى فيضمن و إن لم يغلب على ظنه كأن غفل عنه فيكون مختاره أنه لا بد في الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع ظن التعدى كما أشرنا إليه آنفاً و قد استوفينا الكلام في المسألة و أطرافها في باب الديات لأنه كتب قبل هذا

(قوله) (و لو غضب شاء فمات ولدها جوعاً أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها أو غضب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر)

كما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و الكفاية و كذا الإيضاح لأنه لا ترجيح فيه و كذا التذكرة لأنه استشكل في الفرع الثاني و لم يذكر الآخرين و لم يذكر في اللمعة إلا الأخير من دون ترجيح و قرب في الدروس فيه الضمان و في الروضة أنه أقوى و في غاية المراد النظر في هذه الثلاث ينشأ من عدم الاستقلال فلا يتحقق الغضب و من أنه سبب في إتلافها إذ لولاه لم يتحقق التلف و إن كان لعلة أخرى خارجة أي و الضمان ليس منحصراً في الغضب و نحوه ما في جامع المقاصد و المسالك ثم قالاً و الأولى أن يقال منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف و عدمه لانتفاء المباشرة للإتلاف و الغضب (قلت) إذا شك في السببية روعي أصل البراءة و قال في المسالك منشأ الشك في السببية مبني على تعريف السبب فعلى تفسيره بأنه ما لولاه لما حصل التلف لكن لعلة التلف غيره فالسببية متحققه إذ لو لا غضب الأم لما مات عادة و إن فسر بإيجاد ما يحصل التلف عنده بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة توقف ثبوت سببته على قصد الغاصب ذلك و هذا ما حكيناه عنه فيما سلف و فيه نظر ظاهر و كأنه أخذه مما ستمعه عن جامع المقاصد و لعله ليس به و ستمع ما فيه و كيف كان فهو مخالف لما في الإيضاح قال في الإيضاح ينشأ النظر في الأول من أنه مات بسببه لصحة إسناده إليه عرفاً و لأن السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواء و هذا تفسير بعض الفقهاء زاد آخرون و لولاه لما أثرت العلة و هذا التفسير أولى فعلى هذا ليس هو بسبب و لا يمكن اعتياضه بغيره فهو أعم فليس بسبب (قلت) هذا ما حكيناه عنه عند تعريف السبب من ثمره الاختلاف في التعاريف و قد تأملنا فيه هناك و قال و لأنه لا يدل عليه و لا مباشرة فلا ضمان و هذا هو منشأ النظر في الباقيين و أيضاً ينشأ في الثاني من أنه تصرف في المالك لا في المال و من حيث إنه سبب عرفاً و أما في الثالث فمن حيث إنه سبب لحدوث ميل يشبه القسرى لوجود ميل الولد إلى أمه طبعاً فهو سبب و من الشك في كونه سبباً شرعياً في الضمان الأصل البراءة انتهى (و فيه) أنه إذا كان سبباً عرفياً كان ضامناً إلا أن يقال إن السبب العرفي مبني على التعريف الأول و السبب الشرعي مبني على التعريف الثاني فإنه لا يكون السبب سبباً شرعياً إلا إذا كان تأثير العلة متوقفاً عليه و نحن نشك في توقف حدوث ميل الولد إلى أمه على غضبها و قال بعدم الضمان فخر الإسلام في شرح الإرشاد في المسائل الثلاث و ضمنه في تعليقي الإرشاد فيهن و في المسالك أنه أصح مع استناد التلف إلى فعل الغاصب و في مجمع البرهان أنه ظاهر إذا علم أن التلف بالسبب و قال في جامع المقاصد بعد ما حكيناه عنه آنفاً و التحقيق أن يقال إن قصد توقع العلة في التلف بغضب الشاة و الدابة و حبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقفاً بالضمان لازم لضعف المباشر (قلت) إذا كان السبب من شأنه أن يقصد لتوقع تلك العلة كما بيناه فيما سلف فلا حاجة لقصد الغاصب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٢

و لو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت أو من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن (١) و لو مد بمقود دابة فقادها ضمن إلا أن يكون المالك راكباً قادراً (٢) و يضمن حمل الغضب (٣) لا حمل المبيع بالفساد (٤)

أصلاً إذا حفر البئر قد لا يقصد به الحافر توقع العلة الموجبة للتلف و لا قصدتها أكثرى مع أنه يضمن قطعاً كما نص عليه هو فيما مضى و مثل حبس المالك عن حراسة ماشيته حبسه عن سقى زرعه و نخيله حتى فسد

(قوله) (و لو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت أو من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن)

قد تقدم الكلام في المسائل الثلاث عند قوله و لا يكفي رفع اليد

(قوله) (و لو مد بمقود دابه فقادها ضمن إلا أن يكون المالك راكبا قادرا)

كما في جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو معنى قوله في الإرشاد ضمن إلا أن يكون المالك راكبا إلا مع الإلجاء إذ معناه إلا أن يكون المالك ملجأ غير قادر على دفعه بوجه و معنى قوله في الدروس لو مد بمقود دابه و صاحبها راكبها فلا استقلال إلا مع ضعفه عن المقاومة و زيد في اللمعة و الروضة على ما في الكتاب الوصف بكونه مستيقظا و اقتصر في الشرائع على كونه راكبا و لم يقيده بكونه قادرا و لعله نظر إلى الغالب و في المبسوط لو مد زمام الناقة من مكان إلى مكان و صاحبها راكب عليها لم يضمنها لأنه لم تزل يده عنها و لم يقيده أيضا بالقادر (و وجه الضمان) في المستثنى منه أنه إذا مد بمقودها و قادها تحقق استيلاؤه عليها و استقلاله بها فيضمن و لو كان مالكةا حاضرا عندها لكنه غير مثبت يده عليها و كذلك الحال لو ساقها قدومه بحيث صار مستوليا عليها لكونها تحت يده و لا جماع لها لتحقق معنى الغصب فيه (و وجه العدم) في المستثنى عدم استقلاله بها و استمرار يد المالك عليها لكن قد تقدم أنه إذا دخل الدار قهرا مع مالكةا أنه يضمن النصف و به صرح الأكثر و قال في التنقيح لا فرق بين المسألتيين و هو أى عدم الفرق ظاهر النافع و شرح الإرشاد لفخر الإسلام حيث جعلنا في مسألة الدار قولين كما تقدم بيان ذلك كله فينبغي أن يضمن هنا النصف أو إبداء الفرق إلا أن تقول إن القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على نصف و لا ربع لأن الراكب أقواهما يدا و أكثرهما تصرفا و لهذا لم يحكم له بها كما هو المختار لكن يجب على المحقق الثاني و الشهيد الثاني حيث رجحا في الصلح أنها بينهما نصفين تبعا للخلاف و السرائر أن يقولوا هنا بأنه يضمن النصف و قال الثاني في باب الديات إن جنيتها بيدها على الراكب و القائد بالنصف بل يمكن فيما نحن فيه ادعاء قوة يد القائد هنا بحيث تساوى يد الراكب لأنه قادها و المفروض في باب الصلح و القضاء أنه قابض لجامها فتأمل جيدا (و وجه الضمان) فيما إذا كان المالك الراكب غير قادر أن الآخذ مستول قاهر فيد المالك كالعدم فكان غاصبا و ظالما و قد تأمل فيه المقدس الأردبيلي لأن المالك أيضا متصرف و لهذا يحكم له باليد و قد تقدم مثله في الداخل على ساكن الدار الذي يضمن بضعفه من غير إزعاجه هذا و لو اتفق تلفها بقودها حيث يكون الراكب قادرا قويا على الدفع ضمنها كما في التحرير و جامع المقاصد و الروضة لأنه جان عليها و في مجمع البرهان أنه لا شك فيه و هل يضمن منفعتها لو لم تتلف احتمالا و قد قوى الضمان في الروضة و كأنه مال إليه في جامع المقاصد لأن منافع غير الحر تضمن بالفوات و قد باشر فواتها و قد تأمل في مجمع البرهان و قال في جامع المقاصد لو ساق الدابة و كان لها جماع فشردت بسوقه فوقع في بئر ضمن (قلت) ينبغى أن يفرض أنه غير قادر عليها فيضمن حينئذ لأن كان سوقه سببا و أما إذا كان قادرا عليها فإنه يكون غاصبا لها ضامنا لها على كل حال و لا حاجة إلى جعل سوقه سببا

(قوله) (و يضمن حمل الغصب)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية لأنه مغصوب كالحامل و الاستقلال عليه باليد حاصل بالتبعية لأنه

(قوله) (لا حمل المبيع بالفساد)

كما في الدروس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٣

و السوم (١) و الحر لا يضمن بالغصب و إن كان صغيرا (٢) و لو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية و وقوع الحائط ضمن على رأى (٣)

و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا مجمع البرهان و لعله قضية كلام الباين إلا من ستعرفه لأنه ليس مبيعا فيدخل فى البيع فيكون أمانة فى يد المشتري لأصالة عدم الضمان و لأن تسلمه بإذن البائع مع احتمال له عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى و هو خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و قال فى الدروس لعل الفاضل أراد مع اشتراط دخوله (قوله) (و السوم)

كما فى الدروس و الأربعة التى ذكرت بعده فيما قبله و لعله قضية كلام ما بقى إلا التذكرة فإنه صرح فيها بأنه يضمنه (قوله) (و الحر لا يضمن بالغصب و إن كان صغيرا)

قال فى مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فى أن الحر لا يضمن بوضع اليد و الغصب لأنه ليس بمال فلا يدخل تحت يد المتصرف فإن إثبات اليد و التصرف إنما يقال فى الأموال و لا فرق فى ذلك بين كونه صغيرا و كبيرا مميزا قادرا على الدفع عن نفسه و غيره و مجنوننا و عاقلا- تلف بموت أو بشيء ليس للقبض فيه مدخل انتهى و هو كذلك إلا ما يظهر من المفاتيح حيث قال قيل إن الحر لا يضمن إلى آخره و ما لعله يظهر من النافع حيث ساوى بين الموت بسبب و بغير سبب قال و لو كان لا بسببه كالموت و لدغ الحية فقولان و فى المذهب البارع و المقتصر أن الأصحاب على خلافه و اعتذر عنه فى التنقيح بأنه مسامحة و لا تصغ إلى ما فى الكفاية من أن عدم ضمان الحر بالغصب هو المشهور و لعله لعدم تعرض القدماء له و إلا فلا نجد مخالفا لأنها قد طفت عبارات المتأخرين بأن الحر لا يضمن بالغصب و ظاهرهم أنه لا يضمن عينا و لا منفعة و به صرح جماعة و لا بد من التخصيص خصوصا فى المنفعة إذا استوفاهما و أجمعوا على أنه يضمن لو أصابه تلف بسبب الغاصب كالجناية على نفسه أو طرفه مباشرة أو تسببا بل هو ضرورى و فى التنقيح أنه لا- خلاف فيه و فى الروضة الإجماع على أنه لا يضمن الكبير مطلقا و فيها أيضا و فى التنقيح الإجماع على أنه لا يضمن الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعى

(قوله) (و لو تلف الصغير فى يد الغاصب بسبب كلدغ الحية و وقوع الحائط ضمن على رأى)

قوى كما فى الخلاف و الدروس و فيه قوة كما فى المختلف و حسن كما فى المقتصر و هو خيرة المبسوط فى باب الجراح و التبصرة و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و قد أفتى به جمع كما فى جامع المقاصد و كأنه مال إليه فيه و المخالف الشيخ فى غضب المبسوط و المحقق فى ظاهر الشرائع أو صريحها أو هو فيها متردد و الشهيد فى ظاهر إطلاق اللمعة و فى الإيضاح أنه أقوى و قد يظهر ذلك من موضع من التذكرة و به حكم أولا- فى الخلاف ثم قوى الأول كما سمعت و كأنه ميل إليه فى المسالك و الكفاية و فى الأول أنه الأشهر و فى الثانى أنه المشهور و هو كما ترى و لا ترجيح فى النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التذكرة فى موضع منها و غاية المراد و التنقيح و المذهب البارع و الروضة و الأول أقوى لأنه سبب لتلفه مع عدوانه فكان كالحافر بل هو أقوى منه لأن عروض المهلكات له كثيرة بل قصد القتل بمثل ذلك ممكن متوقع و لو كان فى مكانه ما لدغته الحية و ليس هو قادرا على دفع المهلكات عن نفسه و ليس هناك مباشر أقوى من السبب (ثم) إنهم يحكمون بأنه إذا نقل عبدا صغيرا أو مجنوننا مملوكا للغير ضمنه سواء نقله إلى مسبعة أو مضيعة لأنه تصرف بغير إذن المالك صرح به فى التذكرة و قضيته أن الكبير ليس كذلك و لهذا استشكلوا فى ضمان العبد الكبير العاقل بفك قيده و ظاهرهم أن غير الفك كالفك فكان المدار فى الفرق بين المملوك الصغير و الكبير على التسبب مع عدم القدرة على دفع المهلكات فلا فرق فى خصوص هذا بين الحر و العبد فتأمل جيدا مضافا إلى أن الضمان يناسب العدوان و إلى الاعتضاد بالخبر من استعمار حرا صغيرا فعيب ضمن بناء على أن الاستعارة أهون من الغصب فتأمل و بما قيل من أن فتح هذا الباب يفضى إلى الاحتيال بذلك إلى قتل الأطفال و له نظائر غير الحافر فى باب الديات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٤

و لو استخدم الحر فعليه الأجرة (١) و لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففى استقرار الأجرة نظر (٢)

كمن قرب صبيا إلى الرماة و هو لا يعلم بهم و هو غير غاصب له و ليس للقول الآخر إلا الأصل و عدم المباشرة و ذلك لا يجدى مع ظهور السبب (هذا) و قد يسأل عن حكم المصنف هنا بالضمان و استشكله فيه فيما إذا نقل صبيا حرا إلى مضيعة فافترسه الأسد مع أن القائد فى المضيعة أقرب إلى توقع الهلاك مما نحن فيه فليلحظ ذلك و ليتأمل فيه و فى الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان أن المجنون كالصغير بل فى الأخير أن الظاهر عدم الفرق بينهم و بين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه ثم حصل فى الحبس شئ أهلكه لظلمته و عدم قدرته على الفرار من أذيته فكان كالطفل بل كالحوانات التى لا شعور لها لمكان الاشتراك فى العلة و فى جامع المقاصد و الروضة أنه لو كان بالكبير خبل أو بلغ رتبة الصغير لكبر أو مرض ففى إلحاقه به وجهان (قوله) (و لو استخدم الحر فعليه الأجرة)

كما فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المسالك و مجمع البرهان و كذلك اللعة و الروضة و فى الرياض أنه لا- خلافاً فيه و فى مجمع البرهان لعله مما ليس فيه خلافاً لأنه قهره و استعمله فى عمل و استوفى منافعه و هى متقومة فلزمه ضمانها و بعبارة أخرى أنه أخذ منه شيئاً له عوض بغير عوض فكان كأنه غصب منه مالا و أتلفه (قوله) (و لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففى استقرار الأجرة نظر)

و لا ترجيح أيضاً فى التذكرة و الإرشاد و غاية المراد و اختيار عدم استقرارها فى الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و الرياض و إجارة جامع المقاصد و مجمع البرهان لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالتفويت و الاستعمال لا بالفوات لعدم دخول الحر تحت اليد و الضمان لأنه ليس بمال و لأصالة البراءة من الاستقرار (و الذى) قواه مولانا الأردبيلي استقرارها أى الأجرة بذلك و هو خيرة إجارة التذكرة و المسالك لأنها وجبت بالعقد و قد انقضت زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر و منع المستأجر فكان المستأجر بحبسه له سببا فى تضييع الأجرة عليه فتستقر كما لو استأجره زماناً معيناً ثم اعتقله فيه فإنه يستقر عليه مال الإجارة قولاً واحداً كما فى المذهب الرابع و لا نزاع فيه كما فى حواشى الشهيد على ما حكاه فى جامع المقاصد لأن موضوع المسألة و موضع الخلاف ما إذا وقع العقد على العمل فحبسه مدة يمكن استيفاءه و لهذا قالوا لو استأجره لعمل و موضع الإجماع ما إذا تعلق الإجارة بالزمن المعين بل نقول إن العقد موجب للعوضين و قد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر كما فى نفقة الزوجة و المهر فإنها تجب لها النفقة إذا مكنت من نفسها و إن لم يستمتع بها كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلمت المهر بل قالوا إنه يضمن الأجرة لو استأجره لقلع ضرره فبرئ بعد أن مضت مدة يمكنه القلع فيها باذلاً- الأجير نفسه و إنما كان التأخير من جانب المستأجر فينقطع الأصل بذلك و القاعدة القائلة بأن منافع الحر لا تضمن لا تتناول محل النزاع فليتأمل جيداً (وقد) بنى الوجهين فى الإيضاح على أن إجارة الحر نفسه هل هى تملك للمنافع بعوض أو التزام للعمل فى ذمته كالدين فى ذمة الحر فلا يسقط إلا بالاستيفاء أو الإبراء قال و الأشبه الثانى لأن الحر يستحق عليه فى ذمته و لا تملك عينه و لا منافعه لأنها معدومة فتتبع الأصل فى الملك و اليد و هما منفيان فى الحر (قلت) حاصله أن الحر لا يملك و لا يملك منه و إنما يملك عليه و أن منافعه معدومة و ليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك ثم قال و يرد عليه استحقاق المستأجر الأول أجرة المثل على من استعمل الأجير الخاص ثانياً و معناه أنه لو استأجره آخر ضمن أجرة المثل فلو لا- أنه ملك منافعه لما استحق الأجرة على من استعمله و لو كانت ديناً فى ذمته لكانت الأجرة للموجب لا المستأجر لأن الدين لا يتعين لمستحقه إلا ببذله و لا نسلم تبعية المنافع للعين مطلقاً كأم الولد فإن عينها لا يتصرف فيها و يتصرف بمنافعها و العين المملوكة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٥

و لو حبس صناعاً و لم ينتفع به لم يضمن أجرته (١)

يجوز بيعها و لا يجوز بيع منافعها و يرد عليه أيضا ما سمعته فى الاستئجار لقلع الضرر و أنه يجوز له إيجاره على الأُشبه على تأمل و يؤيده أنه يصح إبراء الحرّ من الذى استأجره و أن منفعته لا تتعين و إنما الإجارة المعينة أن يستأجر دارا أو دابة معينة فهذه لا يصح الإبراء منها فليلاحظ (و كيف كان) فعلى الأول تستقر دون الثانى و قال فى جامع المقاصد فى هذا البناء نظر إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأجرة بالحبس المدة المذكورة لأن العقد المملك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضى المدة المذكورة انتهى ومعناه أن ما قالوه من أن الإجارة إذا كانت على عمل كما إذا آجر العبد للعمل الفلانى و مضت مدة يمكن فيها استيفاء العمل و العبد فى يده استقرت الأجرة عليه إنما يتم فى العمل الذى يدخل تحت اليد و يعدّ مضمونا بإثبات اليد على متعلقه و لا يكون ذلك إلا فى الأعيان المملوكة فإن الدليل حينئذ قائم على استقرارها بمضى المدة لأن منافعها قد صارت تحت يده فكان تلفها محسوبا عليه لأنه يكون بمنزلة ما إذا استوفى المقبوض فوجب عليه العوض و لا- يتم ذلك فى الأعمال التى تصدر عن الحر لأنه لما لم يمكن دخوله تحت اليد دخول ضمان إذ اليد له فلا يتصور كونه ذا يد بهذا المعنى أعنى يد استيلاء مؤثر كما فى اليد فى الأموال التى يقتضى ظاهرها الملك إذ الشخص الذى يكون مالكا و لا يكون مملوكا يمتنع فى حقه ذلك (إذا تقرر ذلك) فمنافعه و إن كانت مملوكة إلا أنها لكونها معدومة لا يتصور دخولها تحت اليد استقلالاً و لما كان هو لا يدخل تحت اليد امتنع دخولها تبعا و الدخول تحت اليد منحصر فى الاستقلال و التبعية فامتنع دخولها بالكلية فلا تكون مضمونة و لا تستقر سواء مضت مدة يمكن فيها العمل أم لا نعم إذا استوفاهما يكون قد قبضها فيضمنها فيكون حكمهم باستقرار الأجرة على قلع الضرر على خلاف الأصل (و التحقيق) أن القول بأن المنافع معدومة باطل قطعا بل هى إما موجودة أو مقدرة الوجود و لهذا عدت مالا و جعلت مورد العقد لأن العقد لا يرد إلا على موجود أو ما فى حكمه و لا ريب أنه يجوز أن تكون الأجرة دينا فلو لم يلحق المنفعة بالموجودات لكان فى معنى بيع الدين بالدين فصح لهم أن يقولوا إنه ملكها و هى فى يده و أهمل استعمالها حتى تلفت على ملكه فكان تلفها منه و من ماله و تكون مسألة الضرر و مسألة الأجير الخاص و غيرها مما جرى بها على الأصل و لا يرد على ذلك إلا الإبراء و التعيين و الجواب عنهما ممكن و الأمر هين بل القول بأن المنافع معدومة إنما هو للعامة كما حكاها عنهم فى التذكرة و أطال فى الرد عليهم و قال فى جامع المقاصد و وجه شيخنا الشهيد الاستقرار فى بعض حواشيه بأن المنافع ملكها المستأجر و تلفها مستند إلى فعله و يؤيده الحكم باستقرار الأجرة على قلع الضرر مع البرء و سبق التمكين من فعله (قلت) هذا مراده فى الإيضاح كما أشرنا إليه قال و التحقيق أن هذا هو تمليك للمنافع فإذا أهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن أحد فلم يأت الشهيد بشيء آخر كما أنه فى غاية المراد أتى بما فى الإيضاح من تحرير و إيراد و يأتى فى المسألة الآتية ما له نفع فى هذه

(قوله) (و لو حبس صانعا و لم ينتفع به لم يضمن أجرته)

هذا مقطوع به فى كلام الأصحاب كما فى الكفاية و القطع به فى الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المهذب البارع و المسالك و الروضة و لا- قطع فى التذكرة و إنما قال هو الأقوى و لا تعرض له فى غيرها فيما أجد و ستسمع ما نحكيه عن المولى الأردبيلي لما تقدم من منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعا له فأشبهت ثيابه إذا تلفت عليه و أطرافه و قد قوى الضمان المقدسان الأردبيلي و الأستاذ قدس الله روحيهما فيما إذا كان الحابس سببا مفوّتا لمنافع المحبوس لأن فى عدم تضمينه ضررا عظيما فإنه قد يموت هو و عياله جوعا مع كونه ظلما عاديا و وجود ما يدل على جواز التعدى بما اعتدى و جزاء السيئة سيئة و القصاص و نحو ذلك (و حاصله) أن الضمان ليس للغصب بل لمكان الضرر العظيم المنفى و احتمال فى الرياض اختصاص كلام الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت بل القوات خاصة قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٦

و لو استأجر دابة أو عبدا فحبسه بقدر الانتفاع ضمن (١) و لو غصب خمرا من مسلم أو من متظاهر لم يضمن و لو كان كافرا و يضمن من الكافر المستتر و إن كان مسلما (٢) «متن»

و يظهر الفرق بين الصورتين فيما إذا حبسه مدة لها أجره في العادة فإن كان لو لم يحبسه لحصلها كان حبسه سببا لتفويتها فيضمن هنا كما ذكره وإن كان لو لم يحبس لم يحصلها أيضا لم يكن حبسه سببا لتفويتها وهذا هو مراد الأصحاب بحكمهم بنفى الضمان فيه انتهى (قلت) يدفع ذلك كله قولهم جميعا إلا المصنف في التذكرة لو حبس صانعا و لم يقولوا حرا و لا رجلا و ذلك لأن صاحب الصنعة مما لمدته أجره غالبا مضافا إلى كلامهم في المسألة الأولى هذا و كما رتبوا الحكم على الصانع رتبوه أيضا على الحبس إلا في التبصرة فإنه عبر بالمنع مع أنه قال في التذكرة أما لو منعه عن العمل من دون حبس لا يضمن منافعه وجها واحدا لأنه لو فعل ذلك بالعبء لم يضمن منافعه فالحر أولى

(قوله) (و لو استأجر دابة أو عبدا فحبسه بقدر الانتفاع ضمن)

كما في الشرائع و التحرير و المسالك و هو قضية كلام من قال إن الدابة مال تضمن منافعها بالفوات و التفويت فعليه لو استأجرها لعمل معين فحبسها مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة سقط حقه من المنفعة و استقرت عليه الأجرة بل قالوا إنه يستقر عليه الأجرة و لو كانت الإجارة فاسدة بل قضية كلامهم و صريح التحرير أنه لو حبسها من دون إجارة ضمن كما أنهم قالوا في باب الإجارة لو بذل له العين المؤجرة فلم يأخذها حتى انقضت المدة استقر الأجرة عليه إن كانت الإجارة صحيحة و إلا فلا و الوجه في ذلك كله ظاهر مما تقدم

(قوله) (و لو غصب خمرا من مسلم أو متظاهر لم يضمن و إن كان كافرا أو يضمن من الكافر المستتر و إن كان مسلما)

لو غصب خمرا و أتلفها فلا- يخلو إما أن يكون الغاصب المتلف مسلما أو كافرا و المغصوب منه إما مسلم أو كافر فالأقسام أربعة (الأول) أن يكونا مسلمين فلا ضمان عليه إجماعا كما في التذكرة و بلا خلاف أي بين المسلمين كما في الخلاف و ما في المختلف من أنه الأشهر و في المسالك من أنه المشهور فإنما هو لمكان خلاف أبي علي قال إنه يضمن الخمر المغصوبة بمثلها خلا و أطلق و قد فهموا منه أنه أمسكها للتخليل و لا بد أن يكون أراد ذلك و بذلك أي عدم الضمان لو غصبها المسلم من مثله صرحت عباراتهم كعبارة المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و غيرها و انعقدت عليه إجماعاتهم و شهراتهم و هي بإطلاقاتها تشمل ما إذا كان قد اتخذها للتخليل أو لغيره بل صرح الشهيدان و المحقق الثاني بأنه لا يضمن إذا كان قد اتخذها للتخليل و إنما يأنم و في المسالك أنه المشهور و قال الأخير إنه يعزر أيضا (و يعلم) أنه يجب عليه ردها مع بقاء عينها و لو تخللت ردها لأن الملك و إن زال إلا أن توبعه باقية و هي الأولوية و لهذا لا يجوز غصبه كما تقدم ذلك في باب الرهن و في مجمع البرهان أن خروجه عن ملكه بالخميرة غير ظاهر و لا يدل عليه جواز أخذه و إهراقه و عدم الضمان بغصبه على أنا قد نمنع جواز ذلك فيما إذا اتخذها للتخليل و إن لم يكن ضامنا لعدم وجود مملوك يمكن عوضه لأن الخمر لا عوض لها على أنا قد نكلفه بالمثل خصوصا إذا كان متخذها للتخليل أو بالخل كما قيل انتهى و تمام الكلام في باب الرهن و ظاهر المفاتيح أو صريحه أنه إن كان اتخذها للتخليل ضمن أي المتلف (الثاني) أن يكون المتلف في الفرض المذكور كافرا ففي الخلاف نفى الخلاف عن أنه لا يضمن و به طفحت عباراتهم كالمبسوط و الخلاف و السرائر و ما تأخر عنها من صريح و ظاهر في ذلك (الثالث) أن يكون الغاصب المتلف مسلما و صاحبها كافرا فإن كان متظاهرا بشرها و المعاملة عليها فلا- ضمان و كأنه لم يختلف فيه اثنان لأن الشرع إنما ألزمنا إقرارهم عليه في دارنا مع الإخفاء و أما إن كان مستترا فعليه ضمانه بإجماع الفرقه و أخبارهم كما في الخلاف و الإجماع أيضا ظاهر المبسوط و السرائر و التذكرة و العبارات في ذلك أعنى الحكم بين نصه و ظاهرة (الرابع) أن يكونا كافرين فإن كان المغصوب منه مستترا فعليه ضمانه أيضا بإجماع الفرقه و أخبارهم كما في الخلاف و الإجماع أيضا ظاهر الكتب الثلاثة أيضا و به صرحت جملة من العبارات و شملته الأخرى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٧

بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل و إن أتلف الكافر على إشكال (١) و لو نقل صبيا حرا إلى مضيعة فافتترسه السبع ففي الضمان إشكال

(٢) و لو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني (٣) و الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان (٤)

بالإطلاقات و أما إذا كان متظاهرا فلا ضمان كما تقدم

(قوله) (بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل و إن أتلّف الكافر على إشكال)

إن كان متلف خمر الكافر المستتر مسلما لزمته القيمة بإجماع الفرقة و أخبارهم كما في الخلاف و إجماعا كما في المسالك و عندنا كما في التذكرة و لا بحث فيه كما في جامع المقاصد لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم و إن كانت مثلية (و أما) إذا كان المتلف كافرا فعندنا أنه يضمن بالقيمة عند مستحليها بدليل أخبارنا و إجماع الفرقة على ذلك كما في الخلاف و عندنا كما في التذكرة و هو خيرة المبسوط و السرائر و التحرير و المختلف و التبصرة و الإيضاح و اللعة و الروضة و القاضي في آخر كتاب الغصب فيما حكى و في جامع المقاصد و المسالك ضمانه بالقيمة إذا ترفعوا إلينا و قد يكون ذلك مراد الأولين و قد لا يكون و المخالف القاضي في القول الآخر قال إن عليه مثلها فكان له قولان و المصنف هنا استشكل و المحقق في الشرائع تردد و لا ترجيح في الدروس و مجمع البرهان من أنها مال مملوك لهم و هو مثلي فيضمن بمثله و من أنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر و إن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها فامتنع الحكم بالمثل للعارض فيجب الانتقال إلى القيمة كما إذا تعذر المثل في المثلي و في مجمع البرهان كأن التقرير مع الجزية مجوّز لأمثال ذلك هذا و في جامع المقاصد الحكم بالمثل بعيد فإنهم متى أظهروا الخمر زال احترامها و قال فإن قيل لا- يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها قلنا الحكم باستحقاقها ينجر إلى الإظهار إذا امتنع من الأداء فإنه يحبس حتى يؤدي و ذلك مناف للاستتار (قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها التظاهر بشربها و المعاملة عليها لأن الذي عدّوه من نواقض العهد و تركه من شرط الذمة إظهار شرب الخمر في دار الإسلام لا مطلق البحث عنها فالمدار في عدم الحكم عليهم بالمثل على الإجماعات و الأخبار المرسلّة في الخلاف المعتضدة بالشهرة و إلا فالمنافاة لشرع الإسلام لا يخلو من نظر أيضا و لذلك لم يستدل بها في المبسوط و الخلاف و التذكرة و أول من استدل بها الفخر في الإيضاح

(قوله) (و لو نقل صبيا حرا إلى مضيعة فافتترسه سبع ففي الضمان إشكال)

هذا ذكره في التذكرة قال لو نقل صبيا حرا إلى مضيعة فاتفق سبع فافتترسه فلا ضمان عليه إحالة للهلاك على اختيار الحيوان و مباشرته و لم يقصد الناقل بالنقل ذلك و فيه إشكال أما لو نقله إلى مسبعة فافتترسه سبع و جب الضمان لأنه قصد الإيتلاف بالنقل ففرق بينهما بقصد الإيتلاف و عدمه و الشيخ في المبسوط اختار عدم الضمان لأن الحر لا يدخل تحت اليد كما تقدم ذلك كله و قال في جامع المقاصد إن هذا الإشكال ليس بشيء بعد ما سبق من كلامه من أن الصبي إذا ألقاه في مسبعة فافتترسه سبع ضمنه و كذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية و وقوع الحادث على الرأي فإن إلقائه في مضيعة أقرب إلى توقع علة الهلاك من هذه الأخيرة و هو كذلك و قد تقدم التنبيه على ذلك و لعله لا معنى لذكر الأولى و النقض عليه بها

(قوله) (و لو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المنفر مع فاتح القفص و المخالف بعض الشافعية حيث ذهب إلى أنه لا ضمان على واحد منهما

(قوله) (و الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان)

كما في الشرائع و النافع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و هذه بعضها صريح بما في الكتاب و بعضها معناه ذلك و في الشرائع و الإرشاد و الدروس و وصف الأيدي بكونها غاصبة و يأتي بيانه ثم إنه قد طفحت عبارات جماعة منهم عند الكلام على البيع الفضولي بمثل ذلك و في مجمع البرهان لعل الحكم بضمن جميع

الأیدی

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٨

فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف و من ترتبت يده على يده سواء علم الغصب أو لا و سواء كانت أيديهم يد غاصب أو لا و سواء استعاده الغاصب غصبا أو لا (١)

المتعاقبة على الغصب فيكون المالك مخيرا في أخذ عوض العين بعد تلفها و منافعها ممن أراد إجماعى و سنده أدلة ضمان الغاصب مثل العقل و النقل مثل الاعتداء و جزاء السيئة و العقاب بمثل ما عوقب قال و لكن ينبغي أن يكون ذلك مع تحقق كون الكل غاصبا بالتعريف المتقدم (قلت) أراد بذلك إخراج الجاهل و قد صرح بتضمين الجاهل و أن للمالك الرجوع عليه في المبسوط في عدة مواضع و الكتاب و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و هو قضية كلام النافع و للمعة حيث قالا فيهما و لو تعاقبت الأيدي و الأيدي المتعاقبة من دون وصفها بكونها غاصبة بل صرح بعد ذلك في الثانى أنه يرجع على الجاهل و فى الشرائع وصف الأيدي بكونها غاصبة لكن قد صرح فى مطاوى كلامه بأنه يرجع على الجاهل نعم عبارتا الإرشاد و الدروس قد وصفت فيهما الأيدي بكونها غاصبة و عادية و لم يصرح فيهما فيما بعد و لا فيما قبل برجوعه على الجاهل بل سبق لصاحب الدروس أن الجاهل بغصب البيت إذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصة و قضيته أن الواضع يده جاهلا ليس بضامن لما وضع يده عليه بل إنما يضمن المنفعة لأنه استوفاهما بل قال المقدس الأردبيلي إن فى ضمان المنفعة تأملا لأنه مغرور و قال فى جامع المقاصد بعد حكاية ذلك عن الدروس أنه يجب استثناء هذا يعنى البيت قال و فيه توقف (قلت) قد تقدم أن فى الشرائع و الإرشاد و التحرير و الدروس و المسالك و الكفاية أنه لو أسكن غيره فالساكن ليس بغاصب و فى التحرير و الإرشاد تقييده بما إذا كان المالك غائبا و فى الثلاثة الأخيرة تقييده بما إذا كان جاهلا و قد تأولناه هناك بأنهم يقولون بالضمان و إن لم يسموه غاصبا (و كيف كان) فقد صرح فى الدروس فى باب البيع بأن له أن يرجع على المشتري الجاهل و قد سمعت ما فى اللعة و قد عرف الغصب فى الإرشاد بأنه الاستقلال بإثبات اليد من دون إذن المالك فيكون الجاهل غاصبا عنده و إن لم يكن عاديا آثما فكان موافقا و قد يظهر من المسالك أن الكلمة متفقة على أن الحكم فى يد الجاهل و العالم واحد فى الضمان و تخير المالك فى إلزام أيهما شاء ببدل المغصوب عينا و قيمة و أن الجهل ليس مستقلا للضمان و إنما يفترقان فى استقرار الضمان فالعالم كالغاصب يطالب بكل ما يطالب به و الجاهل إذا كانت يده يد أمانة لا يضمن إذا تلفت العين و إنما يضمن الغاصب (قلت) و هو كذلك و التبع يقضى بذلك فلتلحظ المطولات فى باب الوديعة و الرهن و الوكالة و القراض فالإجماع عندنا محصل معلوم على أن الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان و لم نجد من خالف أو تأمل فى ذلك إلا ما سمعته عن الجماعة فى ساكن البيت و مولانا الأردبيلي و قد أطال الكلام فى المقام (و حاصل كلامه) أن الجاهل لا يطالب و لا يضمن و لم تثبت كليه كل من وضع يده على مال الغير يكون ضامنا و إن كان جاهلا إلا بمثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت و لم تظهر صحته و لا تواتره و لا صراحته و أنه لو كان كذلك لكان ينبغي أن يكون حكمه حكم الغاصب بالكليه مع أنهم لا يقولون به ثم استنهض كلام الدروس فى ساكن البيت و ما كنا نؤثر أن يقع مثله من مثله (و كيف كان) فدليل الأصحاب بعد الاتفاق عموم الخبر المشهور المعمول به فى أبواب الفقه و إن كان الراوى له حمزة بن جندب و أنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه و أن الجهالة لا-تقدح فى الضمان و إن انتفى معها الإثم لامتناع خطاب التكليف فى حق الجاهل بخلاف خطاب الوضع و قد يقال إن على ظاهرة فى وجوب الدفع فيكون من خطاب الشرع كما تقدم فى الوديعة و قضية كلامهم أن للمالك مطالبه من ترتبت يده على الغصب مع عدم التلف بتسليم العين أو البديل لمكان الحيلولة

(قوله) (فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف و من ترتبت يده على يده سواء علم بالغصب أو لا و سواء كانت أيديهم

أيدي غصب أو لا و سواء استعاده الغاصب أو لا)

قد تقدم الكلام فيه و يأتي تمامه و ليس الأخير من باب فرض وجود الشئ بعد عدمه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٩

و للمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد (١) لكن الثانى إن علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب (٢) و يستقر الضمان عليه إذا تلف عنده و لا يرجع على الأول (٣) لو رجع عليه و يرجع الأول عليه لو رجع على الأول هذا إذا تساوت القيمة لو كانت فى يد الثانى أكثر و لو زادت فى يد الأول طولب بالزيادة دون الثانى (٤) و لو جهل الثانى الغصب فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة و المقبوض بالسوم و البيع الفاسد فقرار الضمان على الثانى و إلا فعلى الأول كالوديعة و الرهن و الوكالة (٥)

(قوله) (و للمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد)

كما فى الشرائع و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية أى بالتقسيت و إن لم يكن متساويا لأنه يجوز له الرجوع على كل واحد بالجميع كما فى الشرائع و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و كذلك النافع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و جواز الرجوع على كل واحد بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض و كذا له تقسيت ما يرجع على أزيد من واحد و ترك الباقين لما ذكر و به صرح فى بعض ما ذكر و إنما كان البدل فى جميع هذه الأحوال واحدا لأن المستحق له شئ واحد فلا يكون له بدل متعدد

(قوله) (لكن الثانى إن علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلام آخرين لأنه غاصب فجميع ما يترتب عليه من التغليظ يترتب عليه

(قوله) (و يستقر الضمان عليه إن تلف عنده فلا يرجع على الأول لو رجع عليه و يرجع الأول عليه لو رجع على الأول)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و هو قضية كلام غيرهما لأنه ظالم بإمساك مال الغير فى يده مع علمه بأنه له و قد حصل التلف فى يده فكانا متساويين فى كون كل منهما غاصبا و انفرد الثانى بزيادة و هى كون التلف فى يده فيختص ببدله فلو رجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس و كذا يستقر ضمان المنفعة على من استوفاهما عالما

(قوله) (هذا إذا تساوت القيمة أو كانت فى يد الثانى أكثر و لو زادت فى يد الأول طولب بالزيادة دون الثانى)

كما صرح به فى الكتب المتقدمة عدا الروضة و قال فى جامع المقاصد بناء هذا الحكم على أن الغاصب يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف فقوله هذا إشارة إلى ما ذكره من استقرار الضمان كله على الثانى فإن ذلك لا يستقيم إلا إذا لم يختص الأول بشئ لم يشاركه الثانى فيه و هو كون القيمة السوقية فى يده أكثر فإن تلك الزيادة مستحقة للمالك و عهدتها على من حصلت فى يده فإنه يطالب بالزيادة وحده و أما الثانى فإنه يطالب بأعلى القيم فى يده قال و سيأتى إن شاء الله تعالى أن المختار و جوب قيمته حين التلف خاصة فلا يتم ما ذكره (قلت) يستقيم ذلك بزيادة العين و نقصها كالسمن و الصنعة كما هو واضح

(قوله) (و لو جهل الغصب فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة و المقبوض بالسوم و البيع الفاسد فقرار الضمان على الثانى و إلا فعلى الأول كالوديعة و الرهن و الوكالة)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و نحوه ما فى الروضة و قد نبه عليه فى اللعة و نفى عنه البأس فى مجمع البرهان (و أما) أن قرار الضمان على الثانى لو تلفت العين فى يده بدون تفریط لو كانت يده يد ضمان فلأنه دخل على أن العين مضمونة عليه إما بالتزامه أو بمقتضى الحكم الشرعى فلا أثر لغروره بكون العين ملكا للغاصب و إنما يؤثر الغرور لو كان بريئا من الضمان على تقدير كون العين ملكا للغاصب فيكون الضمان إذا أظهر كونها ملكا للغير و أنه غصبها منه بتغيره و أما فى صورة المسألة فإنها لو كانت ملكا للغاصب و تلفت فى يد المستعير مثلا لزمه الضمان فلم يلزمه بتغيره بكونها ملكا له ضمان لم يكن لازما على تقدير الملك و كذلك المقبوض بالبيع الفاسد بمثل الجهالة و نحوه من مفسدات العقد لا بكونه مغضوبا بمعنى أن لا

يكون فساده بكون العين مغصوبة لأن هذا نسميه هنا عقدا صحيحا كما ستسمع بل فساده بأمر آخر غير الغصب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٠

و مهما أتلّف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه (١) إلا- مع الغرور كما لو أضافه به (٢) و لو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار (٣) و كذا لو أودعه المالك أو أجره إياه (٤)

حتى لا- يكون للغرور فيه مدخل فإنه على هذا يضمن العين و إن كانت ملكا للغاصب كما بيناه في باب المكاسب (و أما) أن قرار الضمان على الأول لو تلتف في يد الثاني و كانت يده يد أمانة فلأنه غره بكون العين ملكا له و أنه سلمه إياها أمانة كالوديعة و العارية التي ليست مضمونة و العين و المرهونة و الموكل عليها و المضارب عليها و قد ظهر كونها مضمونة و المغرور يرجع على من غره (و من) أقسام يد غير الضمان أيضا الإجارة و الجعالة و المزارعة و المضاربة لكنه يأتي للمصنف في باب المضاربة الإشكال في العين المضارب عليها و قد قرب في باب الهبة المصنف و ولده و المحقق الثاني أن المتهم يرجع على الواهب بما غرمه من القيمة إذا أظهر الموهوب مستحقا (و من) أقسام يد الضمان ما ذكره المصنف من الأقسام الثلاثة و لم يتأمل في المقبوض في السوم هنا كما نبهنا عليه آنفا و قد ترك ذكر المبيع صحيحا مع أنه عدّه منها في التذكرة لاختلاف أحكامه لأن المبيع إن كان صحيحا لو لا الغصب كان مغرورا لأنه دخل على أن البيع صحيح و أن العين ملك للبائع و أن ما زاد على الثمن من قيمتها له و أن منافعتها له مجانا فإذا ظهر كونها ملكا لآخر و أن البائع غاصب فقد فاته ذلك و ثبت تغريره فيرجع عليه بكل ما لو لا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن فيده بالنسبة إلى الثمن يد ضمان فيصح ما في التذكرة و بالنسبة إلى ما زاد عنه من القيمة و المنافع ليست بيد ضمان و قد تقدم الكلام في المنافع و نحوها في باب البيع و يأتي في أواخر الباب أيضا و الضابط أن كل شيء إذا فرضنا الغاصب فيه مالكا و لا يلزم الثاني فيه غرامة فله الرجوع فيه و ما تلزمه فيه الغرامة على فرض كونه مالكا فلا تغير فيه و لا رجوع

(قوله) (و مهما أتلّف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه)

قد تقدم بيان حكم قرار الضمان فيما إذا تلتف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب و بين هنا أنه إذا أتلّفه فقرار الضمان عليه لأن الإلتلاف أقوى من إثبات اليد العادية كما هو ظاهر و به صرح في التذكرة و جامع المقاصد و قال في الأول أيضا بعد ذلك و لو لم يستقل بالإلتلاف بل شاركه فيه غيره فالضمان عليهما معا فيرجع المالك على كل واحد بالنصف و لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء إلى أن قال و لا نعلم في ذلك خلافا و هو محكى على الجميع

(قوله) (إلا مع الغرور كما لو أضافه به)

فالضمان على الغاصب بلا خلاف منا فيما أجد فيما إذا قال كله فهذا ملكي و طعامي أو قدّمه إليه ضيافة حتى أكله و لم يقل إنه مالى و طعامي أو لم يذكر شيئا و في التذكرة أنه الذي يقتضيه مذهبنا (قلت) لمكان الاعتماد على اليد الدالة على الملك و الأمانة الدالة على الإباحة و في المبسوط أنه الأقوى و به جزم في الشرائع و غيرها في مطاوى الباب و غيره و قد تقدم للمصنف في الباب الجزم بذلك و ظاهر جماعه و صريح آخرين أن المالك يتخير في تضمين كل واحد من الآكل و الغاصب و يستقر الضمان على الغاصب و نقل في الشرائع قولاً بأنه يضمن الغاصب من أول الأمر من غير أن يشاركه الآكل لضعف المباشرة بالغرور فاخص السبب لقوته و في المسالك أن الأول أظهر و في الكفاية أنه أشهر (قلت) لم نجد القول الثاني لأحد من أصحابنا بعد التبع و إنما هو قول الشافعي في القديم و بعض كتب الجديد قال إنه ليس للمالك الرجوع على الآكل لأنه غره حيث قدم إليه الطعام و أوهمه أن لا تبعه فيه عليه و

المشهور عند الشافعية الأول حكى ذلك في التذكرة

(قوله) (و لو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار)

كما في المبسوط و الخلاف و الشرائع و التذكرة و غيرها بل ليس فيه خلاف و في التذكرة أنه الذي يقتضيه مذهبنا و المفروض في

هذه الكتب أنه غضب طعاما فأطعمه مالكة فأكله مع الجهل وقضية الإطلاق عدم الفرق بين قوله كله فإنه طعامى أو لم يقل شيئا نعم قد يظهر من الإيضاح الفرق فى مسألة تزويج الغاصب المالك الجارية و أول من ذكر المسألة الشيخ فى الخلاف و نسب الخلاف إلى أصحاب الرأى

(قوله) (و كذا لو أودعه المالك أو آجره إياه)

أى يرجع عليه بعوض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣١

و لو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره (١) و عدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان (٢) و لو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء و برئ الغاصب (٣) و فى الأرش إشكال (٤)

العين و المنافع و عوض الإجارة كما فى جامع المقاصد و فى التذكرة أنه لا يبرأ من الضمان و قضيته أنه لو تلف فى يده رجع إليه بقيمته لأنه لم يعد إليه سلطانه إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب فى الحفظ أو استيفاء المنفعة فلم يكن التسليم تاما و كذلك الحال فيما إذا رهنه إياه أو أعاره له عارياً غير مضمونة و أما إذا وهبه للمالك أو أهده إياه أو باعه منه و سلمه إليه أو أقرضه له فإنه فيها كلها لا يرجع عليه لأنه قد تسلمه تسليماً تاماً فسقط حقه و زالت يد الغاصب عنه بالكلية و كذلك لو أعاره له عارياً مضمونة فى ذاتها أو بالشرط أو دفع إليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهدية فأخذ المالك على هذا الوجه و نوى الدافع عن حقه على الأقوى و فرق بينه و بين ما إذا وهبه عين ماله كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و التحرير و يأتى ذكر هبته له فى كلام المصنف أيضاً

(قوله) (و لو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره (١) يكون ذلك ملكه و أنه قد وهبه إياه بغير عوض و مقتضى الهبة أنه إذا ألتف فى يده لا يلزمه عوضه و قد تبين كونه مغصوبا و المغرور يرجع على من غره و هو خيرة جامع المقاصد و قد حكاها فى التذكرة عن الشافعى فى أحد قوليه و أنه استدلل عليه بأن يد الاتهاب ليست يد ضمان أى كيد المستام و القابض بعقد فاسد و هو متجه و قد وجه المصنف العدم بأن الهبة لا تستعقب الضمان كما يأتى بيانه

(قوله) (و عدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان)

أى لأن الهبة لا تقتضى ضمان الواهب العين للمتهب لأنه أخذها على أنها إذا تلفت يكون تلفها منه و هو أصح القولين عند الشافعية (وفيه) أنه و إن كان أخذها على أن تلفها منه لكنه لم يأخذها على أنه عليه فكان الغرور باقياً فيعمل بمقتضاه و لا يفرق بين ما إذا ألتفها أو تلفت فى يده و لا ترجيح فى التذكرة و لم يذكره فى الإيضاح و أما إذا كانت الهبة معوضةً بالمال فيحتمل كونها كالبيع الصحيح لو لا الغضب و نفى عنه البعد فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء و برئ الغاصب)

أما أن الاستيلاء ينفذ فلا شك فيه كما فى جامع المقاصد و عليه نص فى التحرير و التذكرة لتحقق المعنى المقتضى و هو إتيانها بولد من المالك فإن من أولد مملوكته على أنها مملوكه الغير كان الاستيلاء نافذاً (و أما) أن الغاصب يبرأ فهو صريح التحرير و فى جامع المقاصد أنه ينبغى تقييده بما إذا علم الحال لأنها لو تلفت قبل ظهور الحال و هى بيد المالك على أنها زوجته و هى مملوكه للغاصب لم يبرأ لكون التسليم غير تام و استشكل فى التذكرة فى براءته من الضمان ثم قرب العدم

(قوله) (و فى الأرش إشكال)

الظاهر أن المراد بالأرش أرش ما ينقص منها بالولادة كما قالوه فى من غضب مملوكه فوطئها قالوا لو أحبلها و ولدت فعليه أرش ما نقص منها بالولادة كما يأتى و فسره فى جامع المقاصد بأنه تفاوت ما بين قيمتها طلقاً يتصرف بها أى تصرف أراد و متى أراد و بين قيمتها ممنوعاً من إخراجها عن الملك مع تجويز عروض زواله قريباً و بعيداً و تجويز عدمه لأنه لا يعلم هل يموت ولدها أم يبقى و

موته بعد ساعة أو بعد زمن طويل قال فتفاوت ما بين القيمتين هو الأرش قال و إنما حققنا الأرش بما ذكرناه ليعلم أنه إذا مات الولد و رجعت طلقا لا- يستعاد من المالك لأن العيب الذى ثبت لم يزل و إنما انقطع بعد مدة و المأخوذ أرشا إنما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه و عروض زواله فما توهمه بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشيء و يظهر من الإيضاح أن الأرش هنا المهر و لعله أراد مهر أمثالها أو العشر و نصف العشر كما جاء ذلك فى عبارة الإرشاد فيمن غصب مملوكه فوطئها كما يأتى قال فى الإيضاح فى توجيه الإشكال ينشأ من غروره فكان كما لو قدم طعام الغير إليه و أمره بأكله و من أنه المباشر للإتلاف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٢

و كذا لو وهب منه (١) و لو قال هو عبدى فأعتقه فالأقوى النفوذ (٢) و فى الغرم إشكال ينشأ من الغرور و من زوال الملك بإزالته و الصرف إلى مصلحته (٣)

فاعتماده هنا على ما توهمه مستلزما للإباحة لأنه لم ينص عليه بخلاف الأمر بالأكل فهو كشراء الجاهل بالغصبي للمغصوب فضمانه لزيادة القيمة كضمانه هنا للمهر انتهى و لا يخفى ما فيه مما أشرنا إليه فيما سلف و لم يتضح لنا معنى قوله فضمانه لزيادة القيمة إلى آخره على المشهور المعروف من أن المشتري الجاهل لا- يضمن ما زاد عن الثمن فليتأمل فيه جيدا و لعل الأصح ضمانه الأرش بالمعنى الثلاثة لأنه غرّه فلا يقصر عما لو ضيفه بطعامه و هو خيرة جامع المقاصد فيما فهمه من معنى الأرش

(قوله) (و كذا لو وهب منه)

قد تقدم الكلام

(قوله) (و لو قال هو عبدى فأعتقه فالأقوى النفوذ)

كما فى الإيضاح لأنه فعل صدر من أهله فى محله و أن العتق مبنى على التغليب و أن العبد فى حال العتق ملك للمعتق عن نفسه و المالك الحقيقى أقوى من الضمنى و استشكل فى التذكرة لكنه قرب فيما إذا قال الغاصب أعتقه عنى النفوذ فهذا إن لم يكن أولى فلا أقل من المساواة و قال فى التحرير الوجه عدم النفوذ و هو خيرة حواشى الشهيد و جامع المقاصد للغرور كما فى التحرير و لأنه لم يقصد إعتاق عبده بل قصد إعتاق عبد الغاصب و هما غيران و الإيقاعات و العقود تابعة للقصد كما فى الإيضاح و هما معنى ما فى التذكرة من أنه لم يرض بعق عبده و قال المحقق الثانى التحقيق أن العتق المقصود هو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذى هو المالك فى نفس الأمر و الذى يحاول وقوعه هو عتق عبد المالك و أحدهما غير الآخر فإن كان القصد معتبرا فالمقصود غير واقع فيكون منفيا و الآخر غير معلوم فلا يكون صحيحا و كون العتق مبنيا على التغليب لا يدفع ذلك لأن هذا البناء فرع وقوعه صحيحا و الملك وحده غير كاف فى وقوع العتق من دون صيغة صحيحة و ادعاء كون هذا عتقا صدر من أهله فى محله فى موضع المنع و إن كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال سواء أوقعه عن نفسه أو عن الغاصب فإنه يملك فكه من الرق و قد حصلت الصيغة و القصد غير معتبر بل يلزم أنه متى قصد إعتاق عبد الغير ظاهرا بوكالة ثم ظهر كونه مملوكا له فى وقت الإعتاق يارث أو شراء من وكيل و نحوه يجب الحكم بصحته و نفوذه و هو من أبعد الأشياء مع أن فى إعتاق عبده الذى لو علمه لم يرض بعتقه و قطع سلطنته عنه ضررا عظيما منفيا بقوله عليه السلام لا ضرر و لا ضرار و ربما قصد الغير الإضرار بالمالك فدلس عليه عبده ثم سلطه على إعتاقه عن نفسه على أنه ملك الغير فيكون فى الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الإضرار به مع أن المدلس ربما لم يثبت يده عليه أى العبد فلا يستحق المالك عليه شيئا قطعا و هذا من أبعد ما يستبعد (قلت) قد قالوا فيما إذا باع مال أبيه بظن الحياة و أنه فضولى فبان ميتا حينئذ و أن المبيع ملكه إن الوجه الصحة بل قد يلوح من هبة الكتاب أنه محل إجماع و قال فى جامع المقاصد فى توجيه كلامهم إن قصده إلى أصل البيع كاف و هنا يقولون قصده إلى أصل العتق كاف و كلما أورده هنا جار هناك بل هنا زيادة ليست هناك و هى بناء العتق على التغليب و ما ذكره هنا من الاستبعاد مع أنه جار فى فرضه فى البيع لا يجدى فى إثبات الأحكام و إنما يؤخذ مؤيدا على أنهم

قد يقولون إن المالك قد قصر فى عدم الفحص و التأمل فتأمل و نحو ذلك ما إذا باع فضولا ثم بان شراء وكيله له و قد أوضحنا ذلك كله فى باب البيع (هذا) و المراد بقوله فى الكتاب أعتقه أعتقه عنك كما فرضنا فيه المسألة و يدل عليه قوله فيما بعد أعتقه عنى و أن النفوذ لو لا ذلك ضعيف هذا و لو لم يقل هو عبدى بل أثبت يده عليه على وجه يقتضى الملك ظاهرا ثم قال له أعتقه عنك فإن الأحكام تجرى فيه كما تجرى أحكام البيع و غيرها و إن لم يقل للمشتري هو عبدى بل اعتمد على يده الدال على كونه مالكا كما نبهنا عليه فيما إذا قدم إليه طعام نفسه

(قوله) (و فى الغرم إشكال ينشأ من غروره و من زوال الملك بإزالته و الصرف إلى مصلحته)

أى لو قلنا بنفوذه كما قربه المصنف ففى غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الذى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٣

و لو قال أعتقه عنى ففعل ففى وقوعه عن الغاصب إشكال (١) و لو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب (٢) و لو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمم الانتفاع بالأقرب زوال الضمان (٣) إلا فى الأخير على إشكال

أعتقه عن نفسه إشكال و فى التذكرة وجهان و فى التحرير و جامع المقاصد أن الأقرب الأقوى أنه يغرم و فى الإيضاح أن الأقرب العدم (وجه الأول) ما أشار إليه المصنف من أنه أترف عبد نفسه بتغيير الغاصب حيث قال إنه عبده فكان كما لو ضيفه بطعامه (و وجه الثانى) أن المباشر لإزالة الملك إنما هو المالك و إنما صرفه إلى مصلحته حيث أعتقه عن نفسه فاستحق الولاء إن كان تبرعا و الثواب و فى جامع المقاصد أنه لا ريب فى ضعف الثانى لأن صرفه إلى مصلحته بفعله إذا كان مغرورا و لم يحصل التسليم التام لا ينافى استحقاق الرجوع عليه للغرور

(قوله) (و لو قال أعتقه عنى ففعل ففى وقوعه عن الغاصب إشكال)

أقربه النفوذ و يضمن الغاصب كما فى التذكرة و وجهه أنه عقد و إيقاع صدر من أهله فى محله و الأصح عدم الوقوع كما فى جامع المقاصد لأنه إنما أعتقه نيابة عن الغاصب على أنه وكيله لكون العبد مملوكا له ظاهرا فلا يقع

(قوله) (و لو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا ضمن الغاصب)

كما فى الشرائع و جامع المقاصد و المسالك لكونه مغرورا و لا أثر لكون ذلك بفعله

(قوله) (و لو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمم الانتفاع بالأقرب زوال الضمان)

(وجه زواله) فى الأولين أنه لو كان مملوكا للغاصب لضمنه له لمخالفته و كلما يضمنه لغيره على تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله إذا كان له أى الفاعل لأنه لا يتصور فيه الغرور إذ تغريه إنما هو بكونه ملكه أى الغاصب و على تقدير الملك فالضمان ثابت و هو خيرة جامع المقاصد و هو واضح إذ المراد من المثالين أنه أمره بنوع من التصرف بحيث فهم منه أنه لا يرضى بغيره فأتى بنوع آخر غير مأذون فيه كما يفصح عنه قوله أو عمم فى مقابلته بل يكفى فى المنع من النوع الآخر السكوت عنه كما هو قضية الأصل فينبغى حينئذ الجزم به لأنه تصرف باختياره لا بأمر الغاصب بل مخالفا له مقدما على الضمان غير مغرور فلا يتجه توجيه الوجه الآخر أعنى بقاء الضمان بأنه مغرور و أنه تصرف عن أمر الغاصب و لم يتحقق تسليم ملكه إليه تسليما تاما (و وجه زواله) فى الأخير أعنى حيث يعمم له الانتفاع أنه سلمه له تسليما تاما و برئ منه فإتلافه إياه و تلفه بعد ذلك لا يكون مضمونا على الغاصب إذ الواجب عليه منحصر فى تسليم المالك ماله و تمكينه منه و قد فعل فوجب الحكم ببراءته و إلا لم يكن الواجب منحصر فى ذلك (و وجه بقائه) أنه مغرور بكون الملك للغاصب و أن أنواع التصرفات مجوزة له من قبله و أن يده متفرعة عن يده و أن تصرفه مقصور على إذنه و أنه مجزء بإباحة فله أن يرجع إلى العين فيأخذها و أنه يجب عليه بالطلب تسليمها إليه فكان سلطان الغاصب غير منقطع عنها بحيث يصير المالك آمنا من رجوعه عليه بحيث إن شاء تصرف و إن شاء ترك فلم يكن التسليم تاما فيبقى ضمان الغاصب بحاله لمكان

التغريب فكان كما لو قدم طعام الغير إليه فأكله جاهلاً فيتجه الرجوع على الغاصب كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و ستعرف ما فيه (و مثله) الهبة التى يجوز الرجوع فيها لانتفاء التسليم التام و قال فى جامع المقاصد يشكل على هذا ما سبق من أن الدين إذا أداه المديون لا- يشترط للبراءة أن يعلم به المالك بل يجوز أن يكون فى صورة الهبة و لا يكاد يتحقق الفرق فى ذلك و لو باع الغاصب المالك فليس ببعيد أن يقال إن ما ساوى الثمن من القيمة لا يرجع به لأنه مضمون و ما زاد محل التردد كما هنا نظراً إلى التردد فى صدق التسليم التام و عدمه أما لو أقرضه المالك فليس ببعيد زوال الضمان لصدق التسليم التام حينئذ انتهى (قلت) يمكن الفرق بين الغصب و الدين كما فرقوا بين الغاصب و بين المستعير المفرط أو المشترط عليه الضمان و القابض بالسوم و بالشراء الفاسد فى باب الرهن فقال الأكثر إن غاصب العين لو رهنها المالك عنده و هى باقية فى يده لا يبرأ من ضمانها و إنه لو رهن العين عند أحد الثلاثة من المستعير و المستام و المشتري فاسدا زال الضمان عنهم لأن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٤

(الركن الثانى) المحل المغصوب

إما عين أو منفعة و الأعيان إما حيوان أو غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية و باليد العادية (١) بأقصى القيمة (٢) و ما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص عن قيمته حصل بالجناية أو تحت اليد العادية من أجنبى أو من قبله تعالى (٣) و المقدر الأقرب الأكثر من المقدر و الأرض (٤)

ضمانهم أخف من ضمان الغاصب لأن لوازمه أقل و قلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف أما الكبرى فظاهرة و أما الصغرى فلأنهم أقل إثماً أو لا إثم عليهم و لأنهم يضمنون بالقيمة بخلاف الغاصب فإنه يضمن بالأعلى و ادعى أنه المشهور و لنا تأمل فى هذه الشهرة فلنفرق (فليفرق خ ل) هنا بينه و بين الدين بأنه أخف و إن لم يكن التسليم فيهما تاماً فليأمل أو نقول كما قال لا فرق بينهما و ما استند إليه فى وجه بقاء الضمان من أنه لم ينقطع عنه سلطان الغاصب إلى آخر ما ذكر فى توجيهه مما لا يعول عليه لأنه ينتقض بالدين و الديه و قد فعل الواجب عليه من تسليمه و تمكينه بتعميمه إذ بذلك يقال لغه و عرفاً إنه سلمه تسليمًا تاماً و منه يعلم الحال فى الهبة ثم إنه لو لم يكن التسليم فيها تاماً لم تجر فى حول الزكاة من حين القبض مع أنها تجرى فيه من حينه إجماعاً

(قوله) (الركن الثانى المحل المغصوب إما عين أو منفعة و الأعيان إما حيوان أو غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية و باليد العادية)

المغصوب إما أن لا- يكون مالا- أو يكون للأول لا- يضمن بالغصب كالحرب بل بالإتلاف كما تقدم و مما ليس بمال و لا يضمن العذرات و الأبيوال و كلب الهراش و الخنزير و أشباه ذلك كما تقدم فى باب البيع و المال بقول مطلق إما أعيان أو منافع و هو مضمون إذا كان معصوماً و الأعيان إما حيواناً أو غيره و الحيوان إما آدمى أو غيره و الآدمى هو الرقيق من عبد أو أمه فيضمن الغاصب نفسه بالجناية منه أو من أجنبى أو من قبل الله عز و جل لأن يد الغاصب يد ضمان فلا فرق بين أن يتلفه هو أو يتلف تحت يده بلا خلاف فى شىء من ذلك حيث يأخذونه و يذكرونه مسلماً و يضمن طرفه أيضاً و يأتى بيان الحال فيه و قوله حتى العبد إشارة إلى أنه يضمن و إن كان آدمياً لأن جانب المالىة هنا غلب عليه كما غلب عليه فى باب القصاص و الديات جانب الإنسانية فيقتص له و منه من دون رد على الأصح و تلزم العاقلة قيمته إذا قتله أحد خطأ

(قوله) (بأقصى القيمة)

□

أى بأقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم الجناية أو التلف و يأتى إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك و قد يكون المراد من أقصى القيمة أنه يضمنه بقيمته و إن تجاوزت دية الحر و أنه لا يرد إليها و إن رد إليها الجانى غير الغاصب كما يأتى

(قوله) (و ما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته حصل بالجناية أو تحت اليد من أجنبي أو من قبله تعالى) يريد أنه يضمن الطرف كما يضمن النفس و الطرف منه إما أن يكون لمثله في الحر مقدر شرعى أو لا يكون فإن كان الثاني فإنه يجب فيه الأرش و هو ما نقص من قيمته سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجناية منه أو تحت يده من أجنبي أو من قبل الله سبحانه و تعالى لأن يده في الجميع يد ضمان كما تقدم و قد صرح بذلك كله في التذكرة و جامع المقاصد و قد تناول الصور الثلاث إطلاق الشرائع و الإرشاد و مجمع البرهان و اقتصر في المبسوط و التحرير على أن عليه في ذلك الحكومة أى الأرش فيما إذا جنى الغاصب عليه و ليس الاقتصار قصرا للحكم و المراد بالطرف ما يشمل الشجاج و الجروح و وجه الحكومة و الأرش أنه طرف مضمون و لا مثل له و لا قيمة مقدرة فلا بد من الأرش

(قوله) (و المقدر الأقرب الأكثر من المقدر و الأرش)

كما هو صريح المبسوط في موضع منه و التذكرة و التحرير و المختلف و الإيضاح و المقتصر و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و المفاتيح و ظاهر السرائر و التبصرة و اللعة و في كشف الرموز أنه قريب و في الدروس و الكفاية أنه قوى و كأنه قال به في غاية المراد و في الشرائع لو قيل به كان حسنا و قد فهم منه أبو الفضل الآبى و أبو العباس و المقداد أنه مختاره و في جامع المقاصد أنه مذهب الأكثر و في الرياض أن عليه عامة من تأخر و قد نسبه فيه إلى ابن إدريس و المحقق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٥

.....

و الشهيد و قد سمعت كلامهم و في المهذب البارع أن المشهور رده و أرش الجناية بالغاً ما بلغ و لا ترجيح في التنقيح و اختيار في المبسوط في موضع منه صريحا و الخلاف و النافع و الإرشاد و مجمع البرهان أن المقدر في الحر مقدر فيه و في الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم و في المقتصر أن المشهور رده مع رد دية العين (اليد خ ل) و هى نصف القيمة و هذه تخالف شهرة المذهب (و معنى العبارة) أن ما نقص من أطراف الرقيق بجناية من الغاصب أو من أجنبي أو من قبله تعالى و هو تحت يد الغاصب و كان لمثله من الحر مقدر كقطع اليد فإن الأقرب و جوب أكثر الأمرين من المقدر في الحر بالنسبة إلى قيمة الرقيق و ما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ و إن زاد مثل ذلك في الحر و هذا هو الشق الأول الذى نبهنا عليه في المسألة الأولى (و الوجه) في ذلك أن الأكثر إن كان هو المقدر فهو جان و الحر أصل للعبد في ذلك بالإجماع المعلوم من اتفاقهم على ذلك في الباب و باب القصاص و الديات و في ديات المسالك أنه كالمتفق عليه و فى غضب مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و بذلك نطقت عباراتهم من غير نقل خلاف و لا تأمل (و قد استدلوا) عليه في باب الديات و القصاص عليه بقول أمير المؤمنين عليه السلام جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار فى الثمن و نحوه المرسل و قوله عليه السلام فى الثمن يدل على إرادة الأعضاء أيضا كما بيناه و أوضحناه فى باب الديات (و قد استدل) عليه فى الإيضاح هنا بعموم النص و فسره فى حاشيته بأنه ما فيه من الحر دية فيه من العبد قيمته (قيمة خ ل) و لم نجد له غيره نعم ادعى فى الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم على هذه العبارة و يأتى لابن إدريس فى الدابة ما يشير إلى ذلك (و استدل) على وجوب المقدر فى الإيضاح أيضا إن كان الأكثر بأن كل ما يضمنه الجانى بالجناية يضمنه الغاصب باليد و هذا الزائد يضمنه الجانى بالجناية و إن كان الأ-كثر الأرش فهو مال فوته تحت يده فيضمنه كغيره من الأموال لعموم على اليد ما أخذت و إن كل ما كان ملحقا فى ضمان اليد بالأموال دون الأحرار و جب أن يكون مضمونا بقدر النقص كالأموال لأنه إنما ضمن باعتبار إتلاف المنفعة المملوكة فيضمنها بقيمتها و يفارق الجانى فإنه فى الضمان ملحق بالأحرار و لم يثبت يده على الرقيق فيتعلق به ضمان المالية بخلاف الغاصب مضافا إلى أنه مكلف بأشق الأحوال (و وجه الآ-خر) عموم التقدير فيعم الغاصب و أن الجناية أقوى من إثبات يد الغاصب (و أنت خير) بأنه قد اجتمع على الغاصب جهتان «الأولى» أنه غاصب «و الثانية» أنه جان فمن حيث الأولى يضمن نقص المال و من حيث الثانية يضمن

المقدور ولا يلزم من ضمانه بهذه الجهة شيئاً أن لا يضمن شيئاً بالجهة الأولى فإذا كانت قيمة العبد مائة و لما قطعت يده صار يساوي ستين فإن الواجب عليه نصف قيمته و هو خمسون كما أن الواجب في الحر نصف ديته و أما إذا صار بعد القطع يسوى أربعين فالأرش الواجب عليه ستون لأنه نقص مالي حصل في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه و لا منافاة بين الضمانين و لا فرق في ذلك بين أن يتجاوز نصف قيمته أو أرش يده نصف دية الحر أو لا لأن الغاصب عندهم هنا يكلف بأشق الأحوال و لا يرد إلى نصف دية الحر (و أما الجاني) غير الغاصب فإن الواجب عليه نصف قيمته ما لم تتجاوز نصف دية الحر فإن تجاوزت رد إليها هذا إذا كان هو الجاني و إن كان الجاني عليه غيره و هو تحت يده بأن قطع يده فإنه يضمن أقل الأمرين من نصف قيمته و نصف دية الحر فإن زاد نصف القيمة عن نصف الدية تخير المالك بين الرجوع على الغاصب بنصف القيمة مطلقاً فيرجع الغاصب على الجاني بأقل الأمرين و بين أن يضمن الجاني أقل الأمرين فلا يرجع به على الغاصب و يأخذ المالك من الغاصب الزائد إن اتفق (و بالجمله) قرار موجب الجناية على الجاني و الزائد على الغاصب و قد تقدم للمحقق الثاني فيما إذا قتل اللقيط حراً عند قوله فتجب الدية أو أقل الأمرين منها و من القيمة أنه يتصور أن يكون قيمة طرف العبد أكثر من ديته لو كان حراً في غير الغصب و قد نبهنا هناك على بطلانه و استندنا في ذلك إلى كلامهم في

الباب و باب الديات و لما كانت المسألة التي نحن فيها بينها و بين ما يأتي ملازمة خلط شيخنا في الرياض بين المسألتين فوقع خلل ظاهر في البين يعرفه من يلحظ ما حررناه في المسألتين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٦

و لو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني (١)

(قوله) (و لو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني)

ينبغي البحث هنا عن ثلاث مسائل (الأولى) أن يقتله الغاصب (الثانية) أن يموت تحت يده (الثالثة) أن يقتله قاتل آخر غير الغاصب و هو تحت يد الغاصب و الحال أن قيمته في الصور الثلاث تزيد على دية الحر و الخلاف بين الشيخ في الخلاف و المبسوط و بين المتأخرين (في الأولى) و منها يعرف الحال في الأخيرتين قال في الخلاف في باب الغصب إذا قتل عبداً كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحر عشرة آلاف درهم و كذا إن كانت أمة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحر إلى أن قال دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم لا- تختلف في ذلك (و ظاهره) لمكان الباب أن القاتل هو الغاصب و أظهر منها في ذلك عبارة المبسوط قال و إن كان عبداً نظرت فإن قتله ففيه قيمته و إن زادت على دية الحر لم يلزمه أكثر من ذلك و قد طفحت بذلك عباراتهم في باب القصاص و الديات فيما كاد يزيد عن عشرين موضعاً من دون تعرض من أحد منهم لاستثناء الغاصب إلا الشهيد الثاني و كاشف اللثام في المسألة الآتية و بذلك نطق رواياتهم من دون تعرض لاستثناء شيء و انعقدت عليه إجماعاتهم و لم نجد خلافاً في ذلك إلا من ابن حمزة فردها إلى أقل من دية الحر و لو بدینار و هو في مقام آخر و قد خالف أكثر المتأخرين كما في غصب المسالك و الكفاية فقالوا إنه يضمن قيمته و إن تجاوزت دية الحر و به صرح في السرائر و التذكرة و التحرير و المختلف و في الشرائع لو قيل به كان حسناً و كأنه قال به في غاية المراد و في المسالك أنه أقوى و في الكفاية أنه لا يخلو من قوة و هو لازم للإيضاح و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة لما استسمعه إن شاء الله تعالى من كلامهم في المسألة الثالثة إن لم يفرق بين القتلين بل هو لازم لكل من قال بلزوم الأكثر من المقدر و الأرش في مسألة الجناية على الطرف الذي له مقدر على ما فهمه المحقق الثاني في جامع المقاصد من أن هذه المسألة مبنية على ضمان الغاصب أكثر الأمرين و إليه أشار في المختلف كما ستسمع و قد سمعت ما حكيناه عن الرياض من الخلط بين المسألتين بل هو لازم لمن قال بالتجاوز أيضاً فيما إذا مات تحت يده على ما فهمه الشهيد كما ستعرف (و حجتهم) على ذلك ما تقدم من أنه جان و غاصب و لا ترجيح في الدروس و قد حاول في المختلف رفع النزاع قال و الظاهر أن مراد الشيخ الجاني دون

الغاصب لأنه أشار في المبسوط إلى ذلك قال إذا غضب عبدا فقطع آخر يده فإن رجع السيد على الغاصب رجح بأكثر الأمرين مما نقص و أرس الجنائية و إن رجح على القاطع رجح بالأرش و هو نصف القيمة و الزائد في مال الغاصب لاختصاص ذلك بالجاني فلا يتعدى ذلك إلى الغاصب لما فيه من مخالفة الأصل فإن العبد مال انتهى (قلت) قد عرفت أن الظاهر منه في الكتابين هو ما ذكرناه بل هو صريحهما و الفقيه يتبع ما يرجح في نظره في كل وقت (و أما الثانية) و هي ما إذا مات تحت يد الغاصب فقد جزم بأنه يضمن قيمته و إن تجاوزت دية الحر في الخلاف و السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الكتاب فيما يأتي قريبا و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية قال في الأخير لا أعرف خلافا بينهم في ذلك مع أنه قال في الدروس لو مات لزمته قيمته و إن تجاوزت دية الحر عند المتأخرين خلافا للشيخ مدعيا عليه الإجماع فقد جعل قتل الغاصب له و موته عنده من سنخ واحد لأن الشيخ إنما تعرض لمسألة القتل و هو الظاهر من السرائر و التذكرة و المحقق و المصنف في التحرير و الكتاب فيما يأتي و الشهيد الثاني جزموا في مسألة الموت بأنه يضمن القيمة و إن تجاوزت دية الحر و قد سمعت كلام المصنف هنا و المحقق و الشهيد الثاني في مسألة القتل و في التحرير جزم في مسألة الموت و نقل الخلاف في مسألة القتل ثم قال الوجه ضمانه الزائد ففرقوا بين المسألتين و يمكن تجشم بيان الوجه في الفرق و إن ضعف أو دق و يعرف الحال من ملاحظة الأخبار و ستمعها (و أما الثالثة) و هي ما إذا قتله قاتل تحت يده فمما وافق فيها الكتاب السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الإيضاح و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٧

و لو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الأجنبي (١) أو الغاصب

البرهان و حجتهما ما تقدم هذا تحرير هذه المسائل و قد وقع ما وقع من الخلل في النقل و عدم التحرير في الرياض و غيره و كان حق عبارة الكتاب تصدير الجملة بالفاء ليفيد التفرغ على ما قبله لأنه مبني على ضمان الغاصب أكثر الأمرين كذا قال في جامع المقاصد (و الواجب) أن تلحظ أخبار الباب فإن كان يفهم منها أن قيمة العبد لا يتجاوز بها دية الحر مطلقا سواء جنى عليه جان أو مات من دون جنائية حيث يكون مضمونا كما إذا كان مغصوبا أو مستعارا بشرط الضمان أو مقبوضا بالسوم أو إن ذلك خاص في صورة الجنائية فقط و تجري في البواقي على الأصل و القاعدة و هو الضمان بالقيمة بالغة ما بلغت (ففي) الصحيح على الصحيح في العبيدي عن أبي عبد الله عليه السلام قال دية العبد قيمته و إن كان نفيسا فأفضل قيمته عشرة آلاف درهم و لا يتجاوز به دية الحر و صدره ظاهر في الجنائية لمكان قوله دية العبد و لم يقل قيمة العبد فتأمل (و في) صحيح ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام إذا قتل الحر العبد غرم قيمته و أدب قيل و إن كانت قيمته عشرين ألف درهم قال لا يتجاوز قيمة العبد دية الأحرار فإن كان قوله في الخبرين لا يتجاوز من باب إعطاء القاعدة و ضرب القانون كان دالا على الجميع و إن كان مبني على ما قبله كان كصدر الأول (و نحوه) خبر أبي الورد و قد يستظهر منهما الأول لكن الأصل و اتفاق الأصحاب في مسألة الموت على الضمان بالقيمة بالغة ما بلغت يقتضيان بالثاني لكن روى في الإيضاح أن العبد لا يتجاوز بقيمته دية مولاه و هو الذي يقضى به الاعتبار و تحكم به الحكمه إذ لا إثم و لا تقصير من المستام و المستعير و لا كذلك الجاني فليتأمل

(قوله) (و لو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الغاصب أو الأجنبي)

كما في السرائر و التحرير و المختلف و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد مقتصرًا في الستة الأول على الغاصب مصرحا في الثلاثة الأخيرة به و بالأجنبي و ذلك هنا لا يقضى بالاختلاف لأنه من المعلوم أن جنائية الأجنبي مضمونة على الغاصب و كأنه قال بذلك في غاية المراد و نسبه فيها إلى ظاهر المحقق و لعله أراد في الشرائع لأنه قال في قول الشيخ تردد أو النافع فإن أبا العباس احتمل إرادة ذلك من قوله و لو كان عبدا و كان الغاصب هو الجاني رده و دية الجنائية إن كانت مقدرة

وفيه قول آخر انتهى و قد تقدم ما فهمناه من هذه العبارة و قال فى الخلاف إن الذى تقتضيه أخبارنا و مذهبا أن المالك بالخيار بين أن يسلمه و يأخذ قيمته و بين أن يمسكه و لا شىء له إلى أن قال دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و بتخييره بين الأمرين صرح فى غضب المبسوط و به طفت عباراتهم فى باب الديات و القصاص و حكى عليه الإجماع صريحا و ظاهرا فى خمسة مواضع (و استدلوا) عليه بقول أبى جعفر عليه السلام فى خبر أبى مريم قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أنف العبد أو ذكره أو شىء يحيط بقيمته أنه يؤدى إلى مولاه قيمة العبد و يأخذ العبد و مثله من دون تفاوت خبر غياث و وجه دلالتها على التخيير ظاهر و إن خفيت على بعض الأجلء الأعلام و الشهرة تجبرهما و الإجماعات تعضدهما فلا ينبغى التأمل فى ذلك من جهة السند كما فى المسالك و إطلاقهما و إطلاق الإجماعات يتناول الغاصب بل قد قيل إنهما عامان من جهة ترك الاستفصال و ليس منه لعدم تقدم السؤال و لا من قضايا الأعيان لأن قوله قضى هنا بمعنى قال بقرينة قوله أو شىء يحيط بقيمته (و كيف كان) فلم نجد من استثنى هناك الغاصب إلا الشهيد الثانى و كاشف اللثام و قد أسبغنا بحمد الله سبحانه فيه الكلام فى الديات و فى غضب الإرشاد و شرحه لولده أن فى قول الشيخ نظرا و نحوه ما فى التبصرة و قد سمعت ما فى الشرائع هذا و قد قال فى المبسوط لو غضب عبدا قيمته ألف فخصاه فبلغ ألفين رده و قيمة الخصى لأنه ضمان مقدر و هذا يخالف كلامه هنا (و كيف كان) فالوجه فيما فى الكتاب و ما وافقه أن العبد مضمون و كل عضو عضو منه كذلك فكل عضو فات منه يلزمه قيمته لأن ضمان الغاصب من جهة المالىة و قد يستحق المالك عدة قيم كما لو قطع واحد رجله و الآخر يده و قلع آخر عينه و قطع آخر إذنه فإن للسيد إمساكه و مطالبه كل منهم بقيمة ما جنى كما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٨

بخلاف الجانى على غير المغصوب (١) فإن رجوع على الأجنبى دفع إليه العبد (٢) و رجوع بقيمته على الغاصب (٣) و إن رجوع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى بالقيمة مجانا (٤)

قضوا عليه فى باب الديات و لم يجتمع العوض و المعوض عنه لأن العوض هو قيمة العضو و المعوض ذلك العضو لا العبد كما أنه إذا قطع إحدى يديه و جب عليه نصف القيمة و لا يجب عليه تسليم نصف العبد لأخذ نصف القيمة كما صرحوا به فى باب الديات و الأصل بقاء العبد على ملك مولاه و الجانى خرج بالنص فلا يلحق به الغاصب خصوصا مع الفارق (و وجه) كون الغاصب كالجانى بعد دعوى الإجماع و شمول النص أن المضمون مع تلف الكل هو جميع القيمة فقط فلا يعقل وجوبها فى البعض مع بقاء الجملة على ملكه و إلا لاستوى الكل و البعض بل يزيد حكم البعض على الجملة (و فيه) أنه لا مانع من ذلك عقلا و لا نقلا فاللازم ليس بباطل إذ قد أخذ فيما حكيناه عنهم من المثال قيمتين مع بقاء الجملة على ملكه و لو لا النص لم يحكم عليه بأنه إذا طالب بالقيمة و جب عليه دفع العبد مضافا إلى أنه قد يكون ذا كسب كثير و صنعه لها نماء عظيم فإذا قطع أنفه فإن أعطى العبد لزمه الضرر بفوات الكسب الجزيل و يحصل ذلك للجانى فيستوفى قيمة العبد فى زمن يسير و إن لم يعط ذهب عليه قيمة أنفه إلا أن تقول إن ذلك فرض نادر و قد يفهم من الخبرين أن دفعه إلى الجانى عقوبة له فإنه إذا قطع لسان العبد أو الجارية أو قلع عينهما أو قطع يديهما أو نحو ذلك مما هو فى الرقيق ضرر محض و هو الغالب فيجرى ذلك فى الغاصب بالأولوية أو المساواة لكنه لم يحتمل أحد و لعله مراد لهم و إن لم يذكره و تمام الكلام فى باب الديات و لم يفسر الخبر فى موضعين من جامع المقاصد على وجهه قال الأصل بقاء العبد على ملك مولاه فى الغاصب بخلاف الجانى لورود النص على دفعه إليه ليأخذ مولاه القيمة

(قوله) (بخلاف الجانى على غير المغصوب)

فإنه لا تجب عليه القيمة إلا أن يدفع السيد إليه العبد و احتمال رجوعه إلى قوله الأقرب الأكثر من المقدر بعيد جدا لطول الفصل و لقوله بعده فإن رجوع إلى آخره

(قوله) (فإن رجوع على الأجنبى دفع إليه العبد)

عملا بمقتضى النص والإجماع

(قوله) (و يرجع بقيمته على الغاصب)

لأنه مضمون عليه و لم يحدث شىء يسقط ضمانه عنه إلا دفعه إلى الجانى بسبب جنايته المضمونة على الغاصب أيضا فيرجع المالك بقيمة العبد ناقصا و يحتمل أن يرجع بها تامة و العبارة محتملة للأمرين فتأمل

(قوله) (و إن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى بالقيمة مجانا)

قد عرفت أن المالك إذا أراد أخذ قيمة العضو الذى فيه تمام القيمة من الجانى أنه يدفع إليه العبد و يأخذ قيمة العضو فإذا جنى عليه أجنبى فى يد الغاصب و رجع المالك على الغاصب بالعبد و قيمة العضو فما ذا يصنع الغاصب مع الجانى أ يرجع عليه بالقيمة أم لا الظاهر الأول لأنه قد ضمن ما باشر الجانى إتلافه لكن لهم كلمات ستسمعها فى الجانى غير الغاصب تقضى بأن ليس للغاصب الرجوع عليه بشىء فإذا رجع عليه فهل ليس له أن يرجع عليه بقيمة العضو إلا بعد أن يدفع إليه قيمة ناقصة و هى قيمة العبد بعد قطع العضو منه فيأخذ من الجانى قيمة العبد قبل الجناية و يدفع إليه قيمته بعد الجناية فيتقاصان إذا أمكن فيضمن الغاصب قيمتين إحداها صحيحة يدفعها للمالك مع العبد و أخرى ناقصة يدفعها للغاصب للجانى و يأخذ منه تامة أو له أن يرجع عليه مجانا من دون أن يدفع له القيمة الناقصة و هى قيمة العبد بعد الجناية احتمالان بل قولان (وجه الأول) أن وجوب القيمة على الجانى مشروط بدفع العين فإذا تعذرت وجب المصير إلى القيمة و أن الجانى يطالب المالك بالعبد ليغرم فبالأولى أن يطالب الغاصب بقيمته و هو الذى قواه فى الإيضاح و أورد عليه بأن الاشتراط المذكور إنما هو مع وجود العين فإذا تعذرت كانت كالتالف و مع التلف لا ضمان قطعا و الأولوية ممنوعة (و وجه الثانى) أن دفع العبد إلى الجانى إنما هو حيث يمكن و ذلك حيث يكون تحت يد المستحق للقيمة و إذا تعذر رده لا يعقل وجوب دفعه و إنما هو كالتالف و الأصل براءة الذمة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية للجانى و لا دليل يدل على ذلك و فى جامع المقاصد أن فيه قوة (قلت) الحكم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٣٩

و فى عين البقرة و الفرس و أطرافهما الأرش (١)

فى الجانى مخالف للأصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق فيتعين الثانى و لكن ينبغى أن نلاحظ الحال فى الأصل الذى هو الجانى الغير الغاصب كما إذا قطع أنفه و تعذر على المالك دفعه إلى الجانى لإباق أو نحوه فمقتضى الأصل بمعنييه أنه يرجع عليه بالقيمة و لم يتعرض له أحد من الأصحاب فى باب القصاص و الديات بعد فضل التتبع لكن لهم كلمات تدل على خلاف ذلك (منها) قولهم إنه ليس لمولاه الرجوع بشىء إلا أن يدفعه إلى الجانى (و قولهم) إن الشارع جعل له إما كمال الديء مع دفعه أو إمساكه مجانا إلى غير ذلك مما هو مثل ذلك و أوضح و قضية ذلك أنه لا يرجع عليه بشىء حينئذ بل ذلك قد يقضى بأن الغاصب لا يرجع على الجانى إذا رجع عليه المالك

(قوله) (و فى عين البقرة و الفرس و أطرافهما الأرش)

لعل الغرض بيان أن الدابة لا تقدير فى قيمة شىء من أعضائها بل يرجع إلى الأرش السوقى و ليست كالعبد و لا يفرق فيها بين ما ينتفع بلحمها و طهرها أو أحدهما أو غيرهما كما فى التذكرة و ظاهر غيرها و لعل اقتصار المبسوط على الثلاثة الأول للتنبيه على خلاف أبى حنيفة كما أن اقتصار المصنف على البقرة و الفرس لعله للتنبيه على خلاف أحمد (و كيف كان) فما صرح فيه بالأرش فى عين الدابة المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و هو قضية إطلاق النافع و ديات اللمعة و الروضة و غضبهما و ظاهر غاية المراد و هو المحكى عن القاضى و مذهب الأكثر كما فى المسالك و أكثر المتأخرين كما فى مجمع البرهان و المشهور كما فى الكفاية و المفاتيح و فى الأخير أيضا

أن مذهب الشيخ نادر و في الروضة إن عاب المغصوب و لم تذهب عينه ضمن أرشه إجماعاً انتهى و في الرياض أن عليه عامة المتأخرين لأنه مال له أرش كسائر الأموال و يشهد له إطلاق صحيحة أبي ولاد قلت فإن أصاب البغل كسرا و دبر أو عقر فقال عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده إليه و قال الشيخ في الخلاف إذا قلع عين دابته كان عليه نصف قيمتها و في العينين جميع القيمة و كذا كل ما كان في البدن منه اثنان ففي الاثنان جميع القيمة و في الواحد نصف قيمتها دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم و قال في المبسوط بعد ما حكيناه عنه و روى أصحابنا في عين الدابة نصف قيمتها و في العينين كمال قيمتها و لذلك قالوا في سائر الأطراف مما في البدن فيه اثنان ففيه كمال القيمة إلى آخره و ظاهره الإجماع أيضا و قد نسبه إلى رواية أصحابنا و قال في السرائر إن ذلك ورد في الرقيق المماليك من بنى آدم فحسب دون البهائم و قال في المختلف يمكن حمل الرواية و الإجماع الذي ادعاه الشيخ على غير الغاصب في أحد العينين بشرط نقص القدر عن الأرش و قال في غاية المراد زعم ابن إدريس أن الرواية في كل ما في البدن منه اثنان القيمة و في الواحدة نصفها إنما هي في الإنسان قال و يمكن أن تكون الرواية غير هذه إلا أني لم أجد في كتب الأصحاب شيئا من هذا المعنى سواء ما رواه ابن يعقوب عن عاصم بن حميد عن الباقر عليه السلام و بإسناده إلى مسمع عن الصادق عليه السلام أن عليا عليه السلام قضى في عين الدابة بربع ثمنها و روى أبو العباس عن الصادق عليه السلام أنه قال من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها انتهى و صاحب المسالك استجود رد ابن إدريس على الشيخ من أن هذا الخبر لم يرد في الحيوان مطلقا و قال نعم روى الكليني و ساق الأخبار الثلاثة التي ذكرها الشهيد في غاية المراد على نحو ما ذكرها حرفا و حرفا و نقل حمل المختلف حرفا و حرفا و قال و هذا الحمل حسن لو صحت الرواية و مع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه الشيخ انتهى (و نحن نقول) في كل من كلام الخلاف و المبسوط و السرائر و المختلف و غاية المراد و المسالك نظر بل في بعضها من وجوه (أما) الخلاف و المبسوط فيوهن دعواه الإجماع فيهما صريحا و ظاهرا مصير من تقدمه و من تأخر عنه إلى خلافه بل مصيره هو إلى خلافه ففي المقنعة الحكم بالأرش في كسر عظام الحيوانات و جراحاتها و في المراسم أن الجنابة على أعضائها بحسب قيمتها و بذلك صرح في النهاية و الوسيلة مع زيادة فيهما و هو أن في فقأ عين البهيمة ربع قيمتها و قد حكم في المسألة التاسعة من غضب الخلاف بالأرش في آخر المسألة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٠

و لو مات في يده ضمن القيمة و إن تجاوزت دية الحر لو كان عبدا (١)

و حكم فيه في ذنب حمار القاضى بالأرش و هو واحد و لم يحكم بكامل القيمة (و أما) ما عداه فيهما من الأخبار ففيه أن الأخبار الموجودة في تهذيبه و الكافي و الفقيه ناطقة بأن في عين الدابة الربع و فيها الصحيح و الحسن فإن أراد غيرها فمرسله لا عامل بها إلا هو في بعض المسائل دون بعض كما عرفت (و أما) ما في السرائر من قوله فإنما ورد ذلك في الرقيق المماليك ففيه أنا لم نجد هذه الأخبار و إنما الوارد في ذلك خبران قد سمعتهما فيما سلف لا بد في تصحيح دلالتهما من فضل تأمل و قد يكون أشار إلى ما رواه في الإيضاح أو إلى معقد إجماع الخلاف هناك و أخباره كما نبهنا عليه هناك (و أما) ما في المختلف ففيه أنه كيف يمكن حمل ما ادعاه الشيخ من الإجماع و الأخبار على أن في كل اثنين من الحيوان في كل واحد منهما نصف القيمة و في كل واحد منه تمامها على غير غاصب في إحدى العينين بشرط نقص القدر عن الأرش أنه مما لا يكاد يتم على أنه غير تام في نفسه و ما ذا يقول فيما إذا قطع أذني الدابة و على ما يحمله و قد يعطى كلامه أن النزاع بين الشيخ و الجماعة إنما هو في الغاصب مع أن عباراتهم و رواياتهم صريحة في الجاني غاصبا كان أو غيره إلا أن يكون الغرض أن الإجماع و الأخبار نقول بمضمونها (بمضمونها خ ل) في غير الغاصب لأن الشيخ لم يفرق بين الغاصب و غيره في العبد الذي لأعضائه مقدر فليكن رأيه ذلك في الدابة و نحن لا نوافق في ذلك و حاصله تسليم الأخبار و الإجماع و حملهما على غير الغاصب و قد يقال إن تسليمهما يقضى بعدم الفرق بين الغاصب و غيره إلا أن أقوى ما يعتمد عليه في الفرق في العبد أنه في الجنائيات ملحق بالحر لمكان النص و الدابة لا تلحق بالحر فيكون ذلك حكمها دائما و الاستناد

إلى أشق الأحوال غير مطرد فيؤخذ مؤبداً و لو لم تحمل روايات الشيخ على كون الأرش ذلك (و يرد) على الشهيد أن الشيخ روى أيضاً في التهذيب صحيحاً عن عمر بن أذينة قال كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رواية لحسن البصرى يرويها عن علي عليه السلام في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها فقال صدق الحسن قال علي عليه السلام ذلك و صحيحاً عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى علي عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها و رواه في الكافي حسناً بإبراهيم و هي صحيحة في زيادات حدود الفقيه و كأنهما أى الشهيدان ما لحظا سوى الكافي كصاحب الكفاية و الرياض فقد تكررت هذه الأخبار و قد رواها المشايخ الثلاثة و ظاهرهم العمل بها و قد أفتى بها في النهاية و الوسيلة و لا معارض لها و خبر أبي ولاد لا يعارضها و ليس فيها إلا إعراض الأكثر عنها و احتمال أنهم جميعاً ما ظفروا بها جميعها بعيد جداً لكن قد أفتى أبو حنيفة بذلك و روى العامة ذلك عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و عن عمر أنه قال إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن فيحتمل حملها على التقية من عمر و أبي حنيفة (و يرد) على الشهيد الثاني أن ظاهر المختلف أو صريحه أنه حمل الروايات التي ادعاها الشيخ على النصف لا هذه الروايات و صاحب المسالك فهم خلاف ذلك قال كما أسمعناكه حمل المختلف حسن لو صحت الرواية و مع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه الشيخ ثم نسأله ما الذي صحح حمل المختلف عنده حتى حسنه هذا و شيخنا صاحب الرياض لم يحرر محل النزاع فقال إن إطلاق عبارة النافع يقتضى عدم الفرق في الحكم بلزوم الأرش بالعيب بين ما لو كان بجناية الغاصب في العين و نحوها مما في البدن منه اثنان و بين غيره خلافاً للخلاف فادعى في جناية الغاصب في إحدى العينين و ما في معناها نصف القيمة و في كليهما تمامها انتهى و لعل الذي أوقعه في الوهم كلام المختلف و قد عرفت الحال في ذلك

(قوله) (و لو مات في يده ضمن القيمة و إن تجاوزت دية الحر لو كان عبداً)

أى لو مات الحيوان المفهوم من المقام في يد الغاصب ضمن قيمته و إن تجاوزت دية الحر و قد تقدم الكلام فيه و لما سبق حكم الجناية على الإنسان و الحيوان و لم يذكر الموت تداركه هنا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤١

و غير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً (١) و هو ما تتساوى قيمة أجزائه (٢)

(قوله) (و غير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً)

كما في الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و سائر ما تأخر عنها إلى الرياض و به طفحت عباراتهم في أبواب المعاملات بل و غيرها يأخذونه في الجميع مسلماً و في جامع المقاصد الإجماع عليه و في ظاهر كشف الرموز و صريح الرياض نفى الخلاف فيه و قال في غاية المراد أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بمثله إلا ما يظهر من ابن الجنيدي فإنه قال إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه قال و لعله يريد القيمي (و يدل) عليه بعد الإجماع قوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آتَىٰكُمْ عَلَيْهِمْ و أن المثل يعرف مشاهدته و القيمة يرجع فيها إلى الاجتهاد و المعلوم مقدم على المظنون و مثل الشيء أقرب إليه من غيره و إذا تعذرت العين وجب المصير إلى الأقرب

(قوله) (و هو ما تتساوى قيمة أجزائه)

كما في الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و المهذب البارع و المقتصر و التنقيح و فيه و في المسالك و الكفاية أنه المشهور و قد زاد الشيخ و ابن زهرة و كذا المصنف في التذكرة بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهما كالحنطة و الشعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان و ما أشبه ذلك (و المراد) بتساوى قيمة أجزائه تساوى قيمة أجزاء النوع منه كالحبوب و الأدهان فإن المقدار من النوع الواحد يساوى مثله في القيمة و نصفه يساوى نصف قيمته و قد نقضوه بالثوب و الأرض فإن قيمة أجزائهما متساوية و ليسا مثليين و فيه منع فإن ذراعاً من الثوب أو الأرض قد يسوى درهما و الآخر نصف درهم أو لا

يساوى شيئاً فإن حصلت المساواة عرفاً قلنا هما مثليان ولا مانع كما ستسمع (و أورد) عليه فى مجمع البرهان أنه إن أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرف إذ ما من شىء إلا و أجزاءه مختلفة فى القيمة فى الجملة مثل الحنطة و الشعير و جميع ما قيل إنه مثلى فإن قفيزاً من حنطة يساوى عشرة و آخر يساوى عشرين و بالجملة التفاوت معلوم و إن أريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى أيضاً موجود مثل الثوب و الأرض و نحوهما و إن أريد مقداراً خاصاً فهو حواله على المجهول انتهى (و أجاب) الأستاذ قدس سره فيما حكى عنه سبطه شيخنا صاحب الرياض بأنه لعل المراد التساوى المتعارف المعتد به عند أهل العرف أى الذى يكون متساوى الأجزاء عرفاً يكون مثلياً و غير المتساوى كذلك غير مثلى انتهى (قلت) قد أشار هو فى آخر كلامه فى مجمع البرهان إلى ذلك فقال ما حاصله كل شىء يكون له مثل فى العرف يؤخذ بدلاً كالحنطة و لا يؤخذ كل حنطة بل الحنطة التى هى مثل ما أتلّفها عرفاً و قيمة فتؤخذ الجيدة بدل الجيدة و لا تؤخذ الرديئة بدل الجيدة و بالعكس بل إذا كان ثوب مثل ثوب آخر فى لونه و صورته و قيمته بحيث لا يفرق أهل العرف بينهما كان مثلاً له و كذلك الشأن فى الملاعق و المغارف و الإشعار و الأوبار و نحو ذلك (قلت) و يأتى فى جامع المقاصد أن الثوب مثلى (و اعتذر) المحقق الثانى عن التعريف المذكور بأن الظاهر منه إرادة ضبط المثلى بحيث يتميز فضل تميز لا التعريف الحقيقى أو يكون التمثيل بالحنطة و الشعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان داخلاً فى التعريف فيكون انكشافه بهذه الأمثلة (و قد يقال) عليه فى «الأول» أنه إن حصل التمييز التام بحيث امتاز عما عداه و دفعت عنه النقوض حصل المطلوب و إلا بقى مجهولاً- و إن تميزت أكثر أفرادها فضل تميز لأن ذلك غير كاف فى بناء الحكم عليه و يقال عليه فى «الثانى» أنه إنما تعرض له اثنا أو ثلاثة و الظاهر أنهم لم يريدوا إدخاله فى التعريف و إلا لأدخله الباقون سلمنا لكنه بالتمثيل لا يحصل التمييز التام إذ يمكن أن يقال إن الثوب و الأرض منه و إن أراد أنه بدخوله فى التعريف يحصل الانكشاف لا التعريف الجامع المانع و إنما يتضح أكثره كان كاحتمال الأول و يرد عليه ما يرد عليه (و ذكر) فى المسالك أنه اعترض عليه أى التعريف بأنه إن أريد بالأجزاء كل ما تتركب عنه الشىء لزم أن لا تكون الحبوب مثلية لأنها تتركب من القشور و الألباب و القشر و اللب مختلفان فى القيمة و كذلك التمر و الزبيب لما فيهما من التمر و العجم و إن أريد الأجزاء التى يقع عليها اسم الجملة لزم أن لا يكون الدراهم و الدنانير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٢

فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز و إن حكم الحاكم بها يوم الإعواز (١)

مثلية لما يقع فى الصراح من الاختلاف فى الوزن و الاستدارة و الاعوجاج و وضوح السكّة و خفائها و ذلك يؤثر فى القيمة و هو كما ترى و كان الأولى أن لا يسطر (و عرفه) فى التحرير بأنه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته و فى الدروس و الروضة أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و فى المسالك و الكفاية أنه أقرب التعريفات إلى السلامة (و قد يقال) إنه لا يكاد يخرج الثوب بل و لا الأرض و بعض ما تقدم مع زيادة إبهام التساوى و كذا تقارب الصفات فتأمل (و نحوه) ما فى غاية المراد من أنه ما تتساوى أجزاءه فى الحقيقة النوعية إذ الظاهر صدقه على ما تقدم من الأرض و الثوب و نحوهما مع إشكال تحقيق الاتفاق فى الحقيقة النوعية و مرجعه إلى ما يكون اسم القليل و الكثير منه واحداً كالماء و الدبس (و حكى) فى التذكرة عن بعض فقهاء العامة تعريفه بأنه كل مقدر بكيل أو وزن و زاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلماً لأن السلم يثبت بالوصف فى الذمة و الضمان شبهه لأنه يثبت فى الذمة و زاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين فى قضية التماثل قال و اعترض على العبارات الثلاث بأن المقام و الملاعق و المغارف المتخذة من الصفر و النحاس موزونة يجوز السلم فيها و بيع بعضها ببعض و ليست مثلية و نقض الأول بالمعجونات و فى مجمع البرهان أنه يشكل أيضاً بالغلز و الصوف و الوبر و الشعر و القطن و نحوها فإنها غير مثلية مع صدق التعريف إلا أن يقولوا إنها مثلية و أيضاً ليس للكيل و الوزن ضبط فى غير ما تحقق فى عصره صلى الله عليه و آله و سلم و هو قليل كما بيناه فى باب البيع و قد قالوا فيما لم يتحقق كيله و وزنه فى عصره إنه يتبع حال البلد فيلزم كون الشىء الواحد مثلياً فى بلد قيمياً فى آخر إلا أن يلتزمه أو

يقولوا لا يجوز السلم فيها ولا يبيع بعضها ببعض وحينئذ لا يتم تعريفهم الأول بدون الزيادة على أن الزيادة الثانية لم يتضح معناها (و كيف كان) فالظاهر أن المدار في هذه التعاريف على العرف إذ ليس للمثل تفسير في الشرع والظاهر أن المعنى اللغوي غير مراد فإن المثل لغة هو المشابه والمماثل في الجملة كما صرح به في مسألة لا يستوى وقالوا إن المراد المساواة بحسب العرف لا من بعض الوجوه ولا- من جميع الوجوه فإن الأول موجود في الكل والثاني موجب للاتحاد والعرف إذا لم يتساهل ولم يتسامح قضى على الظاهر بما حكيناه عن الأستاذ والمقدس الأردبيلي آنفا إلا ما خرج عنه بيقين وكلامهم في باب القرض يشهد بذلك فليلاحظ ما كتبناه هناك ويأتي ما يؤيده قريبا (وقد يقال) إن ذلك أي الرجوع إلى العرف واللغة فرع تعلق (تعلق خ ل) الحكم عليه ولم يعلق الحكم على لفظ المثل في كلام الشارع عدا قوله جل شأنه فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ مع احتمال إرادة مثل أصل الاعتداد لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه فالمدار في اعتبار المثل في المثلى والقيمة في القيمي على الإجماع والاعتبار وليس فيهما ما يرجح أحد التعاريف فليرجع في خصوص الأفراد إلى ما اتفقوا على كونه مثليا وأما ما عداه فينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع إلى الرضا والصلح إن أمكن وإلا- فلا- يبعد ترجيح مختار الأ- كثر بالشهرة ولولاها لكان العمل بالتخير بين الآراء متجها (وفيه) أن الاحتمال الذي ذكره في الآية خلاف المتبادر وقد أطبقوا على العمل بها في مثل المتعدى فيه في باب القصاص والديات واستند إليها جماعة كثيرون في المسألة في الباب «سلمنا» لكن في انعقاد الإجماع على اعتبار المثل أكمل بلاغ فلا بد حينئذ من الرجوع إلى اللغة أو العرف وتعاريف الخاصة مشتركة في النقض عليها بالثوب والأرض وغيرهما فكيف يتأتى التخيير وتعاريف العامة خالية عن هذا النقض منقوضة بما عرفت مما هو أعظم فلا بد من المصير إلى العرف بالمعنى الذي ذكره الأستاذ والمقدس الأردبيلي إلا ما خرج عنه بالإجماع على أنه قيمي فليتأمل جيدا وقد تقدم لنا الكلام في ذلك في عدة مواضع

(قوله) (فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز وإن حكم الحاكم بها يوم الإعواز)

«أما» أنه ينتقل إلى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم كما ستسمع بل هو إجماعي ولعل دليله بعده أن الضرر منفي وأن تكليف ما لا يطاق غير جائز وأن في تأخير الحق إضرارا أيضا فتعينت القيمة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٣

و غير المثلى يضمن بالقيمة يوم الغضب على رأى (١)

جمعا بين الحقين ويأتي لجماعة منهم المصنف فيما يأتي أنه لا ينتقل إلى قيمة المثل إلا حيث يتلف المثلى والمثل موجود ولم يغرمه وإلا- فالواجب قيمة المغصوب التالف لا مثله «و أما» أنها تلزم يوم الإقباض لا الإعواز وإن حكم بها الحاكم يوم الإعواز فمما صرح به في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو قضية كلام من اقتصر على لزوم القيمة يوم الإقباض كالإرشاد وغيره والحاصل أني لم أجد مخالفا منا في ذلك بل ولا متأملا- في هذا الباب إلا- قوله في الإيضاح إن الاحتمال الرابع أصح وإلا قوله في المفاتيح وقيل وقت الإعواز فما في المسالك والكفاية من أنه الأشهر أو الأظهر بين الأصحاب وكذا الرياض لم يصادف محله وقد يتوهم من عبارة التذكرة أن الشيخ مخالف وليس كذلك وما ذكر فيما يأتي من الكتاب والمسالك والكفاية من الأوجه الأربعة الأخر فسيأتى الكلام فيها إن شاء الله تعالى على أنها ليست أيضا لأحد منا في الباب وإنما هي أحد الوجوه العشرة التي ذكرها الشافعية ذكرها في التذكرة نعم اختلفوا في باب القرض فيه أي في وقت وجوب قيمة المثل في المثلى إذا تعذر على أقوال «بعض» على أنها تجب قيمته يوم المطالبة «و بعض» وقت القرض «و بعض» وقت التعذر ولا- نجد فرقا بين المقامين وقد قال في السرائر الكلام في القرض كالكلام في الغضب سواء لا يفترقان وقد اتفقوا هنا و اختلفوا هناك إلا- أن تقول لا- خلاف هناك لأن المخالف هناك نادر أو تفرق بأن الغاصب يكلف بالأشق والغالب أن يوم الإقباض أشق فتأمل وقد استوفينا الكلام هناك فليلاحظ ويأتي تمام الكلام (و وجه) ما عليه الأصحاب أن الواجب في الذمة هو

المثل فعند إرادة التسليم ينتقل إلى القيمة لو تعذر المثل و لو وجبت القيمة وقت الإعواز لكان إذا تمكن من المثل بعد الإعواز و لم يسلم العوض لا يجزى تسليم المثل لاستقرار القيمة فى الذمة و الأصل بقاؤها و التالى باطل و حكم الحاكم بها على تقدير الإعواز مترتب على طلب المالك فإن دفعها الغاصب فذاك و إلا لم يوجب الحكم تقديرها بذلك الوقت من حيث إن الحكم تعلق به لأنه وقت يجب فيه الدفع فإذا أخره إلى وقت آخر فالمعتبر وقت الدفع و لا ينافى ذلك الحكم لأن الثابت فى الذمة المثل و لا يتغير إلا بدفع مثله على كل تقدير (و المراد) بتعذر المثل أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حواليه كما فى التذكرة و لم يجد ما حواليه و قد استظهر فى جامع المقاصد أن المرجع فيه إلى العرف و نحوه ما فى المسالك و الكفاية من وصفه بكونه مما ينقل إليه عادة كما ذكره فى انقطاع المسلم فيه (و قد يقال) إن مقتضى الأصل و الغصب لزوم تحصيل المثل و لو من البلاد النائية التى لا ينقل منها عادة إن لم يستلزم التكليف بالمحال فتأمل و فى التحرير لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه و جوب الشراء و فى التحرير و التذكرة و الكتاب فيما يأتى و الدروس و جامع المقاصد فيما يأتى و المسالك و غيرها أنه لو قدر على المثل بعد دفع القيمة لا يجب رد القيمة لأنها إنما رجعت لتعذر المثل و هو باق بخلاف ما لو قدر على العين بعد أداء القيمة لأن القيمة ليست بدلا عن العين حقيقة و إنما هى مأخوذة للحيلولة ثم إن العين عين حقه و المثل بدل و لا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه تمكينه من الرجوع إلى بدله (و المراد) باليوم فى كلامهم وقت الإقباض و حينه لإتمام اليوم لإمكان اختلاف القيمة فيه أو هو مبنى على الغالب (قوله) (و غير المثلى يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأى)

(أما) ضمان القيمي بالقيمة ففى الدروس و غاية المراد و الروضة أنه المشهور (قلت) لا أجد فيه فى الباب خلافا إلا ما يحكى عن أبى على و قد تقدم كلامه آنفا و ما يظهر من قرض الخلاف و ما لعله يظهر من المحقق فى باب القرض من أن الواجب فى القيمي مثله مستندين إلى أنه أقرب إلى الحقيقة و لخبرين عاميين «أحدهما» خبر عائشة لما أخذتها الغيرة و الأفلح فكسرت إناء حفصة فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لما سألته عائشة عن كفارة ذلك إناء مثل الإناء و طعام مثل الطعام «و الثانى» أن امرأة كسرت قصعة امرأة أخرى فدفع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قصعة الكاسرة إلى صاحبة المكسورة و قد عورضا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٤ و أرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأى (١)

بخبر آخر عامى و حملهما الأ-كثر على أنه صلى الله عليه و آله و سلم علم بالرضا منهما كما بينا ذلك كله فى باب القرض و ذكرنا هناك تفصيل التذكرة و فى جامع المقاصد كما سيأتى إن شاء الله تعالى أن خلاف أبى على كاد يكون مضمحلا (و كيف كان) فقد اتفقوا هنا من غير تأمل و لا خلاف و هناك تأمل بعض و خالف آخرون كما هو الشأن فى المسألة المتقدمة (و أما) أنه يضمن بقيمته يوم الغصب فهو خيرة المقنعة و المراسم و المبسوط و النهاية فى موضع منهما و النافع و كشف الرموز و كأنه مال إليه فى الإرشاد و فى الإرشاد (الشرائع خ ل) و التحرير أنه مذهب الأ-كثر (و وجهه) أنه أول وقت دخول العين فى ضمان الغاصب و الضمان إنما هو لقيمته فيضمن به حاله ابتداءه «و ضعفوه» بأن الحكم بضمن العين بمعنى أنها لو تلفت وجب بدلها و هو القيمة لا وجوب قيمتها حينئذ فإن الواجب ما دامت العين باقية ردها و لا ينتقل إلى القيمة إلا مع التلف فلا يلزم من الحكم بضمنها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت (و قد) استدلل عليه فى الروضة بصحيفة أبى ولاد قال أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق أليس كان يلزمنى فقال عليه السلام نعم قيمة البغل يوم خالفته و هو مبنى على أن الظرف صلة للقيمة حتى يكون المراد القيمة الثابتة يوم المخالفة و يعارضه احتمال أن يكون المراد يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة بمعنى أنها تتعلق بك ذلك اليوم و حينئذ فحد القيمة غير مبين يرجع فيه إلى ما يقتضيه الدليل كما بيناه فى باب البيع «و دعوى» أن الأول هو الظاهر معارضه باعتباره عليه السلام بعد ذلك فى أرش العيب القيمة يوم الرد قال فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر قال عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده و لو كان فيه دلالة ما أهمله القوم و هذا

القول فاسد لأنه لو غصبه ثم رهنه أو استودعه من جاهل بالغصب ثم تلف في يد المرتهن أو المستودع و قيمته حينئذ مثلا عشرون و كانت قيمته يوم غصبه الغاصب عشرة فرجع المالك على المستودع و المرتهن بالعشرين فإن رجع على الغاصب بالعشرين يكون قد ضمن للمالك قيمته في غير يوم غصبه و إن رجع عليه بعشرة يكون قد ضمن من ليست يده يد ضمان إلى غير ذلك مما يرد عليه و على القول الثاني و الثالث فالأوجه الثلاثة باطلة

(قوله) (و أرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأى)

هو خيرة الخلاف و المبسوط و النهاية في موضع منهما و الوسيلة و الغنية و السرائر و الإيضاح و اللمعة و المقتصر و التبصرة على إشكال و كذا شرح الإرشاد للفخر و في بيع المختلف نسبتبه إلى علمائنا و في غصبه أنه أشهر و استحسنة في الشرائع و كأنه قال به أو مال إليه في الكفاية و في المسالك أن في خبر أبي ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين و كأنه قال به و قواه في الروضة أيضا لمكان هذا الخبر الصحيح و لا تغفل عما حكيناه عنه فيها في القول الأول و لعله فهم ذلك من قوله عليه السلام أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك و في الدروس أنه أنسب بعقوبة الغاصب (و قد استدلوا) عليه بأنه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم و لو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده و أنه يناسب التخليط على الغاصب (و ضعف) بأن الزيادة للسوق ما دامت باقية غير مضمونة إجماعا و لا يلزم من ضمانها لو تلف في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها فيها لأن ضمانها على تقدير تلفها في الحالة العليا ما جاء من قبل الزيادة بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين و هو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا و أخذها بأشق الأحوال لا يجوز بغير دليل يقتضيه و قد تبين ضعفه كما ذكر ذلك كله في المسالك و غيرها (و حكى) الشهيد عن المحقق ره في أحد قولي أنه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين رد القيمة (هذا قول آخر غير مشهور «حاشية منه») و هو مبني على أن القيمي يضمن بمثله كالمثلي و إنما ينتقل إلى القيمة عند دفعها لتعذر المثل فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة لأن الزائد في كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده و لهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك فإذا تلفت في يده ضمنها و إليه أشار في الشرائع بقوله و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك على تردد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٥

و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك (١) و إذا كسرت الملاهي فلا ضمان (٢) فإن أحرقت ضمن قيمة الرضا (٣)

و منشؤه الشك في أن الواجب في القيمي المثل أو القيمة و على المعروف بين الأصحاب لا وجه لهذا القول نعم يتجه بملاحظة أن منعه عن العين و عدم تمكينه منها حين ارتفاع قيمتها ضرر عليه و تفويت لتلك المنفعة العليا و لهذا اختاره الأستاذ قدس سره فيما حكى عنه و هو كما ترى مع إطباق الأصحاب على خلافه و هو غير ما قويناه فيما إذا أراد بيعه بقيمة عالية لراغب فيه و منعه عن ذلك لأنه يكون قد أضره و فوت عليه كسبه (و هناك قول آخر) و هو أن الواجب قيمته حين التلف و هو خيرة الكتاب في آخر باب البيع و التذكرة و المختلف و التحرير و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و مجمع البرهان و المحكى عن القاضى و في الدروس و كذا الروضة نسبتبه إلى الأكثر و قد يظهر من النافع أنه ليس قولاً لأحد و إنما هو مجرد وجه كما أن المصنف لم يذكره هنا وجهاً و لا قولاً و لم يذكره كذلك في بيع الكتاب و التحرير في مسألة ما لو باع بحكم أحدهما (و وجه) هذا القول (الوجه خ ل) أن الواجب زمن بقاء العين إنما هو ردها سواء كانت القيمة زائدة أو ناقصة من غير ضمان شيء من النقص إجماعاً كما في المختلف و الروضة فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحق إليها لتعذر البدل و مع وجود العين لا تتعلق القيمة بالذمة و إنما الذمة مشغولة برد العين و الانتقال إلى القيمة انتقال إلى البدل و هو إنما يثبت حال وجوبه و هو حالة التلف (و قد يقال) إنا نمنع أنه ينتقل إلى القيمة حين التلف بل نقول إنه ينتقل إلى أعلى القيم حين التلف لأمر آخر و هو جبر الضرر كما تقدم تقريب الاستدلال به آنفا فتدبر «هذا» و

محل الخلاف كما صرح به جماعة من غير خلاف كالمصنف في المختلف و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم ما إذا كان نقصان القيمة مستندا إلى السوق أما إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون إجماعا كما في المسالك و الروضة و ظاهر جامع المقاصد حيث قال قطعا كما تقدم بيانه في فصل المتعاقدين
(قوله) (و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك)

إذا حكمنا بضمان القيمة على أى وجه سوى ما حكى عن المحقق فلا عبرة بزيادتها و لا نقصانها بعد يوم التلف لأن الواجب القيمة متى حكم بها استقرت نعم لو قلنا بأن الواجب فى القيمي مثله اتجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها كما فى المثلى كما تقدم فيما حكى عن المحقق
(قوله) (و إذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان)

كما هو قضية كلام المبسوط و صريح التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية و فى الأخير أنه قطع به الأصحاب و فى جامع المقاصد أنه لا ريب فيه لأن تلك الهيئة محرمة لا حرمة لها (و اختلف) العامة فى الحد المشروع لإبطالها على وجهين «أحدهما» أنها تكسر حتى تنتهى إلى حد لا يمكن اتخاذ آله محرمة منها لا الأولى و لا غيرها و فى جامع المقاصد أنه ليس بعيد لأنه أجزر لمن هى له «و أظهرهما» عندهم أنه لا تكسر الكسر الفاحش لكنها تفصل و فى حد التفصيل وجهان (أحدهما) أنها تفصل مقداراً لا يصلح لاستعمال الحرام فإذا رفع وجه الربط و ترك على شكل قصعة كفى (و الثانى) أن تفصل إلى حد لو فرض اتخاذ آله محرمة من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب «إذا عرف هذا» فمن اقتصر فى إبطالها على الحد المشروع فلا إثم عليه و لا ضمان و من جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع و بين قيمتها منتهية إلى الحد الذى أتى به
(قوله) (فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاض)

كما هو قضية كلام المبسوط و صريح التذكرة و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية و فى الأخير نسبته إلى قطع الأصحاب و ما فى الكتاب هو معنى قوله فى التذكرة من أحرقتها فعليه قيمتها فى الحد المشروع (و احتج) عليه فى جامع المقاصد بأن الرضاض و هو الذى يبقى بعد الكسر محترم و معناه أنه مملوك كما هو واضح و قد تقدم فى باب المكاسب أن آلات اللهو لا تعد مالا و أنها غير مملوكة فى ظاهر كلام جماعة و قد استدللنا لهم بالخبر و القاعدة و قولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها و غير ذلك و الأمر فى الصلبان و الأصنام واضح و لا قائل بالفرق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٦

و كذا الصليب و الصم (١) و المستولدة و المدبر و المكاتب المشروط و غير المؤدى كالعبد فى الضمان (٢) و المنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد و التفويت (٣) و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزم أجره أعلاها أجره (٤)

على الظاهر و قد حاولنا هناك الجمع بين كلامهم فى المقامين بأن يكون المراد أن المادة تملك دون الصورة أو أن المادة لا تضمن لو توقف إتلاف الصورة عليها أو لا تملك مطلقاً و لا كذلك الرضاض بعد كسرها فتأمل جيداً و يأتى بيان الحال فى أوانى الذهب و الفضة على المشهور من حرمة عملها و اتخاذها للقنية و التزيين عند تعرض المصنف له و تمام الكلام بما لا مزيد عليه فى باب المكاسب

(قوله) (و كذا الصليب و الصنم)

كما فى التذكرة و فى الكفاية أنه قطع به الأصحاب و قد عرفت الحال فيه

(قوله) (و المستولدة و المدبر و المكاتب المشروط و غير المؤدى كالعبد فى الضمان)

أى فلو غضب أحد هؤلاء ضمنه كما يضمن القن و به صرح فى الخلاف و التذكرة و الشرائع و غيرها غير أنه لم يذكر المطلق الغير

المؤدى فى الخلاف و الشرائع و التذكرة و لعله لظهور الحال فيه و ظاهر الخلاف و التذكرة الإجماع حيث قصر الخلاف على أبى حنيفة فقال أم الولد لا- تضمن لأنها لا تجرى مجرى الأموال لأنها لا يتعلق بها حق الغرماء فأشبهت الحره (و ردوه) بأنها مملوكة و تضمن بالقيمة و كل ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن و يملك تزويجها و إجارتها فأشبهت المدبرة فالقياس عليها أولى من القياس على الحره

(قوله) (و المنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد و بالتفويت)

المراد بالفوات ذهابها بغير استيفاء و بالتفويت استيفؤها و احتراز بالمباحه عن المحرمه كالغناء و اللعب بالآلات اللهو و إطلاق الأصحاب منزل على المباحه و لعل ما حرم بالعارض كما إذا نذر المالك أن لا يستعمله فى حياكة مثلا أو شرط عليه ذلك كذلك (و بالحكمين) المذكورين طفحت عباراتهم بعضها كالكتاب و بعض فى مطاوى كلماتهم فى ضمن مسائل آخر من دون خلاف أصلا قال فى التذكرة منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونه بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا أو جارية أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت فى يده مدة و لا يستعملها عند علمائنا أجمع ثم إنه نسب الخلاف إلى أبى حنيفة خاصة و فى الخلاف و ظاهر السرائر الإجماع على أن المنافع تضمن بالغصب مثل منافع الدار و الدابة و الثياب و هما بإطلاقهما يتناولان الحكمين المذكورين و قد قصر الخلاف فى الأول أيضا على أبى حنيفة و زاد فيه أن الأخبار تدل على ذلك و قال فى التذكرة أيضا كل عين لها منفعه تستأجر تلك المنفعه فإن منفعتها تضمن عندنا بالإتلاف و التلف تحت اليد العادية إذا بقيت فى يده مدة لمثلها أجره بكونها مما تستأجر حتى لو غصب كتابا و أمسكه مدة يطالعه أو لم يطالعه يلزمه أجرته و ظاهره الإجماع أيضا و قيد المنفعه بكونها مما تستأجر ليخرج غصب الغنم و المعز و الشجر حيث لا منفعه لها تستأجر كما نص عليه فى المبسوط لكن كلام السرائر و التذكرة و الكتاب و جامع المقاصد و المسالك فى باب الإجارة قد يخالف ذلك فليلاحظ كلامهم فيما إذا استأجر تفاحه للشم أو الدراهم و الدنانير (و الوجه) فيما عليه الأصحاب أنها أموال تدخل تحت اليد لأن منافع المملوك مملوكة

(قوله) (و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لأنها من جمله ما فات تحت اليد فتجب أجرتها و إطلاقها يقضى بعدم الفرق بين أن يكون قد استعمله فى الأعلى أو الدنيا أو الوسطى أو لم يستعمله أصلا بل إطلاق التذكرة يتناول ما إذا أمكن فعلها جمله أو لا لأنه لم يمثل بالحائك و الخياط و قال فى المسالك إن استعمله فى الأعلى ضمنها و إن استعمله فى الوسطى أو الدنيا ففى ضمان الأعلى وجهان و تبعه صاحب المفاتيح و قال فى الروضة إن أمكن فعلها جمله أو فعل أكثر من واحدة و جب أجره ما أمكن و إلا فأعلاها أجره و لو كانت الواحدة أعلى منفردة من منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الأعلى (قلت) هذا هو الأشبه و هو ظاهر جامع المقاصد كما ستسمع تعليقه (و ينبغى) التنبيه على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٧

و لا تجب أجره الكل (١) و منفعه البضع لا تضمن بالفوات (٢) و تضمن بالتفويت فلو وطئ و جب مهر المثل (٣)

الفرق بين المنافع و العمل فإنه يضمن فى المنافع أعلاها و فى العمل أجره أوسطه لأنه لا أولوية بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها فإنه ممكن من كل منها على حد سواء بخلاف العمل فإن مراتبه متفاوتة فإن إداب الأجير نفسه فوق المعتاد نادر كما أن الرضا بالمتراحى نادر أيضا فكان المدار على الأوسط فيصير الحاصل أنه يضمن أعلى منافع العبد بأوسطها أجره (قوله) (و لا تجب أجره الكل)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و صاحب الروضة يقيده بما إذا لم يكن فعلها جمله و يؤذن بذلك توجيهه فى جامع المقاصد بعد

استيفاء الكل دفعة واحدة

(قوله) (و منفعة البضع لا تضمن بالفوات و تضمن بالتفويت)

(أما) ضمانها بالتفويت فمما لا كلام فيه فيما أجد في الأمة مطلقا إلا إذا كانت عالمة و في الحره حيث يكون للبضع أجره كما إذا وطئ بعقد أو شبهة لا- فيما إذا زنى بها (و أما) عدم الضمان بالفوات فقد صرح به هنا كما في التذكرة و جامع المقاصد بل ظاهر التذكرة أن لا مخالف فيه حتى من العامة و هو خيرة شهادات الخلاف قال إذا شهدا بطلاق ثم رجعا و كان بعد الدخول فلا غرم لأن البضع لا يضمن بالتفويت و اختاره المحقق في الشرائع و المصنف في الكتاب و الإرشاد و غيرهما و في المسالك و كشف اللثام أنه المشهور ذكروا ذلك في باب الشهادات و اختاره المصنف أيضا فيما إذا أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة ذكره في باب الشهادات و تردد فيه المحقق في رضاع الشرائع و المصنف في أوائل الفصل الثالث كما يأتي و التردد ظاهر الشهيد في الشهادات للتمع و المصنف في رضاع الكتاب حكم بالضمان وفاقا للمبسوط و جماعة كما في المسالك لأن البضع مضمون كالأموال لأنه يقابل بالمال في النكاح و الخلع و لا يحتسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون و كذا المريضة المختلعة بمهر المثل و يضمن للمساءلة المهاجرة مع كفر زوجها (و احتج) في الخلاف على عدم الضمان بأنه لو كان يضمن لحجر على المريض بالطلاق إلا أن يخرج بالبضع من ثلثه و بأنه لا يضمن له لو قتلها قاتل أو قتلت نفسها و قد يدفع الأخير بأن المنفعة لا تضمن إلا إذا فوتت وحدها أما مع تفويت العين فتدخل فيها المنافع (الأولى) أن يحتج له (بأن) منفعة البضع تستحق استحقاق إرفاق للحاجة و الضرورة و لا كذلك سائر المنافع فإن استحقاقها استحقاق ملك تام ألا ترى أن من ملك منفعة الاستيجار ملك نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجره و بغير العوض بأن يعيره و الزوج المستحق لمنفعة البضع لا- يملك نقلها لا- بعوض و لا- بغيره (و أن) السيد يصح أن يزوج الأمة المغصوبة و لا يصح أن يؤجرها و لا أن يبيعها لأن يد الغاصب حائلة بين المستأجر و المشتري و لو تداعى اثنان نكاح امرأة فإنهما يدعيان عليها و لا يدعى أحدهما على الآخر و إن كانت عنده و لو أقرت لأحدهما حكم بأنها منكوحه و ذلك يدل على أن اليد لها (و أنه) لو وطئ مع اتحاد الشبهة و طئات متعددة لا يجب عليه إلا مهر واحد كما هو الشأن في النكاح الفاسد و هذا أيضا مما خالفت فيه منفعة البضع غيرها من المنافع (و أنه) يجوز تفويض البضع و لا يلزمه شيء على تقدير عدم الطلاق و المال ليس كذلك و إلحاقه به في بعض المواضع لا- يوجب إلحاقه به مطلقا و لعله لذلك قال في الدروس منفعة البضع سواء كان لحره أو لأمة لا تضمن بغير التفويت إلا- في مثل الرضاع و الشهادة بالطلاق على وجه انتهى و التفويت في كلام الخلاف و غيره يراد به معنى الفوات و لا يراد به الاستيفاء هذا كلام الأصحاب و هو في الحره غير محرر لأنه قد تقدم أن منافع الحر غير مضمونه و ما أدري ما ذا دعاهم إلى القول بضمان منفعة البضع أو التردد في ذلك و احتمال أنهم ظفروا بدليل آخر يدفعه أنك عرفت ما استدلووا به

(قوله) (فلو وطئ و جب مهر المثل)

سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له بسط الكلام فيه و هو من متفردات الكتاب (و قيل) بوجوب العشر إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا للرواية و هو المشهور (و رده) ابن إدريس بأنها في وطئ المشتري الجاهل بكونها حاملا لا الغاصب فلا يلحق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٨

و تضمن منفعة كلب الصيد و ما صاده به للغاصب (١) و لو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك (٢) و في دخول الأجرة تحته نظر أقربه العدم (٣) و لو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلا بآفة سماوية ضمن الأرش و الأجرة لما قبل النقص سليما و لما بعده معيبا (٤)

به و يأتي تمام الكلام إن شاء الله تعالى و الظاهر أن المهر للسيد و إن كانت مزوجة لأنه مملوك للسيد دون الزوج

(قوله) (و يضمن منفعة كلب الصيد و ما صاده به للغاصب)

(أما) أن منفعة كلب الصيد مضمونة فلأنه حيوان مملوك يجوز اقتناؤه و له منفعة تستأجر و له قيمة في نظر الشارع فيدخل تحت إجماع الخلاف و السرائر و إجماعى التذكرة كما تقدم و كذا غيره من الكلاب التي يجوز اقتناؤها و الفهد و البازي و باقى جوارح الصيد (و أما) أن ما صاده للغاصب فهو خيرة التذكرة و جامع المقاصد لأن الغاصب هو الصائد و الكلب آلة في الصيد كالسهم و القوس و الشبكة إذا غصب شيئاً منها و اصطاد به فأشبهه ما لو ذبح بسكين غيره و هو أظهر قولى الشافعية و القول الآخر أنه للمالك كصيد العبد و اكتسابه لأنه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد و كسبه و الحكم جار فى باقى جوارح الصيد (قوله) (و لو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك)

لأنه صالح للاكتساب برأيه و عقله و ليس آلة صرفه كالكلب و لما كانت يده يد مولاه كان ما يكتسبه للمولى و كأنه مما لا خلاف فيه لأحد

(قوله) (و فى دخول الأجرة تحته نظر أقربه العدم)

و هو الأقوى كما فى الإيضاح و الأصح كما فى جامع المقاصد لأنه استولى على منافعه و قد فاتت بغير رضا المالك فأشبهه ما إذا لم يصد شيئاً و لعل المالك كان يستعمله فيما هو أهم عنده و أنفع له فالمنفعة ملك برأسه و الحاصل بالاصطياد ملك حصل بالاكتساب و الحيابة و أحدهما غير الآخر و كون الاصطياد سببه لا يقتضى كونه إياه و فرق واضح بينه و بين ما إذا اصطاد بأمر المالك (و وجه) الوجه الآخر أنه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفه إليه فلم يتحقق تفويت الغاصب لها على مالكةا و الأجر إنما هو فى مقابلة المنافع و المنافع فى هذه المدة عائدة إلى مالكةا فلم يستحق عوضاً على غيره فكان كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بمنفعته فيصير الحاصل أن ما اصطاده يقابل الأجرة فإن لم تزد لم يجب غيره و إن زادت و جب الزائد و قد وجه بنحو ذلك فى جامع المقاصد و قال لا ريب فى ضعفه و لعله بهذا التوجيه لا يكون بتلك المكانة من الضعف بحيث ينفى عنه الريب و لعله لذلك لم يرجع فى التذكرة و لعل التحقيق أن يقال إن كانت منفعة منحصرة فى الاصطياد أو هى أعلاها فالأولى التداخل و إلا فلا (و يعلم) أن كلامهم هنا يقضى بالفرق بين ما إذا كان الحاصل من المنفعة وجود عين كالغزال مثلاً و بين ما إذا كان منفعة كحياكة الثوب و نحوها و لذلك قالوا هناك إنه لو استعمله فى الأدنى لزمته أجرة الأعلى و لم يلتفتوا إلى قيمة الهيئة و احتمال التداخل كما لاحظوا ذلك هناك فليتأمل فإنه دقيق و مرجع الضمير المضاف إليه فى قوله تحته راجع إلى ما حصل بصيده فكانه قال تحت ما حصل بصيده

(قوله) (و لو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بأفة سماوية ضمن الأرض و الأجرة لما قبل النقص سليماً و لما بعده معيياً)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و هو قضية كلام الإيضاح بل المتعرضون له من العامة موافقون على ذلك لأن الزمن الذى قبل النقص كانت منفعته فيه تامة لسلامته بخلاف ما بعده فإن المنفعة فيه ناقصة لنقص العين و قد وجب أرش الفاتت من حين فواته فلا يجب شىء آخر لأن وجوب أجرة شىء معدوم بعد عدمه لا يعقل و فى جامع المقاصد أن قوله بأفة سماوية لا يخلو من مناقشة لأن فواته بفعل الغاصب أو أجنبى كذلك (قلت) هو كذلك و لكن لعل غرضه التنبيه بهذا و ما بعده على أن تفصيل الشافعية غير وجيه لأنهم قالوا إن كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو سقط يد العبد بأفة سماوية أو نقص الثوب بنشره وجب له الأرض مع الأجرة و هى أجرة مثله سليماً لما قبل النقص و معيياً لما بعده و إن كان النقص بسبب الاستعمال فوجهان أحدهما أنهما يجبان معا و الثانى أنه لا يجب إلا أكثر الأمرين كما سيأتى فعنون المصنف المسألتين على نحو ما ذكره و قال إن الأقرب عدم الفرق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٤٩

و إن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأول فتثبت الأجرة و الأرض (١) و يحتمل وجوب الأكثر من الأرض و الأجرة و لو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأجرة (٢) للمدة السابقة على الغرم و فى اللاحقة إشكال (٣)

بينهما لا كما قالوه و إذا لم يفرق بينهما كان ممن لا يفرق بين الفوات بفعل الغاصب و الفوات بفعل غيره قطعاً كما هو واضح و لما لم يتصور نقص عضو من العبد باستعمال الغاصب لم يمثل به و مثل بالثوب فتأمل

(قوله) (و إن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فألأقرب المساواة للأول فثبت الأجرة و الأرش)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لمكان تعدد السبب فإن الأجزاء الناقصة بدلها الأرش و المنفعة و هي اللبس غيرها فيجب عوضها و هو أجرة المثل لأن الأصل في الأسباب إذا اجتمعت عدم التداخل فإذا ثبتا معا فالحال في الأجرة على حد ما سبق من أنه قبل النقص تجب أجرته سليماً و بعده تجب أجرته ناقصاً فيساوي الأول أعنى ما إذا انتقص بسقوط العضو (و يبقى) الكلام في تصوير ذلك و تحقيقه إذ الثوب في كل يوم يوم يبلى منه جزء بالاستعمال فينبغي أن يكون لكل يوم أرش و لكل يوم أجرة فتأمل و كلام جامع المقاصد في المسألة صريح في أن الثوب مثلي (قوله) (و يحتمل وجوب الأكثر من الأرش و الأجرة)

هذا هو الوجه الثاني من وجهي الشافعية و هو غير الأصح عندهم و قد احتمله في الدروس أيضاً استناداً إلى أن النقصان نشأ من الاستعمال و قد قوبل الاستعمال بالأجرة فلا يجب له ضمان آخر و إلا لوجب ضمانان لشيء واحد (و رده) في التذكرة بأن الأجرة لم تجب للاستعمال و إنما تجب لفوات المنفعة على المالك فتجب و إن لم يستعمل كما أنها تجب و إن لم يفت شيء من الأجزاء فلم يجب ضمانان لشيء واحد (و قد يقال) إنهم لا ينكرون وجوب الأجرة مطلقاً و إنما يقولون حصلت المقابلة فلم يفت على المالك شيء (و احتج) لهم في جامع المقاصد بأن نقص الأجزاء ملحوظ في الأجرة لأن المستأجر لا يضمن الأجزاء الناقصة قطعاً فلو لا أنها ملحوظة لوجب ضمانها و لأن ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائدة على ما لا ينقص به فلو لا كونها ملحوظة لم تتحقق الزيادة و ضعفهما «فالأول» بمنع كون الأجزاء الناقصة ملحوظة و لم لا يكون سقوط الضمان للإذن في الاستعمال الشامل لإتلافها «و الثاني» بأن ثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم انتهى و في الثاني نظر ظاهر و قد سمعت ما احتجوا به إذ مفاده يرجع إلى الثاني هذا (و قد يقال) إذا كان الأرش أكثر كيف يتصور إجزاؤه عن الأجرة (قلنا) إن الأرش أرش أجزاء تلفت بالاستعمال في المنفعة فلو أخذ أجرها يكون أخذ أجرة شيء معدوم بعد عدمه فإن كان الأرش أكثر أغنى عن الأجرة و الفرق بين هذه و ما قبلها ما أشرنا إليه آنفاً من أن نقص عضو من العبد لا يتصور تبعيته للمنفعة بخلاف الثوب هذا و إن لم يكن للمغصوب أجرة كتوب غير مخيط فلا أجرة له على الغاصب و عليه ضمان نقصه لا غير نص عليه في التذكرة هذا و إن لم يكن النقص بالاستعمال لم يتداخل وجهها واحداً كما في جامع المقاصد كما يأتي

(قوله) (و لو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأجرة للمدة السابقة على الغرم و في اللاحقة إشكال)

سيأتي إن شاء الله تعالى أنه إذا غضب عينا فتعذر ردها كعبد آبق أو دابة شردت أو غضبت منه و لم يتمكن من استخلاصها وجب عليه دفع القيمة إلى المالك لمكان الحيلولة و يلزمه أجرة المثل للمدة التي مضت قبل بذل القيمة من دون إشكال (و إنما الإشكال) في الأجرة للمدة التي بعد بذل القيمة فهل تلزمه الأجرة لها أم لا و قد قرب في التذكرة لزوم و الوجوب و قال إنه أصح وجهي الشافعية لأن حكم الغصب باق و إنما وجبت القيمة للحيلولة فيضمن الأجرة لفوات المنفعة و لأن العين باقية على ملكه و المنفعة له و هو قضية كلام المبسوط و مال إليه في المسالك و كأنه قال به في مجمع البرهان و هو الأصح و قرب في التحرير و الإرشاد و الإيضاح العدم و في الشرائع أنه أشبه لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأن المغصوب عاد إليه و هي الواجبة عليه فإذا دفعها برئ و لأنه استحق الانتفاع ببذله و عوضه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٠

إشارة

و القيمة العليا في غيره على رأى (١) و لو تلف المثلى في يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرمه حتى فقد

ففي القيمة المعترية احتمالات (٢)

(الأول)

أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف و لا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال (٣)

الذى يقوم مقامه فإذا قبضه المالك لم يستحق الانتفاع به إذا لم يبق له من ذلك المال على الغاصب حق و إلا لم يكن عوضاً لكن هذا لا- يتم مع الحكم ببقائها على ملك المالك و إنما (و أن خ ل) نماؤها له و عدم وجود مسقط للضمان عن الغاصب لها فإنه لا يكون إلا بردها أو بالمعاوضة عليها على وجه تنتقل به عن ملك مالكتها و لم يحصل و في جامع المقاصد المسألة محل توقف و نحوه ما في الدروس و الكفاية و يأتي لصاحب جامع المقاصد أن الذى يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان قال نعم على القول بأن للغاصب حبس المغصوب إلى أن يقبض البديل يتأتى عدم وجوب الأجره بعد دفعه انتهى فتأمل و الوجهان جاريان في الزوائد الحاصلة بعد بذل القيمة هل هي مضمونة على الغاصب أم لا و يأتي الكلام فيها عند تعرض المصنف لها (و ليعلم) أنه حيث تجب الأجره تجب أجره العمل الأوسط كما تقدم بيانه هذا (و لو) كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب كان غيب العبد إلى مكان بعيد و تعذر رده و غرم القيمة فهل يجرى الوجهان في المدة اللاحقه أو تجب عليه الأجره لها من دون إشكال لأنه غيبه باختياره فهو باق في يده و تصرفه فلا تنقطع علائق الضمان عنه بخلاف الآبق و الشارد فليتأمل (و ليعلم) أن محل النزاع في اللاحقه ما إذا رد العبد أما لو استمر الإباق أو لم يعرف خبره فلا أجره لللاحقه نعم لو عرف بالبينه أنه مات بعد أخذ القيمة للحيلولة بشهر أو سنه أو نحو ذلك أخذ أجره ذلك و لو استمر الاشتباه لم يأخذ شيئاً لأن الشارع جعله حين أخذ القيمة في حكم المعدوم فيستصحب (قوله) (الركن الثالث الواجب) (و هو المثل في المثلى و القيمة العليا في غيره على رأى)

جعل أركان الضمان ثلاثة موجه و محله و واجبه بمعنى ما الذى يضمه أ هو المثل أو القيمة و هذا يقضى مع التبادر و وصف القيمة بالعليا و اضمحلال خلاف أبى على بأن يكون قوله على رأى إشارة إلى الخلاف فى أن الواجب القيمة العليا أم غيرها كما فهم ذلك من العبارة فى كثر الفوائد و جامع المقاصد لأن كان أعظم أركان الضمان و أما تقديم ذكره فإنما كان بالتبع لأنه لما قسم المحل إلى حيوان و غيره و قال إن الحيوان يضمن بالقيمة و جب أن يذكر غيره فذكر الخلاف هناك و اكتفى بالإشارة إليه هنا و جعل فى الإيضاح قوله على رأى إشارة إلى قول أبى على من أن المثلى يتخير فيه المغصوب منه بين القيمة و المثل كما تقدم بيانه و لو كان كذلك لقال و هو المثل فى المثلى على رأى و القيمة العليا فى غيره

(قوله) (و لو تلف المثلى فى يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعترية احتمالات)

قد عرفت أنها للشافعية و أنها عشرة و أنه ذكرها فى التذكرة (و قد يقال) قد تقدم من المصنف أن الواجب قيمة المثل يوم الإقباض فما وجه هذه الاحتمالات (قلنا) ذكر الاحتمالات لا ينافى اختياره و إن كان ذكر الفتوى عند ذكرها أقرب إلى الفهم و أبعد عن الوهم (و التقييد) بوجود المثل عند التلف و عدم التسليم له إلى أن فقد قد وقع فى التذكرة و المسالك و الكفاية (و وجهه) أنه حينئذ يكون قد استقر فى ذمته فيرجع إلى قيمته و فى تعيينها الاحتمالات و قضيه ذلك أنه لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف فالواجب قيمة

التلف و هو الذى استظهره فى جامع المقاصد و قد ترك التقييد بذلك فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس بل قال فى الأخير فإن تلفت فعليه ضمان المثل فإن تعذر فقيمه يوم الإقباض سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين أم لا انتهى فتأمل فيه و لعله أراد بالتسليم الفقد و يجرى ذلك فيما إذا أتلّف المثل على غيره من دون غضب و لا إثبات يد (قوله) (الأول أقصى قيمته من يوم الغضب إلى يوم التلف و لا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال) قال فى الإيضاح مأخذ الأول و الثانى أن عند إعواز المثل هل الواجب قيمة المغضوب لأنه الذى تلف على المالك أو قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف و إنما رجعنا إلى القيمة

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 ٦، ص: ٢٥١

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٦، ص: ٢٥١

(الثانى)

أقصى قيمته من وقت تلف المغضوب إلى الإعواز (١)

(الثالث)

أقصى القيم من وقت الغضب إلى الإعواز (٢)

لتعذره قال المصنف كل منهما محتمل فإن قلنا بالأول اعتبرنا الأقصى من وقت الغضب إلى وقت تلف المغضوب و إن قلنا بالثانى اعتبرنا من وقت تلف المغضوب لأن المثل حينئذ يجب إلى وقت الانقطاع انتهى و ما حكاه عن المصنف يحتمل أنه أراد أنه سمعه منه أو أراد ما ذكره فى التذكرة فإن ذلك عين عبارتها لأنه فى آخر كلامه حكى بناء الوجهين على ذلك فعلى هذا يكون الضمير فى قيمته راجعا إلى المغضوب و هو الذى فهمه فى كثر الفوائد و يرشد إلى ذلك قوله فى الكتاب و التذكرة و لا اعتبار بقيمة الأمثال و قوله من يوم الغضب إلى يوم التلف لأنه المفهوم من يوم غضبه إلى يوم تلفه بل لا يكاد يتم فى الأمثال (و عندي) أن عبارة التذكرة قابلة لأن يراد منها ذلك أو ظاهرة فيه و لا سيما إذا اعتضدت بما سمعته مما ذكره فى الإيضاح أخيرا و إن فهم منها فى جامع المقاصد خلافاً لذلك (قال) فى التذكرة فى الاحتمال الأول أن الواجب أقصى قيمته من يوم الغضب إلى يوم التلف و لا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله يوم تلفه كما فى المتقومات و لأن المثل جار فى الوجوب مجرى المغضوب فإذا تعذر صار بمنزلة تلف المغضوب و المغضوب إذا وجبت قيمته وجب أكثر ما كانت من حين الغضب إلى حين التلف (قال) فى جامع المقاصد إن التعليل الثانى كالصريح فى أن المراد قيمة المثل (قلت) إن كان هذا كالصريح فقوله و لا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله لا يكاد يصح إلا أن يكون المراد قيمة المغضوب فتأمل ثم إنه استنهض على إرادة ذلك من عبارة الكتاب و أن الضمير عائد إليه لا إلى المغضوب أنه أى المثل هو المحدث عنه و المطلوب معرفته قيمته و أن الظاهر أن مرجع الضمير فى الكل واحد و إلا للزم الاختلاف بغير مائز (قال) و لا ريب أن الضمير فى قيمته فى الاحتمال الثانى إنما يعود إلى المثل و أن القيمة المذكورة فى باقى الاحتمالات هى قيمة المثل فالظاهر أن هذا الاحتمال أيضا كذلك (قلت) هو جيد جدا لكن ولده و ابن أخته أدرى بمراده و هما أصحاب بيت (و وجهه) ما لاقاه هو ما أشير إليه فى بناء الوجهين

من أن الواجب المثل مع وجوده فمع فقدته جرى مجرى ما لا مثل له فوجبت القيمة ولأن التالف على المالك هو المغصوب لا مثله فوجبت قيمته (و وجه) ما فى جامع المقاصد أنه لما كان تلف المثلى و المثل موجود وجب المثل و انحصر الوجوب فيه و صار الأصل متروكا أعنى كون التالف على المالك هو المغصوب لا مثله فتجب قيمته لأن المغصوب سقط وجوبه من الذمة و انتقل الحكم إلى المثل فإذا تعذر وجبت القيمة نظرا إلى جميع أوقات الضمان و هو من حين الغضب إلى حين التالف فاعتبر أعلاها قيمة بناء على وجوب القيمة العليا فى القيمى و لا- ينظر إلى قيمة الأمثال بعد تلف المغصوب بل من حين الغضب إلى حين التالف خاصة كما فى المتقومات فإننا إنما نعتبر القيمة فيها من الغضب إلى التالف على ذلك التقدير انتهى (و أنت خير) بأن نزاعه مع الشارحين حينئذ يعود لفظيا لأن قيمة المثل من يوم غضب المغصوب إلى يوم تلفه هى قيمة المغصوب من يوم غضبه إلى يوم تلفه على أن الوجهين لو تما قضا باعتبار قيمة المغصوب فى الأول و الأمثال فى الثانى إلى حين التسليم فلم يفصيا إلى المطلوب كما سيظهر لك ذلك مما أتى و لم يذكر هذا الاحتمال فى المسالك و الكفاية مع أنهما قد ذكر فيهما خمس احتمالات أيضا (قوله) (الثانى أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز)

قد سمعت ما وجهه به فى الإيضاح و الضمير هنا راجع إلى المثل قطعا و فى جامع المقاصد أن (وجهه) أن انتقال الحكم إلى المثل إنما هو عند تلف المغصوب و بعد تعذره انتقل الفرض إلى القيمة (و ضعفه) بما تقدم فيما سلف من أن المثل لا يسقط من الذمة بتعذره إذ الدين لا يسقط بتعذر أدائه و لهذا لو تمكن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة فما دام لا يأخذ المالك القيمة فالمثل ثابت فى الذمة بحاله

(قوله) (الثالث أقصى القيم من وقت الغضب إلى الإعواز)

وجهه فى التذكرة و الإيضاح بأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب من أنه كان مأمورا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٢

(الرابع)

أقصى القيم من وقت الغضب إلى وقت دفع القيمة (١)

(الخامس)

القيمة يوم الإقباض (٢)

و لو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة بخلاف القدرة على العين (٣) و لو أتلّف مثليا فظفر به فى غير المكان فالوجه إلزامه (٤) بالمثل فيه و لو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم بأن أتلّف عليه ماء فى مفازة ثم اجتمعا على نهر أو أتلّف جمدا فى الصيف ثم اجتمعا فى الشتاء احتمل المثل و قيمة المثل فى مثل تلك المفازة أو الصيف (٥)

بتسليم المثل كما كان مأمورا برد العين فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة فى المدتين كما أن المتقومات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى و لا- نظر إلى ما بعد انقطاع المثل كما لا- نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم انتهى (و حاصله) أن المثل لما جرى مجرى المغصوب كانت قيمته فى جميع زمان ضمان المغصوب مضمونة إلى زمن تعذره كما عرف ذلك من الوجهين فى الاحتمالين الأولين و هو أصح الاحتمالات عند الشافعية

(قوله) (الرابع أقصى القيم من وقت الغضب إلى وقت دفع القيمة)

وجهه فى التذكرة و الإيضاح بأن المثل لا يسقط بالإعواز ألا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به و إنما

المصير إلى القيمة وقت تغريمها و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم (و حاصله) أن قيمة المثل معتبرة من زمن وجوبه أو وجوب مبدله فإنها مضمونة بضمان أصلها فيجب الأقصى تفرعا على إيجاب أعلى القيم و فى الإيضاح أنه الأصح

(قوله) (الخامس يوم الإقباض)

هذا هو الأصح و قد تقدم بيانه

(قوله) (و لو غرم ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة بخلاف القدرة على العين)

هذا تقدم الكلام فيه أيضا

(قوله) (و لو أتلّف مثليا و ظفر به فى غير المكان فالوجه إلزامه)

كما فى السرائر و التذكرة و المختلف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و قال فى الأول أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب (و وجهه) أن وجوب رد المظلمة ثابت على الفور فلا يجوز التأخير و لا تراعى مصلحة من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال فلا فرق بين كون المثلى فى مكان المطالبة أعلى قيمة أو لا و لا بين كون حمله يحتاج إلى مئونة أم لا كما هو قضية إطلاق بعض هؤلاء و نص البعض الآخر على ذلك و قال فى المبسوط ما حاصله على طوله إذا اختلفت القيمة للمالك قيمته فى بلد الغصب أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفى ذلك للضرر المنفى و هو المحكى عن القاضى و الشافعى (و فيه) مع فورية الحق أن تأخير الأداء و رد المظلمة ضرر على المالك و الضرر لا يزال بالضرر و إذا تعارض الضرران فى الغصب فالترجيح لنفى ضرر المالك إذ الضرر المنفى إنما هو من شرع الحكم و الغاصب هنا أدخله على نفسه مضافا إلى أنه يؤخذ بالأشق لا بالرفق (و لو) انعكس الفرض كأن ظفر به فى غير محل الفرض و الإلتلاف للمثل و كانت قيمته أقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البديل إلى موضع الإلتلاف إذا كان حمله يحتاج إلى مئونة و كان غير بلده احتمالا كما فى جامع المقاصد من دون ترجيح و لعل الأشبه أن له ذلك

(قوله) (و لو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقييم بأن التلف عليه ماء فى مفاضة ثم اجتمعا على نهر أو أتلّف جمدا فى الصيف ثم اجتمعا فى الشتاء احتمل المثل و قيمة المثل فى تلك المفاضة أو الصيف)

(الاحتمال الثانى) خيرة التذكرة و كذا الإيضاح و فى الدروس أنه يحتمل ذلك قويا و فى جامع المقاصد نسبه إلى الأصحاب و غيرهم و قال لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم و قد عرفت المتعرض له من الأصحاب ثم إنه نسب إلى الدروس الجزم به و قد عرفت أنه إنما احتمله و الظاهر أنه أراد بغيرهم الشافعية لأنه يظهر من التذكرة أنه مذهبه (و وجهه) أنه لا قيمة له أصلا كما هو المفروض فى صريح جامع المقاصد و ظاهر الكتب الباقية أو صريحها حيث يسمونه بخروجه عن التقييم و كما هو المتبادر من الأمثلة بل هو الواقع فيها لأن الجمد فى الشتاء لا قيمة له و لما خرج عن المالىة بالكلية خرج عن كونه واجبا فتعين الرجوع إلى قيمة المغصوب فى مكان الإلتلاف أو زمانه فلو بقى له قيمة و إن قلت فالمثل بحاله كما هو صريح جامع المقاصد و قضية ما لعله يفهم من كلام التذكرة (و عساك تقول) لو أتلّف عليه ماء فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٣

و لو أتلّف آنية الذهب فى ضمان الزائد بالصنعة إشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره و عدمها (١) فإن أوجبناه فى التضمن بالمثل إشكال ينشأ من تطرق الربا و عدمه لاختصاصه بالبيع (٢)

المفاضة و اجتمعا على شط بغداد لم لا يكون له قيمة مثله فى أقرب البلدان إلى الشط المذكور (قلنا) لما كان مثله الذى فى الشط لا قيمة له فالعدول إلى قيمة مثله الآخر غير معقول فتعين الرجوع إلى قيمة عين المغصوب فى مكانه أو زمانه فتأمل (و وجه الأول) إطلاق الإجماع و الفتاوى على وجوب المثل فى المثلى من دون تفاوت بالزمان و المكان و قال فى الإيضاح وجه الأول إطلاق النص بوجود المثل و اختلاف الزمان و المكان اختلاف فى أمور خارجة عن الماهية و صفاتها ثم حقق أن المماثلة هل هى باعتبار اتحاد

الماهية أو مع التساوى فى المنافع و القيمة و المتعارف فى الأصول الأول و باعتبار الماهية الثانية و هو الأصح لأن الاعتبار فى المعاملات و الضمانات بالقيمة لعدم ملك ما لا قيمة له و عدم ضمانه فلا تصح المعاملة عليه فتكون معتبرة فى المماثلة من جهة الماهية انتهى (قلت) قد عرفت أنه لا- نص فى الباب و لعله أراد نص الكتاب المجيد و هذا التحقيق لا- حاصل له يستند إليه و فى التذكرة أنهما لو اجتماعا فى مثل تلك المفازة أو فى الصيف و قد أخذ القيمة هل يثبت التراد الأقوى عندى المنع و استجوده المحقق الثانى لأن المثل ليس هو عين المال و قد انحصر الحق فيما أخذه

(قوله) (و لو أتلغ آنية الذهب ففى ضمان الزائد بالصنعة إشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره و عدمها)

عدم ضمان الزائد بالصنعة بناء على تحريم اتخاذ الآنية خيرة المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و مجمع البرهان و فى الإيضاح أنه أولى و فى الكفاية أنه قطع به الأصحاب «قلت» من تعرض له قطع به إلا المصنف حيث استشكل و ولده حيث قال أولى (و وجه) ما عليه الأكثر أن الغصب لا يصير ما لا قيمة له شرعا ذا قيمة و لا يجعل ما هو محرم يجب إتلافه على جميع المكلفين لأن كان منكرا و لا- يشترط فيه نية القربة غير محرم فكان الغاصب و غيره فيه سواء (و نظر المصنف) إلى أن هذا الاستيلاء مضمون لكونه عاديا و جميع ما ينقص فيه مضمون و للصنعة فى حد ذاتها قيمة و إن كانت محرمة فى نظر الشارع و قد عرفت أنه لا- يتصور العدوان بإزالة المحرم و رفع المنكر و إن قلنا بجواز اتخاذها كان كما لو أتلغ حليا فإنه لا إشكال حينئذ فى ضمان الزائد بالصنعة فيه هذا (و ربما) قيل بأنه يلزم المصنف مثل ذلك فى آلات اللهو و يمكن الفرق بالتفاوت فى التحريم فإنه هناك أغلظ بخلاف الآنية

(قوله) (فإن أوجبناه ففى التضمن إشكال ينشأ من تطرق الربا و عدمه لاختصاصه بالبيع)

أى إن أوجبنا ضمان الصنعة ففى تضمين الآنية بمثل جوهرها إشكال لوجوب الزيادة فى مقابلة الصنعة فيجىء احتمال ثبوت الربا و عدمه نظرا إلى التردد فى عمومه المعاوضات أو اختصاصه بالبيع (قلت) هذا الإشكال جار فى الصنعة المحللة إذا زادت بها القيمة كالحلى (و الذى) فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة فى موضع منها أن الأصل أى النقرة تضمن بالمثل و الصنعة بالقيمة أى أجره مثل تلك الصنعة و فيها جميعا ما عدا الإرشاد أنه لا ربا لتغايرهما و لهذا تضمن لو أزيلت مع بقاء العين و يصح الاستيجار عليها و فى الدروس أنه يشكل بعموم الربا و قال فى المسالك يشكل بأنه لم يخرج بالصنعة عن أصله مع تصريحهم فى باب الربا بأنه لا فرق بين المصوغ و غيره من المنع من المعاوضة عليه بزيادة و أنا نمنع من بقاءه مثليا بعد الصنعة لأن أجزاءه ليست متفقه القيمة إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متصله ثم قال إن ضمانها بالقيمة أظهر و قد قربه فى موضع من التذكرة و احتمله مولانا الأردبيلي و احتمل فى الدروس ضمانها بمثلها مصوغه إن أمكن المماثلة كالنقدين و هو بعيد و ظاهرهم الاتفاق على عدم سقوط ضمانها (و قضية) قوله فى الدروس يشكل بعموم الربا أن قضية كلام المبسوط و ما ذكر بعده اختصاصه بالبيع و هو كذلك و هو الذى حكيناه عن هذه الكتب فى باب الربا لكن هؤلاء لا يحتاجون إلى التعليل بالتغاير بل الاستناد إليه يغير كلامهم فى باب الربا و ما فهمه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٤

و لو اتخذ من السمسم (١) الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم و الشيرج و الكسب و الأرش إن نقصت قيمته (٢) أو بالشيرج و الناقص من السمسم (٣) و لو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففى وجوب الشراء نظر (٤) و لو أبق العبد ضمن فى الحال القيمة للحيلولة فإن عاد ترادا (٥)

فى الدروس خلاف ما فهمه منهم فى المسالك حيث قال و إن عممناه قيل كان الحكم كذلك و كأنه لحظ التعليل هذا (و لو) تلفت الصنعة فقط فإنه يضمها و لا حجر فى كون ضمانها من جنس جوهر الإناء لانتفاء الربا هنا

(قوله) (و لو اتخذ من السمسم الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم)

هذا الفرع لم نجده في غير هذا الكتاب و به اعترف أيضا في جامع المقاصد و قد خيره المصنف بين ثلاثة أمور (الأول) أن يطالبه بالسمسم لأن عينه بمنزلة التالف فيرجع إلى المثل

(قوله) (و بالشيرج و الكسب و الأرش إن نقصت قيمته)

هذا هو (الثاني) و وجهه أنه مال المالك و إن تغيرت صورته و صفاته لكن إن نقصت القيمة عن قيمة السمسم ضمن الأرش لأن النقصان بفعل الغاصب

(قوله) (أو بالشيرج و الناقص من السمسم)

هذا هو (الثالث) و ظاهره أنه يطالبه بالشيرج و الناقص من نفس السمسم فيأخذ مثل ما نقص بأن ينسب الشيرج إلى عين السمسم و في جامع المقاصد أنه بعيد و لا يكاد يتحصل له معنى لأنه لا يعرف نسبة الشيرج إلى عين السمسم فاستظهر أن المراد الناقص من قيمة السمسم قال و وجهه أن الكسب أقرب إلى التلف لأنه تفل الشيرج و قال ما ذكره المصنف في هذه المسألة لا يستقيم لأنه إن بقي المال بعد تغير صورته و صفاته على ملك المالك لم يكن له اختيار في المطالبة بالبدل و إن خرج بالفعل المذكور لم يكن له أخذه باختياره مع أن تصرف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأي وجه كان على الأصح و لا وجه لما ذكره هنا و ينبغي الثبت في تأمله إلى أن يظهر الصواب انتهى

(قوله) (و لو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر)

كما قال في التذكرة و الأقرب الوجوب كما في التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد لصدق القدرة على المثل لأنه كالعين و ردها واجب و إن لزم في ثمنه أضعاف قيمته و الضرر لا يزال بالضرر و الغاصب مواخذ بالأشق (و وجه) الوجه الآخر أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى و أنه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف قيمة المثل و هو ضرر و ضمان لأكثر من القيمة إذ لا فرق بين أخذ المالك لها أي للزيادة و أخذ البائع و أنه لو خاف اللص على الزائد لم يجب المثل فكيف نوجبه هنا «١» و فرق بينهما بافتراق العوض و الثواب و معناه أن اللص حيث يأخذ الزائد يكون العوض عليه و إذا اشترى بالأكثر يكون الزائد على الله تعالى لأنه فعل ممتثلا لأمره (و فيه) أن الآخر أيضا يرجع بالآخره إلى الله تعالى و يمكن الفرق بالمهنة و عدمها كما في ماء الوضوء إن كانت مسألة اللص مسلمة و إلا فالنزاع فيها جار أيضا

(قوله) (و لو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فإن عاد ترادا)

هذا معنى ما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان و كذا المسالك و الكفاية و الإيضاح و في الخلاف و الغنية أنه عليه القيمة و أن مالك العين إذا أخذها أي القيمة ملكها بلا خلاف و ظاهرهما نفيه بين المسلمين و قد ذكر أن ضمان القيمة للحيلولة في المبسوط و الخلاف و الغنية و التذكرة و المسالك و ظاهر هذه الكتب أن ذلك مجمع عليه أيضا و أنهم ليأخذونه مسلما كما تقدم و يأتي و من تتبع كلامهم في المسألة و حاول جمعه جميعه و ضم بعضه إلى بعض كان حاصله أنه إذا تعذر عادة رد العين على الغاصب عند طلب المالك لها و جب على الغاصب أن يدفع البدل مثلا أو قيمة فإن رضى المالك بالبدل على وجه المعاوضة ملكه ملكا مستقرا لا يزول بالقدرة على العين بعد ذلك و إن أخذه على وجه البدلية لمكان الحيلولة لا المعاوضة ملكه و نماؤه المنفصل له لكن متى عادت العين كان لكل منهما الرجوع في ماله فيجبر الآخر على رد ما بيده سواء في ذلك الغاصب و المالك بل لا يجوز للمالك إمساك

(١) معناه أنه إذا لم يمكنه اللص من إيصال المثل إلى المالك إلا بأزيد من ثمنه فعليه حينئذ المثل «منه».

و للغاصب حبس العبد إلى أن يرد القيمة عليه على إشكال (١)

القيمة و غرامة مثلها لكن سيأتى لولد المصنف أن الأولى أن لا يجبر المالك على إعادة البدل و للمصنف الاستشكال فى ذلك و قضية كلامهما أنه لا يجبر أيضا على غرامة مثله و لا قيمته و أما العين المضمونة فهى باقية على ملك مالكة مطلقا و نماؤها له متصلا و منفصلا و إنما ملك العوض للحيلولة بينه و بين ملكه لكونه عوضا حتى لو اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع و نحوه ليملك الغاصب العين و هذا خلاصة ما ذكره فى مواضع من التذكرة و غيرها و ظاهرها (أى التذكرة ح) أن ذلك كله محل وفاق حيث لم ينسب فيها الخلاف إلا إلى أبى حنيفة فى بعض هذه الأحكام كما ستعرف و قد سمعت ما حكيناه عن الخلاف و الغنية و ما استظهرناه منهما و من غيرهما بل نسب كل ذلك فى المسالك و كذا الكفاية إلى إطلاق الأصحاب و بعد ذلك فهذا كله موافق لقواعد الباب و أصول المذهب لأنه إذا لم يملك المغصوب منه القيمة كانت محض ضرر عليه و الغرض المحافظة على وصول ملكه أو بدله إليه على الفور و بقاء العين على ملك المالك لا يمنع كون الملك لا مالك له و لا ناقل إلى الغاصب و ستعرف معنى الحيلولة و لم نجد من تأمل فى ذلك قبل المصنف و ولده فيما يأتى فى خصوص ما عرفت و قبل المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى أصل المسألة قال الأول أن هنا إشكالا فإنه كيف تجب القيمة و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه و جعلها فى مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه و قد أخذ الشهيد الثانى فأبرزه بعنوان آخر قال لا يخلو ذلك من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح و لو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلا و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف كان وجهها فى المسألة و قد حكاها عنه صاحب الكفاية مستحسنا له (قلت) قد عرفت أن وجوب القيمة و تملكها بالأخذ لا خلاف فيه بين المسلمين كما أن الظاهر أن الضمان للحيلولة كذلك كما أن بقاء العين على ملك المالك و عدم دخولها بعد بذل العوض فى ملك الغاصب لا خلاف فيه إلا من أبى حنيفة و هذه الثلاثة تقضى بأن الجمع بين العوض و المعوض إنما يمتنع إذا كانا فى يده و تحت تصرفه و كان أحدهما فى مقابلة الآخر و أما إذا كان أحدهما خارجا عن يده و تصرفه ظلما و عدوانا و قد أخذ ذلك العوض عوضا عن مظلمته التى يجب عليه ردها عليه فورا و جبرا عما فاتته من منفعتها و لم يكن فى مقابلة نفس العين المغصوبة فلا مانع منه عقلا و شرعا بل هما حاكمان بذلك فهذا معنى جعلها فى مقابلة الحيلولة فقد اتضح معناه و علم مبناه و أنه الإجماع كما عرفت (و ما فى المسالك من أن الغاصب يملك العين ملكا مترزلا خرق للإجماع البسيط و المركب و ذلك لأن أصحابنا متفقون على أنه لا يملك و القائل من العامة بأنه يملكه يقول بأنه يملكه مستقرا إذا حكم الحاكم بقيمة المغصوب أو قامت بها البيئنة و أما إذا أخبره الغاصب بقيمته و كانت أقل من قيمته واقعا فإنه يملكه ملكا مترزلا فقول المسالك خرق لإجماعنا البسيط و إجماعهم المركب نعم ملك المالك للقيمة مترزلا كما قضت به كلمات جماعة و صرحت به عبارات آخرين كالمصنف فى التذكرة و الكركى فى جامع المقاصد و المخالف فخر الإسلام فى الإيضاح و المصنف استشكل ذلك كله كما يأتى (و ليعلم) أنه يجب على الغاصب دفع البدل فورا إذا طلبه المالك و يكفى لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور و لا إشكال فى شىء من ذلك و إنما الإشكال فيما إذا كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلا فهل يجب دفع البدل قال فى جامع المقاصد فيما يأتى أن إطلاق كلامهم يقتضى الوجوب و يناسبه أن الغاصب مؤاخذ بالأشق قال و لم أقف على تصريح بنفى و إثبات (قلت) الظاهر من كلامهم كما سمعته أن المتمكن بعد يوم أو يومين أو ثلاثة غير متعذر عليه الرد عادة فلا يجب عليه دفع البدل فتأمل و تمام الكلام فى المسألة و أطرافها عند تعرض المصنف لها فيما يأتى

(قوله) (و للغاصب حبس العبد إلى أن يرد القيمة عليه على إشكال)

الأقرب أنه ليس له ذلك كما فى التذكرة و هو الأولى كما فى الإيضاح و الأصح كما فى جامع المقاصد لأن دفع القيمة لم يكن على سبيل المعاوضة حقيقة و قد كان تسليم العبد واجبا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٦

فإن تلف العبد محبوبا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الأولى (١) و لو تنازعا فى عيب يؤثر فى القيمة فى تقديم أحد الأصلين نظر (٢)

فورا فيستصحب و لا- يجوز حبس مال فى مقابلة مال آخر قد حبسه مالك المال ظلما لأن من ظلم لا يظلم و جزم فى التحرير بأن له ذلك لأنه قد دفعها عوضا فله حبس المعوض إلى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات و من ذلك يعرف الوجه فى استشكال المصنف و محل الفرض ما إذا لم يعلم أنه لا يردها عليه و إلا فله المقاصة (قوله) (فإن تلف العبد محبوبا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الأولى)

هذا مبنى على جواز الحبس كما هو الظاهر من سوق العبارة و مما سلف له من اختيار أن الواجب أعلى القيم إذ لو لم يكن مبنيا على جواز الحبس ما عدل عن مختاره و هو الذى فهمه ولده فى الإيضاح و صاحب جامع المقاصد (و وجه) القرب أن حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس إلى أن يقبض ما دفعه للحيلولة و هذه اليد غير الأولى لكونها مستحقة و لوجوب رد المالك القيمة الأولى فإذا تلف ضمن بقيمته يوم التلف فيسترجع القيمة الأولى و كان حقه أن يقول يسترجع الزائد كما صرح بذلك كله فى جامع المقاصد و حاصله أن العين لما كانت باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب و قد خرجت عن كونها غصبا بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة و جبت قيمة يوم التلف كما هو ظاهر و منه يعلم حال ما فى الإيضاح و كنز الفوائد (قال فى الأول) فى وجه القرب أن حكم الغصب قد زال يرد القيمة و هذه اليد غير الأولى إلى آخر ما ذكر و لا ريب أنه أراد برد القيمة و جوب رد المالك لها الذى جاز حبس العين فى مقابلته و إن كان ظاهر العبارة خلاف ذلك لأنه لا يجوز أن يراد برد القيمة دفع الغاصب لها لمكان الحيلولة لأن ذلك لا يزول به حكم الغصب و قال فى وجه العدم أنه إنما يستحق رد الأولى بدفع العين و لم يحصل و الحصول فى يد الغاصب لا يؤثر فى زوال ملكية المالك للقيمة التى فى يده لأن يد الغاصب موجبة للضمان فيستقر ملك المالك على القيمة الأولى إن كانت أكثر قال و هو الأقوى عندي (وفيه) أنه إذا كان مبنى المسألة على جواز الحبس كان حكم الغصب زائلا- و كانت ملكية المالك للقيمة زائلة لوجوب ردها عليه فلم تكن يد الغاصب موجبة للضمان أصلا كما هو الأصل (وقال) السيد العميد على ما حكى عنه هذا إنما يتمشى على وجوب قيمة يوم التلف أما لو أوجبنا له الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الأولى و الثانية و كأنه لم يبنه على جواز الحبس الظاهر من كلامه كما عرفت أو بناه و لم يلتفت إلى ما ترتب عليه و قد حكاه برمته عنه فى جامع المقاصد ثم وجهه له بأنه إن كان الأقل هو القيمة الأولى فإنه قد دفعها عوضا عن العين باستحقاق فلا يجب ما سواها و إن كان الأقل هو الثانية فهى المستحقة بالتلف لأن الأولى للحيلولة و قد زالت بجواز الحبس ثم قال و فيه نظر لأن المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين قطعا و لهذا لا تخرج العين بذلك عن ملك المالك و لا يستقر ملكه على المدفوع انتهى و لعل الأقل فى كلامه من طغيان القلم أراد أن يثبت الأكثر فأثبت الأقل كما هو الموجود فى ثلاث نسخ و على تقدير الأكثر لم يكن السيد العميد بنى ذلك على ما ذكر بل بناه على أن الواجب فى كل مغضوب إذا تلف أعلى القيم من دون التفتات إلى دفعها عوضا أو استحقاقها بالتلف فليلاحظ ذلك كله (قوله) (و لو تنازعا فى عيب يؤثر فى القيمة فى تقديم أحد الأصلين نظر)

إذا أتى الغاصب بالعبد و به عيب العور مثلا و هو حى فادعى الغاصب سبقه على الغصب و ادعى المالك سبق الغصب عليه تعارض الأصلان و كذلك الحال فيما إذا كان العبد قد مات أو خفى خبره و لا كذلك لو كان قد مات أو خفى خبره و ادعى الغاصب أن به عيب العور مثلا و أنكر ذلك المالك بالكلية كما ستعرف (فعلى الفرض الأول) يتعارض الأصلان كأن يقال العور حادث و الأصل تأخره عن الغصب و الغصب حادث و الأصل تأخره عن العيب و أيضا الأصل عدم حدوث ما يوجب هذا العيب بعد الغصب معارض بأصل عدم حدوث ما يوجب قبل الغصب و يعضد الأول أصل البراءة و يعضد الثانى أصل السلامة و هو بمعنى الغالب الراجح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٧

.....

و بمعنى القاعدة لأن الشارع أرسى قواعد شرعه على السلامة و ليس أحدهما واردا على الآخر و لا ناقلا عنه بل كما أن الأصل في بنى آدم السلامة كذلك الأصل في بنى آدم عدم شغل الذمة فينبغي أن ينزع في الترجيح إلى القوة و لا ريب أن أصل البراءة أقوى لأنه قد دل عليه العقل و النقل و أصل السلامة بمعنييه كالأصل في الاستعمال الحقيقة منشؤه الظن و الرجحان و الغلبة فيقدم قول الغاصب كما هو خيرة المبسوط و السرائر و ظاهر المختلف أو صريحه (و مما) ذكر يعلم حال ما قاله في جامع المقاصد و المسالك في وجه النظر قال ينشأ من تعارضهما فإن الأصل براءة الذمة من أرش ذلك و الأصل السلامة في العبد إلى حين إثبات اليد فتعارضها أوجب التردد ثم قال لا يخفى أن التعارض غير واضح لأن أصل السلامة من العيب يقتضى شغل ذمة الغاصب بضمان جميع العبد و مع ذلك لا يبقى أصل البراءة لوجود الناقل عنه و لأن الأصل عدم تقدم العيب و هو معنى ما أجمله في الإيضاح و أنت إذا لحظت ما حررناه عرفت أن في كلامهم نظرا من وجوه (و تحرير المسألة) أن يقال إنه لما خلق تاما كما هو المفروض في كلامهم حيث يمثلون بالعمور و لم يمثلوا بالكمه كان التمسك بأصل السلامة تمسكا باستصحابه فمعناه أنا نستصحب السلامة إلى حال رؤيته و قد رأيناه في يد الغاصب أعور فيكون مضمونا عليه و العيب حدث بعد الغضب مضافا إلى أنه حادث و الأصل تأخره و عدم حدوث ما يوجب قبل الغضب (و أما) التمسك بأصل البراءة فيكون باستصحابه و به نفسه فمعنى التمسك باستصحابه أن يقال خلق هذا الغاصب و ذمته بريئة من هذا العيب فيستصحب إلى حال رؤيته و ذلك يقضى بأنه حدث قبل الغضب مضافا إلى أن الغضب حادث و الأصل تأخره و عدم حدوث ما يوجب هذا العيب بعد الغضب فكانت الأصول الستة متعارضة ففرعنا إلى الترجيح المتقدم (و قولهم) إن أصل البراءة متأخر عن أصل السلامة و مقطوع به غير صحيح على هذا التحرير نعم لو تمسكنا به نفسه الآن و قلنا الراجح الغالب البراءة لا بمعنى استصحابه تم ما ذكره و هو الذى أوقعهم في هذا الوهم و يرشد إلى ذلك موافقتهم لنا فيما إذا كان العيب الحادث الذى يدعيه الغاصب أصلا في الخلقة كأن ادعى أنه أكمه أو ولد أعرج أو بلا يد فإنهم قالوا لا يتم الأصل إلا بمعنى الغالب فإن السلامة في الخلقة غالبه راجحه و معارضة بأصالة براءة الذمة من ذلك فيقدم قول الغاصب من ذلك و هذا كما ترى يشهد لما قلناه كما هو واضح لمن تأمل و الأعجب من ذلك أن المحقق في الشرائع لم يحرر ذلك كما ستمسح (و لا ريب) أنه إذا علم تاريخ أحدهما و شك في الآخر كان الأصل تأخره و أما الاقتران فلم نجدهم يلتفتون إليه أصلا و الوجه في ذلك أنه نادر جدا و الأصل عدمه (و كيف كان) فقد اختير تقديم قول المالك فيما نحن فيه في الشرائع و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك بل في الأخير أنه المشهور و لا ترجيح في التذكرة و لعل ظاهر جامع المقاصد أن المسألة هنا مفروضة فيما إذا أتى به حيا و كلام الإيضاح قابل للحى و الميت و قد عرفت أن الأصول و القواعد تقضى بعدم الفرق بين الحى و الميت إذا اتفقا على وجود العيب و اختلفا في تقدمه على الغضب و تأخره عنه (و يأتي للمصنف) في آخر الباب عبارتان (إحداهما) لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعمور قدم قول الملك و قد حمله في جامع المقاصد على ما إذا كان الاختلاف بعد موت العبد و ناقشه بأنه رجوع عن التردد إلى الجزم يعنى أنه تردد هنا و جزم به هناك و هذا يقضى بأن ما هنا محمول على صورة الاختلاف بعد الموت لكن يسهل أن المسألتين عنده من واد واحد كما قلناه (و الثانية) قوله أيضا بعد ذلك لو ادعى تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب و الغاصب سبقه إشكال و هو نص فيما إذا كان الاختلاف حال حياة العبد (و الأصل) في ذلك أن الشيخ في المبسوط فرق قال إذا غضب عبدا فرده و هو أعور فقال سيده عور عندك و قال الغاصب بل عندك فالقول قول الغاصب لأنه غارم فإن اختلفا في هذا و العبد قد مات و دفن فالقول قول سيده إنه ما أعور و الفصل بينهما أنه إذا مات و دفن فالأصل السلامة حتى يعرف عيبا فكان القول قول السيد و ليس كذلك إذا كان حيا لأن العور مشاهد موجود انتهى (و قال) في السرائر فإن غضب عبدا فرده و هو أعور و اختلفا فقال سيده

عور عندك و قال الغاصب بل عندك قدم قول الغاصب لأنه غارم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٨

و الذهب و الفضة يضمنان بالمثل لا ينقد البلد على رأى (١) فإن تعذر و اختلف المضمون و النقد في الجنس ضمنه بالنقد و إن اتفقا فيه و في الوزن ضمنه به و إن اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربا (٢)

(المطلب الثاني) في الأحكام

إشارة

و فصوله ثلاثة

(الأول) في النقصان

و لا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها (٣)

و قال بعض أصحابنا فإن اختلفا و العبد قد مات و دفن فالقول قول سيده إنه ما كان أعور و الذى يقوى عندى أن القول قول الغاصب لأنه غارم في المسألتين و الأصل براءة الذمة و هذا الذى ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين و الذى تقتضيه أصول المذهب ما ذكرناه انتهى (و الظاهر) من كلام الشيخ و الشهيد في الدروس بل و ابن إدريس أن الشيخ فرض مسألة الموت فيما إذا أنكر المالك العور مطلقا و هو الذى استظهره من كلام المختلف بل كلام الشيخ لأنه كالصريح فى ذلك حيث قال القول قول سيده إنه ما أعور و هو الذى نبه عليه المصنف فى أواخر الكتاب حيث فرق بين المسألتين فجزم فى مسألة الموت بأن القول قول المالك و استشكل فى مسألة الحياة هنا و هناك لمكان تعارض الأصلين فلم يكن رجوع عن التردد إلى الجزم و المحقق الثانى بل و الأول لم يحررا كلام الشيخ و الجماعة فظنا أن المسألتين مفروضتان فيما إذا اتفقا على وجود العيب و اختلفا فى تقدمه و تأخره و قد عرفت أن الظاهر أنه ليس كذلك و إن كان يتوهم فى أول وهلة من كلام المبسوط بل و السرائر ذلك و إلا فما كان المصنف فى آخر الكتاب و الشهيد فى الدروس ليستشكلا فى مسألة الحياة و يختارا تقديم قول المالك فى مسألة الموت من دون تقادم عهد و مثل ذلك ما فى التحرير و قد سمعت ما فى المختلف (و الوجه) فى ذلك ظاهر لأن المالك إذا أنكر العيب بالكيفية و ادعاه الغاصب فالأصل عدمه و الأصل السلامة منه فلا مجال لأصل البراءة لأنهما حاکمان عليه ناقلان عنه و إن ظن ابن إدريس أنه مقدم عليهما لقوته و احتمله غيره لكنه خطأ لأن ذلك حيث يتعارضان و هنا لا تعارض و إنما فرض ذلك فى صورة الموت لأنه فى صورة الحياة يظهر الحال بالمشاهدة و تعارض الأصول و معرفة الوارد و الناقل مما يدق فلذلك وقع لهؤلاء الأجلاء ما سمعت

(قوله) (و الذهب و الفضة يضمنان بالمثل لا ينقد البلد على رأى)

موافق للسرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و المختلف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد لعموم المثل فى المثلى و قال الشيخ فى المبسوط يضمنان بنقد البلد و قد عدهما قبل ذلك من أقسام القيمي فى إراعى التفصيل الآتى و الجماعة لا يعتبرونه إلا بعد تعذر المثل

(قوله) (فإن تعذر و اختلف المضمون و النقد فى الجنس ضمنه بالنقد و إن اتفقا فيه و فى الوزن ضمنه به و إن اختلفا فى الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربا)

و نحوه ما فى الشرائع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد أما مع الاختلاف فى الجنس فلانتفاء الربا مع اختلافه و أما مع الاتفاق فيه

و فى الوزن فلانتفاء المحذور كما هو ظاهر كالثالث لكنه إن رضى فيه بالمساوى فلا بأس

(قوله) (المطلب الثانى فى الأحكام و فصوله ثلاثة الأول فى النقصان و لا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها)

فلا يضمن زيادة القيمة السوقية بلا خلاف كما فى المبسوط و ظاهره نفيه بين المسلمين و إجماعا كما فى المختلف و الروضة و هو (أى الإجماع ح) ظاهر الخلاف حيث قصر الخلاف على أبى ثور و ظاهر التذكرة حيث نسبة إلى جمهور العلماء و قصر الخلاف على أبى ثور و قال إن بعض الشافعية وافقه و ظاهر المسالك حيث نسبة إلى أكثر أهل العلم و قصر الخلاف على شذوذ من العامة و به طفحت عباراتهم فى المقام حتى ممن لا يعمل إلا بالقطعيات بل فى مقامات أخر يأخذونه مسلما فالإجماع محصل لا ريب فيه معتضدا بالأصل و الاعتبار لأن الفائق رغبات الناس لا شىء من المغصوب فإن عينه موجودة و الواجب ردها فكان عموم خبر الضرر مخصصا بذلك و لعل الأستاذ قدس الله تعالى روحه ما اطلع على ذلك كله و إلا لما مال إلى الضمان مترددا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٥٩

فلو ساوى يوم الغصب عشرة و يوم الرد واحدا فلا شىء عليه (١) فإن تلف وجبت العشرة (٢) و لو تلف بعضه حتى عاد إلى نصف درهم بعد رد الأصل إلى درهم و جب القدر الفائت و هو النصف بنصف أقصى القيمة و هو خمسة مع الباقي (٣) و لو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء و لا - يغرم ما نقص بالسوق من الباقي (٤) و لو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفع (ارتفعت خ ل) السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل رده مع العشرة لأن التالف نصفه فلو بقى كله لساوى عشرين (٥) و رده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال و لا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف كله ثم زادت القيمة و هو أقوى (٦) و لو قطع الثوب قطعا لم يملكه بل يرد القطع مع الأرش (٧)

فى الإجماع و محتملا كون المراد منه غير معناه المصطلح و هو منه غريب لأن هذا الاحتمال جار فى جميع الإجماعات المنقولة بل فى نفى الخلاف بلاغ لكونه حجة ظنية عندنا

(قوله) (فلو ساوى يوم الغصب عشرة و يوم الرد واحدا فلا شىء عليه)

الوجه فيه ظاهر

(قوله) (فإن تلف وجبت العشرة)

بناء على ما اختاره المصنف من أن الواجب أعلى القيم مع التلف

(قوله) (و لو تلف بعضه حتى عاد إلى نصف درهم بعد رد الأصل إلى درهم و جب القدر الفائت و هو النصف بنصف أقصى القيمة و هو خمسة مع الباقي)

يريد أنه إذا صار الثوب مثلا الذى كانت قيمته يوم الغصب عشرة يساوى بحسب السوق درهما واحدا ثم تلف بعضه يعنى نصفه فإنه يضمه على مختار المصنف بخمسة دراهم و هو نصف أقصى القيمة فيرده و يرد الباقي من العين

(قوله) (و لو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء و لا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و مراده أنه إذا لبس الثوب الذى قيمته يوم غصبه عشرة دراهم و أبلاه حتى عادت قيمته إلى خمسة فيكون نقصه قدر النصف باعتبار الفائت من العين و الصفات ثم انخفض فعادت قيمة المغصوب كله و الباقي بعد الإبلاء إلى درهم فاللزم قيمة التالف فإنه كانت تساوى قيمته عند التلف خمسة و أما الباقي فيجب رده لا ضمان ما نقص بالسوق

(قوله) (و لو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفع السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل رده مع العشرة لأن التالف نصفه فلو بقى كله لساوى عشرين)

أى فيغرم قيمة عشرة للتالف و هو قول بعض الشافعية و قد قال فى التذكرة إنه غلط و فى جامع المقاصد أن ضعفه ظاهر لأن زيادة السوق بعد التالف لا أثر لها و احتمال كونه كالباقى لبقاء الأصل خيال واه

(قوله) (و رده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال و لا عبرة بالزيادة بعد التالف كما لو تلف كله ثم زادت القيمة و هو أقوى)

و هو الحق كما فى الإيضاح و الأوجه و الأصح كما فى جامع المقاصد و به جزم فى التذكرة و هو قول جماعة من الشافعية

(قوله) (و لو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الأرش)

يريد أنه إذا غصب شيئاً ثم غيره عن صفته التى هو عليها مثل أن كان نقرة فضربها دراهم أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فعجنه أو ثوباً فقطعه لم يملكه إجماعاً كما فى التذكرة فى موضع منها و المسالك و ظاهر التذكرة فى موضع آخر حيث نسبه إلى علمائنا و ظاهر السرائر فى مسألة غصب الحب و البيض فى موضع منها و إنما خالف فيه أبو حنيفة و بالحكم صرح فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان بل يرد مع الأرش إن نقص عند علمائنا كما فى التذكرة و بلا- خلاف كما حكى عنها (و حكى) فى الخلاف عن أبى حنيفة أنه إذا غير الغصب تغييراً أزال به الاسم و المنفعة المقصودة و كان ذلك بفعله ملكه (و حكى) ابن جرير عن أبى حنيفة أنه لو دخل لص دكان رجل فوجد بغلاً و طعاماً و رحى فصمد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٠

و لو كان العيب غير مستقر كما لو بل الحنطة حتى تعفنت أو اتخذ منها هريسة أو من التمر و السمن حلواء فإن مصيره إلى الهلاك لمن لا يريد فبالأقوى رد العين مع الأرش (١)

البغل و طحن الطعام ملكك الدقيق فإن انتبه صاحب الدكان كان للص قتاله عن دقيقه فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص (و دليل) ما عليه الأصحاب واضح و هو أن الأصل عدم خروج الملك عن مالكه و الأصل بقاؤه على ملكه حتى يعلم المزيل و الغصب و التصرف لم يثبت إيجابهما لذلك بل هما موجبان للضمان و من البعيد عن محاسن الشرع كونهما موجبين للملك لمكان الضرر القبيح عقلاً و نقلاً و هذا الدليل جار فى نماء الملك كله فإذا غصب بيضة و فرخت كان للمالك البيضة و كذلك الزرع فى غاصب الحب فقول الشيخ إنهما للغاصب كما يأتى كقول أبى حنيفة هنا و قد جعل المسألتين فى السرائر من سنخ واحد و لا يصح الاستشهاد بنطفة الفحل للشيخ و يأتى تمام الكلام فى أول الفصل الثانى

(قوله) (و لو كان العيب غير مستقر كما لو بل الحنطة حتى تعفنت أو اتخذ منها هريسة أو من التمر و السمن حلوا فإن مصيره إلى الهلاك لمن لا يريد فبالأقوى رد العين مع الأرش)

لو غصب عينا فتعيبت عينا غير مستقر نقصه كأن نقصت نقصاً له سراية و لا يزال يزداد إلى الهلاك كما لو بل الحنطة فتمكن العفن منها أو اتخذها هريسة فقد قال الشيخ فى المبسوط الأقوى أنه كالمستهلك و معناه أن الغاصب يضمن المثل إن كان مثلياً و إلا فالقيمة و قضيته أن الحنطة المبلولة تكون للغاصب لأنه ألحقه بالهالك فى حق المالك و لو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضماناً فكذا هنا و يحتمل أن يكون للمالك لثلاً- يكون العدوان نافعا كما لو نجس زيتته فإن المالك أولى به و اختير فى التذكرة و المختلف و الإرشاد و الإيضاح و مجمع البرهان و جامع المقاصد أن المالك يأخذه و يأخذ أرشه وقت الدفع ثم كل ما تجدد نقص فى المستقبل رجع بأرشه حتى يستقر النقص و فى الأخير التقييد بما إذا لم يتمكن المالك من العلاج فإن تمكن بسهولة ففيه تردد (قلت) إذا كان المفروض أن العيب سار لا يزال يزداد إلى الهلاك كما فرض ذلك فى التذكرة و هو ظاهر غيرها كان أرشه وقت الدفع تمام القيمة و هو عود إلى قول الشيخ و كذا الحال لو ضمن أرش عيب سار و قولهم إنه يضمن فى كل يوم أرش نقصه ففي اليوم الأول يضمن درهما و فى اليوم الثانى نصف درهم مثلاً و هكذا إلى أن يتلف فيضمن التالف بقيمته ففيه أن هذا لا يكاد ينضب و لا يعلم مقدار نقصه و الأحكام لا تناط بمثل ذلك إلا مع المسامحة و المصنف هنا استشكل فى ضمان النقص المتجدد كما ستمسح (حجة الشيخ)

أنه مشرف على التلف و لو ترك بحاله لفسد فهو كأنه تالف و فى جامع المقاصد أن ضعفه ظاهر إذ ليس بتالف و إن كان قد يؤول إلى التلف ثم إنه بعد ذلك احتمله قال و يحتمل دفعه إلى الغاصب و أخذ البدل لأنه بمنزلة التالف و هذا قول الشيخ فى أحد الاحتمالين كما تقدم و قد قال فى التذكرة إنه أظهر أقوال الشافعية (قلت) و يعضده ما استمرت عليه طريقة الناس فى معاملاتهم فإنهم يعدون الحنطة التى تمكن منها العفن تالفه لا يعرج عليها أحد فلم يكن ضعفه بتلك المكانة من الظهور على أنه قد يعود إليه بالأخرة ما اختاروه أو يلزم أن يحصل للمالك مثل كمثلته و زيادة فتأمل جيداً (و وجه) رد العين مع الأرش أنه باق على ملك المالك إذ لا يخرج المملوك بإحداث حدث فيه عن الملك فيجب رده على مالكة و ضمان ما نقص بالجناية و هو جيد إن كان العيب مستقراً و لم يكن الباقي فى حكم التالف فتأمل (و وجه) ضمان النقص المتجدد أنه مستند إلى فعل الغاصب و وجود السبب كوجود المسبب فكلما نقص شيئاً ضمنه فيكون كسراية الجناية (و وجه) ما فى جامع المقاصد من التقييد ما قاله من أنا نفرق بينه و بين سراية الجناية بأن دفع سرايتها غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شد الفصد و ترك علاج الجرح فلا يكون مضموناً انتهى (قلت) لو جرحه فترك المداواة فمات ضمنه بلا- خلاف أجده فإن السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجرح و هذا الذى نحن فيه مثله و أما لو فصد الفصد مداواة لمرضه بأمر الطبيب فترك شدة أو ترك كل منهما شدة حتى نزل الدم فمات فخيرة الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦١

و كلما نقص شيئاً ضمنه على إشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف و من استناد النقص إلى السبب الموجود فى يد الغاصب (١) و لو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجى خوف و مصراعى باب فتلف أحدهما و قيمة الجميع عشرة و الواحد ثلاثة ضمن سبعة و هى قيمة التالف مجتمعاً و نقصان الباقي (٢) و كذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما (٣)

و التحرير و الإرشاد و التلخيص أنه لا ضمان على الفصد و المصنف فى باب القصاص استشكل من استناد الموت إلى سراية الجرح فهو كغيره من الجراحات التى يهمل المجروح مداواتها (و كيف كان) فلا يصح التنظير بالفصد لأنه لمصلحة المقصود و لا يصح جعل الجرح و القصد من واد واحد لما عرفته من الفرق بينهما

(قوله) (و كلما نقص شيئاً ضمنه على إشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف و من استناد النقص إلى السبب الموجود فى يد الغاصب)

(أما الوجه الثانى) من الإشكال فقد تقدم بيانه (و أما الأول) فينشأ مما ذكره المصنف من حصول البراءة بدفع العين و أرش النقص لأنه الواجب و تمام الحق أن لا يجب غيره حينئذ فلا يجب شىء آخر بعد ذلك و اعترض بأن وجوبه حينئذ لا يقتضى كونه كمال الحق الواجب و إن كان كمال الحق حينئذ لعدم حدوث تلف شىء يكون مضموناً بعد فإذا حدث ضمنه لأنه مستند إلى جنائته و هو جيد (و الظاهر) من قول المصنف فيجوز إلخ كونه تتمه لهذا الوجه فيكون المعنى و إن لم يبرأ بذلك يلزم الضرر على الغاصب إذ يجوز أن يعانده المالك إلى آخره و يحتمل أن يكون وجهاً برأسه فيكون المعنى و لأنه على تقدير الضمان يجوز أن يعانده فيحصل الضرر و هو منفى بالخبر و العبارة لا تفى بواحد من المعنيين و تصدير الجملة بالفاء صيرها فى غاية البعد عن الربط كما ذكر ذلك كله فى جامع المقاصد و قال منع بطلان لزوم الضرر على الغاصب وارد و الحديث لا يدفعه فإن الضرر لا يزال بالضرر و الغاصب مأخوذ بالأشق

(قوله) (و لو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجى خوف و مصراعى باب فتلف أحدهما و قيمة الجميع عشرة و الواحد ثلاثة ضمن سبعة و هى قيمة التالف مجتمعاً و نقصان الباقي)

هذا معنى ما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية (و وجه) ضمان قيمة التالف مجتمعاً أن ذلك هو قيمته من حين الغصب إلى حين التلف (و وجه) ضمان نقصان قيمة الآخر بالانفراد فلحصوله بسبب التفريق المستند إليه لأنه قد فوت صفة الاجتماع فى يده و قال فى اللمعة إنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً و هذا يقضى بأنه لا يلزمه إلا خمسة (و لعل) وجهه أنه لم يتلف غيره و لأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يلزمه كنقصها بتغير السعر (و فيه) أن نقص السعر لم يذهب من المغصوب عينا و لا معنى و هنا فوت بجنايته معنى و هو إمكان الانتفاع به و هذا هو الموجب لنقص قيمته فكان كما لو فكك تركيب باب أو شق ثوبا ينقصه الشق و أتلف أحد الشقين

(قوله) (و كذا لو شق ثوبا نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و تتحقق المساواة فى الحكم إذا كان أحد النصفين إنما يحصل به كمال النفع مع النصف الآخر كأن يكون جعله ثوبا إنما يتحقق بهما لصغر النصف عن الاستقلال و عدم وجود مماثل له بثمنه و نحو ذلك فمع فقده يفوت هذا النفع فتتقص قيمة الآخر بذلك و لعل الباء فى قوله بالشق سببها حتى يكون المعنى أن نقصان كل واحد منهما بواسطة التفرقة التى سببها الشق لأنه على تقدير تلف أحد النصفين من الثوب المشقوق لا- حاجة إلى نقصانها بالشق بل لو كان النقصان بواسطة تلف أحدهما من غير أن ينقصا بالشق فالحكم كذلك بل هو الموافق للمسألة السابقة فإن النقصان لو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٢

أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة و هى خمسة (١) و يحتتمل ضمان سبعة لأنه أتلف أحدهما و أدخل «١» النقص على الباقي (٢) بتعديده و يحتتمل ثلاثة لأنه قيمة المتلف (٣) و لو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء (٤) و يجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية (٥)

استند إلى الشق قبل التلف لكان ضمان النقص حاصلًا و إن ردهما (فرع نافع) قد طفحت عباراتهم أن حمار القاضى و الشوكى لا يتفاوتان فى قطع الذنب و قد قال فى التذكرة لو غصب شيئاً متفاوت قيمته بالنسبة إلى أربابه كما لو غصب حجة إنسان بدين أو ملك أن الأقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربه إن غصبه منه و إن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة بل بما يساوى قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير إذ لا ريب أن قيمة تلك الحجة شىء يسير بالنسبة إلى غير مال كها و أما بالنسبة إلى مال كها فإنها تساوى أكثر و جعل الشأن فى الخاتم و النعل بالنسبة إلى كبير الإصبع أو الرجل و غيره كذلك و هو ينافى ما ذكره هو و غيره فى حمار القاضى و الشوكى لكن قال فى الدروس إن مركوب القاضى كغيره و إن صيره أبتى و كذا لو أتلف وثيقة بمال أو خفا لا يصلح إلا لواحد انتهى

(قوله) (أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة و هى خمسة)

لأن قيمته منضمًا إلى صاحبه خمسة و قد أذهب بهذه الصفة فيكون ضامنا للخمس فكان كما لو أتلف رجل أحدهما و آخر الآخر فإن كل واحد منهما يضمن خمسة و قد نفى عنه البأس فى التذكرة و جزم به فى الشرائع و المسالك (و الفرق) بين هذه المسألة حيث احتتمل فيها ثلاثة احتمالات و بين التى قبلها مع اشتراكهما فى تلف أحد الزوجين و نقصان الآخر أن التلف فى الأولى تحقق بعد إثبات الغاصب يده على الزوجين معاً فكان كل ما يحدث من نقصان فى القيمة أو فى الصفات مضمونا عليه و هنا لم يثبت يده على الزوجين معاً و إنما غصب أحدهما و الآخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند إليه من غير أن يكون غاصبا فجاءت الاحتمالات الثلاثة

(قوله) (و يحتتمل ضمان سبعة لأنه أتلف أحدهما و أدخل النقص على الباقي)

هذا قواه فى الإيضاح و جامع المقاصد و فى المسالك أنه الأصح و هو الأظهر عند الشافعية و قد نفى عنه البأس فى التذكرة أيضا لأنه

أُتلف أحدهما و أدخل النقصان على الثاني بتسيبه و تعديه فأشبهه ما لو حلل أجزاء الباب أو السرير فنقصت قيمته فإنه يضمن النقصان و لم يذهب هنا سوى الجزء الصورى فعرفنا أن الجزء الصورى مضمون و الجزء الصورى فى زوحى الخف و شبهه قد أتلفه المتلف بإتلاف أحدهما فيكون ضامنا له كما يضمن الذى أتلفه منهما و قد تقدم أن الضمان يحصل بالتسيب و إن لم يكن هناك غضب و تردد فيه أى هذا الاحتمال فى الشرائع و التحرير
(قوله) (و يحتمل ثلاثة لأنه قيمة المتلف)

لأن تلفه فى يده لم يكن إلا حالة التفريق فإذا اعتبرنا قيمته يوم التلف ضمن الثلاثة لأنها قيمة الفرد الذى أتلفه (و فيه) أنه لا منافاة بين الحكم بوجود القيمة يوم التلف و ضمان الزيادة خمسة كانت أو سبعة لأننا نوجب قيمته يوم التلف بسبب الغضب إن كان قد تلف و إن كان أتلفه فبمباشرة و نوجب الزيادة بالسببية (أو نقول) بالنسبة إلى الخمسة إن قيمته منضمما إلى صاحبه خمسة و قد أتلفه على هذه الصفة كما تقدم (و لا بأس) بذكر فرع ذكره فى التذكرة قال لو أخذ أحدهما على صورة السرقة و قيمته مع نقصان الثانى نصاب لم يقطع إجماعا لأن الزائد إنما ضمنه فى ذمته بتفريقه بين الحصتين فكان كما لو ذبح شاة تساوى ربع دينار فى الحرز ثم أخرجها و قيمتها أقل فإنه لا يقطع فكذا هنا
(قوله) (و لو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء)

كما فى التحرير و التذكرة إذا لم يفت من المال شيء كما فى جامع المقاصد قال لكن جزاء فعله زيادة تعزيره و إهانتته ردعا و زجرا
(قوله) (و يجب رد العين ما دامت باقية)
كل من غضب شيئا و جب عليه رده على المالك سواء طالب المالك برده أم لا ما دامت العين باقية بلا خلاف كما فى التذكرة و مراده نفيه بين المسلمين و قد حكى عليه الإجماع فى الدروس و الروضة بل فى الأخير الإجماع على وجوبه على الفور بل كاد يكون وجوب الرد من ضروريات

(١) فأدخل خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٣

فإن تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة (١) فإن عاد (عادت خ ل) فلكل منهما الرجوع (٢) و هل يجبر على إعادة البدل لو طلبه الغاصب إشكال (٣) لا على رد النماء المنفصل (٤) و على الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين الغصب إلى حين دفع البدل (٥)

الدين و به طفحت عباراتهم فى أبواب الفقه بحيث لا يمكن إحصاؤه بل قالوا إنه يجب عليه الرد و لو أدى إلى خراب ملك الغاصب كالساجة فى البناء و اللوح فى السفينة بل لو أدى إلى غرق السفينة و المال الذى فيها إذا كانا له أى الغاصب و يدل عليه قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى (و ليعلم) أنه حال الرد غاصب ظالم ضامن و هل يكون الرد حراما لأنه تصرف فى مال الغير فيكون واجبا حراما كما قاله جماعة فيمن ارتد عن فطرة حيث قالوا بتكليفه بما لا يطاق و فيمن أولج ذكره فى فرج امرأة زنا قالوا إنه مأمور بنزع فرجه و بعده و إنه واجب و حرام و كذلك قالوا فيمن دخل دار قوم غصبا إنه مكلف بالخروج و عدمه و كذلك الشأن فى تارك المقدمة حتى فات ذو المقدمة و هو معنى قوله تعالى رَبَّنَا وَ لَا تُحْمَلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ أى لا تخل بين أنفسنا و سوء اختيارها حتى نكون نحن السبب فى تكليفنا ما لا يطاق و إلا فإنه جل شأنه لا يكلف نفسا إلا وسعها لكن نص المصنف و المحقق الثانى فى أول الفصل الثالث أنه فيما نحن فيه يزول التحريم لمكان الوجوب كما يأتى و هما ممن يختار قبول توبة المرتد الفطرى و المقام محل إشكال

(قوله) (فإن تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله مسبقا محررا عند قوله و لو أبق العبد ضمن فى الحال القيمة

(قوله) (فإن عاد فلكل منهما الرجوع)

هذا أيضا قد تقدم الكلام فيه و معنى الرجوع لكل منهما بقرينة ما بعده أن الغاصب يدفعها إلى المالك فيرجع بها و يقبلها و لا يخفى ما فى إطلاق الرجوع على دفع الغاصب و المتبادر من العبارة أن لكل منهما الرجوع فى العين و البدل لكنه بعيد لأنه سيدكر حكم البدل و يستشكل فيه باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب و هو ينافى جزمه هنا بذلك و يبعد جمع الجزم و التردد فى مسألة واحدة بغير فاصلة بل يقبح كذا قال فى جامع المقاصد (و قد يقال) إنه إنما بين هنا أنه يجوز للغاصب أن يرجع بالبدل و للمالك أن يرجع بالعين ردا على أبى حنيفة كما تقدم بيانه فموضع الجزم الجواز و موضع التردد وجوب الدفع على المالك (قوله) (و هل يجبر على إعادة البدل لو طلبه الغاصب إشكال)

قد جزم فى مسألة إباق العبد بالتراد و تردد فى أن للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل و هنا استشكل فى إجبار المالك على إعادة البدل من ثبوت ملكه و الأصل بقاؤه (و استدل) ولده أيضا بأنه لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصا فى البدلية إذ قد لا يرغب المعاملون فيه و بأن الإجبار ينافى البدلية إذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلا قهريا شرعا لما استقر عليه الملك و من أنه للحيلولة و قد زالت و فى جامع المقاصد لا وجه لعدم الرد أصلا (قلت) لأن هذا الملك ثبت مترزلا كما بيناه فيما سلف لدفع المظلمة على طريق القهر لمكان الحيلولة و قد زالت (و إن قلنا) إنه ثبت على جهة البدلية و ما كان ليكون لأنك قد سمعت فيما سلف تصريح الأجلء الكبار بأنه لمكان الحيلولة و أن الظاهر منهم الإجماع (قلنا) إذا استحق المالك ملكه و جب عود مال الغاصب إليه لامتناع زوال البدلية و عدم رجوع كل من البدل و المبدل إلى مالكة و إذا لم يكن ثبوته على جهة البدلية سقط دليلا الإيضاح على أنه فيما كتب على حاشيته أنه إن خرج عن ملك المغصوب منه لم يعد إجماعا فلا- مانع حيثئذ من رغبة المعاملين فيه هذا و ظاهر المصنف و ولده أنه لا يجبر على البدل و لا على غرامه مثله أو قيمته و قد يكون مرادهما أنه لا يجبر على رده عينه فقط فليتأمل فيه (قوله) (لا على رد النماء المنفصل)

كما صرح به كل من تعرض له كما تقدم و وجهه ظاهر لأنه نماء ملك المالك لأنه فى وقت النماء كان مالكا للعين بخلاف المتصل فيجب رده مع العين من دون أخذ قيمته لأنه جزء من العين (قوله) (و على الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين الغصب إلى دفع البدل) قد تقدم الكلام فيه مسبقا محررا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٤

و النماء المنفصل فيما بينهما للمالك (١) و كذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال (٢) و كذا المتصل و المنفصل على إشكال إذا تجدد بعد دفع البدل (٣) و يضمن الأجرة و إن لم ينتفع بأجرة المثل (٤) عن عمل مطلق مدة الغصب (٥) و لو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد و إن انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق (٦) و لو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب أعلى القيم (٧)

فى آخر الركن الثانى

(قوله) (و النماء المنفصل فيما بينهما للمالك)

أى بين الغصب و بين دفع البدل و هو مما لا ريب فيه

(قوله) (و كذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال)

لا ريب فيه أيضا لأنه نماء ملك المالك كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و كذا المتصل و المنفصل على إشكال إذا تجدد بعد دفع البدل)

ينشأ من أنه لم يدخل تحت يده التى هى سبب الضمان لأنه قد تجدد بعد دفع القيمة و براءته من العين فأولى بأن يبرأ من النماء و من أنه سبب تلفه على المالك و أنه لو كان فى يد الغاصب لضمنه و كما يضمنه الغاصب باليد يضمنه إذا خرج المغصوب من يده لا إلى المالك أو من يقوم مقامه و أن الدفع إنما كان للحيلولة و هو لا يقتضى البراءة و الأصح استحقاق الرجوع به أيضا على الغاصب استصحابا لما كان إلى أن يعلم المزيل كما فى جامع المقاصد و لا ترجيح فى الإيضاح و لعله لأنه يرى كما هو الظاهر منه أن الدفع ليس للحيلولة كما مر و لا ترجيح أيضا فى التذكرة كما تقدم الكلام فيه عند التعرض للأجرة بعد الدفع

(قوله) (و يضمن الأجرة و إن لم ينتفع بأجرة المثل)

هذا قد تقدم الكلام فيه عند قوله و المنافع المباحة مضمونة و أنه مجمع عليه و لا خلاف فيه و الجار متعلق بضمن (و ليعلم) أنه لو كانت الأجرة فى مدة الغصب متفاوتة كأن كانت أجرة مثله حال الغصب تساوى عشرة مدة شهر ثم صارت فى شهر آخر تساوى خمسة عشر و فى الثالث عشرين ضمن أجرة الشهر الأول عشرة و الثانى خمسة عشر و الثالث عشرين (و احتمال) أن يضمن فى كل وقت من أوقات المدة بأجرة مثلها فى أول المدة فإن كانت فى الأول أقل ضمنها بالأقل و إن كانت فيه أكثر ضمنها بالأكثر لأنه لو كان المال فى يده لأمكن أن يكريه بها فى جميع المدة و المعتمد الأول كما فى التذكرة

(قوله) (عن عمل مطلق مدة الغصب)

يريد أنه يضمن أجرة المثل عن عمل متوسط بين القلة و الكثرة فمعنى المطلق المتوسط الذى لا يكون مقيدا بقيد القلة و الكثرة و فى جامع المقاصد أن فى فهم المتوسط من المطلق خفاء إلا أن ما سيذكره فى العبارة يرشد إلى ذلك (قلت) قد عبر فى الدروس عن القيمة المتوسطة بالمطلقة (و وجه) ضمانه ما عرفته فيما سلف من أن المتوسط هو الغالب فإن إداب الأجير نفسه فوق المعتاد نادر كما أن الرضا بالتراخي أيضا نادر و قد تقدم أيضا (وجه الفرق) بين المنافع و العمل حيث وجب فى الأولى أعلاها كما تقدم أيضا و فى العمل أجرة الأوسط من أنه لا أولوية بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها فإن كلا منهما ممكن منه على حد سواء بخلاف العمل فإن فى مراتبه تفاوتات و به صرح فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد و إن انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق)

كما فى جامع المقاصد و قال فى الدروس و لو استعمله بما له أجرة زائدة عن أجرة المثل المطلقة لزمه الزائد و لم يتعرض لما إذا انتفع بالأنقص و لعله يفهم من كلامه (و وجه) ضمانه أجرة المطلق حيث أن الزائد على الأنقص قد فات و هو محسوب على الغاصب (و الوجه) فى الأول ظاهر لأنه قد استوفى الأزيد فيجب بدله

(قوله) (و لو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب أعلى القيم)

كونه مضمونا على الغاصب بالقيمة مما لا ريب فيه و به صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان (و أما) كون القيمة المضمونة أعلى القيم أو قيمة يوم التلف فكلام آخر و كل يبنى على ما يختار فالمصنف بنى على وجوب أعلى القيم (و وجه) ضمانه على الغاصب سواء فرط فيه أم لا أنه مضمون عليه فى حال الجنائية بجملته و أبعاضه فيضمن ما يحدث عليه بسببها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٥

و لو جنى على الطرف فاقتص منه ضمن الغاصب الأرش و هو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد لأنها ذهبت بسبب غير مضمون (١) و يحتمل أرش اليد (٢) و أكثر الأمرين (٣) و كذا لو اقتص منه بعد رده إلى السيد (٤) و كذا لو ارتد فى يد الغاصب فقتل فى يد المالك فإنه يضمن القيمة (٥) و لو غصبه مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع فى يده ففى الضمان على الغاصب نظر (٦)

(قوله) (و لو جنى على الطرف فاقتص منه ضمن الغاصب الأرش و هو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد لأنها ذهبت بسبب غير مضمون)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و التحرير و هو معنى قوله في موضع آخر من التذكرة غرم بدله كما لو سقط بآفة و قوله في الدروس على الغاصب ضمان الفئات بالجناية و لم يذكر في التذكرة في ذلك احتمالاً - و لا خلافاً حتى من العامة و في الشرائع الاقتصار على ذكر ضمان الأرش و الظاهر إرادة أرش ما ينقص من العبد لأنه المتبادر فتدبر (و الوجه) في ضمانه ما ينقص من قيمة العبد قليلاً - أو كثيراً و أنه لا يتحتم ضمان أرش اليد و لا أكثر الأمرين إن قطعها بحق و جب شرعاً و هو القصاص فلا تضمن كما لو سقطت بآفة سماوية لكن الغاصب يضمن نقص المالية باليد زاد عن مقدر الطرف أو نقص و ضعفه في جامع المقاصد بأن الجناية في يده فهي مضمونة عليه و لا منافاة في ضمان الغاصب لما يستحقه المجنى عليه بسبب الجناية لأنه قد تلف ملكه في يده لا بحق سبق عليه

(قوله) (و يحتمل أرش اليد)

لأنه المقدر و هو مضمون لأن يد الغاصب في الضمان كالجناية باليد

(قوله) (أكثر الأمرين)

أى من نقصان القيمة و الأرش هذا هو الأصح كما في الإيضاح و جامع المقاصد لأن المقدر إن كان أكثر فلا بحث و إن كان الأرش أكثر فلأنه مال حصل في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال كما تقدم في أول الباب (و يؤيده) أن فيه إعمالاً للدليلين أعنى النص على وجوب المقدر و ضمان الغاصب لما يذهب من المالية في يده إذ لا فرق بين جنايته و الجناية في يده كما في جامع المقاصد (قال) و العجب أن المصنف أسلف فيما تقدم وجوب أكثر الأمرين و خالف هنا و الفرق غير ظاهر (قلت) هذا يرد على الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و قد يمكن الفرق بأن ما نحن فيه لا تقصير له فيه من حيث الجناية فالشأن فيه كما لو سقطت بآفة من الله سبحانه و تعالى

(قوله) (و كذا لو اقتص منه بعد رده إلى السيد)

أى تجرى فيه الاحتمالات السابقة إذ لا فرق بين استيفاء حق الجناية منه بعد رده و قبله إذا كان السبب حاصلًا وقت الغصب

(قوله) (و كذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة)

لما عرفت من حصول السبب في يده و وجوده كوجود المسبب و لا تجيء فيه الاحتمالات السابقة لعدم جريانها و قوله فإنه يضمن القيمة يقتضى أن لا يكون التشبيه في ذلك الحكم بل في أصل استحقاق المالك تضمين الغاصب من غير تعيين المقدر

(قوله) (و لو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر)

قال في التذكرة الوجه أنه يضمن قيمة عبد مستحق للقتل أو القطع و في جامع المقاصد أنه التحقيق و الأصح و في المسالك أنه الأقوى (قلت) لعل الأشبه بالأصول و النظائر و الاعتبار عدم الضمان في المرتد كما ستسمع (و وجه) النظر في كلام المصنف ينشأ من وجود السبب فكان كوجود المسبب و أنه لا يضمن بالجناية فلا يضمن باليد و أن إزالته ملك المالك لا تضمن بالقتل فأولى أن لا تضمن إزالته يده و من أنه تجدد في يد الغاصب و ليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع فإذا تجدد في يد الغاصب التي قد حكمنا بأنها يد ضمان و جب أن يكون مضموناً (و قال) في الإيضاح و التحقيق أن الردة لو كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب لأنه في حكم الميت و إن كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل و سببه الردة و هي من باب الاعتقاد و قد اختلف المتكلمون في بقائه فمن منع منه يكون قد تجدد القتل و سببه في ملكه فيضمنه لأن الاعتقاد الحاصل في يد السيد عدم و لم يقتل به

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٦

فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل زائد عليه (١) و كذا الإشكال لو انعكس (٢) و لو ارتد في يده ثم مات في يد

المالك من غير قتل ضمن الأرش خاصة (٣)

و هذا الآن موجود و هو صالح للعليه و من قال ببقائه فالإشكال كما تقدم انتهى (و فى جامع المقاصد) أن الظاهر أنه لا فرق بين الردة الفطرية و غيرها لأنه لا يخرج بها عن كونه مملوكا و لجواز بيعه حينئذ و من الجائر أن لا يظفر به السلطان فيسلم من القتل (قلت) لعله بناء على ما يختاره والده فى باب القصاص من أنه يحل قتله لكل سامع مع الأمن و أنه ليس من وظائف السلطان لكنه إنما يتأتى فى الردة بالسبب و قد كنا رجحنا فى باب المكاسب و العيوب و الموارث و الحدود أن المرتد الفطرى خارج عن المالىة خصوصا إذا كان الارتداد بالسبب نعم بناؤه الحكم على أن الاعتقاد باق أم لا غير ظاهر لأن ثبوت القتل قد سبق بصدور الاعتقاد الفاسد و لم نظفر بما يزيله و الاعتقاد المتجدد بناء على عدم بقاءه ليس هو السبب بالقتل بل السبب ما مضى فلم يتم ما ذكره كما فى جامع المقاصد (قوله) (فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل زائد عليه)

أى إن منعنا ضمان الغاصب بأن قلنا إنه لا يضمن القيمة فى المرتد و لا المقدر فى الطرف فى السارق فإننا لا نمنع ضمانه النقص الزائد عن المقدر كأن كان الناقص من القيمة أزيد من المقدر فى الطرف و من دية الحر فى النفس كما فهمه ولده و المحقق الثانى و قصره ابن أخته و الشهيد على القطع فى السرقة لأن إطلاق المقدر على دية الحر خلاف الظاهر و إن كان يتأتى فى الارتداد كأن تكون قيمته ألفى دينار فإن الغاصب على مختار المصنف يضمن ألفا (و استدل) على ذلك فى الإيضاح و على ضمانه المنافع بأنه استقر ملك المالك على ذلك فى علم الله سبحانه و يد الغاصب عادية و قال إنه الحق و معناه أن المستحق للقاطع هو ما قابل بمقدار اليد و هو نصف قيمته كأن كانت قيمته مائة و ما نقص من القيمة فوق ذلك حتى صار يساوى عشرين مثلا يؤخذ من الغاصب و هو ثلاثون لكن فيه أن مؤاخذه الغاصب بالزيادة فرع كون متعلق الأصل مضمونا فى الجملة كما لو جنى عليه الأجنبى فى يد الغاصب أما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيء أصلا كما فى جامع المقاصد قال فلو منعنا الضمان لم يجب شيء أصلا و مما ذكرناه فى بيان معنى دليل الإيضاح يعرف حال ما استدل به فى جامع المقاصد (قوله) (و كذا الإشكال لو انعكس)

أى ارتد أو سرق فى يد الغاصب فقتل أو قطع فى يد المالك فممنشأ الإشكال هنا عكس منشأ الإشكال هناك فى بعض وجوهه و قال فى الإيضاح إن قلنا ثمة بعدم ضمانه قلنا هنا بضمانه و إن قلنا ثمة بضمانه قلنا هنا بعدم ضمان القيمة لكن يضمن الأرش بين كونه مستحقا و غيره انتهى (و وجهه) أن المفروض أن تلفه فى يد المالك غير مضمون على الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه لأن وصول العين إلى المالك موجب لبراءته منها كما يأتى فيما إذا ارتد فى يده و مات فى يد المالك (و هذا) رجوع من المصنف عن جزمه السابق فى قوله و كذا لو اقتص منه بعد رده إلى السيد و كذا لو ارتد فى يد الغاصب فقتل فى يد المالك فإنه يضمن القيمة و قد يحمل العكس على زيادة المقدر على نقص القيمة و هو غلط فاحش كما فى جامع المقاصد فإنه لا إشكال فى أن ما قابل المقدر غير مضمون على تقدير عدم تضمين الغاصب ما حدث فى يد السيد فإذا لم يكن النقص بقدر المقدر لم يعقل ضمان أصلا لأن ذلك المقدر مستحق فى يد السيد (و كيف كان) فالأصح الضمان كما فى جامع المقاصد لأن سبب القتل و القطع فى يد الغاصب و هو مضمون عليه فهو بمنزلة الجنایة التى تسرى فى يد المالك

(قوله) (و لو ارتد فى يده ثم مات فى يد المالك من غير قتل ضمن الأرش خاصة)

كما فى جامع المقاصد (و وجهه) بأن القيمة قد نقصت بالارتداد لأنه قد صار عرضة للقتل و لأن تلفه هذا لم يكن مسببا عما حدث فى يد الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه لأن أداء العين إلى المالك موجب لبراءته منها و تضمينه ما يتجدد بسبب ما حدث فى يده موقوف على تجددده و هو منتف مع الموت انتهى و هو يتم فى الملى و أما الفطرى فيضمن قيمته تامة على المختار قال و ليس بعيد إلحاق ما لو مرض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٧

و كذا لو اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر (١) و لو طلب الولي الديه في النفس أو المجنى عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته و دية الجنايه (٢)

في يد الغاصب ثم برأ بهذا في وجوب الأرش لتحقق النقص بحدوث عيب المرض المرجو الزوال فيقوم صحيحا و مريضا بذلك المرض على حسب خطره و عدمه قال و المصنف في التذكرة صرح بعدم وجوب الأرش هنا و هو مشكل ثم قال سيأتي أنه إذا أنفق المتجدد و التالف من الصفات في الجنس ينجر الذاهب بالمتجدد فيمكن رد هذا الحكم المذكور هنا إليه لأن القيمة عادت و زال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي و إن مات لكن لو عاد إلى الإسلام و لم تكن رده فطرية يجباً فيه هذا (قلت) المرض إن قضى بضعف و هزال كما هو الغالب لم يتجه كلامه فيما احتمله حيث قال فيمكن «إلخ» و لا كلام التذكرة لأن السمن الثاني و الصحة الثانية غير السمن الأول و الصحة الأولى لأنهما قد عدما و من المستحيل إعادة المعدوم و هو في السمن واضح لأنه عين محسوسة و قد تلفت فيضمنها الغاصب و إنما يتأتى الانجبار فيما إذا كان صاحب صنعة ففسدها ثم تذكرها أو تعلمها أو كان على عينه بياض فزال و نحو ذلك و سيترف بذلك عند شرح قوله و لا يجبر المتجدد و كلام التذكرة في هذا الفرع لا يخلو عن اضطراب (و أما) وصف الارتداد فيعرف حاله مما حكيناه عن الإيضاح فيما مر و الظاهر أنه كنيان الصنعة

(قوله) (و كذا لو اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر)

قال في الإيضاح تقرير النظر ما مر و بينه في جامع المقاصد بأنه ينشأ من حدوث ذلك في يد المشتري بعد انقضاء الخيار فلا يكون مضمونا على البائع و من استناده إلى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه و قال و التحقيق أن هذا النظر ليس بشيء لأنه إن كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا إشكال في أنه لا يستحق شيئا على البائع لأن علم المشتري بالعيب يسقط خياره و استحقاؤه الأرش و إن كان مع جهله بالحال فلا إشكال في الاستحقاق (ثم) ما الذي يستحقه ظاهر كلام المصنف هنا أن البائع يضمن ما يضمنه الغاصب و هو مشكل لأنه إنما يستحق بالعيب أرش العيب خاصة و إن حدث به هلاكه كما لو اشتراه مريضا و هو جاهل بالمرض فمات به فإن البائع إنما يضمن ما كان في يده لا ما تجدد في يد المشتري و الموت و القطع متجددان انتهى كلامه برمته (و نحن نقول) لا ريب في أن المسألة مفروضة فيما إذا جهل المشتري بالحال و كان بعد القبض و انقضاء الخيار و قد أشار بقوله في كونه من ضمان البائع نظر إلى قول الشيخ في المبسوط و غيره من أنه يرجع بجميع الثمن لأنه من ضمان البائع لأن التلف حصل بسبب كان في يده فأشبه ما لو باع مغصوبا فأخذه المستحق فحينئذ يرجع المشتري عليه بجميع الثمن كما بيناه في باب العيب و نبهنا هناك على كلام المصنف هنا فرجع حاصل كلامه هنا إلى أن في كلام الشيخ نظرا بل الأولى أن للمشتري الأرش و هو نسبة ما بين قيمته صحيحا مستحقا للقتل و غير مستحق من الثمن كما نص عليه في بيع الكتاب و التذكرة و نهاية الأحكام و هذا كله إذا قلنا إن المرتد الفطري غير خارج عن المالية

(قوله) (و لو طلب الولي الديه في النفس أو المجنى عليه في الطرف لزم أقل الأمرين من قيمته و أرش الجنايه)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان و في المسالك أنه الأشهر (قلت) لكننا لم نجد الخلاف و لا حكايته إلا عن بعض الشافعية في التذكرة و جامع المقاصد (و إطلاق) كلامهم في الكتب المذكورة يقضى بعدم الفرق بين عفو الولي على مال مطلقا و بين عفو على أرش الجنايه و عدم رضاه بدونه حيث يزيد عن القيمة بل كاد يكون كلامهم كالصريح في ذلك (و وجهه) أن الأقل هو الذي يستحقه المجنى عليه أو وليه لأن الديه إن كانت أقل فظاهر و إن كانت القيمة أقل فإن الجاني لا يجيء على أكثر من نفسه و لا فرق في لزوم ذلك للغاصب بين كون الجنايه عمدا أو خطأ لأن النقص بحدوث الجنايه من العبد قد حصل في يد الغاصب فيضمنه و يجب عليه فكه بالفداء لأنه يجب عليه تحصيله و رده إلى المالك و جميع ما يتوقف عليه

ذلك من باب المقدمة (و منه) يظهر وجه احتمال فكه بأرش الجناية بالغما ما بلغ لأن الواجب في العمد القصاص

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٨

فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع إلى السيد فإذا أخذها تعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى لاستحقاق المدفوعة أولاً بسبب في يده فضمنها (١) و لو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته و يتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أخرى على المستودع لأنه جنى و هو غير مضمون عليه (٢) و لو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب و لم يحكم به للأول بيع فيهما و يرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لأن الجناية وقعت في يده و كان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه (٣)

فإذا رضى المجنى عليه أو وليه بالمال مع قدرة الغاصب عليه يكون مقدمةً لوجوب رده إلى مالكة كما يجب عليه مؤنؤه رده و إن زادت على قيمته في غير الجناية فكذا فيها لاشتراكهما في المقتضى و هو قوى جداً إذا لم يكن إجحاف و لا ضرر عظيم لكن لا قائل به و إنما احتمله المحقق الثاني و كأنه مال إليه الشهيد الثاني أو هو متوقف

(قوله) (فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع إلى السيد فإذا تعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى لاستحقاق المدفوعة أولاً بسبب في يده فضمنها)

كما نص على ذلك كله في التحرير و كذا جامع المقاصد و هو خلاصة ما في التذكرة و المسالك (و معنى) زادت استوعبت إذ لا فرق بين أن تساوى أو تزيد في الرجوع بقيمة أخرى (و أما) إذا أنقصت فإنه لا يرجع إلا بالنقصان خاصة كما ستسمع (قال) في التذكرة إذا ثبت أن الجاني و الجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو إما أن يتلف العبد في يد الغاصب أو يرده فإن تلف في يده فللمالك مطالبته بأقصى القيم فإذا أخذها للمجنى عليه أن يقوم الغاصب و أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك لأن حقه كان متعلقاً بالرغبة فيتعلق ببديلها كالعين المرهونة إذا أتلّفها متلف فإن المرتهن يتوثق ببديلها (ثم) إنه احتمل اختصاص المالك بما أخذها و المجنى عليه يطالب الغاصب كما أن المجنى عليه لو أخذ أرش الجناية لم يكن للمالك التعلق به فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث و نفى عنه البأس و قال لكن المشهور عند الشافعية الأول فعلى القول الأول لو أخذ المجنى عليه حقه من تلك القيمة رجع المالك بما أخذه على الغاصب لأنه لم يسلم له بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب (ثم) الذي يأخذه المجنى عليه قد يكون كل القيمة كأن كان الأرش بقدرها و قد يكون بعضها بأن كانت القيمة مثلاً ألفاً و الأرش خمسمائة فإذا أخذ المجنى عليه الأرش رجع المالك به خاصة لأن الباقي قد سلم له و كذا لو كان العبد يساوى ألفاً فرجع بانتقاص السوق إلى خمسمائة ثم جنى و مات عند الغاصب و أوجبا للمالك أقصى القيم فليس للمجنى عليه إلا خمسمائة و إن كان أرش الجناية ألفاً ليس عليه إلا قدر قيمته يوم الجناية و أما إذا رده إلى المالك فلا يخلو إما أن يرده بعد ما عزم للمجنى عليه أو قبله فإن رده بعد العزم برئ و إن رده قبله فتبع أى الولي أو المجنى عليه العبد في الجناية رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه لأن الجناية حصلت حين كان العبد مضموناً عليه

(قوله) (و لو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته يتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أخرى على المستودع لأنه جنى و هو غير مضمون عليه)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه حين جنائته كان وديعةً و جنائته محسوبةً على المالك لأن المفروض عدم التفريط من المستودع فالواجب عليه إنما هو عوض قتله و إطلاق أخذ الولي لها في الكتب الثلاثة يتناول ما إذا أخذها من يد المولى و ما إذا أخذها من يد المستودع و قد سها القلم في جامع المقاصد فأثبت الغاصب مكان المستودع في ثلاث نسخ

(قوله) (و لو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب و لم يحكم به للأول بيع فيهما و يرجع المالك على

الغاصب بما أخذه الثانى منهما لأن الجناية وقعت فى يده و كان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثانى لأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه)

كما صرح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٦٩

فإن مات فى يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما و يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة و يكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه (١)

بذلك كله فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو محل نظر و منع (و بيان) الحال فى ذلك كله أن يقال إذا كان لرجل عبد فجنى على حر أو عبد جناية تستوعب قيمته عمداً أو خطأً ثم إنه غضب فجنى أخرى كذلك فى يد الغاصب فإذا استرقه المجنى عليه أو وليه أو سيده حيث لم يرد القصاص فى العمد أو لم يفكه المولى فى الخطأ فإنه يصير ملكه و لا يحتاج إلى حكم الحاكم كما لعله يفهم من عبارة الكتاب كما هو خيرة ظاهر الاستبصار و حينئذ فبمجرد جانيته الثانية عمداً يصير أمره للمجنى عليه ثانياً إن شاء استرق و إن شاء اقتص و إن شاء عفا و إن كانت خطأً فإن افتكه المجنى عليه أولاً فذاك و إلا فالمجنى عليه ثانياً مخير بين استرقاقه و بين بيعه و أخذ قيمته و العفو فإن لم يكن المجنى عليه أولاً أو أولياؤه اختاروا شيئاً من ذلك حتى جنى الجناية الثانية تشارك المجنى عليهما أو أولياؤهما فيه لاشتراكهما فى الاستحقاق و عدم الانتقال بمجرد الجناية الأولى فى العمد كما هو المعروف المشهور و المخالف إنما هو الشيخ فى النهاية قال يختص به الثانى استناداً إلى ظاهر خبر على بن عتبة و هو مع قبوله كعبارة النهاية للتأويل معارض بصحيح زرارة الذى هو حجة المشهور فإن اختاراً تملكه كان بينهما نصفين و لا يتعين البيع كما هو ظاهر العبارة و غيرها نعم إن اختاراه بيع بهما لهما و قسمت قيمته بينهما و رجع المالك على الغاصب بما أخذه الثانى منهما لأن الجناية الثانية وقعت فى يد الغاصب فضمامها على الغاصب بخلاف الأولى لوقوعها فى يد السيد للمجنى عليه الأول أن يأخذه أى يأخذ ما يرجع به المالك على الغاصب و هو ما أخذه المجنى عليه الثانى و ليس للثانى أخذه (أما الأول) فلأن حق المجنى عليه أولاً قد تعلق بقيمة العبد كلها لأن المفروض أن الجناية مستوعبة و قد وجد باقى القيمة فيتعلق به حقه كما قاله فى جامع المقاصد (و أما الثانى) فقد استدل عليه فى التذكرة بثلاثة وجوه (الأول) أن حق الأول قد تعلق بجميع الرقبة و حق الثانى تعلق بالنصف (الثانى) أن الذى يأخذه من الغاصب إنما هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً فلا يتعلق حقه به مرتين و النصف الآخر من القيمة قد فات بتعلق حق المجنى عليه أولاً و هذا هو الذى اعتمد عليه فيها و فى التحرير و جامع المقاصد (الثالث) أن سبب وجوب هذا النصف إنما هو الغضب فإنه بالغضب ضمن ما يجنيه المغضوب و الغضب متقدم على الجناية الثانية فلا يأخذ المجنى عليه الثانى مما وجب قبل كما لو جنى العبد على رجل ثم قطعت يده ثم جنى على آخر فإن أرش اليد لا يأخذ منه المجنى عليه الثانى شيئاً لوجوبه بالقطع المتقدم على الجناية و نحن نقول (أما الوجه) الأول فمع كونه لا وجه له أصلاً قد اتفق أصحابنا على نفيه لأنك قد علمت أنهم على قولين و إليه يرجع الثانى بالأخرة بل هو قضية استدلال المحقق الثانى على الشق الأول كما سمعت (و قال) أيضاً إن الجناية الثانية لكونها مضمونة فى حكم المنتفية فينتفى تعلق حقه بالقيمة جميعها (سلمنا) لكننا نقول إن ما ذكر فى توجيهه من تخريجات العامة إذ المجنى عليه ثانياً إنما أخذ ما أخذ لمكان الجناية عليه كما لو اختار تملكه من دون بيع و الذى أخذه المالك من الغاصب قيمة أخرى للنصف كما تقدم مثله و إنما كان لمكان وقوع الجناية منه فى يده فهما أمران غيران و ليس أحدهما عوضاً عن نفس الآخر و ما ذا يقولون لو جنى عليهما و هو مغضوب لينفرد المالك بالقيمة الثانية و يذهب نصفاً دم المسلمين باطلاً مع وجود ما يتعلق برقبة العبد و ما كنا لنعدل عن إطلاقات أخبارنا الجارية مجرى العموم فى الجانيين و فتاوى أصحابنا لأمر اعتبارية و ليس ذلك من الأفراد النادرة عند التأمل (سلمنا) لكن ذلك إنما يخدم فى إطلاق الأخبار دون الفتاوى (و أما الثالث) فأوهن شىء لأنه لا يجب على الغاصب قبل جناية العبد شىء و قد بينا مراراً معنى ضمان الغاصب و المستعير إذا شرط عليه أو كانت العارية من أحد التقدين فكان قياسه على ما ذكر قياساً مع الفارق و هو أيضاً من تخريجات العامة (و

ليعلم) أن ظاهر العبارة أنه يجب على المالك الرجوع على الغاصب و يحتمل العدم و أن للمجنى عليه أولاً الرجوع و يحتمل العدم (قوله) فإن مات فى يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما و يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة و يكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قال فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٠

و لو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبى (١) على إشكال (٢) و لو خصى العبد فعليه كمال القيمة (و رده خ) على رأى (٣) فإن سقط ذلك العضو بآفة فلا شىء لأنه تزيد به قيمته (٤)

التذكرة أيضاً و قيل إن المجنى عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة و المجنى عليه الثانى يطالبه بنصف القيمة و أن المالك لا يأخذ شيئاً و نفى عنه البأس (و الوجه) فى الأحكام الثلاثة يعلم مما تقدم و لو وهب المجنى عليه ثانياً ما أوجبته الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر كما فى جامع المقاصد قال و لو وهب للغاصب فليس ببعيد سقوط الرجوع به (قوله) (فلو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبى)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد إذا كانت الجناية عمداً لأنه مضمون عليه فيضمن كل نقص دخل عليه فى يده و جنايته على السيد موجبة لاستحقاق الاقتصاص فكان السيد و الأجنبى فى ذلك سواء (و أما) إذا كانت خطأ أو شبه عمد فلا شىء للسيد على الغاصب لأن الواجب فيهما المال و لا يثبت للسيد على ماله مال و ثبوته على الغاصب فرع ثبوته على العبد كما تقدم مثله فى الخطأ فى الرهن و فى الإيضاح و جامع المقاصد أنه يضمن نقص القيمة فى الخطأ إذا حصل و فسره فى الأخير بما إذا تضمنت جنايته استتالته على السيد و قلة الرغبة فيه و مرادهما كما صرح به فى الأخير أنه لا يضمن أرش الجناية و هذا العيب يجرى أيضاً فى العمد فيضمن الغاصب أرشه خارجاً عن أرش الجناية لاختلافهما و إن جنى على طرف سيده فاقتص منه السيد ضمن الغاصب أكثر الأمرين كما فى الإيضاح و جامع المقاصد كما مر مراراً و فى التذكرة أنه يضمن أرش العضو فتأمل و فيها و فى الإيضاح و جامع المقاصد أنه إن عفى على مال ثبت المال على العبد و فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجناية و قيمة العبد كالأجنبى (و وجهه) أن المال ليس بثابت هنا أصلاً من أول الأمر ليمتنع ثبوته على العبد لاستلزامه وجوب مال للسيد على عبده و إنما هو عوض عن جنايته ثابتة مستحقة على العبد مضمونة على الغاصب فلا يمتنع ثبوت عوضها لأن الخيار فى ذلك للمجنى عليه (و فيه نظر) واضح لأنه قد يقال إنه لا يعقل أن يثبت له على ماله مال لا بالأصالة و لا بالتبع

(قوله) (على إشكال)

ينشأ مما مر و من أن المالك هو المباشر للإتلاف لأنه إذا سلمه للمولى فقد مكنه منه غاية التمكين و لا يضر اقتصاصه بعد ذلك لكون ذلك باختياره و مباشرته بخلاف ما إذا كانت على الأجنبى فإن الجناية عليه تقضى بزوال الملك أو تقضى إليه فإذا سلم العبد للمالك حينئذ لم يكن تسليمًا تاماً و فى جامع المقاصد أنه ليس بشىء لثبوت الاقتصاص الذى تركه موجب للضرر على السيد أو الوارث بسبب حدث فى يد الغاصب و هو منقص للمالية فيستحق الرجوع به و سرى الإشكال فى الإيضاح إلى الخطأ قال و فى الخطأ ينشأ من أن الغاصب ضامن و من أنه محتمل لما تعلق برقبته بسبب جنايته لأنه غصب رقبة بريئة فيجب أن يرده كذلك فيضمن ما تعلق برقبته و لا يثبت للمولى حق فى رقبة العبد بسبب الجناية و الوجه الأول لا وجه له لأن الغاصب إنما يضمن ما يثبت على العبد و أما المستحيل فلا

(قوله) (و لو خصى العبد فعليه كمال القيمة على رأى)

و رده كما هو خيرة المبسوط فى موضع منه و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية

و في الأخير أنه المشهور لأنه جنى جناية لها مقدر هو القيمة و لا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد بخلاف الجاني لمكان النص فيه و قال في موضع آخر من المبسوط له أخذ القيمة بعد أن يسلمه أو يصبر مجاناً لثلاً- يجمع بين العوض و المعوض (و فيه) أنه عوض الفاتئ على أنه مكلف بأشق الأحوال و في بعض النسخ فعليه كمال القيمة و رده على رأى و هو أصوب لأن الخلاف إنما هو في الأمرين معا

(قوله) (فإن سقط ذلك العضو بأفء فلا شيء لأنه تزيد به قيمته)

كما في التحرير لأنه لا نقص فلا ضمان و الأقرب و جوب القيمة كما في التذكرة و في الإيضاح أنه أولى به و في جامع المقاصد أنه أصح لأنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية لأن العبد و أجزائه و صفاته و منافعه مضمونة عليه و للعضو التالف هنا مقدر فيضمنه فيجب عليه أن يدفع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧١

على إشكال (١) و كذا لو نقص السمن المفرط و لم تنقص القيمة (٢) و كذا الإصبع الزائدة (٣) و لو مثل به لم ينعق على رأى (٤) و لو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد و مساويه (٥) و لو نقص الزائد و نصف الأصل و أوجبنا الأكثر لزمه المجموع و إلا الزائد (٦)

كمال القيمة و يرده و يأتي في السمن المفرط ماله تقع تام في المقام و في جامع المقاصد أن الضمير في أنه للشأن و فيه أنه لا حاجة إلى ذلك بل هو راجع إلى العبد و الضمير في به راجع إلى السقوط فيصير التقدير أن العبد تزيد قيمته بالسقوط (قوله) (على إشكال)

قد عرفت منشأ وجهيه مما تقدم في حجة كل من القولين

(قوله) (و كذا لو نقص السمن المفرط و لم تنقص القيمة)

أى لا شيء فيه كما في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و في الأخير أنه لا إشكال فيه لأن السمن ليس له بدل مقدر و لا نقص في العين يوجب نقص القيمة فهو من قبيل ما لا قيمة له بخلاف الأثنيين فإن فيهما مقدرا و هذا يتحقق في سمن نحو العبد و الجارية و ما لم يقصد منه اللحم فإن سمنه إذا أفرط و تجاوز الحد ربما نقصت قيمته و لا يجيء هنا الإشكال السابق (و يبقى) الكلام فيما إذا نقص السمن الغير المفرط من دون أذية و لا ألم و لم تنقص به القيمة و الظاهر أنه يضمن أرشه لأنه جزء ذهب من المغصوب فيكون مضمونا و يعتبر بعبد متى ذهب منه مثل ذلك السمن نقصت قيمته كما قاله في المبسوط فيما إذا حلق لحيه الأمة فلم تنبت من دون غصب فزادت قيمتها فإنه يعتبرها بعبد متى زالت لحيته نقصت قيمته و أثبت أبو العباس و الشهيد الثاني في الروضة فيها أى لحيه الأمة الحكومة و أناتها أبو العباس بنظر الحاكم كما بينا ذلك في باب الديات و المصنف هنا لم يوجب فيها و لا في شعر عانتها إلا التعزير (و كيف كان) فلعلهم هنا لا يختلفون في ضمان السمن الغير المفرط و إن لم تنقص به القيمة لأنه جزء ذهب من المغصوب (قوله) (و كذا الإصبع الزائدة)

أى لو نقصت و لم تنقص بها القيمة لا شيء فيها و ليس بصحيح بل الصحيح أن فيه الضمان كما في الشرائع و التذكرة و المسالك و الكفاية و في الأخير أنه المشهور لأن لها مقدرا و هو ثلث الدية الأصلية كما أطبقوا عليه في باب القصاص و دلت عليه الأخبار و في جامع المقاصد أنه الأصح و ليس بجيد بل هو الصحيح

(قوله) (و لو مثل به لم ينعق على رأى)

موافق للسرائر و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية لأن التحرير بالتمثيل على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص و خيرة الخلاف و المبسوط و القاضى فيما حكى و الإيضاح أنه ينعق عليه (و قد استدل) عليه في الأول بإجماع الفرقه و

أخبارهم و لعله أراد بالأخبار ما رواه في التهذيب مرسلا عن أبي عبد الله عليه السلام قال كل عبد مثل به فهو حر و لا يعارضه ما ورد فيه بتكليف السيد بخصوصه و جعل منشأ الخلاف في الإيضاح أن العتق هل هو لعدم قبول العبد الملكية حينئذ أو لعدم قبول الممثل المالكية أو عقوبة ثم قال و الأول أولى و في جامع المقاصد ربما بنى القولان على أن الانعتاق بتمثيل المولى لجبر حال العبد أو لعقوبة المولى فعلى الأول ينعق هنا و على الثاني لا- و قال إنه بناء ضعيف و رجوع في الحكم إلى جهالة (قلت) هذا يحكى عن المصنف في بعض فوائده و يردده أيضا أن النص غير معلل و العلة المستنبطة ساقطة و تردد المحقق في الشرائع و هو ظاهر الدروس و أما إذا أقعد أو عمى فإنه ينعق و يضمن الغاصب

(قوله) (و لو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد و مساويه)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (و معناه) أنه قبل الغصب كان يساوى ألفا ثم زادت قيمته بعد الغصب فساوى ألفين ثم قطع الغاصب يده فنقص ألفا لزمه رد العبد و نصف قيمته و هو ألف و هي قدر قيمته الأولى لأن زيادة السوق مضمونة مع تلف العين و يد العبد قد قدر لها الشارع نصف القيمة

(قوله) (و لو نقص الزائد و نصف الأصل و أوجبنا الأكثر لزمه المجموع و إلا الزائد)

أى لو نقص بالقطع من قيمة العبد في القرض المذكور ألف و خمسمائة فصار يساوى خمسمائة فإن أوجبنا على الغاصب في الجناية على المغصوب أكثر الأمرين من المقدور و الأرش لزمه الألف و الخمسمائة كما هو خيرة التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و إن أوجبنا المقدر خاصة و هو نصف القيمة لزمه الزائد فقط و هو الألف كما صرح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٢

و إن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع و إلا النصف (١) و لو غصب عبدا فقطع آخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة و لا يرجع على أحد و الغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف و لا يرجع على أحد و لو لم يحصل زيادة استقر الضمان على الجاني (٢) و لو غصبه شابا فصار شيخنا ضمن النقص (٣)

به أيضا في الأولين و قال في الأخير هذا ظاهر إذا لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى على يد غيره عمدا فإنه على هذا التقدير يجيء فيه عند المصنف احتمالات ثلاثة قد سبقت (أحدها) أرش العبد كائنا ما كان و على هذا الاحتمال يلزم الغاصب المجموع أيضا فلا يستقيم قول المصنف و إلا الزائد إذ معناه و إن لم توجب الأكثر لزمه الزائد فقط و قد عرفت أنا قد لا نوجب الأكثر و نلزمه المجموع إذا أوجبنا الأرش و يندفع هذا عن العبارة إذا قرئ قوله سابقا فقطع يده بالبناء للمعلوم لأن الضمير حينئذ يعود إلى الغاصب فلا تدرج في العبارة الصورة المذكورة إلا- أن قوله فيما بعد و إن نقص الربع إلخ ينافيه لأن إيجاب الأرش على ما ذكره إنما يجيء إذا جنى العبد في يد الغاصب فقطعت يده بالجناية لأنه حينئذ يقال إن يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب أرش العبد لا أرش اليد و إن كان ضعيفا و إنما قلنا إنه ينافيه لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذ (قلت) نقرأ قطع بالبناء للمعلوم و لا ينافيه قوله فيما بعد و إن نقص الربع كما ستسمع

(قوله) (و إن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع و إلا النصف)

كما في التذكرة و جزم في التحرير بالثاني قال و إن نقص خمسمائة و جب عليه رد العبد و الألف (قلت) هذا هو الصحيح كما تقدم و معنى عبارتي الكتاب و التذكرة أنه لو كان النقص خمسمائة و هو ربع القيمة فاللازم هو الربع إن أوجبنا أرش العبد كائنا ما كان أى قليلا كان أو كثيرا و إن لم نوجب الأرش تعين النصف لأنه المقدر و الأكثر و من المعلوم أنه لا يقوم احتمال الأرش قل أو كثر إلا إذا كان القطع بجناية العبد المغصوب على الطرف و إلا- فإذا كان يجب المقدر على الجاني فبالأولى أن يجب على الغاصب فكأن المصنف قال و إن نقص الربع و أوجبنا الأرش حيث يجب كما إذا كان قد قطع يد عبد فقطعت يده لزمه الربع و إلا النصف فقد أراد

أن يبين ما إذا قطع الغاصب يده و ما إذا قطعها غيره قصاصا و أطلق هنا اعتمادا على ما سبق فلم يكن كلامه هذا مترتبا على قوله سابقا فقطع من حيث اللفظ (أو نقول) إن ذلك يتجه أيضا إذا قرئ قطع بالبناء للمفعول بأن نقول إنه مطلق و تحته فردان أحدهما قطع الغاصب و الآخر قطع الغير قصاصا فيندفع ما في جامع المقاصد من قوله لا شك في فساد العبارة سواء أخذت مطلقة إذا قرئ قوله فقطع مبني للمجهول أو مخصوصا بكون الغاصب هو القاطع بأن يبنى للمعلوم لأن الجاني إذا وجب عليه المقدر فجنائية الغاصب بطريق أولى فقد صحت العبارتان و اندفع عنهما الإيرادان (ثم) إنه يرد عليه أنه لو قرأنا قطع بالبناء للفاعل احتمال أن يكون الغاصب قد قطع يده قصاصا فلا يتجه ما في جامع المقاصد (و ليس) لك أن تقول لا يصح للغاصب القصاص لأنه يجب عليه رده سالما (لأننا نقول) إن القصاص مقدم على كل حق كما حرر في محله

(قوله) (و لو غصب عبدا فقطع آخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة و لا يرجع على أحد و الغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف و لا يرجع على أحد و لو لم يحصل زيادة استقر الضمان على الجاني)

كما في التحرير و جامع المقاصد و نحوه ما في التذكرة (و معناه) أن المغضوب منه يتخير بين تضمين الغاصب و الجاني لكن الجاني لا يضمن سوى المقدر في الجنائية و الغاصب يضمن الزيادة فقرار الضمان بالنسبة إلى موجب الجنائية على الجاني فإن رجع عليه لم يرجع به على أحد و إن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به على الجاني بنسبته و أما الزائد على تقدير حصوله فإنه على الغاصب خاصة و لو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني لاستواء الجاني و الغاصب في وجوب ذلك و قد باشر الإلتلاف بالقرار عليه و يتخير المالك في الرجوع على كل منهما

(قوله) (و لو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص)

كما في المبسوط و الخلاف و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و في التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٣

و كذا لو كان أمرد فنبتت لحيته (١) على إشكال (٢) و لو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على إشكال (٣) و لو نقل التراب رده بعينه (٤) فإن تعذر فالمثل (٥) و عليه الأرش و تسوية الحفر (٦) و البائع إذا قلع أحجاره فعليه التسوية دون الأرش (٧) و لو حفر بئرا فله طمها إلا أن ينهأ المالك فيزول ضمان التردى (٨)

لا- نعلم فيه خلافا يعني بين أهل العلم لتناقص القوى بذلك الموجب لنقصان القيمة و مثله ما لو كانت ناهدا فسقط ثديها كما في المبسوط و الخلاف و التذكرة و التحرير و الدروس و في التذكرة لا نعلم فيه خلافا و مثله ما لو كان طفلا فكبير كما في الدروس و إن كان ذلك من ضروريات البقاء

(قوله) (و كذا لو كان أمرد فنبتت لحيته)

كما في المبسوط و الخلاف و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد لحصول النقص في القيمة بذلك لأنه المفروض و المخالف هنا أبو حنيفة لا غير لأن الفائت لا يقصد قصدا صحيحا فجرى مجرى الصناعة المحرمة و قد احتمله احتمالاً في التحرير و ليس بشيء لأننا نمنع عدم القصد الصحيح لإمكان تعلق الغرض بالتمرين على الأخلاق الحسنه من عادات و عبادات بل قد يتعلق الغرض الصحيح بالجمال

(قوله) (على إشكال)

قد علم منشأ وجهيه مما تقدم

(قوله) (و لو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على إشكال)

الضمان من دون إشكال خيرة التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد لأن كل نقص يحدث في يده مضمون عليه و لا منافاة

بين تحريم زرعها و ضمان نقصها إذ الواجب عليه من أول الأمر عدم إثبات يده على مال الغير بغير حق و وجه عدم الضمان أن ترك زرعها واجب فلا يضمن بسببه

(قوله) (و لو نقل التراب رده بعينه)

كما في المبسوط و التحرير و جامع المقاصد و فرشه على ما كان فيها كما في المبسوط
(قوله) (فإن تعذر فالمثل)

لأن التراب من حيث هو مثلي و إن كانت الأرض باعتبار كونها قراحا أو بستانا أو نحو ذلك قيمته فلا منافاة و لا استبعاد في ذلك
(قوله) (و عليه الأرش و تسوية الحفر)

أما وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان فظاهر و أما وجوب التسوية دون أرش الحفر مع أنهم أوجبوا على هادم الحائط الأرش دون إعادته فلأن الحفر يشبه المثلي و البناء يشبه القيمي
(قوله) (و البائع إذا قلع أحجاره فعليه التسوية دون الأرش)

(أما) وجوب التسوية إذا كان المشتري عالما فقد أطبقوا عليه من غير خلاف في باب تسليم المبيع و باب بيع الأرض مستنديين إلى أنه يجب تسليم المبيع مفرغا كاملا و لعلهم يقولون إن علمه إنما أسقط خياره و أما ضمان النقص بمعنى وجوب طمه فلا مسقط له إلا ما يتخيل من إقدامه على ذلك و ليس بشيء لأنه إنما أقدم على ذلك عالما بأنه يجب على البائع تسليم المبيع تاما (و أما) عدم وجوب الأرش لو بقي في الأرض نقص و عيب بعد التسوية فلأن الفعل مأذون فيه شرعا فلم يتعقبه ضمان بمعنى وجوب الأرش نعم لو كان جاهلا تخير فإن أجاز وجب له الأرش و الأجرة لمدة النقل على الأقوى و تمام الكلام في باب بيع الأرض و استطراد المسألة هنا ليفرق بين الغاصب و البائع

(قوله) (و لو حفر بئرا فله طمها إلا أن ينهائى المالك فيزول ضمان التردى)

كما في السرائر و التحرير و المختلف و الدروس و جامع المقاصد و غيرها و في الشرائع لو قيل به كان حسنا لأن المالك إذا رضى بالحفر كان كما لو حفرت بإذنه و نهيه عن الطم يتضمن الرضا (و في) التذكرة إن كان للغاصب في الطم غرض سوى دفع ضمان التردى فله الطم و إن لم يكن له غرض سواه لم يكن للغاصب طمه و قد مثل فيها الغرض بما إذا نقل التراب إلى ملك نفسه أو طرحه في طريق المسلمين أو ملك غيره و هو كما ترى لأنه تصرف في مال الغير مع نهيه عنه (و في) المبسوط و الغنية له طمها نهائى المالك أم لم ينهه رضى المالك أم لم يرض قال في المبسوط لأنه حفر في ملك غيره فلا يأمن أن يقع فيها إنسان أو بهيمة فيلزمه الضمان هذا إذا لم يبرئه المالك من ذلك فإن برأه فقولان و الصحيح أنه يبرأ انتهى حاصل كلامه و قد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٤

و لو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب و إن لم تنقص القيمة (١) و كذا في إغلاء العصير على رأى (٢) و لا- يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف و إن تساوى قيمة (٣) بخلاف ما لو اتفقا جنسا و لو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل (٤)

قال في باب الديات من المبسوط إنه لو حفر بئرا عدوانا في ملك غيره ثم إن المالك رضى ببقائها بعد الحفر العدوان سقط الضمان و به صرح في ديات الكتاب و الشرائع و التحرير و الإرشاد و هو يوافق ما هنا و اختار هناك في المبسوط أنه يبرأ بالإبراء و تردد فيه أى الإبراء في التحرير من أن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن و من أن حصول الضمان لتعديده بالحفر و الإبراء لا يزيله لأن الماضى لا يمكن تغييره عن الصفة التى وقع عليها و لأن الضمان ليس حقا للمالك فلا يصح الإبراء منه و لأنه إبراء مما لا يجب فلم يصح انتهى و مرادهم هنا بالإبراء الرضا و الإقرار فيكون إسقاطا للتعدي برضاه بذلك لا إبراء عما لم يجب

(قوله) (و لو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب و إن لم تنقص القيمة)

بلا-خلاف فيه من أحد من الخاصة و العامة و به صرح في المبسوط وغيره و مثاله أن يغصب رطلين قيمتهما درهم فيغليهما حتى يصيرا رطلا-واحدا قيمته درهم أو درهمان فإنه يرد و يغرم مثل الرطل الذاهب و إن نقصت قيمته دون عينه رده مع أرش النقصان كأن يغير طعمه و إن نقصا جميعا فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالإغلاء إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي و الوجه في الجميع ظاهر

(قوله) (و كذا في إغلاء العصير على رأى)

موافق لأكثر المتأخرين بل كلهم لحصول النقص في العين و المخالف الشيخ في المبسوط قال لا يضمن و كذا الخلاف في ما حكى عنه و لم أجده مستندا إلى أن الذاهب أجزاء مائة لا قيمة لها لأن النار تعقد أجزاء العصير و لهذا تزيد حلاوته بخلاف الزيت (و فيه) أن الواقع نقص محسوس في العين فيجب بدله على أنا لا نسلم أن الذاهب أجزاء مائة فقط سلمنا لكن الذاهب في الزيت ذلك إلا أن مائته أقل و مثله ما إذا صار العصير خلا و انتقصت عينه دون قيمته و الرطب تمر و العنب زيبا أو اللبن جبنا أو سمنا أو زبدا

(قوله) (و لا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف و إن تساويا قيمة)

نحوه ما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و غيرها (و الحاصل) أن العائد إن كان من نوع آخر لم يحصل الانجبار به إجماعا كما يظهر من مجمع البرهان و قد قطع به الأصحاب كما في الكفاية (قلت) و ظاهرهم القطع أيضا بالانجبار و عدم وجوب الأرش فيما لو اتفقا جنسا كما لو كان كاتبا أو عالما أو خياطا فنسى ثم تذكر إذا لم يفت شيء و في المسالك أنه لا شبهة فيه و لا يرد أن العلم غير باق لمنعه و لو سلم لزم ضمانه و إن لم ينس لأنه يتجدد في يد الغاصب بعد زوال ما كان حالة الغصب (و اختلفوا) فيما إذا كان سميئا فهزل ثم سمن فصريح المبسوط و الإرشاد و مجمع البرهان و ظاهر الشرائع أنه يجبر الثاني الأول لأن الأصل عدم الضمان و لا دليل على الضمان في مثله سوى قولهم إنهما بمنزلة صفتين مختلفتين و ليس بدليل يعول عليه و لا إجماع إلا في المتغايرين و صريح التذكرة و جامع المقاصد و ظاهر الدروس أنه لا يجبر لأن الثاني مال متجدد للمالك و الأول مال ذاهب و يقولون أنه بعد الهزال صار الأصل الضمان و اقتصر في الكفاية على قوله فيه قولان و كلام التذكرة لا يخلو من اضطراب لأنه قد صرح فيها أيضا بأنه لو مرض العبد ثم عوفى و جب رده من غير شيء و مثله قال في التحرير كما تقدم التنبيه عليه و نحوه ما يأتي للمصنف في آخر الفصل الثاني (إذا تقرر هذا) فلو كان الكمال من وجه آخر مثل أن نسي صنعة كانت قيمته معها مائة فصارت إلى خمسين ثم تعلم صنعة أخرى غير الأولى فعادت إلى مائة رده و رد معه خمسين و لو تكرر النقصان و كان في كل مرة مغايرا بالنوع للنقص في المرة الأخرى ضمن الكل كما لو غصب جارية قيمتها مائة فسمت و بلغت قيمتها ألفا و تعلمت صنعة فبلغت ألفين ثم هزلت فنسيت الصنعة فعادت إلى مائة ردها و غرم ألفا و تسعمائة

(قوله) (و لو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٥

و في وجوب الدفع إشكال (١) فإن أوجبه فصار خلا في يد المالك ففي وجوب رد المثل إشكال (٢) فإن صار خلا في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل (٣) و لو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب و يحتمل المالك (٤)

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك لأن المالية قد فاتت تحت يده و هي يد عادية فكان عليه ضمانها كما لو تلفت و قال في التذكرة لو غصب عصيرا فأغلاه حرم عندنا و صار نجسا لا يحل و لا يطهر إلا إذا ذهب ثلثاه بالغليان فلو رده الغاصب قبل ذهاب ثلثيه وجب عليه غرامة الثلثين و الوجه أيضا أنه يضمن غرامة الجناية على الثلثين و قال في جامع المقاصد في الفرق بينه و بين العصير لو غصبه فصار خمرا أو صيره خمرا نظر و نحن نجد الفرق واضحا بالاحترام و عدمه

(قوله) (و في وجوب الدفع إشكال)

في الدروس أن وجوب دفع الخمر أيضا أقرب و في المسالك أنه أقوى و في جامع المقاصد أن فيه قوة لبقاء الأولوية لإمكان إرادة التخليط و من ثم عاد ملكه إليها قبل دفع البدل و ذلك إن لم يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب لزوال حقه حينئذ و معاونته على الإثم (و وجه العدم) أنه خرج عن الملك فإن المسلم لا يملك الخمر و من ثم وجب البدل تاما و هو أقوى و لا ترجيح في الإيضاح و في التذكرة يجوز أن يأخذها المالك ليمسكها حتى تتخلل

(قوله) (فإن أوجبناه فصار خلا في يد المالك ففي وجوب رد المثل إشكال)

جزم في التحرير و الدروس بوجوب رد المثل و في جامع المقاصد أنه الظاهر و في المسالك أنه أقوى و هو قضية كلام الخلاف و الشرائع و الإرشاد و مجمع البرهان لأنه أخذه للحيلولة و قد زالت بعود ملكه إليه لأن الأجزاء عين ماله و المانع من ملكيتها هي الخمرية و قد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد و إن حدث له صورة أخرى فيجب الرد و لا بد من مراعاة الأرش على تقدير نقصه كما صرح به أيضا في الكتب الأربعة الأول (و وجه العدم) أن هذا ملك متجدد لأن العصير لما صار خمرا صار تالفا فوجب بدله و حقق في الإيضاح أنه يبني على أن الذرات هل هي متساوية و اختلافها بأعراض و أحوال كمذهب الجبائي أو متخالفة في الحقيقة كمذهب أبي الحسين فعلى الأول يجب رده و على الثاني لا- يجب لأنه غير المغصوب (و كيف كان) فإن ما نحن فيه يخالف ما إذا غصبه خمرا غير محترمة فتخللت في يده فإنه لا- يجب عليه رد الخل لأن العصير كان مملوكا لمن هو في يده و إنما طرأ عليه مانع الملك فيزول بزواله بخلاف الخمر فإنها لم تكن مملوكة له بوجه و انتزاعه من يده غير مضمون بل و لا يسمى غصبا و تخللها أحدث ملكا جديدا لمن هو في يده إن نوى بإبقائها في يده التخليط نعم لو كان المغصوب خمرا متخذة للتخليط فتخللت في يد الغاصب فالأقوى وجوب رده كالعصير كما ستسمع و احتمال العدم ضعيف جدا و تمام الكلام في باب الرهن

(قوله) (فإن صار خلا في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل)

أما أنه يرد إلى مالكه فقد نفى عنه الخلاف في رهن غايه المرام و المسالك و هو كذلك لأنه غير ماله و قضية ذلك أنه يرد معه أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل و به صرح الأصحاب كالشيخ و ابن إدريس و من تأخر عنه (و المراد) أنه غصبه عصيرا فصار خمرا في يد الغاصب فيكون معطوفا على قوله أولا فصار خمرا (و يعلم) أن المصنف و ولده و الشهيد و المحقق الثاني في باب الهبة حكموا أن في رده حينئذ إلى المالك إشكالا فليرجع إليه

(قوله) (و لو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب و يحتمل المالك)

(وجه الأول) أن الخمر خارجة عن الملك بالكلية و قد استولى عليها هذا فصارت ملكه و لحصول الخلية عنده فيما ليس ملكا لأحد و هو الذي صححه في الإيضاح و قواه هو في شرح الإرشاد (و وجه الثاني) ثبوت الأولوية للمالك باليد للتخليط كذا قال الفخر في الكتابين و هو يقضى بأن الخمر محترمة متخذة للتخليط و هي التي يتصور فيها الغصب فكان الأولى به و بوالده أن يختارا وجوب الرد للمالك لكان سلطانه الثابت عليها لكونها مستحقة لمن كانت في يده بهذه النية و قد نفى فيها الخلاف عن وجوب الرد للمالك في الخلاف و هو كالإجماع أو أبلغ لأن مراده نفيه بين المسلمين و قال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٦

و البذر و البيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك (١)

في التذكرة أنه مذهبنا و هو خيرة المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك فلا- يلتفت بعد ذلك إلى ما وجه به الأول في الإيضاح و لا إلى القول بأن فائدة احترامها جواز إبقائها في يده و عدم وجوب إراققتها و تمام الكلام في الرهن

(قوله) (و البذر و البيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك)

إجماعاً فيهما كما فى الناصرية و السرائر و بلا خلاف كما فى الثانى أيضاً و هو المذهب كما فى الغنية و هو المعتمد عندنا كما فى التذكرة و فتوى من سبق الشيخ كما فى الدروس و عليه الفتوى كما فى التنقيح و عليه الأكثر كما فى جامع المقاصد و هو خيرة الخلاف فى باب الدعوى و المبسوط فى باب العارية و غضب السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو المحكى عن أبى على و لا ترجيح فى الكفاية و فى غضب الخلاف و المبسوط و الوسيلة أنهما للغاصب و عليه قيمة الحب و البيض (و استدل) عليه بأن عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم غير القيمة و قال فى الخلاف و من يقول إن الفرخ عين البيض و إن الزرع هو عين الحب مكابر بل المعلوم خلافه انتهى و قد صرح فى عارية المبسوط أن الزرع عين الحب قال فى السرائر فقد دخل «ره» فى جملة من يكابر (ثم إنا نقول) إنهما نماء ملك المالك و النمء على قسمين قسم يبقى معه الأصل كثمرة النخل و قسم يبقى معه الأصل ببعض أجزائه و هو المادة دون الصورة فتلبس المادة صورة أخرى و تسمى استحالة و هذا يجرى مجرى تغير الصفات كالسمن مثلاً فكما أن المغصوب إذا سمن لم يملكه الغاصب كذلك البيض إذا صار فرخاً و الحب إذا صار سنبلًا (و قد) اعترض الشيخ فى المختلف بأن سبب تملك الغاصب الفرخ إنما هو إحداث فعل أو تجديد يد و القسمان باطلان (أما الأول) فلأن الفعل إما من الغاصب أو من الدجاجة و القسمان باطلان (أما الأول) فلأن الغاصب لم يؤثر سوى الإحضان و ليس ذلك موجباً للتمليك و إلا لكان لو أحضنها بدجاجة المالك ملكها و لكان المالك إذا أذن لغيره فى إحضان الدجاجة بالبيضة و هما للمالك ملك الغير و ليس كذلك إجماعاً (و أما الثانى) فلأنه لو كان كذلك لكان المالك إذا غضب الدجاجة و أحضنها بيضة من ملكه يملكها صاحب الدجاجة و ليس كذلك اتفاقاً (و أما الثانى) فلأن تجديد اليد لو كان موجباً لكان الغاصب مطلقاً مالكا و إن لم تتغير صفته و ليس كذلك إجماعاً و قول الشيخ إن العين قد تلفت ليس بجيد فإنها لو تلفت لم يحصل لها نماء و إنما استحالت و تغيرت صفاتها و خواصها و قوله من يقول إن الفرخ عين البيض مكابر خارج عن الإنصاف فإننا لا ندعى أن هذه الأعيان هى تلك الأعيان باقية على الصفات بل إن المواد واحدة و إن التغير إنما هو فى الصفات و الخواص و بعض الذاتيات انتهى (قلت) لعل الشيخ يقول مرادى من التلف عين ما قلته من الاستحالة و إن سبب التملك جميع ما ذكرته مجتمعاً لا كل واحد واحد مما ذكرت و هذا لم تبطله و له أن يقول إذا كانت الصورة مقومة للعين و المفروض فسادها فلا بقاء للعين فأنت الخارج عن الإنصاف فإن أردت بقاء العين بقاء المادة فالشيخ يسلمه و لا يضره لأن له أن يقول من أين لك إذا كانت المادة باقية و هى ملك المالك و نفس العين غير باقية بل تالفه أو فى حكم التالفه يجب مثلها أو قيمتها و إن الصورة الأخرى التى لبستها المادة للمالك و هل النزاع إلا- فيه و ليس لك أن تجيب إلا- بأن الصورة الحادثة نماء الأصل فيتبعه و يجرى مجرى الثمرة فتكون فى غنية عن هذه التفاصيل التى ما أفادت إلا التطويل و لهذا ترى من تقدمه كصاحب السرائر و جميع من تأخر عنه ما استندوا إلا إلى أنه نماء ملك المالك و تابع له (هذا) و قد تقدم فى أول الفصل الأول فيما لو قطع الثوب قطعاً أنه لم يملكه و نقل الإجماعات و الفتاوى عليه و من المفتين بذلك الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ما استدلووا به عليه جار فيما نحن فيه و أن المسألتين من سنخ واحد كما تقدم بيانه و إزام الشيخ به و قد تقدم أنه لا يصح الاستشهاد لكلام الشيخ بأن نماء نطفة الفحل إذا غضبه و أنزاه على شاته و فرسه للمالك لأن النطفة لا قيمة لها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٧٧

(الفصل الثانى فى الزيادة)

لو غضب حنطة فطحنها أو ثوبا فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردّها مع الزيادة (١) و أرش النقص إن نقصت القيمة بذلك و لا شىء له عن الزيادة و لو صاغ النقرة حليا ردها كذلك (٢) فلو كسر ضمن الصنعة و إن كانت من جهته (٣) و للمالك إجباره على ردها نقرة (٤) و لا يضمن أرش الصنعة (٥) و يضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة (٦) بالكسر

الفصل الثانى فى الزيادة (قوله) (لو غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردّها مع الزيادة و أرش النقص إن نقصت القيمة بذلك و لا شىء له عن الزيادة)

هذا قد تقدم الكلام فيه فيما إذا قطع الثوب قطعا و قد نقلنا هناك الفتاوى و الإجماعات و منها إجماع التذكرة و هذا معقده قال لا يملك الغاصب العين المغصوبة بتغير صفاتها فلو غصب حنطة فطحنها أو شاء فذبحها و شواها أو حديدا فصنعه سكيناً أو آنية أو آلة أو ثوبا فقطعه و خاطه أو قصره أو طينا فصيره لبنا فإن حق المالك لا ينقطع عن هذه الأعيان و لا يملك الغاصب بشىء من هذه التصرفات بل يردّها مع أرش النقص إن نقصت القيمة عند علمائنا أجمع انتهى و حكى الخلاف عن أبى حنيفة و أحمد فى إحدى الروايتين عنه لخبر عامى مرسل و يجب أن يقيد الخيوط فى خياطة الثوب فى العبارة بكونها للمالك و لو كانت للغاصب كانت كالصبيغ

(قوله) (و لو صاغ النقرة حليا ردها كذلك

كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد لأن الصنعة ليست عينا ليتخيل أنها مال للغاصب و إنما هى صفة حدثت فى ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعا و مثله ما لو علف الدابة فسمنت لأن السمن من الله سبحانه و تعالى و ليس هو عين العلف كما فى جامع المقاصد

(قوله) (فلو كسر ضمن الصنعة و إن كانت من جهته)

كما فى الكتب الثلاثة المتقدمة لأنها ملك للمالك و لا يقدر فى ذلك كونها بفعل الغاصب

(قوله) (و للمالك إجباره على ردها نقرة)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و المسالك لوجوب ردها كما أخذها

(قوله) (و لا يضمن أرش الصنعة)

كما فى هذه الكتب الثلاثة لأن بقاء الصنعة مع الرد نقرة غير ممكن فيكون الأمر بردها كذلك إذنا فى إذهاب الصنعة (و فيه) أنه لعله اعتمد فى ذلك على كون ما ينقص من العين مضمونا على الغاصب إلى حصول التسليم التام و الصنعة جزء من العين و مقوماتها و ملك للمغصوب منه كما تقدم فتكون مضمونة عليه و إن أمره بردها نقرة فلا يجدى التمسك فى العدم بأن العين لم تكن على تلك الصنعة وقت الغصب و لم تستقر للمالك فى ذمه الغاصب (و كذلك) الحال فيما إذا غصبها مهزولة و أخذها إلى مكان بعيد ثم علفها حتى سمنت فأمره المالك بردها على الفور على وجه يستلزم هزالتها و أولى منها ما لو غصبها سمينه و بقيت كذلك ثم أمره بردها كذلك فزال سمنها نعم إن فهم منه الرخصة فى إتلافها أى الصنعة و التبرم بها و عدم الرضا فلا ضمان كما لو فهم منه الرخصة فى تضميرها و إذهاب سمنها و إعادتها مهزولة مضمرة لأن كان لا يركب إلا المضمرة

(قوله) (و يضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و المسالك و لعله مما لا ريب فيه لأن ذلك بفعله و ليس من لوازم الكسر النقصان بخلاف الصنعة إذا أريد ردها نقرة و لو سلم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالأمر به لأن الصياغة جناية لأن كانت تصرفا فى مال الغير عدوانا و النقص بالكسر مسبب عنها و أمره بردها كما كانت لا يقضى بسقوط ضمانه أى الكسر (قال) فى جامع المقاصد و هذا بخلاف الصنعة التى لم تكن العين عليها فى وقت الغصب و لم تستقر للمالك فى ذمه الغاصب فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله إلى موضع بعيد فسمن ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاة السير لا يضمن السمن الناقص و يشكل بأنه لو كان سميना عند المالك فغصبه و نقله على وجه لا عنف فيه فبقى سمنه ثم أجبره المالك على رده على

و لو صبغه بما يساوى قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسوية (١) و الناقص من الصبغ (٢) فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع أرش النقص (٣) و كذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب إلى إجانة صباغ (٤)

الفور فزال سمنه لم يضمه و هو ينافى تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلى المصنوع و فى الفرق نظر انتهى (قلت) قد عرفت أنا لا نفرق و نوجب الضمان فى المسائل الأربع و لا نفرق فى الصنعة بين ما إذا كانت قبل الغصب أو بعده بعد الجزم بكونها ملكا للمالك و جزءا من العين فلا نستجود قوله بخلاف الصنعة إلخ على أنه يقتضى بعدم اتحاد الحكم فيما فرعه من الفرعين فلا يتجه إشكاله (ثم) إن الأولى أن يفرع قوله فعلى هذا إلى آخره على عدم ضمان أرش الصنعة لا على ما نحن فيه و لعله فرعه على قوله بخلاف الصنعة إلى آخره و إن ذكره بالعرض (ثم) إنه قال و يختلج بالخاطر فرق يتأمل بعد ذلك و هو إن طلب المالك رد الحلبي نكرة يقتضى عدم قبول الصنعة بخلاف رد السمين إذا استلزم رده إلى الهزال و بخلاف نقصان العين بالكسر فإنه لا يقتضى ذلك و لا منافاة بين ملكية السمن و الرضا بها و طلب الرد على الفور و إن علم بهزاله للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضمونا عليه (قلت) هذا يقتضى بأن السمن فى صورتين يضمن كنقصان العين و هو خلاف ما ذكر فتدبر و ما بال ذهاب الصنعة لا يكون كذهاب السمن فى الصورة الأولى مع أن كل واحد منهما جزء من العين و احتمال عدم الرضا قائم فيهما كما فرضناه فيما إذا كان لا يريد إلا المضمرة (قال) و يمكن أن يفرق بوجه آخر و هو أن الأمر برد الحلبي نكرة يدل على عدم قبول الصنعة و الترخيص فى إتلافها بخلاف ما ينقص بالكسر لأن الأمر بالكسر لا يقتضى قبول الناقص من الفضة و إن كان لازما عنه لا محالة فهو محسوب من جملة المثوناة الواجبة على الغاصب فإنه لو أمره المالك برد الدابة إلى بلد الغصب و كان ذلك مستلزما للهزال لا يكون دالا على عدم إرادة السمن و الترخيص فى إتلافه فيكون من باب المقدمة كالعلف و السقى و ينبغى التأمل فى الفرق بينه و بين الأول انتهى و هذا الذى اختلج فى خاطره المبارك الميمون إنما وجدناه فى نسخة واحدة و أكثر النسخ خالية عنه و لذلك تراه كأنه غير محرر

(قوله) (و لو صبغه بما يساوى قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسوية)

كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة و قيمة الصبغ عشرة و ساوى بعد الصبغ ثلاثين لزيادتهما معا لا لزيادة أحدهما فالعشرة بينهما بالسوية كما هو صريح المبسوط و التذكرة و المسالك و كذا الشرائع و الكفاية و ذلك إن لم يكن فصله عنه كما فى الأولين و الكفاية و هو قضية الكتاب بقريته قوله فيما يأتى و لو قبل الزوال (قلت) أو أمكن و رضيا بالشركة كما فى التذكرة و لو زادت قيمتها لزيادة قيمة الثوب فالزيادة لمالكة خاصة كما أنها لو زادت لزيادة قيمة الصبغ فالزيادة للغاصب و لو زادت بسبب العمل خاصة فهى بينهما لأن كلا من الثوب و الصبغ قد زاد بالصنعة و الزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلم للمغصوب منه

(قوله) (و الناقص من الصبغ)

يريد أنه إذا نقصت قيمته حيث لا يمكن فصله عن قيمتهما معا فالناقص من الغاصب خاصة و هو معنى الناقص من الصبغ لأنه إن كان من الصبغ فظاهر و إن كان من الثوب فضمانه عليه إذا لم يستند النقصان إلى الثوب وحده باعتبار السوق حتى لو نقص و الحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب أرش النقصان و لا شىء له لمكان الصبغ كما هو صريح المبسوط و التذكرة و المسالك و صريح الشرائع و التحرير و جامع المقاصد فى بعض و قضيتهما فى آخر و ستسمع ما فى الكتاب و لو نقصت قيمة الصبغ و زادت قيمة الثوب فهو بينهما بالنسبة كما لو انخفضت قيمة الصبغ إلى ثمانية بعد أن كان يساوى عشرة و ارتفعت قيمة الثوب إلى اثني عشر كما نبه عليه فى المبسوط و غيره

(قوله) (فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع أرش النقص)

كما إذا صارت قيمتهما معا ثمانية فى المثال المتقدم فإنه يرد الثوب مصبوغا و يرد معه درهمين و ذهب الصبغ ضياعا كما تقدم بيانه

(قوله) (و كذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب إلى إجانة صباغ)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لتحقق اختلاط المالىن و لىس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٩

و غصب الصبغ من آخر (١) و لو قبل الصبغ الزوال أجبر الغاصب على فصله (٢) و إن استضرر بعدم الصبغ أو نقصت قيمته (٣) و لو طلب الغاصب الإزالة أجيب إليها (٤)

لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل و لا التغريم إن حصل نقص فى أحدهما إذ لا عدوان من أحدهما
(قوله) (أو غصب الصبغ من آخر)

لتحقق اختلاط المالىن كما فى الكتاين و يضمن الغاصب نقص كل من الثوب و الصبغ (و تحريره) أنه إن لم يحدث نقص فى الثوب و لا الصبغ و لا فى المجموع فهما شريكان و لا غرم على الغاصب فإن حدث مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة و قيمة الصبغ عشرة و بلغت قيمة الثوب مصبوغا عشرة ففى التذكرة أن الثمن لصاحب الثوب و يغرّم الغاصب للآخر و تأمل فى كونهما شريكين فى الثوب و أن الغاصب يغرّم لكل منهما ما نقصت قيمة عينه (ثم) إنه إن كان مما يمكن فصله فلهما تكليف الغاصب بالفصل فإن حصل بالفصل نقص فىهما أو فى أحدهما غرمه الغاصب و ما ذكر فى هذه المسائل جميعها فهو إنما إذا كان قد حصل بالانصباع عين مال فى الثوب فإن لم يحصل إلا- تمويه لا يحصل منه عين و لا يقبل الزوال فهو على الظاهر كقصاره الثوب و طحن الحنطة آثار محضة لىس للغاصب و يحتمل أن يكون شريكا و يجبر على بيعه من المالك كما يأتى عن التذكرة
(قوله) (و لو قبل الصبغ الزوال أجبر الغاصب على فصله)

كما فى المبسوط بلفظ الأقوى و الإرشاد و جامع المقاصد و هو معنى قوله فى التحرير للمالك قلعه و قوله فى الإيضاح أجيب المالك لوجوب رد العين كما أخذها و لا- عبرة بتضرره بتلف الصبغ أو نقص قيمته لأن ذلك مستند إلى عدوانه و قال فى التذكرة و هل يملك إجبار الغاصب على فصله الأقرب أنه إن كان له غرض كان له ذلك و كذا إن كان للصبغ قيمة و إلا فلا و لعله لأنه إن خلى عن الغرض و كان المنفصل منه يضيع بالكلىة أو يحدث فى الثوب نقصان بحيث لا يفى بأرشه قيمة المفصول كان تخسيرا للغاصب عنادا أو عبثا فتأمل و قد عرفت الحال فيما إذا لم يقبل الزوال و كان عينا و ما إذا كان تمويها و ستمسع ما فى المسالك
(قوله) (و إن استضرر بعدم الصبغ أو نقصت قيمته)

كما تقدم بيان وجهه و المراد بعدم الصبغ تلفه و ذهابه و أنه لا يحصل منه عين كما عرفت آنفا و قال فى المسالك إن كان الصبغ محض تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزاع و إن رضى المالك و هل له إجباره فيه وجهان نعم لأنه قد يريد تغريمه و لا لأنه حينئذ كقصاره الثوب و الأقوى الأول انتهى فليتأمل فيه
(قوله) (و لو طلب الغاصب الإزالة أجيب إليها)

كما فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية (و هو المشهور) ذكره الشيخ و أتباعه كما فى التنقيح و فى الرياض أنه المشهور خصوصا بين المتأخرين و فى المسالك و الكفاية أنه الأشهر و قد قال هؤلاء جميعا بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب و ظاهر التذكرة التردد لأنه ذكر فيما إذا أراد الغاصب فصل الصبغ و كان الثوب بحيث ينقص بذلك اختلافا بين العامة و لم يرجح أحدا من القولين و كذلك ظاهر الدروس التردد حيث لا- ترجيح فيه قال و لو طلب الغاصب قلع صبغه أجيب عند الشيخ و ضمن الأرش و قال ابن الجنيد و الفاضل لا تجب إجابته لاستهلاكه و استلزام التصرف فى مال الغير و ما حكاه عن المصنف هو مختاره فى المختلف قال لىس للغاصب قلع الصبغ بغير إذن المالك فإن لم يرض و دفع قيمة الصبغ و جب على الغاصب قبوله و قد استجوده فى التنقيح و قال إن عليه الفتوى و إليه مال الأستاذ فى حاشيته على مجمع البرهان فيما حكى عنه ابن أخته مستجودا أيضا له و هو قوى متين كما ستمسع و قد قال فى جامع

المقاصد فيما يأتى إنه لا يخلو عن وجه و هذا كله مما يوهن قوله فى الإيضاح لا خلاف فى منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها و لا فى إجابته مع عدم هلاك الصبغ و عدم نقص الثوب أصلا و قال فى جامع المقاصد إن ما حكاه فى الدروس عن أبى على و المصنف ينافى الإجماع الذى ادعاه الشارح فى قوله و لا فى إجابته مع عدم هلاك الصبغ و لم تظهر لنا المنافاة فى خصوص ذلك لأنهما عللاه بالاستهلاك و التصرف معا لا بالتصرف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٠

سواء هلك الصبغ بالقلع على إشكال أو لا فإن تعيب الثوب ضمن أرشه (١) و لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول (٢)

وحده فأبو على و المصنف يقولان لا تجب إجابة الغاصب إذا استلزم الفصل هلاك الصبغ و ولده يقول لا خلاف فى وجوب إجابته إلى الفصل إذا لم يهلك الصبغ و لم ينقص الثوب فأيهما حصل منع من إجابته فلا منافاة أصلا قطعا بل المفروض فى كلام أبى على و المختلف أن ذلك أيضا إذا استلزم التصرف نقضا فى الثوب كما هو ظاهر آخر كلامه فى المختلف كما هو الغالب و عليه نبه فى التذكرة و هذا الذى نفى الخلاف عنه فى الإيضاح أخيرا هو المستفاد من التذكرة و الموافق للاعتبار ثم إن فى تسميته نفى الخلاف إجماعا مسامحة (و حكى) فى المسالك قولاً - بأنه إن أدى فصله إلى استهلاكه لم يجب الغاصب و ليس هو قول أبى على و لا هو لأحد من أصحابنا و إنما هو لبعض الشافعية لأنك قد علمت أن أبى على يشترط مع ذلك النقص فى الثوب (و كيف كان) فقد استدل المحقق الثانى و الشهيد الثانى للمشهور بأنه لو لا إجابته إلى قلع الصبغ لزم عدوان آخر و هو التصرف فى مال الغير بغير حق فإنه لا سبيل إلى تملكه بعوض و لا - بغير عوض قهرا و لا إلى إلزام المالك ببيع الثوب و بيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه فربما لم يرغب فيه راغب و بقاء الثوب فى يد المالك ممنوعا من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر فلم يبق إلا الإجابة إلى القلع فحيث يترجح هذا بانحصار وصول الحق إلى مستحقه فيه إذ من ظلم لا يحل أن يظلم فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع إياه و عدمه إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه و احتمال المنع لاستلزامه إضاعة المال المنهى ضعيف إذ المنهى عنه الإتلاف الذى لا يتعلق به غرض للعقلاء أما إذا تعلق به غرض صحيح فلا فظهر الوجه فى استحقاق الغاصب القلع و إن نقص الثوب إذ لا طريق إلى التخلص سواه و النقص ينجر بوجوب الأرش (و فيه) أن طريق التخلص أن يجبر الغاصب على أخذ قيمة الصبغ إن بذلها المالك و قد مال إليه المحقق الثانى فيما يأتى و جبر المالك بالأرش على ما تقولون ليس بأولى من جبر الغاصب بالقيمة بل هو أولى لأنه كما أن وقوعه عدوانا لا يقتضى إسقاط ماله الغاصب فله التصرف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لا يقتضى نفى سلطان المالك عن ملكه فله أن يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع و حيث تعارض الحقان فالترجيح لجانب المالك لعدم تقصيره و جبر مظلمته و تداركه مال الغاصب بقيمته و أما الغاصب فعاد ظالم مكلف بأشق الأحوال لا حرمة لسلطانه كما لا حرمة لفعله الذى له أجره و نحوه و لا سيما إذا استلزم ذلك نقضا أو عيبا فى مال المالك كما هو المفروض فكانت مراعاته و تداركه لمال الغاصب بالقيمة أولى من مراعاة الغاصب و جبره لنقصان مال المالك بالأرش (قال) فى المختلف من العجيب إيجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ و أن تعيب الثوب (ثوبه خ ل) و عدم قبول عوض الصبغ منه و إجبار الغارس المستعير الأرض على أخذ قيمة الغرس من المالك إذا دفعها مع أن المالك هنا أذن فى الغرس و لا ضرر عليه و لا على أرضه فى أخذ الغرس و المالك هنا لم يأذن له فى الصبغ و عليه ضرر فى أخذه من ثوبه و هذا منه إلزام للشيخ و من وافقه على إجبار الغارس المستعير

(قوله) (سواء هلك الصبغ بالقلع على إشكال أو لا فإن تعيب الثوب ضمن أرشه)

ظاهره أن الإشكال فى ما إذا هلك الصبغ سواء نقص الثوب أم لا و فى الإيضاح أنه فى هلاك الصبغ و عدم نقص الثوب قال و ينشأ من النهى عن إضاعة المال و من أنه طلب عين ماله و لا ضرر على المالك فلا يمنع و قد عرفت أن الشرط قد طفت به عباراتهم

(قوله) (و لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول)

إذا كان الغاصب الطالب فلا أجد خلافا فى عدم وجوب إجابته على المالك نعم قد احتل ذلك فى الكفاية و لم يحتمله غيره من الخاصة و العامة (و أما) العكس فالمشهور كما فى جامع المقاصد أنه لا يجب على الغاصب القبول و به صرح فى المبسوط و غيره و فى الكفاية أنه الأشهر و هو قضية كلام كل من قال إنه لو طلب الإزالة أوجب إليها و قد سمعت كلام أبى على و المصنف فى المختلف و المقداد و ما حكيناه عن الأستاذ و ابن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨١

و كذا لو وهبه إياه (١) و لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس (٢) و لو كانت قيمة كل منهما خمسة و ساوى المصبوغ عشرة إلا أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة و انحطت قيمة الصبغ إلى ثلاثة فللمالك سبعة (٣) و لو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها و خمسها (٤) و للغاصب خمسها و عشرها (٥) و بالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون (٦)

أخته و هو الذى اعتمده فى التذكرة إذا كان لا يمكن فصل الصبغ و لا يحصل منه شىء مستندا إلى أنه لا ذريعة إلى تصرفه فى ثوبه إلا بدفع قيمة الصبغ (و فيه) أنه يحتمل حينئذ أن يكون كقصاره الثوب كما تقدم (قوله) (و كذا لو وهبه إياه)

أى لو وهب أحدهما ماله لصاحبه لم يجب عليه القبول و قد صرح فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة بأن الغاصب إذا وهب الصبغ للمغصوب منه لم يجب عليه القبول و فى جامع المقاصد لا أحسب فيه خلافا للأصل و لما فيه من مظنة النقص و المنه و ليس كبذل القيمة و احتمال فى التذكرة و وجوب القبول و لعله جيد إذا لم يمكن الفصل لأنه يكون كالسمن و القصر و منه يعلم الحال فيما إذا وهب المالك الثوب للغاصب (قوله) (و لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس)

يريد أنه لو رغب الغاصب فى بيع الصبغ على الغير لم يجبر المالك على موافقته و إن رغب المالك فى بيع ثوبه أجبر الغاصب كما هو خيرة التذكرة و المسالك و الروضة (أما الأول) فلأنه لو أجبر المالك نافي مقتضى الحكمة و الشرع فإنه لا يستحق التعدى بتعديه الإضرار بغير المتعدى و إزالة ملكه عنه قهرا (و أما الثانى) فلأنه لو لم يجبر الغاصب أضرر بالمالك لأن بيع الثوب وحده مظنة قلة الراغب فيه لمكان عيب الشركة فيفضى إلى عسر البيع و قلة القيمة و هو قوى متين قد بان وجهه مما سلف آنفا و هو مما يرشد إلى قوة القول بإجبار الغاصب على أخذ القيمة إذا بذلها المالك و نعم ما قال فى جامع المقاصد فى المقام إن ذلك لا يكاد يتجه على القول بعدم تملك ماله بالقيمة إذا لم يرض لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضا (فإن قيل) فيه جمع بين الحقين و دفع للضرر عن المالك (قلنا) فى الأول أى إجبار الغاصب على أخذ القيمة إذا بذلها المالك نقول هكذا (فإن قيل) الضرر هنا أقل إذ تعين إخراج الملك عنه لمالك معين ضرر (أى بخلاف ما إذا أراد بيعه على غير معين ح منه) (قلنا) هو مقابل بضرر المالك فإن منعه من التصرف فى ملكه إلى أن يرضى الغاصب فى أمر تعدى عليه به ضرر عظيم و بالجملة فقول المختلف لا يخلو من وجه انتهى (هذا) و قد يلوح للمتأمل المتدرب من كلام المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس أنه لا يجبر الغاصب على البيع إلى الغير إذا رغب فيه المالك و لا ترجيح فى الكفاية و احتمال فيها أيضا أن لا يجبر أحدهما على موافقة الآخر لمكان الشركة و أن يجبر المالك للغاصب تسوية بين الشريكين و هذان أضعف وجوه الشافعية

(قوله) (و لو كانت قيمة كل منهما خمسة و ساوى المصبوغ عشرة إلا أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة و انحطت قيمة الصبغ إلى ثلاثة فللمالك سبعة)

يريد أنه لو صار الثوب يساوى سبعة و الصبغ ثلاثة بعد أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة و بيعا معا فللمالك سبعة هى نصف العشرة و خمسها و للغاصب ثلاثة هى خمس العشرة و عشرها لأن الحكم يتعلق بما صارت القيمة إليه و لا أثر للخمس بعد تغير السوق

(قوله) (و لو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها و خمسها)

و هما ثمانية و خمسان من اثنين لأننا نقص القيمة باعتبار استحقاق كل منهما من عشرة و قد كان للمالك منها نصف و خمس و هما سبعة كما تقدم

(قوله) (و للغاصب خمسها و عشرها)

و هما ثلاثة و ثلاثة أخماس من اثنين لأنه قد كان له من العشرة خمس و عشر

(قوله) (و بالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون)

أى لو انعكس الأمر كأن انخفض الثوب إلى ثلاثة و ارتفع الصبغ إلى سبعة و قد كانت قيمة كل منهما خمسة فإنه ينعكس الحكم المذكور لأن نقص السوق غير مضمون إذا لم يستند إلى نقص فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٢

و لو مزج الزيت بزيتة المساوى أو الأجود تشاركا (١) و بالأردى يتخير المالك فى المثل و العين مع الأرش (٢)

العين أو صفاتها و قد ذكرت هذه المسائل جميعها فى التحرير و جامع المقاصد و الروضة و أشار إليها فى المسالك و قد تقدم لنا مثل ذلك

(قوله) (و لو مزج الزيت بزيتة المساوى أو الأجود تشاركا)

(أما) أنهما يتشاركان فيما إذا مزجه بالمساوى فهو خيرة المبسوط و الشرائع و التذكرة و المختلف و الإرشاد و الدروس و غاية المراد و جامع المقاصد و فى المسالك نسبه إلى الأكثر و فى مجمع البرهان أنه ظاهر لأن عين مال المالك موجودة فى الجملة غايته أنها ممتزجة بغيرها و ذلك لا يخرجها عن ملكه و لأن فى إثبات الشركة إيصال المالك إلى بعض حقه و إلى بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل و قال فى السرائر إنه كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيتة المخروط و إن شاء أعطاه من غيره مثل زيتة و قال إنه هو الذى تقتضيه أصول المذهب لأن عين الزيت المغصوب قد استهلك لأنه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك (قلت) هذا التخيير راجع إلى ضمان المثل و رده فى التذكرة بأن ذلك لا يوجب خروجها أى العين عن ملكه كما لو اختلط المالان بغير اختيارهما أو برضا المالكين و بأنه لو غصب رطلا من هذا و رطلا من هذا و خلطهما و جعلناهما بذلك هالكين للزم انتقال الملك فيهما إلى الغاصب و ذلك تملك بمحض التعدى (و أما) تشاركهما إذا خلطه بالأجود فهو خيرة التذكرة و الإرشاد و المختلف و الدروس و جامع المقاصد و قد حكاه ابن إدريس و المحقق عن بعض أصحابنا فيكون به قائل من المتقدمين و صريح الدروس و كذا المختلف و جامع المقاصد أنه يقسم بينهما و إن كان مال الغاصب أجود و لا ترجيح فى الشرائع و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية (و قال) فى المبسوط إن الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه أو مثله من غيره فإن باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين و الصحيح أن هذا كالمستهلك فيسقط حقه من العين و يصير فى ذمة الغاصب لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ملكه بعينه فإذا انتقل إلى الذمة يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله لأنه قد تطوع بخير من زيتة لا لأنه أعطاه عين ماله و بين أن يعطيه مثله من غيره انتهى و نحوه ما فى السرائر و هو خيرة التحرير (حجة المتأخرين) و من وافقهم ممن تقدم كما تقدم أن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدوانا فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما لو صاغ النقرة و علف الدابة فسمت و علم العبد صنعة و الغاصب بغصبه أدخل الضرر و التكاليف الزائد على نفسه مضافا إلى ما تقدم فى المزج بالمساوى و قد يكون المراد من قوله فى التذكرة و الإرشاد تشاركا أنه إنما يشاركه فى أصل المال لا فى الزيادة فيكون الشأن فى ذلك كما هو الشأن فيما إذا انحال صاع رجل قيمته درهم على صاع آخر قيمته درهما فإنهما يتشاركان و يباعان إذا تعاسرا و يقسم الثمن بينهما أثلاثا و إن أرادوا قسمة عين الزيت على نسبة القيمة ففى التذكرة الأقرب عندنا الجواز لأن القسمة ليست يباعا عندنا و فيه أنها فى هذه

الصورة كأنها بيع لأنه يكون أخذ ثلثى صاع فى مقابلة صاع و هو ربا فتأمل و إنما خصصنا التذكرة و الإرشاد لأنه لم يصرح فيهما كغيرهما بأنه يشاركه فى الصفة (و حجة الشيخ) و جوابها يعلمان أيضا مما تقدم و كأنه فى جامع المقاصد لم يلحظ السرائر و لا للمختلف و لا- غاية المراد حيث قال فى الرد على الشيخ و ابن إدريس و لو ثبت ما قلاه فى الأجود لورد مثله فى المزج بالمساوى و أنت قد عرفت أن ابن إدريس يجعلهما من سنخ واحد
(قوله) (و بالأردى يتخير للمالك فى المثل و العين مع الأرش)

كما هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروضة و هو (أحد القولين) فى المسألة و قد حكاها فى الشرائع عن بعض أصحابنا (و الثانى) أنه إنما يضمن المثل لأنه كالمستهلك و هو خيرة المبسوط و السرائر و الإرشاد و الدروس و اللمعة و مجمع البرهان (و وجهه) أنه فى حكم استهلاك العين لاختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب و هو أدون من الحق فلا يجب قبوله فينتقل إلى المثل فتأمل (و منه) يعلم وجه الشق الأول فى القول الأول (و أما) وجه الشق الثانى
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٣

و لو مزجه بالشيرج فهو إتلاف و عليه المثل (١) و مزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف بل يلزم بالفصل و الالتقاط و إن شق (٢) و لو استدخل الخشب المغصوبة فى بنائه ألزم بالعين و إن أدى إلى الهدم (٣)

فهو أن حقه لا- يسقط بالكلية بفعل الغاصب مع إمكان التوصل إلى البعض و النقص فى الخليط يجب جبره بالأرش فإنه مقدمة الواجب (و فيه) أنه يلزم حينئذ الربا إن كان ربويا كما فيما نحن فيه لأنه ثبت فى كل معاوضة عند جماعة كما تقدم و ظاهر الشرائع حين نقل هذا القول أنه يأخذ العين بغير أرش و لم يرجح فيها و لا فى المسالك و لا الكفاية واحدا من القولين و لو رضى المالك بدون حقه منه لزم الغاصب دفعه و لو اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الردى و دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربا إلا أن يكون ذلك بعقد الصلح و يجوز العكس فأخذ دون حقه من الردى و أكثر منه من الجيد إذ لا- مقابل للزيادة و إنما هى تبرع و الأولى الصلح فى الجميع

(قوله) (و لو فرجه بالشيرج فهو إتلاف و عليه المثل)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و الروضة و فى الكفاية أنه أشهر لأنه تالف لبطلان فائدته و خاصيته بخلاف الجيد مع الردى المتفقين فى الجنس و احتمال فى التذكرة قويا ثبوت الشركة كما لو مزجها بالرضا أو امتزجا بأنفسهما و لعله لأن إسقاط حقه من العين مع وجودها بعيد إلا أنه يشكل على تقدير القسمة الإجبارية فإننا نكون قد حتمنا على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب أو كلفنا الغاصب بغير المثل فى الملى إن كان الطالب المالك و كلاهما خارج عن قواعد الغصب لكنه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب

(قوله) (و مزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف بل يلزم بالفصل و الالتقاط و إن شق)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و اللمعة و المسالك و الروضة و هو قضية كلام الدروس و غيره و وجهه ظاهر إن أمكن و إن طال الزمان و إن لم يمكن تمييز الجميع و جب تمييز ما أمكن و الذى لا يمكن تمييزه يقسم إن كان مال الغاصب أعلى قيمة أو مساويا و إن كان أدون ضمن المثل كما هو قضية التقييد بالإمكان فى التذكرة و عليه نبه فى التحرير و الدروس و لا تغفل عما مر آنفا و كذلك الحال فيما إذا اتحد الجنس كالحنطة البيضاء بالحمر

(قوله) (و لو استدخل الخشب المغصوبة فى بنائه ألزم بالعين و إن أدى إلى الهدم)

كما فى الخلاف و المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك بل لا خلاف فيه إلا من الكوفى و تلميذه الشيبانى فإنهما قالا إنه يملكها و لا يجب عليه رد الساجدة و يلزمه قيمتها (و وجهه) ما عليه الأصحاب و جمهور العامة واضح لأنه بنى

على ملك الغير ظلما و عدوانا فيجب رده فورا فكيف يزول به ملك المالك فإذا استخرجها وجب عليه رد أجرتها من حين الغصب إلى حين الرد و إن نقصت لزمه أرش النقص و لو بلغت حد الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها و هل يجبر حينئذ على إخراجها وجهان و في المسالك أن ظاهرهم عدم الوجوب و أنها تنزل منزلة المعدومة (قلت) قد صرح به في المبسوط و الدروس و يظهر ذلك من جماعة في مسألة الخيوط كما يأتي و لو قيل بوجوب إخراجها و إعطائها المالك كان جيدا و إن جمع بين القيمة و العين و لما كانت العين في حكم المعدومة في هذا المقام و ما بعده لأنه لا يمكن إيصالها إلى مالها كما هي لم يعتبروا القيمة للحيلولة و أخذ أجرتها كما قالوه في العبد كما تقدم (فرع) قال في المبسوط إذا خاف وقوع حائط جاز له أن يأخذ جذع غيره بغير أمره فيسند به بلا خلاف و في الشرائع و المختلف في دعوى الإجماع نظر لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يكون سائغا و اقتصر المصنف فيما يأتي على نسبة الحكم إلى القليل و ظاهر الدروس موافقته و العمل به قال نقل الشيخ فيه الإجماع و حينئذ فالأقرب ضمان عينه و أجرته و إن انتفى الإثم و لعله لا وجه للمناقشة له و قولهم إن لا موافق له و هو متجه مقطوع به فيما إذا خيف وقوعه على نفس محترمة بحيث لا يندفع إلا به لجواز إتلاف مال الغير لحفظ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٤

و لو وقع باللوح المغصوب سفينته و جب قلعه إن كانت على الساحل أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه و إن كانت في اللجة و خيف الغرق بقلعه (١) فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب (٢) و لو كان له فالأقرب العين (٣) و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و جب نزعها مع الإمكان (٤)

النفس فإتلاف منفعتة أولى و هذا مراد الشيخ و هو إجماع بين المسلمين و به يشعر تعليقه حيث قال إن مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض و ما كان ليريد ذلك بدون ذلك مع دلالة العقل و النقل على المنع من التصرف في مال الغير بغير إذنه بدون حفظ النفس و لعله لما كان ظاهره نفي الخلاف بين المسلمين سموه إجماعا

(قوله) (و لو وقع باللوح المغصوب سفينته و جب قلعه إن كانت على الساحل أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه)

الوجه في ذلك كله واضح لأنه يخاف من النزاع إهلاك نفس محترمة و لا مال فكان حينئذ كالبناء و لذلك ترك القيد في الشرائع و إن كان نص على الجميع في المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك و خلاف أبي حنيفة أت هنا (قوله) (و إن كانت في اللجة و خيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب)

كما هو صريح التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر غيرها و في مجمع البرهان أنه لا خلاف في أن حفظ النفس مقدم على رد المال (و المراد) بالحيوان المحترم ما لا يجوز إتلافه مطلقا أو بغير الذبح و حينئذ فلا فرق بين الآدمي و غيره و لا في غيره بين أن يكون للغاصب أم لغيره لاحترام روح الحيوان كما سيأتي من الخبر النبوي كما هو ظاهر الكتاب و صريح التذكرة و جامع المقاصد و المسالك (و لا) فرق في مال غير الغاصب و من لا يعلم أن فيها لوحا مغصوبا غير الحيوان بين نفس السفينة أو غيرها لا احترام مال الغير إذا لم يكن عالما فيجمع بين الحقيقين بدفع القيمة فإذا استرجع اللوح رد القيمة و أما الواضع ماله فيها بعد علمه بالغصب فكالغاصب كما في الكتب الثلاثة و احتمال في الإيضاح في أصل المسألة أخذ العين لأنها وضعت بغير حق فيثبت جواز انتزاعها و إلا لجاز دوام الغصب شرعا و هو محال و هو ضعيف كما في جامع المقاصد

(قوله) (و لو كان له فالأقرب العين)

كما هو خيرة التحرير و الإيضاح و الدرس و جامع المقاصد و هو قضية إطلاق الخلاف و الشرائع و في المسالك نسبتها إلى صريح الأ-كثر لأن دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور و لا يتم إلا به و قد أدخل الضرر على نفسه بعدوانه على أنه لا يناسبه

التخفيف (و اختير) فى المبسوط و التذكرة و ظاهر كلام السرائر أنه لا ينزع لأن السفينة لا تدوم فى البحر فيسهل الصبر إلى انتهائه إلى الشط فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل و رد اللوح مع أرش النقص إن نقص و تسترد القيمة جمعا بين الحقين و لا كذلك الساجه فى البناء فإنه لا أمد لها فينتظر فافتقا و قد وسمه فى جامع المقاصد بالضعف و التضعيف ضعيف إذا استلزم القبح و الضرر الفاحش مع إمكان الجمع بين الحقين كما حرر ذلك فى باب وجوب المقدمه فليتأمل جيدا و لا ترجيح فى المسالك (و على) الأول فقد قال فى التذكرة لو اختلقت السفينة بسفن كثيرة للغاصب و لم يوقف على اللوح إلا بفصل الكل ففى جوازه إشكال و للشافعية وجهان و فى المسالك أجودهما ذلك لتوقف الواجب عليه و فيه ما عرفت آنفا من أن ذلك إذا لم يستلزم قبحا أو ضررا فاحشا فليتأمل جيدا لمكان الغصب و القولان إتيان فى مال العالم بأن فيها لوحا مغصوبا

(قوله) (لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و جب نزعها مع الإمكان)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و هو معنى قوله فى التذكرة الحكم فيه كالحكم فى البناء على الساجه و الوجه فيه ظاهر مما مر كالوجه فى أنه يضمن ما يحدث من نقص إن اتفق و قد نص عليه فى الكتب المذكورة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٥

و لو خيف تلفها لضعفها فالقيمة (١) و كذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة إلا مع الأمن من التلف و الشين (٢) و لو مات المجروح و ارتد ففى النزاع إشكال من حيث المثلة (٣)

و فى حكم الثوب ما كان نحوه

(قوله) (و لو خيف تلفها لضعفها فالقيمة)

كما فى الشرائع و التحرير و المسالك و مجمع البرهان و لا تخرج بذلك عن ملك المالك فيجب إخراجها لو طلبها و إن لم يبق لها قيمة كما فى جامع المقاصد و المسالك و يجمع له بين العين و القيمة كما مر من أن جنائى الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمة أخذها و لم يدفع العين و لكن ظاهر التذكرة و الشرائع و التحرير و صريح المبسوط و مجمع البرهان أنه لا يجب إخراجها بل قال فى الأخير بل يمكن أن يقال إنه لا يجوز و معناه و إن طلبها المالك و حينئذ فيمكن جواز الصلاة فى ذلك الثوب المخيط بها إذ لا غصب فيه يجب رده كما قالوا إنه يجوز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد الغسل و قبل المسح

(قوله) (و كذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة إلا مع الأمن من التلف و الشين)

قد صرح بالحكم فى المستثنى منه فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لمكان حرمة ذى الروح و فى المستثنى فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و عليه نبه فى التحرير و مجمع البرهان لوجوب الرد على الفور و انتفاء المحذور (و تحرير المقام) أن يقال إذا خيط به جرح حيوان فهو أما محترم أو غير محترم و كل منهما أما آدمى أو غيره فالآدمى المحترم سواء كان هو الغاصب أم غيره إذا كان جاهلا بغصب الغاصب له إذن له أم لم يأذن حتى خيف من نزع هلاكه أو غيره من المحذور المجوز للتيمم من مرض أو شين لم ينزع و على الغاصب قيمته و إن كان الذى خاط الغاصب جرحه به عالما بالغصب آذنا بالخياطة فوجهان أجودهما أن القيمة على الغاصب المباشر للإتلاف و المجروح لا يصير بالإذن مباشرا و به قال أو إليه مال فى جامع المقاصد و ظاهر التذكرة التأمل فيما إذا كان جاهلا بالغصب لكنه إذن حيث جعله كما لو أطمع المالك طعام نفسه جاهلا (و أما) الآدمى الغير المحترم كالمترد عن فطره فالأقرب كما فى التذكرة و الإيضاح أنه يجب إخراجها و إن خيف منه التلف و به جزم فى التحرير و هو فى محله و توقف فيه فى جامع المقاصد كالمصنف كما ستسمع و كذلك الحال لو طرأت الردة على الخياطة و حكم الحربى حكم المترد نص عليه فى التذكرة و استشكل فى الزانى المحصن و المحارب و

لعله لأن حدهما وظيفته الإمام و نوابه و إن كانا غير معصومي النفس و يزيد المحارب أنه على القول بالترتيب لا- يقتل في بعض الأحوال و إن كان محاربا (و أما) غير الآدمي المحترم فإن كان غير مأكول اللحم فالحكم فيه كالآدمي لأنه لا ينتفع به مع ذبحه و منه كلب الصيد و الزرع و الماشية كما يأتي و إن كان مأكول اللحم لغير الغاصب فكذلك لا- احترام روحه و إن كان للغاصب فظاهر الكتاب و المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و صريح المسالك و كذا التذكرة أنه كذلك لأن للحيوان حرمة في نفسه و لهذا يؤمر بالإنفاق عليه و يمنع من إتلافه فإذا لم يقصد بالذبح الأكل منه منع منه و قد روى أنه (ص) نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله و هو أظهر قولى الشافعى و القول الآخر أنه يذبح و يرد الخيط لأنه جائز الذبح و كأنه قال به المولى الأردبيلي قال و ما يجوز إتلافه مثل الحيوان الذى قد هبى للذبح و الأكل مثل غنم مسمن فإنه ينزع و يرد إلى مالكه و قد لا يكون مخالفا و لا ترجيح لأحد الوجهين أو القولين فى جامع المقاصد حيث قال كل محتمل (و أما) غير الآدمي الغير المحترم كالكلب العقور و الخنزير فإنه ينزع منه من غير مبالاة كما فى المبسوط و غيره و نص فى التذكرة على أن كلب الصيد و الماشية و الزرع لا يجوز النزع منه قال و به قال بعض الشافعية

(قوله) (و لو مات المجروح أو ارتد ففى النزع إشكال من حيث المثلة)

المنهى عنها و من وجوب رد الملك إلى مالكه و قد عرفت الحال فى المرتد و المحقق الثانى متوقف فىهما و فى الإيضاح أن الأولى فىهما أنه يجب النزع و ما زاد فى الدروس على قوله و لو مات الحيوان قيل لا ينزع للنهى عن المثلة و لم يتعرض للمرتد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٦

و لو أدخل فصيلا فى بيته أو ديناراً فى محبرته و عسر إخراجه كسر عليه و إن نقصت قيمته عنها (١) و لو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل و الدينار الأرش سواء كان بفعله أو لا (٢)

(فرع) هل يجوز غضب الخيط ابتداء ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال قال فى التذكرة الوجه ذلك فى كل موضع لا يجوز فيه النزع و كل موضع يجوز فيه النزع لا يجوز

(قوله) (و لو أدخل فصيلا فى بيته أو ديناراً فى محبرته و عسر إخراجه كسر عليه و إن نقصت قيمته عنها)

إذا أدخل فصيلا بيته بتفريط منه عمداً أو سهواً أو بظن أنه له و لم يمكن إخراجه إلا بنقض الباب نقض الباب و لا غرم على صاحب الفصيل لأنه لم يوجد منه عدوان و وجهه ظاهر كما فى مجمع البرهان و فى المسالك أنه لا إشكال فيه و قد نص عليه فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و لا فرق فى ذلك بين كون الفصيل أنقص قيمة من نقض الباب و هدمه أو لا و كذلك الحال لو أدخل ديناراً فى محبرته كذلك أعنى عمداً أو سهواً أو غلطا و عسر إخراجه بمعنى أنه لم يمكن إلا بكسر المحبرة فإنها تكسر و قد نص على ذلك فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و لو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل و الدينار الأرش سواء كان بفعله أو لا)

أى و لو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت و المحبرة غرم صاحب الفصيل و الدينار أرش نقض الباب و كسر المحبرة سواء كان بفعله أم بفعل غيره كأن أدخله ظالم أو دخل بنفسه و قد نص على ذلك كله فى مسألة الفصيل فى المبسوط و الكتب الخمسة التى ذكرت بعده آنفاً لأنه إنما نقض لتخليص ملكه و فى مجمع البرهان أن الوجه فى ذلك ظاهر و فى المسالك أنه لا إشكال فى ذلك إذا كان بفعله بغير إذن صاحب البيت و إن كان بغير فعله أو بإذنه فالمشهور ذلك (قلت) ما خالف فيه أحد ممن تعرض له و إنما خالف فيه بعض الشافعية قال لا- يضمن صاحب الفصيل شيئاً لأنه لا تفريط منه و قد أخذه صاحب المسالك فقال و يشكل بأن التخليص و المصلحة قد تكون مشتركة بينهما بل هو الأغلب و قد تكون مختصة بصاحب الدار بأن لا يكون لصاحب الدابة حاجة إلى إخراجها لصغرها أو لعدم صلاحيتها للارتفاع بوجه من الوجوه و صاحب الدار يحتاج إليها فى موضع الدابة عاجلاً و الغرض انتفاء التفريط

(قلت) الظاهر أن الحكم في كلامهم مبنى على الغالب من أن بقاءه في الدار مظنة تلفه و هلاكه فيجب إخراجها على مالكة لمكان احترام نفسه فالمقصود بالمقصد الأول أى أولاً وبالذات خلاص الحيوان و حاجة صاحب الدار لموضع الدابة جاء بالتبع و حينئذ فلو طلب ذبحه و إخراجها قطعاً من دون نقض الباب أوجب إليه إلا أن يفسد شيئاً من الأرش بالدم و يمنع المالك منه فلا يجاب على أن لنا تأملاً في أصل الحكم كما يأتي في مسألة القدر و قال في التحرير في مسألة ما إذا ابتلع الحيوان جوهراً و مسألة الفصيل و ما معه أنه لو قال من عليه الضمان أنا أتلف مالي و لا أغرم شيئاً فله ذلك (و فيه) أنه إذا وجب عليه تخليص مال الغير في صورة التفريط و حفظ نفس لحيوان كيف يستقيم ذلك هذا و قد يكون ما في التحرير مختصاً بكلامه الأخير و هو ما إذا ابتلع الحيوان جوهراً فيوافق ما في التذكرة لأنه قال فيما إذا ابتلع جوهراً كما حكيناه عن التحرير و قال فيما إذا أدخلت دابة رأسها في قدر الغير إنه لا يجاب إذا قال أنا أتلف مالي و لا أغرم شيئاً و قد نص على ذلك كله أيضاً أى ما في الكتاب في مسألة الدينار في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و قيد في الأخير بما إذا لم يكن صاحب المحبرة غاصباً للدينار و وجه القيد واضح لأن الغاصب يجب عليه إيصال الملك إلى مالكة و جمع المؤن عليه و هو جار أيضاً في صاحب البيت و إنما يحتاج إلى التوجيه ضمان صاحب الدينار أرش كسر المحبرة في صورة ما إذا وقع فيها من دون تفريط من أحدهما فقد قالوا إنه لتخليص ملكه و هما مشتركان في ذلك كما مر مثله عن صاحب المسالك (و قد يوجه) بأن تركه يضر بصاحب المحبرة فإذا غرم صاحبه كسرها فلا ضرر على واحد منهما (و فيه) أن الضرر يندفع عنهما أيضاً بما إذا ضمن صاحب المحبرة الدينار و أبقاه فيها من دون كسر لأحدهما كما لعله يفهم من كلام الدروس فيما يأتي و لا يجيء ذلك في صاحب البيت بالنسبة إلى الفصيل لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٧

و لو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة و أمكن إخراجها بكسره هو كسر (١) و لو أدخلت دابة رأسها في قدر و احتيج إلى الكسر فإن كانت يد مالكة الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن و إن لم تكن يده عليها فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت و لا شيء له (٢) و لو انتفى التفريط عنهما كسرت و ضمن صاحب الدابة لأن ذلك لمصلحته (٣)

بقاءه فيه يقضى بهلاكه و نفسه محترمة و الجماعة قد أطلقوا الكلمة كما عرفت (و يعلم) أن كلامهم في المقام يوافق كلامهم في باب الوديعة فيما إذا حمل السيل حبا إلى أرض الغير و كلامهم في باب الديارات فيما إذا دخلت دابته زرعه المحفوف بزرع الغير و قد ذكرنا هنا أنه يلحظ الأ-كثر ضرراً فيجبر الآخر على الإزالة فإن تساوى أوجب من بذل الأرش و أجبر الآخر فإن تساوى أو امتنع فالقرعة

(قوله) (و لو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة و أمكن إخراجها بكسره هو كسر)

كما في جامع المقاصد و هو مفهوم كلام الدروس و ستمعه و في كلام التذكرة ما ينبه عليه و وجهه في الأول بوجوب ارتكاب أخف الضررين عند التعارض و قال هذا إذا لم يكن محبرة الغاصب و قضيته أن لا-تفريط من صاحب المحبرة و به يقيد إطلاق الكتاب و يكون المراد من كلامه الأول لما تضمن أنه إذا لم يكن تقصير من صاحب المحبرة أنها تكسر و يغرم صاحب الدينار أرشها أراد أن يبين هنا أنه لو نقصت قيمته عن قيمتها و أمكن إخراجها بكسره كسر و قضيته أنه لو لم تنقص قيمته كسرت و لم يستبعد في جامع المقاصد كسر الدينار سواء زادت قيمته أو نقصت لأنه يقبل الصلاح و الإصلاح بسرعة و سهولة إذ ليس إلا تجديد السكة بخلاف المحبرة قال نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة أتجه كسرها و ضمان الأرش انتهى و هذا أيضاً يقضى بأنه لم يكن بتفريط صاحب المحبرة و قال في الدروس لو أدخل ديناراً في محبرته و كانت قيمتها أكثر و لم يمكن كسره لم تكسر المحبرة و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكة انتهى و مفهومه كما قلناه بل كلامه يدل عليه بالأولية و يحمل قوله أدخل على أنه كان بإذن مالكة الدينار لكن يكون قوله مع عدم تفريط مالكة للإيضاح فتأمل و قال في التذكرة لو غصب شخص ديناراً فوقع في محبرة

الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت ليرده و على الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها و إن كان كسرها أكثر ضررا من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب و لم تكسر

(قوله) (و لو أدخلت دابة رأسها فى قدر و احتيج إلى الكسر فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط فى حفظها ضمن و إن لم تكن يده عليها فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها فى الطريق مثلا كسرت و لا شىء له)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و هو الذى أوجز فى كلام الإرشاد و الدروس و لعله لما أراد فى الشرائع المحافظة على كلام المبسوط مع اختصاره وقع فى كلامه مسامحة لا تخل بالحكم (و المراد) بضمان صاحب الدابة على تقدير تفريطه ضمان القيمة إن لم يكن لمكسور القدر قيمة و ضمان الأرش إن كان لمكسوره قيمة لكنه فى التذكرة فصل فقال إن كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها و وجب كسر القدر و ضمن صاحبها أرش نقصان القدر و إن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر الأقرب ذبحها لأنه ينتفع بلحمها فيقل الضرر على صاحبها و قال فى الدروس لو كان كسرها أكثر ضررا من قيمة الدابة أو أرشها احتمل أن تذبح الدابة و قضيتها أنها تذبح و لو كانت غير مأكولة اللحم ترجيحاً لأخف الضررين و لعل إطلاق الباقيين لما تقدم من أن للحيوان حرمة فى نفسه و قد نهى النبى (ص) عن ذبح الحيوان لغير أكله فلا يجوز إتلافه لذلك مأكولا كان أو غير مأكول فتأمل

(قوله) (و لو انتفى التفريط عنهما كسرت و ضمن صاحب الدابة لأن ذلك لمصلحته)

كما فى المبسوط و جميع ما ذكر بعده عدا المسالك و قد سمعت احتمال الدروس قال فى المسالك إنه المشهور لكنه يشكل مع عدم التفريط تضمين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٨

و لو نقصت قيمته ليعب ثم زال العيب فى يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة (١)

(الفصل الثالث فى تصرفات الغاصب)

و يحرم عليه كل تصرف سوى الرد (٢) فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها (٣)

صاحب الدابة لأن المصلحة قد تكون مشتركة و قد تكون مختصة بصاحب القدر أو غالبه خصوصا إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمة فإن حفظ القدر مصلحة لمالكها و قد تكون قيمة القدر أو أرشه يزيد عن قيمة الدابة على تقدير إتلافها فالزام صاحب الدابة زيادة عن قيمة دابته بعيد و أيضا فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها و كون المقصود خلاص الحيوان لأنه ذو روح لا يتم مطلقا لأنه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه فيكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما فى عدم التفريط انتهى و كل ذلك ليس بشىء فى نظر الشيخ و الجماعة و أكثر العامة خصوصا إذا كان الحيوان غير مأكول لأن للحيوان حرمة فى نفسه و قد نهى (ص) عن ذبحه لغير أكله كما تقدم و إنما يذكرون ما تمسك به فى المسالك احتمالا غير موصوف بقوة و لا قرب إلا ما سمعته عن التذكرة فى مأكول اللحم نعم قال فى جامع المقاصد فى بيان وجه عدم الاشتراك فى المصلحة كما يأتى أن فيه ما فيه و فيه ما فيه و معنى اشتراكهما فى المصلحة حيث تكسر القدر أن تخليص ما يبقى من القدر بعد الكسر يحصل بالكسر فيشتركان فى المصلحة فيكون الأرش بينهما أما لو لم يبق لمكسور القدر قيمة فإن الإتلاف يكون لمحض تخليص الدابة (و الجواب) عن ذلك مثل ما تقدم فى مسألة الفصيل من أن ما يبقى من القدر غير مقصود بالذات و إنما المقصود أولا و بالذات خلاص نفس الحيوان و ما ذكره فى المسالك فى بيان الاشتراك فى المصلحة و اختصاصها بصاحب القدر لم يتضح لنا وجهه لأنه إن أراد بالمصلحة فى قوله لأن المصلحة المصلحة فى التخليص بكسر أو غيره كان فيه ما لا يخفى و لم يتجه قوله خصوصا

إلى آخره وإن أراد المصلحة في الكسر كما هو صريح كلام الجماعة فليس هناك إلا الاشتراك كما بيناه ولا يتصور اختصاصها بصاحب القدر ولا - يصح قوله خصوصا فليلاحظ ذلك فإنه ربما دق و لو فرطاً معاً كسرت القدر أيضاً و ضمن صاحب الدابة لأنه لمصلحة كما لو لم يفرض نص عليه في التذكرة و حكاه عنها في جامع المقاصد ساكتاً عليه لكن في مجمع البرهان لو كان كلاهما مفترطين فلا ضمان

(قوله) (و لو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة)

أى بعد الزوال و هذا قد تقدم التنبيه عليه في أواخر الفصل الثاني عند قوله و لا يجبر المتجدد من الصفات مخالفه من التالف و حكيانه هناك و حكيانه عن المبسوط و غيره فيما إذا كان سميماً فهزل ثم سمن أن الثاني يجبر الأول و عن التذكرة و غيرها أنه لا يجبره و أنه يضمن لأن الثاني مال متجدد للمالك و الأول مال ذاهب و الخلاف آت هنا فيقال إن العيب موجب للأرش و لا دليل على سقوطه و نظر المصنف إلى أن الأصل عدم الضمان و لا إجماع إلا في المتغيرين كما تقدم بيان ذلك كله و عنوان المسألة أن الزائل هل ينجر بالعائد أم لا

الفصل الثالث - في تصرفات الغاصب (قوله) (و يحرم عليه كل تصرف سوى الرد)

هذا صريح في أن الرد ليس بحرام و إن كان حينه غاصباً ظالماً ضامناً لأن التحريم يمتنع لكون الرد واجباً و به صرح في جامع المقاصد و قد تقدم بيان ذلك عند قوله و يجب عليه الرد و حكيانه عن جماعة في مثله كالزاني و الداخل دار الغير غضباً و المرتد عن فطرة أنهم قالوا إن كلا - منهم مكلف بما لا يطاق كما تقدم تفصيله هناك ثم إنه لا معنى للاقتصار على الرد بل غيره مثله مما يتعلق بحفظ العين كسقيها و علفها و إزالة ما يضر بها

(قوله) (فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها)

كما في المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و المسالك و مجمع البرهان و كذلك جامع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٨٩

أو عشر قيمتها مع البكارة و نصفه مع الثبوبة (١) على الخلاف

المقاصد و في شرح الإرشاد لفخر الإسلام أنه قوى مع أنه قد اختير في التحرير و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و جامع المقاصد و المسالك في باب بيع الحيوان فيما إذا ظهر استحقاق الأمه الموطوءة أنه يغرم العشر مع البكارة و نصفه لا معها و مغايرة المورد لا تقدر مع اتحاد الطريق فليتأمل و هذا إذا لم يعقد عليها كما صرح به في الجملة مما ذكر لأن كل وطئ غير حرام كذلك موجب لذلك

(قوله) (أو عشر قيمتها مع البكارة و نصفه مع الثبوبة)

هذا هو (القول الثاني) و قد حكاه في السرائر عن بعض أصحابنا و تبعه الجماعة و رده بأنه ورد فيمن اشترى جارية و وطئها و كانت حاملاً و أراد ردها على بائعها فإنه يرد نصف عشر قيمتها و لا يقاس غير ذلك عليه (قلت) قد أشار بذلك إلى صحيحه ابن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لم يعلم بحبلها فوطئها قال يردّها عليّ الذي ابتاعها منه و يرد عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها و إلى حسينه عبد الملك بن عمرو و في (كا) و (يب) عن أبي عبد الله عليه السلام قال ترد الحبل و ترد معها نصف عشر قيمتها و قال في الفقيه و في رواية عبد الملك بن عمرو إنه يرد نصف عشر ثمنها و مثلها خبر فضيل مولى محمد بن راشد و خبر سعيد بن يسار (وقد) روى الشيخ في الحسن بعبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية و هي حبل فيطؤها قال يردّها و يرد عشر ثمنها إذا كانت حبل «و حملة» في التهذيبيين على الغلط من الراوى أو الناسخ بإسقاط لفظ نصف ليطابق ما رواه أولاً (وقال) في الكافي بعد أن روى الحسنه الأولى و في رواية أخرى إن كانت بكراً فعشر قيمتها و

إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها وقد استوفينا الكلام في مسألة من اشترى الجارية و لم يعلم بحبلها في باب العيب بما لا مزيد عليه وهو من متفردات الكتاب (و هذا القول) لم أجد من صرح به هنا إلا المصنف في الإرشاد و الشهيد في الدروس (و قال) في مجمع البرهان كأن دليله الجمع بين الأخبار بحمل العشر على البكر و نصفه على الثيب قال و يؤيده ما قال في الكافي بعد نقل حسنة عبد الملك بن عمرو و في رواية أخرى إن كانت بكرا فعشر ثمنها و إن لم تكن بكرا فنصف عشر ثمنها و قال أنت تعلم ضعف هذا الدليل لأنه قياس مع استنباط العلة لعدم دليل عليه مع ما في أصله إذ روايات التفصيل غير ظاهرة المتن و لا نقيّة السند و قد احتل في التهذيب في رواية عبد الملك الغلط من الناسخ بأن يكون حذف النصف غلطا ثم قال إن هذه الرواية لو كانت مضبوطة لجاز حملها على من يطأ الجارية مع العلم بأنها حبل فحينئذ يلزمه عشر قيمتها عقوبة و إنما يلزم النصف مع الجهل (قلت) هذا تفصيل ما أشار إليه ابن إدريس (و الأولى) أن يستدل لوجوب العشر بقول أمير المؤمنين (ع) في خبر طلحة بن زيد إذا اغتصب الرجل أمة فاقترضها فعليه عشر ثمنها فإن كانت حرة فعليه الصداق و بما أرسله في المبسوط كما ستسمع و بالأخبار الواردة في النكاح المتضمنة أن من وطئ أمة غيره بغير إذنه فعليه ذلك (و يستدل) على نصف العشر في الثيب بعدم القول بالفصل أو يستدل بما ورد صحيحا في التحليل فقد سئل الصادق (ع) أ رأيت إن أحل له جارية أحل لأخيه ما دون فرجها فغلبته الشهوة فاقترضها قال يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها (و بصحيح) أبي صبيح في رجل تزوج امرأة فوجدها أمة قد دلست نفسها إلى أن قال (ع) و لمواليها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها (و قد) نقلت الشهرة على هذا القول فيما إذا ظهر استحقاق الأمة الموطوءة في خمسة كتب و حكى عليه الإجماع في الخلاف و ظاهر إيضاح النافع و أفتى به في عشرة كتب كما تقدم بيان ذلك كله مستوفى بما لا مزيد عليه في باب بيع الحيوان و تعرضنا له في باب العيب و الشروط و الظاهر اتحاد الطريق (هذا) كله مضافا إلى أخبار وطئ أحد الشريكين الأمة المشتركة فإنها قد تضمنت العشر و نصفه فإن من لاحظ أخبار هذه المسائل حصل له الظن القوي أو القطع بأنه يلزم الواطئ أحد الأمرين العشر أو نصفه في وطئ كل مملوكة للغير

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٠

و يحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش و العشر (١)

أو مشتركة مطلقا حتى لو كانت هي الشريكة بأن أعتق نصفها (و ليعلم) أنه قال في الدروس و لو وطئ الأمة و هي جاهلة حدّ و عليه المهر و هو العشر أو نصفه على تقديرى البكارة و الثبوت و قيل مهر المثل و اختاره ابن إدريس و قصر العشر فيمن اشترى جارية فظهرت حاملا بعد وطئها فقد سمي العشر و نصفه مهرا و بذلك عبر فخر الإسلام حرفا فحرفا و معناه أنه المستفاد من الأخبار و كلام الأصحاب فيكون ذلك هو المراد من هذه الأخبار فلا يصح الاستدلال بها على أنه يجب للبكارة فيما إذا وطئ البكر شيء زائد و هو العشر فوق المهر الذي هو العشر كما سيأتى و إلى هذين القولين أشار المصنف بقوله على الخلاف و هناك (قول ثالث) أشار إليه في الشرائع بقوله و ربما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم على الوطء بعقد الشبهة و نحوه ما في التذكرة و لم نظفر بقائله و معناه أن الحكم بوجوب مهر المثل أو العشر و نصفه مقصور على ما لو وطئ الغاصب بعقد الشبهة بأن توهم حلها بالعقد من دون إذن سيدها لأن منفعة البضع لا تضمن بدونه كما يظهر في الزانية فلا يجب المسمى في العقد لفساده بل مهر المثل أو ما في معناه لأنه المقدر شرعا حيث بان فساد العقد (و فيه) أن عدم ضمان منفعة البضع بدون العقد ممنوع كما يظهر ذلك في وطئ الشبهة

(قوله) (و يحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش و العشر)

اختلف الأصحاب فيما لو كانت الجارية بكرا و اقتضها بالوطء في أنه هل يدخل أرش الجنابة بإزالة البكارة في مهر المثل على القول به بأن يوجب مهر أمثالها بكرا و في العشر على القول الآخر أو يدخل في العشر إن قلنا به و لا يدخل في مهر المثل إن قلنا به على ثلاثة أقوال (الأول) أنه يدخل مطلقا و هو خيرة التحرير لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر و يزيد باعتبارها

الواجب و لو وجب أرش البكارة منفردا لزم وجوب مهر ثيب لا بكر كما لو اقتضها بإصبعه ثم وطئها فلا وجه للجمع بينهما و ستمتع توجيه هذا القول محررا (الثاني) التفصيل المذكور و هو خيرة الدروس فما نسب إليه في جامع المقاصد من الدخول على الإطلاق غير صحيح (و الثالث) أنه لا يدخل مطلقا كما هو خيرة المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و بيع الروضة و السرائر على ما فهمه منها في الإيضاح و قد فهمه في المسالك من عبارة الشرائع و ليس الأمر كذلك كما يأتي بيانه في مسألة ما إذا اقتضها بإصبعه (و وجهه) أن الوطء استيفاء منفعة البضع و إزالة البكارة جنائيا فلا يدخل إحداها في الأخرى و ملاحظة البكارة في مهر المثل أو العشر لا تقضى بالتداخل لأن ملاحظتها من حيث إن وطء البكر خلاف وطئ الثيب ففي الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطء لا باعتبار الجنائيا فعلى هذا يجب للبكارة شيء زائد فهو (إما) العشر كما هو خيرة المبسوط و حدود النهاية و الشرائع و الإرشاد و الكتاب و غيرها كما في كشف اللثام فيلزمه عشرين كما يأتي بيان ذلك و قد قال في المبسوط بعد أن حكم بوجود المهر فيما إذا كانا جاهلين فإن كانت بكرا فعليه أرش البكارة و قيل إنه عشر قيمتها رواه أصحابنا و لعله أشار إلى قول أمير المؤمنين (ع) في خبر طلحة بن زيد و إلى الأخبار الأخر في باب النكاح كما تقدم ذلك كله و قد عرفت ما فهمناه من هذه الأخبار و إنما جرينا بذلك على ما فهموه و كذلك أولئك يستدلون في باب الحدود على العشر بخبر طلحة الوارد في الغصب من دون فرق بينه و بين غيره (و أما) الأرش نظرا إلى نقص المالية كما هو خيرة حدود السرائر لدخوله في عموم الجنائيات و انتفاء النص عليه بخصوصه (و أما) أكثر الأمرين من العشر و الأرش و هو خيرة المختلف على ما حكى و جامع المقاصد نظرا إلى ما سبق من أن الواجب على الغاصب في الجنائيا التي لها مقدر أكثر الأمرين فتكون الاحتمالات ثلاثة لكن قول المختلف يرجع بالأخرة إلى قول ابن إدريس فقول المصنف و يحتمل إشارة إلى الاحتمال الثالث فيكون ممن يذهب إلى عدم دخول أرش البكارة في الواجب بالوطء من مهر المثل أو العشر و أن الواجب أكثر الأمرين كما هو خيرته في المختلف و هذا هو الذي فهمه المحقق الثاني من العبارة و قال و تخيل أنه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين وهم و احتج على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩١

و مع العقد جاهلين الأكثر من الأرش و العشر و مهر المثل (١) و لو اقتضها بإصبعه فعليه دية البكارة (٢)

بطلانه بأمر ثلاثة لا حاجة لذكرها لوضوح الأمر عندنا و قال إن كلام الشارح الفاضل لا يكاد يتحصل منه ما يعول عليه و هو كذلك قال و كلام الشارح الآخر قاصر (و نحن نقول) إن القول بالتداخل هو الموافق لأصل البراءة و ظاهر أخبار المسألة في العشر و نصفه كما سمعت و مهر المثل حيث تضمنت أن كل وطئ موجب لذلك و أنه عوض المنفعة و لم يذكر فيها بطرفها شيء آخر و كذلك أخبار وطئ أحد الشريكين على كثرتها و السكوت في مقام البيان دليل الحصر فيكون معناها بطرفها أن الدخول الموجب لإزالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا و كذا و يشهد لهم عدم تعرضهم لذلك في الحررة و من البعيد على هذا إيجاب شيء آخر لمحض الإزالة لأنها نقص في المالية لأن هذا النقص داخل في المهر و العشر و ليس التفاوت بين الوطءين بمحض أنه وطء للبكر بل ملحوظ فيه أنها قد فاتت بكارتها و إذا أخذها آخر لم يحصل لها إلا مهر قليل لفوات تلك البكارة (و بالجمله) الأصل دليل قوى معتضد بظواهر أخبار الباب فالخروج عن ذلك يحتاج إلى دليل متين و قد تعرضنا لكلام الأصحاب في باب بيع الحيوان من المقنعة إلى الرياض و لم نجد أحدا تعرض إلى أنه يجب للبكارة شيء زائد على المهر أو العشر و كذلك باب العيب و باب الشرائع نعم تعرض لذلك في المسالك في وطئ أحد الشريكين الأمة المشتركة و في الروضة في باب الرهن رددناه بنحو ما حررناه في المقام و خبر طلحة و ما ضاهاه قد عرفت المراد منه فليلاحظ ذلك جيدا

(قوله) (و مع العقد (جاهلين خ) الأكثر من الأرش و العشر و مهر المثل)

هذه من صور المسألة و ذلك لأن وطء الغاصب الأمة المملوكة المغضوبة لا يخلو إما أن يكونا جاهلين بالتحريم أو عالمين أو

بالتفريق و على التقادير الأربعة إما أن يجعلها أو لا و على التقادير الثمانية إما أن يطأها مختارة أو مكرهه و مع الجهل إما أن يطأها بعقد أو بدونه و قد تقدم الكلام فيما إذا وطئها جاهلا بدون عقد و كلامه هنا فيما إذا وطئها مع العقد معتقدا كل منهما صحة النكاح و لا ريب أن الواجب حينئذ مهر المثل لأنه دخل على لزوم المسمى بالوطء و قد فات بفساد العقد فيجب مهر المثل إجماعا كما في جامع المقاصد (و يدفعه) خبر المدلسه الذي زوجها ولى لها فإنه أوجب لها العشر و نصفه مع العقد مضافا إلى إطلاق الأصحاب كما مر و يأتي فإذا كانت بكرا فالاحتمالات ثلاثة (الأول) وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل كما مر دليله (و الثاني) أنه يجب مع ذلك العشر كما هو خيرة المبسوط و ما وافقه أو الأرش كما هو خيرة السرائر (و الثالث) أنه يجب مع ذلك أى مهر المثل أكثر الأمرين من العشر و أرش البكارة لمكان الجنائية بإزالة البكارة و هو خيرة الكتاب و جامع المقاصد بناء على الاحتمال السابق من وجوب أكثر الأمرين على الغاصب فعلى هذا يقرأ قوله و مهر المثل بالرفع عطفًا على الأكثر و هذا هو الذى يظهر من العبارة و هو الذى فهمه المحقق الثانى و قال قد فهم السيد الشارح من العبارة أن الواجب أكثر الأمور الثلاثة و الظاهر أنه وهم لأن الواجب بالعقد مهر المثل فلا يتصور وجوب العشر أو الأرش لو كان أكثر و هذا الفرع من متفردات المصنف فى هذا الكتاب و إلا فالأصحاب أطلقوا العبارة فيما إذا كانا جاهلين بأن عليه مهر أمثالها أو العشر و نصفه من دون تفصيل بين فإذا كان عقد عليها أم لا (قوله) (و لو اقتضها بإصبعه فعليه دية البكارة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و كذا المختلف غير أن فى المبسوط و التحرير أرش البكارة و فى حدود النهاية و الشرائع و الكتاب و الإرشاد لزمه عشر قيمتها و فى الشرائع أنه مروى و لعله أشار إلى رواية طلحة و غيرها مما تقدم فليتأمل و نسبه فى المسالك هناك إلى الشيخ و الأكثر و حكوا القول بالأرش عن ابن إدريس كما تقدم بيان ذلك كله و فى جامع المقاصد يجب بالنسبة إلى الغاصب أكثر الأمرين و أطلق فى حدود المسالك استحسان وجوب أكثر الأمرين لأن الأرش على تقدير زيادته بسبب نقص حدث فى المال بجنائته فيكون مضمونا و يوافقه ما حكيناه عن المختلف فيما تقدم و لعل المصنف فرض فى غير الغاصب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٢

فإن وطئها مع ذلك لزمه الأمران (١) و عليه أجره مثلها من حين غضبها إلى حين عودها (٢) فإن أحبلها لحق به الولد و عليه قيمته يوم سقط حيا و أرش ما نقص من الأم بالولادة (٣) و لو سقط ميتا فإشكال ينشأ من عدم العلم بحياته و من تضمين الأجنبى (٤)

و إلا لكان ينبغى أكثر الأمرين

(قوله) (فإن وطئها مع ذلك لزمه أمران)

إذا وطئها بعد أن اقتضها بإصبعه لزمه أرش البكارة أو ديتها أو أكثر الأمرين إن كان غاصبا و مهر المثل أو نصف العشر كما قد سمعت ما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و كذا التذكرة و المختلف على اختلافهم فى ذلك لأنهما أمران مختلفان فإزالة البكارة جنائية و الوطء استيفاء منفعة البضع فلا يدخل أحدهما تحت الآخر و من عبارة الشرائع هنا فهم فى المسالك أنه ممن يذهب إلى عدم التداخل فيما إذا اقتضها بالوطء مع أن هذه العبارة عبارة التحرير أيضا و قد نسب إليه هو القول بالتداخل و لعله يذهب إلى أنهما من سنخ واحد

(قوله) (و عليه أجره مثلها من حين غضبها إلى حين عودها)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و فى جامع المقاصد أن فيه شيئا لأنه قد ضمن منفعة البضع المستوفاة و مراده أنه يضمن أجره مثلها فى غير زمان الوطء لأنه قد ضمن منفعة البضع فى وقته فلا بد من استثنائه من الزمان و قد تبعه على ذلك صاحب المسالك و (لعله) فى غير محله لأن المراد بأجره المثل ما يبذل أجره فى تلك المدة لأمثال هذه الأمة على الوصف التى هى عليه من قبول الصنعة

الواحدة أو الصنائع المتعددة التي من جملتها الصنعة العليا فيضمن حينئذ أجره مثل الأعلى كما تقدم فيصير المراد أنه يضمن أجره غزلها لو كانت صنعتها الغزل من حين غضبها إلى حين ردها و أما منفعة البضع فلا تضمن بالفوات و ليس له أجره و لا يضمن الغاصب للجارية مهرا و لا عقرا و إنما يضمن أجره الخدمة الفائتة خاصة إن لم يكن لها صفة أعلى منها و إن لم يستخدمها فلم يتجه استثناء زمان الوطاء لأنه قد ضمن منفعته في وقت الوطاء (سلمنا) و ما كان ليكون فلم لا يكون مثل ما تقدم من أن الغاصب يؤخذ منه أجره الدابة و الثوب و نقص ما حصل فيهما و إن كان ذلك إنما حصل بسبب الاستعمال الذي أخذ أجرته فتأمل جيدا
(قوله) (فإن أحبلها لحق به الولد و عليه قيمته يوم سقط حيا و أرش ما نقص من الأم بالولادة)

كما صرح بذلك كله هنا في المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الدروس في الحكيمين الأولين (و قد) حكى الإجماع على إلحاق الولد به و أنه حر في مسألة ظهور استحقاق الموطوءة في باب البيع في المبسوط و الخلاف و ذلك لمكان الشبهة في المقامين (و خولف) في المقنعة و النهاية فحكم فيهما بريقه الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشيء و هو شاذ (و جزم) في المبسوط و غيره هناك بأن على الأب قيمته للمولى و استدللنا عليه هناك بالمرسل و الموثق و هما منجران (و استدللنا) على تقويمه رقا يوم سقوطه حيا بأنه أول حالات انفصاليه و أول حالات إمكان تقويمه لأن ذلك وقت الحيلولة بينه و بين سيده و قلنا لا يقوم حملا لعدم إمكان تقويم الحمل (و أما) وجه وجوب دفع أرش نقصان الأم بالولادة فظاهر لا خلاف فيه كما في غاية المراد لأنها مضمونة لمكان الغصب و سبب النقص كان منه
(قوله) (و لو سقط ميتا فإشكال من عدم العلم بحياته و من تضمين الأجنبي)

الأصل في المسألة ما قاله في المبسوط قال لو أحبلها الغاصب جاهلا بالتحريم ثم ولدته ميتا لم يضمن الغاصب قيمة الولد لأنه لا يعلم كونه حيا قبل هذا و لأنه ما حال بينه و بين سيده في وقت التصرف و لو ضربها أجنبي فألقت الجنين ميتا فعلى الضارب الضمان لأن الإلقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالبا بخلاف ما إذا سقط لنفسه لأن الأصل الموت حتى يعلم غيره و قد استشكل الفرق المحقق في الشرائع و المصنف هنا و في المختلف و في غاية المراد أنه ضعيف و غرضهم أن عدم العلم بحياته ثابت في المسألتين فإن كان مؤثرا في عدم الضمان فلا أثر للضرب (قلت) الشيخ يستند في الضمان في ضرب الأجنبي إلى الإجماع كما يؤذن به كلامه في موضع من ديات المبسوط أو إلى ما رواه أصحابنا كما في ديات

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٣

.....

السرائر و لا يفرق بين كونه حيا و ميتا و التعليل هنا تقريبا لا أنه علة لكن قد يرد عليه في حكمه بعدم ضمانه إذا سقط ميتا لا بجناية أن يد الغاصب يد ضمان فينبغي أن يضمنه أيضا إلا أن يقول إنه لما كان محكوما بحريته كان غير مضمون لأن الحر لا يدخل تحت ضمان يد الغاصب كما نبه عليه المحقق فيما يأتي لكن ذلك يقضى بأن لا ضمان على الغاصب و لا رجوع للمالك عليه و إن وقع بجناية أجنبي مع أن المصنف و غيره سيصرحون بأن له الرجوع على الغاصب «و لعل» الوجه فيه أنه إذا جنى عليه الجاني يكون قد فوت على المالك قيمته لو ولد حيا و ذلك كان تحت يد الغاصب فيضمنه «أى الغاصب ح» لمكان الجنائية و تفويت المال تحت يده لا لكونه تحت يده فقط و يستقر الضمان على الجاني و بعبارة أخرى أن عدم ضمان الحر و انتفاء دخوله تحت اليد إنما يمنع من الضمان حيث لا - جنائية بأن يسقط لنفسه و إما إذا جنى عليه أجنبي فالجنائية مضمون لا محالة و قد أدى الحال إلى الغرم و سببه الغاصب «و فيه» أن المقتضى للضمان في حق الغاصب هنا منتف إذ لا جنائية منه و اليد ليست سببا في ذلك كما هو ظاهر مع أن المفروض أنه حر لا - يد عليه فوجب القيمة على الأجنبي لا - يستدعى الوجوب على الغاصب مع انتفاء سببه و يرشد إلى ذلك ما ذكره فيما إذا غصب الجارية و باعها فوطئها المشتري فإن جماعة منهم قالوا أن ليس للمالك أن يرجع بمهر الجارية على الغاصب

لأن البضع لا يدخل تحت اليد والغاصب لم يستوف منفعته و اليد ليست سببا وإنما يرجع به على المشتري والمصنف سيستشكل في ذلك فيما يأتي والطريق في المسألتين واحد لأن البضع كالحرم مع زيادة هنا و هي أن الجارية مملوكة و سببها اليد هنا ممكنة فليلحظ فإنه دقيق «لكن» الشيخ استند في هذا الباب في عدم ضمان الغاصب له لو سقط ميتا لا بجناية سواء كان جاهلا بحرمه الغصب و الزنا أو عالما إلى عدم العلم بحياته و هذا وحده إن تم في الجاهل و ما كان ليكون لا يتم في العالم لأن الجنين محكوم برقيقته قطعاً فيكون مالا صرفاً كحمل البهيمة مضمونا على الغاصب سقط ميتا أو حيا كما يأتي عن المحقق و قد وافق الشيخ في عدم الضمان فيما نحن فيه المصنف في التحرير و الشهيد في الدروس و لعلهما استندا إلى عدم جنايته و عدم ضمانه باليد لعدم تحقق حياته كما نبه عليه في الإيضاح و لعل الاستناد إلى أنه محكوم بحريته فلا يضمن أولى «ثم» إن قضية هذا التعليل أنه لو علمت حياته بمضى أربعة أشهر كما هو المشهور أو خمسة كما رواه الصدوق و سقط بعد ذلك ميتا أنه يضمنه و الفرق غير واضح مع أنهما يقولان بالضمان لو سقط بجناية جان علمت حياته أو لا و قد تقرر أن يد الغاصب يضمن بها كل ما يضمن بجناية جان و هي قاعدة مقررة فلا بد لهما أن يرجعا إلى ما حررناه في توجيه كلام الشيخ فليتأمل إلا أن تقول القاعدة في غير الحر «و الضمان» هنا خيرة الإرشاد على الظاهر المتبادر من عبارته و جامع المقاصد و المسالك فيضمن دية جنين أمه و قد يلوح ذلك من آخر كلام الإيضاح و لعلهم يستندون إلى القاعدة المذكورة و ذلك يقضى بأن يد الغاصب يد ضمان و إن حكم بحريته و ذلك يخالف القاعدة الأخرى و هي أن الحر لا يضمن إلا في ثلاثة مواضع إجماعاً أو يستندون إلى أن الظاهر أنه كان حيا لأنه لا يكمل البدن إلا مع الحياة كما وجهه في مجمع البرهان و هو أيضا كما ترى يخالف القاعدة الأخرى ثم إن الواجب مع العلم بالحياة قيمته يوم سقوطه حيا لا دية جنين أمه و هي عشر قيمة أمه «و الذي أراه» أن كلامهم جميعا غير محرر في هذه المسائل الأربع و هي ما إذا سقط الجنين بجناية أو بدونها مع العلم أو الجهل و ذلك لأن الذي صرح به عباراتهم و أفصحت به رواياتهم في باب الديات أن جنين الأمه إذا لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له مقدر شرعا و هو عشر قيمة أمه وقت الجناية و إن ولجته الروح فقيمه يوم سقوطه حيا و من المعلوم أنهما إذا كانا عالمين بحرمه الزنا و الغصب كان الجنين رقا و ما لا صرفاً لمولى الأمه و هو مضمون على الغاصب سواء سقط بجناية أم لا فحاله كحال حمل البهيمة و إن كانا جاهلين كان محكوما فيه بأمرين بكونه حرا و بكونه نماء ملك المولى لأنهم جزموا بأن على الأب قيمته للمولى يوم سقوطه حيا لأنه نماء ملكه فإن لحظنا الحرية قلنا يد الغاصب ليست يد ضمان و إن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٤

و أما إذا وقع بجناية فالأقوى الضمان (١)

لحظنا المالية قلنا بالضمان و إن لم يكن عليه جان «ثم» إن الشيخ ذهب في موضع من ديات المبسوط إلى أنه إذا ضرب بطن أمه فألقت جنينا ميتا أنه يلزمه عشر قيمة أمه و لا يفرق بين كونه حيا أو ميتا و عليه بنى في هذا الباب و هو خلاف ما عليه الأصحاب لأنهم يذهبون إلى أنه إذا علمت حياته و سقط بجناية جان ميتا كان عليه قيمة مملوك حيا و قد فهموا من عبارته التي سمعتها في صدر المسألة في الفرق بين سقوطه ميتا لا بجناية و بين سقوطه بالجناية أنه في الأول لم تعلم حياته و في الثاني أن حياته معلومة و أن الموت كان بسبب الجناية كما صرح بذلك الشهيد في غاية المراد و غيره كما هو قضية تعليله و قد عرفت أنه تقريري و لم يتنبهوا لمذهبه في الديات فوقع لهم في فهم كلامه ما وقع كما سمعت و ستسمع في المسألة الآتية و ستسمع كلام المحقق فيما إذا كانا عالمين و ما يؤيده و ما يرد عليه (هذا) و قد استظهر في غاية المراد من عبارة الإرشاد حيث قال و لو سقط ميتا فعليه الأرش على رأى أن المراد أرش نقص الولادة و لعله غير متجه لوجوه منها أن ذلك لا خلاف فيه فلا يصح أن يرجع الرأى إليه «قوله» (و أما إذا وقع بجناية فالأقوى الضمان)

و في الإيضاح و جامع المقاصد أنه الأصح و في المسالك أنه الوجه و قد جزم بالضمان في المبسوط و التحرير و الدروس و هو لازم

للإرشاد قطعاً و في غاية المراد أنه لا خلاف هنا في الضمان و في مجمع البرهان الظاهر من كلامهم عدم الإشكال في ضمان الجاني و لكن قد صرح في المبسوط و التحرير و جامع المقاصد بأنه يضمن دية جنين أمه و هو متجه على مذهب المبسوط و إن علمت حياته قبل الجناية و على المعروف بين الأصحاب ينبغي التفصيل بالعلم بالحياة فقيمة مملوك حتى يوم سقوطه و عدمها فقيمة جنين أمه «و يبقى الكلام» في الضمان فإن كان مرادهم به الجاني كما هو ظاهر جامع المقاصد فلا معنى لقوله هو و ولد المصنف أنه الأصح و لا لقول المصنف أنه الأقوى لأنه لا ريب في ضمانه لأن المفروض أنه وقع بجنائته و إن كان مرادهم بالضامن أباه الغاصب حيث يكون الجاني غيره كما صرح به في الإيضاح و هو ظاهر غيره صح قولهم الأصح و الأقوى و معنى ضمانه أن للسيد أن يرجع عليه و يستقر الضمان على الجاني «و وجه» ضمانه عندنا أحد الأمرين المتقدمين من التفويت و كونه تحت اليد أو كونه تحت اليد فقط كما تقدم مع التأمل فيهما لكننا لا نجد غيرهما «و قد» وجه الضمان على الأجنبي في جامع المقاصد في شرح عبارة الكتاب بما سمعته عن المبسوط من أن السقوط عقيب الضرب مسقط للولد و قد عرفت أن الوجه في ذلك عند الشيخ في الديات أنه أما الإجماع أو الروايات و عرفت أنه لا يفرق هناك بين كونه حياً و ميتاً و إن كان ظاهر كلامه في الباب البناء على حياته فلا يرد عليه ما أورده عليه في جامع المقاصد من الشك في الحياة فلا أثر للضرب بل هو في غير محله كما أن جعل ذلك شرحاً لبيان الضمان في عبارة الكتاب في غير محله لأن هذا توجيه لضمان الجاني و كلام المصنف في ضمان الغاصب و إلا لما صح له أن يقول الأقوى «و قد» وجه في الإيضاح احتمال عدم الضمان في كلام المصنف بعدم جنائته و عدم ضمانه باليد لعدم تحقق حياته و لعل الأولى أن يقول لعدم ضمان الحر كما تقدم لكنني لم أجدهم ألموا بذلك سوى المحقق فإنه نبه عليه فيما إذا كان عالماً «و قد» فرق في غاية المراد بين ما إذا وقع بجنائية جان و بين ما إذا سقط ميتاً بأن الجاني لو كان أجنبياً ضمن للغاصب دية جنين حر و ذلك يقضى بحياته فيضمن الغاصب المالك استحقاقه على هذا التقدير «و رده» المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي بأنه لا معنى له و أنه ليس بشيء لأنه لو كان أصل عدم الحياة مؤثر الأثر على التقديرين «و نحن نقول» قد عرفت أن الفرق بين ضمان الغاصب هنا و عدم ضمانه هناك هو التفويت و عدمه و أن الحر لا يضمن و عرفت أن الفرق بين ضمان الجاني هنا و عدم ضمان الغاصب هناك مع عدم العلم بالحياة على التقديرين الإجماع و الأخبار في الجاني و أنه مفوت مالا بالأخرة و لا كذلك الغاصب هناك مع أن الحر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٥

و لو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حر و على الغاصب للمالك دية جنين أمه (١) و لو كانا عالمين بالتحريم فإن أكرهها ف للمولى المهر (٢) و الولد و الأرش بالولادة و الأجرة (٣) و على الغاصب الحد و لو طأعته حداً (٤) و في عوض الوطء إشكال ينشأ من النهي عن مهر البغي و من كونه حقا للمالك (٥)

لا يدخل في الضمان «و في» جامع المقاصد و المسالك أن الغاصب يضمن للمالك دية جنين أمه سواء سقط بجنائية أم لا لكن على تقدير كونه بجنائته يضمن للمالك دية جنين أمه و للإمام (ع) باقي دية جنين الحر «قلت» ليتهما بينا لنا الوجه في ضمان الغاصب إذا لم يسقط بجنائته «و أما» وجه كون الباقي للإمام (ع) فهو أن القاتل لا يرث و أمه رقيقة لا ترث كما لو جنى الحر على زوجته فأسقط جنينها و لا فرق بين كون الجنائية خطأ أو عمداً فإن الغاصب يضمن ذلك للمالك و إن استقر الضمان على العاقلة (قوله) (و لو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حر و على الغاصب للمالك دية جنين أمه)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و في غاية المراد أنه لا خلاف هنا في الضمان «و وجهه» أن الولد محكوم بحريته لمكان الجهل فيضمن الجاني عليه لأبيه دية جنين حر و لما كان الغاصب ضامناً للمالك قيمته كان الواجب عليه للمولى دية جنين أمه و ما زيد في الدروس و مجمع البرهان على أنه لو ضربها أجنبي فسقط فعليه الضمان و هو جيد جدا و إلا فالواجب على غير المبسوط التفصيل بالعلم بالحياة و عدمه و قد صرح هنا في المبسوط بأن على الغاصب للمالك عشر دية أمه

أى قيمة أمه و هو متجه على مذهبه و يبقى الكلام فى وجهه و قد تقدم هذا و لا يتوقف و جوب حق المولى على الغاصب على أخذه الحق من الجانى بل كل واحد من الحقين متعلق بدمه غريمه من دون توقف على الآخر (قوله) (و لو كانا عالمين بالتحريم فإن أكرهها فللمولى المهر) أو ما فى حكمه اتفاقا كما فى المسالك و به صرحت كلماتهم من غير خلاف لأنها غير بغى (قوله) (و الولد و الأرش و الأجره)

أى له الولد لكونه نماءها و هو غير لاق بالغاصب لكونه ولد زنى و له أرش النقص بالولادة و الأجره كما صرح بذلك كله فى المبسوط و بعض ما تأخر عنه و تركه الباكون لظهوره (قوله) (و على الغاصب الحد و لو طاعته حدا) كما فى المبسوط و غيره و يجد كل منهما حده (قوله) (و فى عوض الوطاء إشكال ينشأ من النهى عن مهر البغى و من كونه حقا للمالك)

يريد أنه هل يجب المهر عوض الوطاء للمولى أم لا و قد استشكل فيه المصنف لقول النبى (ص) فى الخبر المشهور لا مهر لبغى و هو شامل لمحل النزاع و من أنها مال الغير و بعضها حق له فلا- يؤثر رضاها فى سقوط حقه كما لو أذنت فى قطع يدها «و الأول» هو المشهور كما فى المسالك بل ظاهر الشهيد فى غاية المراد أن المخالف نادر غير معروف حيث قال و نقل الشيخ نجم الدين عن بعضهم أنه يلزم الغاصب عوض البضع و ستعرف الذهاب إليه «و هو» أى الأول خيرة المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك فى الباب و بعض هذه فى باب البيع و النكاح و الرهن مع زيادة الدروس فى باب البيع «و حجتهم» على ذلك بعد أصالة البراءة القطعية لخبر المذكور لثبوته عندهم بالتواتر أو بالإجماع عليه لأنهم يأخذونه مسلما و العموم فيه لغوى فلا- يجوز حمله على فرد خاص و هو الحره إلا- بدليل و المراد بالمهر المهر الذى يثبت بواسطة وطنها سواء كان المهر لها أو لغيرها أعنى مولاها كما هو الظاهر المتبادر فلا يصح أن يستند إلى أن اللام تفيد الملكية أو الاختصاص أو الاستحقاق و جميع ذلك منفى عن الأمة و لا ريب أن فى عوض البضع شائبة التعبد فلا يثبت إلا حيث يثبت الشارع و لم يثبت إلا فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٦
أما لو كانت بكرًا فعليه أرش البكارة (١)

النكاح الصحيح و الشبهه و ليس كسائر المنافع فإن المولى لو رضى بوطنها على مهر لم يصح و لم يستحق شيئًا إلا مع العقد بخلاف سائر المنافع فلا تتحقق ماليته مطلقا بل على وجه مخصوص «و الثانى» خيرة التذكرة و المختلف و بيع الروضة و رهنها و كأنه مال إليه فى الدروس و هو ظاهر إطلاق بيع اللعنة و قوله فى غاية المراد احتمله فى المختلف يقضى بأنه لم يلحظ آخر كلامه كما أنه لم يلحظ التذكرة أصلا لأن ذلك عوض المنفعة للمالك لا مهر حقيقى فلا يتناوله الخبر و من ثم لا يطلق على الأمة اسم المهيرة بل على الحره «قلت» قد طفحت عبارات الأصحاب فى أبواب الفقه بمهر الأمة و أن لها مهرا و فى الأخبار أنه يجوز أن يجعل مهرها عتقها و لم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها و لا يضرنا أنها لا تسمى مهيرة و لا ترجيح فى مجمع البرهان فى المقام و لا فى الكفاية فى مثله فى باب النكاح بل قد يلوح منهما موافقة المشهور «و قد» يستدل لهذا القول بفحوى الصحيح أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقترضها قال لا ينبغى له ذلك قلت فإن فعل أ يكون زانيا قال لا و يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرًا و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها فإن ثبوت العوض هنا يقتضى ثبوته فى الزنا المحض بطريق أولى و هو جيد لو كان نصا أو ظاهرا فى زنى الأمة و لا دلالة له على ذلك و إن ادعى ظهوره من جهة ترك الاستفصال فمع بعده و أنه لا معنى للأولوية حينئذ ستسمع جوابه «و قد

يستدل» عليه أيضا بفحوى الصحيح الآخر في الأمة المدلسة نفسها مدعية أنها حرة حيث تضمن أن عليه لمواليها العشر و نصف العشر «و فيه» أن الأولوية على تقدير تسليمها لا تقتضى أزيد من ثبوت نصف العشر مع الثبوت و العشر مع البكارة و هو غير ثبوت مهر المثل حيث يزيد على أرش البكارة فليس فيها دلالة عليه بل و لا على المسمى في صورة ما إذا كان لها مسمى و يأتي تمام الكلام «و قد» قال بعضهم «١» في باب النكاح بعد أن ناقش في القول بأن لها المهر و القول بأن لا شيء لها إن الأجود القول بمضمون الصحيحين فنحكم بالعشر مع البكارة و نصفه مع عدمها لا مهر المثل فيما نحن فيه و لا المسمى في غيره لصحتهما و عدم ظهور الفرق بين ما نحن فيه و موردهما مع ما فيه من استلزام الثبوت في موردهما الثبوت هنا بطريق أولى «و فيه» أن المهر للثيب إنما هو نصف العشر على المختار المشهور كما تقدم فإذا قلنا إنه يثبت لها نصف العشر لزمنا أن نقول بأنه يثبت لها المهر نعم يتم هذا على القول بوجوب مهر أمثالها بكرا كانت أو ثيبا و يأتي تمام الكلام في المسألة الآتية

(قوله) (أما لو كانت بكرا فعليه أرش البكارة)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و المختلف و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و في شرح الإرشاد لفخر الإسلام الإجماع عليه لأنها جنائية و كل جنائية مضمونة على الغاصب بل إن غصبها بكرا فزالت بكارتها لعارض في يده لزمه قيمتها و إن لم تكن بفعله و نحوه ما في مجمع البرهان و في غاية المراد و المسالك أنه لا إشكال في ذلك لأن إزالتها جنائية عليها و ليست كالوطء و قضية كلامهم أنها إن كانت ثيبا لم يضمن شيئا و به صرح فخر الإسلام و قد سمعت تصريحهم فيما تقدم كما سمعت ما قيل من أنه يخالف فحوى الصحيحين المتقدمين فالأولى أن يقال إن مورد الصحيح الأول غير ما نحن فيه لأنها ليست بغيا و ليس نضا و لا ظاهرا في زناها كما هو ظاهر و أما الثاني فكالأول لمن تأمل ليس نضا و لا ظاهرا في زناها لأنه قد قال فيه الصادق «ع» و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر قيمة ثمنها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها فقد تضمن نفى ثبوت المسمى الذي أخذته و ثبوته المهر الموظف لها من العشر أو نصفه لمكان الشبهة بتزويج الولي لها و اعتقادها جوازها فقد

(١) هو شيخنا صاحب الرياض و غيره (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٧

و لا يلحق به الولد (١) فإن مات في يد الغاصب ضمنه و إن وضعته ميتا فإشكال (فالإشكال خ ل) كما تقدم (٢) و إن كان بجنائيه جان ضمن جنين أمه (٣)

ظهر الفرق و انتفت الأولوية و على تقدير الاستدلال بهذين الخبرين من جهة ترك الاستفصال فيهما و بخبر طلحة من جهة عمومهما (فالجواب) أن الخبر المشهور أولى بالترجيح لأمر (و لعل) الأولى أن يقال إن محل الاستدلال بالخبر المشهور إنما هو إذا كانا عالمين (أما) إذا كان الرجل جاهلا و عقد على أمه الغير العالمة بالحرمة سواء ادعت الحرية و دلست نفسها أم لا فإنه يلزمه المهر (أما) في المدلسة فموضع وفاق (و أما) في غيرها فهو المشهور على ما حكى كما ذكروا ذلك في باب النكاح لكن المصنف استشكل فيما إذا كانت عالمه و هو جاهل و يلزم المصنف في التذكرة القول بوجوب المهر عشرا أو غيره و أرش البكارة لأنه لا يقول بالتداخل كما

مر

(قوله) (و لا يلحق به الولد)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و غيرها و الظاهر أنه محل وفاق لكونه زانيا فيكون رقا للمولى لأنه نماء ملكه و كما لا يلحق بأبيه لا يلحق بأمه لا اشتراكهما في المقتضى و نعم ما قال في الشرائع و لو حملت لم يلحق الولد و تظهر فائدة عدم

لحوقه بها فى عدم ثبوت التوارث بينهما لو فرض حريتهما أو أحدهما بعد ذلك

(قوله) (و إن وضعته ميتا فأشكال كما تقدم)

و نحوه ما فى الإيضاح و جامع المقاصد للشك فى حياته مع ترجيح الضمان فى الثانى و فى المبسوط و التحرير و الدروس لا شىء عليه و جزم فى الشرائع على ما فى بعض النسخ بأنه يلزمه دية جنين الأمه (و وجهه) أنه لما كان محكوما برقيته كان ملحقا بالمال فيكون مضمونا عليه على كل حال كحمل البهيمه و الحمل الذى لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له قيمه شرعا و هو عشر قيمه أمه وقت الجنايه بخلاف السابق فإن ضمانه لقيمه موقوف على ولادته حيا لكونه حرا و لم يحصل (قلت) هذا هو الذى نبهنا عليه و هذه النسخه هى التى شرحها فى المسالك و فى عدة من نسخ الشرائع قيل لا يضمن لأننا لا نعلم حياته و فيه تردد و لا نعلم وجه تردده بل الأولى الجزم بالضمان كما فى النسخه الأخرى هذا إذا قلنا فى صورة الجهل إنه لا يضمن لكونه حرا لا يدخل تحت يد الضمان إلا أن يجنى عليه جان (و أما) إذا قلنا بالضمان لأنه يؤول إلى المال (قلنا) فى جوابه إن ضمان السابق لقيمه حيا موقوف على ولادته حيا و أما ضمانه لقيمه جنينا فليس موقوفا على ولادته حيا بل هو مضمون أيضا على الغاصب على كل حال (و قد) ردّ فى جامع المقاصد ما فى الشرائع فقال و ربما رجح الضمان هنا بأن التقويم فى الأول إنما هو بعد وضعه حيا بخلافه هنا قال و لا أثر له لأن المراد التقويم المخصوص لا وجوب دية الجنين الذى يراد وجوبه فى الموضوعين ثم قال و الأصح الضمان هنا أيضا و لم يبين لنا ما إذا أراد بالتقويم المخصوص و لعله أراد تقويمه بعد وضعه حيا و لا ما إذا أراد بالضمان أو هو ضمان جنين أمه أم هو ضمان مملوك حيا و لم يتضح لنا وجه قوله لا- وجوب دية الجنين إلى آخره لأن المفروض أنها وضعته ميتا لا بجنايه جان فليتأمل جيدا (و يرد) على المبسوط أن يد الغاصب يد ضمان فلا بد من أن يقول بضمان قيمه جنين ثم إن تعليقه و تعليل التحرير بعدم العلم بحياته لم يتضح وجهه و لعلهما يريدان بذلك أنه حينئذ لم يتحقق جنايته عليه كما تقدم نقله عن الإيضاح و قد عرفت الحال فى ذلك و يجب حمل كلام التحرير و الدروس على عدم ضمان مملوك حيا و إن كان ظاهرا خلاف ذلك فليلحظ ذلك جيدا

(قوله) (و إن كان بجنايه جان ضمن جنين أمه)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و ليس فى الدروس إلا أنه عليه شىء و هو أجود لأن ما ذكره متجه على مذهب المبسوط و ينبغى التفصيل على المعروف من مذهب الأصحاب بالعلم بالحياه و بدونه كما تقدم و لم يتعرض فى المبسوط و الإرشاد إلا لضرب الأجنبي بطنها و ظاهر كلام المصنف أن الضامن الأب الغاصب و حينئذ فيستقر الضمان على الضارب و قد جزم به هنا و لم يقل على الأقوى كما قال فى الجاهل و ما ذاك إلا لما قلناه هناك و بضمان الأب إذا ضرب و الأجنبي الضارب صرح فى التحرير و مجمع البرهان و هو واضح و فى تعليق الإرشاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٨

و لو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد و وجب الحد و المهر عليه (١) و بالعكس تحد هى دونه (٢) و لا مهر على إشكال (٣) و يلحق به الولد و لو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب (٤) و فى مطالبه الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب (٥)

للمحقق الثانى أن هذا إن كانت الجنايه عمدا و إن كانت خطأ لم يثبت للسيد على الغاصب شىء و هو حق إن أراد أنه لا يستقر عليه ضمان لكن ذلك جار فيما إذا جنى الأجنبي عمدا فلا- وجه لتخصيصه بالذكر و إن أراد أنه مع ذلك ليس له عليه الرجوع فأول ممنوع

(قوله) (و لو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد و وجب الحد و المهر عليه)

الوجه فى الجميع ظاهر و به أى الجميع صرح فى المبسوط و غيره و الولد للمولى و يلحق بها و فائدته إذا طرأ عليهما أو على أحدهما

العتق

(قوله) (و بالعكس تحد هي دونه)

المراد بالعكس أن تكون هي عالمه بالتحريم دونه و حكمه أن عليها الحد و يلحق به الولد دونها كما صرح به أيضا فى المبسوط و غيره و تجب عليه قيمة الولد على ما سبق

(قوله) (و لا مهر على إشكال)

ينشأ من كونها بغيا و من أنها مال الغير و الأصح العدم كما تقدم محررا إلا أن يكون وطئها بعقد فليحظ

(قوله) (و لو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب)

أى فى جميع الأحكام المتعلقة بالوطء حالة العلم و الحاصل أن حاله حاله حالى العلم و الجهل كما فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد قال فى التذكرة إلا أن الجهل فى المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة فلا يشترط فى دعواه الشرط السابق من قرب العهد بالإسلام أو خفاء ذلك عليه لبعده داره عن دائرة الإسلام و نحوه ما فى المبسوط و قد كانا اشتراطا فى جهل الغاصب بالتحريم قرب العهد أو بعد الدار

(قوله) (و فى مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب)

قد سبق للمصنف فى أواخر الركن الثانى الجزم بأن منفعة البضع لا- تضمن بالفوات و بينا الوجه فيه بما لا مزيد عليه و نقلنا كلام المخالف و المتردد و قلنا إن المصنف تردد هنا بعد الجزم هناك و لا ريب أن المشتري إذا وطئ الجارية لزمه المهر للمالك كما أنه لا ريب أن للمالك مطالبة الغاصب بسائر المنافع التى استوفها المشتري ما عدا منفعة البضع التى هى المهر فإن فى مطالبة المالك به للغاصب نظرا و ترددا فيصير معنى العبارة فى مطالبة المالك الغاصب بهذا المهر اللازم للمشتري بالوطء كما يطالبه بسائر المنافع التى استوفها المشتري فيكون مخيرا بين أن يطالب أيهما شاء و قرار الضمان على المشتري العالم نظر من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب أم لا لكن الشيخ فى المبسوط جزم بأن له الرجوع عليه لأنه بسبب يد المشتري و هو متجه على مذهبه فيه كما تقدم بيانه و هو قضية كلام التحرير و التذكرة حيث قال كل ضمان يجب على المشتري للمالك الرجوع على من شاء منهما ذكره فى التذكرة فى مقام آخر (و قال) فى جامع المقاصد يرد على المصنف هنا أن عدم دخول منافع البضع تحت الغصب أمر متحقق عنده فكيف يتردد فيه و يبنى النظر على التردد فيه و لو قال ينشأ من أن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب و لا تضمن إلا بالاستيفاء و هو منحصر فى جانب المشتري و من أن عدم ضمانها و انتفاء دخولها تحت اليد إنما يمنع من استحقاق المطالبة بعوضها بالفوات أما إذا استوفيت فإنها مضمونة لا محالة فقد أدى الحال إلى الغرم فجرى مجرى الجناية و سبب الغاصب فى ذلك لكان أولى و أوفق لما فى التذكرة انتهى (و نحن نقول) كم له من تردد بعد الجزم بل قد جزم فى رضاع الكتاب بأن منفعة البضع تضمن بالفوات وفاقا للمبسوط و جماعة و المحقق فى الشرائع جزم بعدم الضمان فى باب الشهادات و تردد فى باب الرضاع و الشهيد أيضا تردد كما تقدم بيان ذلك كله فليس التردد فى المسألة بعد الجزم ببديع و لا- بعيد و ما حكاها عن التذكرة هو قوله و هل للمالك مطالبة الغاصب به أى المهر ابتداء الشافعية و جهان و لم نقل تمام كلامه لأن فى النسخة سقطا فى المقام (و الوجه الثانى) من وجهى التردد الذى قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٩٩

و لا يجب إلا مهر واحد بوطئات إذا اتحدت الشبهة (١) و فى تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر (٢)

فى جامع المقاصد أنه أولى ضعيف جدا كما اعترف هو به لا ينبغي أن يكون سندا للتردد لأن المقضى للضمان فى حق الغاصب منتف إذ لا استيفاء و لا سببية لئيد لأن البناء على أنه لا يدخل تحت اليد فمع انتفاء الأمرين لا تصح مطالبة به و وجوبه على المشتري لمكان استيفائه لا يستدعى الوجوب على الغاصب فالتردد من المصنف هنا لما ذكره لمكان جزم جماعة بالضمان و تردد آخرين مع

تعارض الأدلة و اختلاف اللوازم كما تقدم أولى من تردده لما ذكره في جامع المقاصد لما عرفت (و قال) في الدروس في المهر وجهان من حيث إن منافع البضع لا تضمن باليد و لو يوجد تفويت و من أنها منفعة عين مضمونة و هو غير ما في جامع المقاصد لأن قضية الشق الثاني أنها تضمن و إن لم تستوف (و فيه) أنه إذا ثبت الشق الأول خصص به الثاني لأنه أخص منه فلا تكافؤ بين الشقين فلا- وجه للتردد و قد يكون أراد ما في جامع المقاصد فليأمل (و قال) في الإيضاح مراده بقوله ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب أى لو فوتها الغاصب بوطنها عالمين و هى مختارة هل يضمنها و يكون بمنزلة غصب منفعة أو لا قد ذكر المصنف فى الإشكال السابق من أنه حق للمالك أتلغه الغاصب فيضمنه و لأنه مأخوذ بأشق الأحوال و من النهى عن مهر البغى فإن قلنا بضمانه إذا وطئها الغاصب عالمين ضمنه الغاصب هنا لأن ما يفوته غيره من يده كما يفوته هو و إن قلنا لا يضمنه الغاصب لم يضمن هنا انتهى و الظاهر أنه بعيد عن العبارة إلا أن يكون سمعه مشافهة و فى جامع المقاصد لا شبهة فى أنه وهم هذا و لا فرق فى المسألة بين أن نقول للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو غرمه على الغاصب أم لا (قوله) (و لا يجب إلا مهر واحد بوطنات إذا اتحدت الشبهة)

كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و هو قضية كلام التحرير و الإيضاح و ذلك كما إذا كان الغاصب أو المشتري جاهلا لأن الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبه ما إذا وطئ فى النكاح الفاسد مرارا فالوجه حينئذ أن مناط وجوب ذلك المهر هو الوطء حال الشبهة و هى متحدة فلا أثر لتعدد الوطء (و قضية) العبارة و غيرها كما هو صريح الدروس و جامع المقاصد أنه إذا تعددت الشبهة و تعدد الوطء أنه يتعدد المهر و هو كذلك و هذه المسألة من الأمور التى خالفت فيها منفعة البضع سائر المنافع (و قد يقال) بالتعدد فى صورة الجهل لأن الوجوب هنا لإتلاف منفعة البضع و استيفائها فيتعدد المهر بتعدد الإتلاف و الاستيفاء و هو حاصل فلا معنى للإحالة على تعدد الشبهة و إنما يحسن الاستناد إليه حيث لا- يجب المهر لولاه و هو أول الكلام و فرق بينه و بين النكاح الفاسد فتأمل و لو وطئها مرة جاهلا و مرة عالما و جب مهرا و هو كذلك إلا إذا كانت عالمة مختارة (قوله) (و فى تعدده مع تعدده مع الاستكراه نظر)

كما فى التحرير (و وجهه) النظر ينشأ من تعدد السبب و من أن السبب هو الوطء إذ لا شبهة هنا و هو صادق مع الوحدة و الكثرة و الأمر المعلق على شرط لا يلزم تعدده بتعدد الشرط و الفرق بينه و بين الشبهة أن الشبهة لولاها لا تنفى المهر و أنها كالنكاح إذا تعدد عقده و الاعتبار فى الإكراه بمجرد الوطء (و الأصح) التعدد كما فى التذكرة و الدروس و الإيضاح و جامع المقاصد لتعدد السبب لأن الإكراه بمنزلة الشبهة فى حق المكروه فإذا تعدد كان كما لو تعددت الشبهة و معناه أن المعلق عليه هنا علة لأن الإكراه الثانى غير الإكراه الأول و كذا الوطء الثانى غير الأول و الإكراه هو العلة أو هو مع الوطء أو نقول إن المدار على القاعدة و إلا فقد يتحد الإكراه عرفا و يتعدد الوطء كما إذا شد يديها و رجليها و وطئها و طئها متعددة (و أما) التعليق فالتحقيق فيه أن المستفاد من أخبار الباب كقول أمير المؤمنين عليه السلام فى خبر طلحة إذا اغتصب الرجل أمة فاقترضها الخبر و كذا غيره إعطاء قاعدة و ضرب قانون و هو أن الإكراه فى الوطء علة فى وجوب العقر و ذلك هو المستفاد من الإجماع على أن إذا من أدوات العموم عرفا و التكرار فيما علق على شرط و كان من أدوات العموم محل وفاق و إنما النزاع فى غيره على أن نقول إن الشروط فى كلام الحكيم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٠

و مع الجهل ينعقد حرا و يضمن المشتري القيمة (١) و يرجع بها على الغاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد (٢) و يضمن المشتري أجره المنفعة التى فاتت تحت يده (٣) و مهر المثل عند الوطء (٤) و قيمة الولد عند انعقاده حرا و يرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله (٥) و يغرم قيمة العين إذا تلفت و لا يرجع (٦) و كذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر (٧)

تحمل على العموم مطلقا و إلا لكان الشرط لغوا مع أن عادته ضرب القوانين و إعطاء القواعد و لا كذلك فى كلام غيره كما إذا قال

أعطه درهما إن دخل الدار و كذا إذا قال اشتر اللحم إذا دخلت السوق و تمام الكلام في فنه

(قوله) (و مع الجهل ينقصد حرا و يضمن المشتري القيمة)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك (أما الأول) فللشبهة و خبرى زرارة و جميل كما تقدم في

البيع (و أما الثاني) فلما سبق في الغاصب و خبر جميل قال فيه أبو عبد الله عليه السلام و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد

(قوله) (و يرجع بها على الغاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد)

قد صرح برجوعه بها عليه في الكتب الستة المذكورة و في المسالك أنه الأشهر و هو صريح خبر جميل و به طفحت عباراتهم في باب

البيع من المقنعة إلى الرياض و في التذكرة و ظاهر التنقيح الإجماع عليه لأن الولد على تقدير صحة الشراء يكون للمشتري مجانا بغير

عوض بخلاف المبيع فإنه في مقابلة الثمن فليس مجانا فيكون مضمونا بهذا الاعتبار و لهذا لا يرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلمه (و

قال) في الشرائع فيه احتمال آخر و أراد به احتمال إلحاق عوضه أى الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر لأن نفع حرية الولد

تعود إليه و هذا خلاف الأشهر و إليه أشار به في المسالك و يأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام و قال في الشرائع أيضا و قيل في هذه

له مطالبه أيهما شاء و ظاهره أنه يتعين رجوع المالك على الغاصب خاصة (و الأصح) الأول كما في المسالك و به صرح في التحرير

و التذكرة في المقام و لعله الظاهر من كلام الباقيين و قد تقدم مثله للشرائع فيما إذا قدم له طعام الغير ضيافته فنقل قولاً بأنه يرجع على

الغاصب من أول الأمر و لا يتخير و قلنا إنه ليس لأحد من طائفتنا و إنما هو للشافعي في القديم و بعض كتب الجديد

(قوله) (و يضمن المشتري أجره المنفعة التي فاتت تحت يده)

لأنها مضمونة بمجرد إثبات اليد

(قوله) (و مهر المثل عند الوطاء)

لأن منفعة البضع تضمن بالاستيفاء

(قوله) (و يرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله)

لمكان الغرور و إن كان في بعضها خلاف كما سيحكيه إذ الجزم بالرجوع لا ينافي حكاية الخلاف فيه

(قوله) (و يغرم قيمة العين إذا تلفت و لا يرجع)

أى و إن كان جاهلا- لأنه إنما دخل على كونها مضمونة فلا غرور بالنسبة إليها مع جهله و قال في جامع المقاصد هذا إنما يستقيم

بالنسبة إلى ما قابل الثمن فلو زادت قيمة العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد لدخوله على أنه في حكم ما لا عوض له فيتحقق

الغرور (قلت) و هو خيرة ولده في شرح الإرشاد و الشهيدين و غيرهم في باب البيع و قد استشكل هو فيه في موضع من باب البيع و

ولده في الإيضاح و في التذكرة في الباب و قد يلوح أو يظهر منه القول بالرجوع و جزم في موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو

ظاهره هنا كما بيناه في باب البيع الفضولى و في القسم الرابع من أقسام البيع المحظور من المكاسب و غيرهما

(قوله) (و كذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و في الدروس فيه وجهان (و قد وجه) عدم الرجوع في الأولين بأنه إنما دخل على وجوب المهر فلا

تعزير فيه و قال في جامع المقاصد لكن لو كان المسمى أقل من مهر المثل ينبغي أن يرجع بالزائد لتحقق الغرور فيه قال و أطلق في

التذكرة كما هنا و إن كان آخر كلامه يدل على ما قلناه حيث قال و الضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتبت يده على

يد الغاصب عن جهل فإن شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به و إن شرع على أن لا يضمنه فإن لم يستوف ما يقابله رجوع و إن استوفى

فقولان للشافعية (قلت) و إلى ذلك أشار في الدروس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠١

و في رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفها خلاف (١) و لو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص (٢)

بعد قوله فيه وجهان بقوله لرجوع المشتري الجاهل بقيمة العين على الغاصب إذ قضيته أنه يرجع بالزائد عن المسمى من مهر المثل ولا يرجع المتزوج على الغاصب بأجرة الخدمة لو رجع المالك بها عليه لأن التزويج لا يتضمن إباحة الخدمة (قوله) (و في رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف)

فالشيخ في الخلاف و المبسوط في موضع منه و الآبي في كشف الرموز و شيخنا في الرياض و ظاهر السرائر أنه لا يرجع للأصل و لأنه مباشر الإتلاف فكان كقيمة الجارية و لأنه لما حصل له نفع و حصل عنده عوضه كأن سكن الدار و أكل الثمرة و شرب اللبن كان كأنه قد اشترى و استكرى فلم يحصل عليه ضرر و الإجماع على ترتب الضمان على الغار لا نعلم تناوله لما إذا لم يلحقه ضرر كما هو المفروض فلا معارض يصلح لمعارضه ما تقدم و الشيخ في المبسوط في موضع آخر و المحقق في تجارة النافع و ظاهر تجارة الشرائع و فخر الإسلام في الإيضاح و شرح الإرشاد و الشهيدان في الدروس و المسالك و الروضة و المحقق الثاني في جامع المقاصد و المقدس الأردبيلي و المصنف في ظاهر تجارة الكتاب و الشهيد في غصب الدروس و المقداد و أبو العباس في المقتصر و المحقق الثاني في جامع المقاصد و المحقق في ظاهر الشرائع أنه يرجع به و في التنقيح أن عليه الفتوى و هو قضية إطلاق الباقيين لأنه غره لأنه سلطه عليه بأن يأكله مجاناً و لا يعطى شيئاً غير ثمن المبيع و لعله لو علم أنه ليس له لم ينتفع به فلم يسكن بأجرة و لم يشرب درا بقيمة فكان الضرر حاصلًا فكان الإجماع له متناولاً فكان بمنزلة ما لو قدم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً و التنظير بقيمة الجارية قياس مع الفارق (و ليس) في جميع الأخبار ما يدل على أحد أمرين إلا ما ستسمع من النحوي و لا ترجيح في غصب النافع و التذكرة و التحرير و التبصرة و المهذب البارع و المسالك و الكفاية و لا في تجارة التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الإرشاد (و ليعلم) أن العقر و أجرة الخدمة مما حصل له في مقابلته نفع كأجرة السكنى و قيمة الثمرة و اللبن كما صرح به في غاية المراد و غيرها و قد جزم جم غفير ممن توقف أو حكم بعدم الرجوع هنا بأنه يرجع بهما في باب البيع و منهم شيخنا صاحب الرياض مستندين إلى ما تقدم و إلى أن فحوى الرجوع بقيمة الولد مع حصول النفع العظيم له في مقابلة القيمة تدل على الرجوع هنا بطريق أولى و قد نقلنا كلامهم في ذلك في بيع الحيوان و قد استوفينا الكلام في أصل المسألة في البيع الفضولي (و أما) ما لم يحصل له في مقابلته نفع فقد حكى الإجماع فخر الإسلام على أن للمشتري أن يرجع بما غرمه لأجله و نسب إلى الأصحاب في الكفاية و الرياض و هو كذلك (قوله) (و لو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص)

كما في التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و لا ترجيح في التذكرة (و معناه) أنه لو بنى المشتري في المبيع المغصوب جاهلاً بالغصب فقلع المالك بناءه فالأقرب أنه يرجع بأرش نقص البناء و نقص الآلات إن نقصت بالقلع لأن البائع سبب و المشتري مباشر و السبب هنا أقوى و إذا كان أقوى كان الضمان عليه إجماعاً (و وجه) قوته أن المشتري مغرور لأنه إنما دخل على انتقال المبيع إليه و جواز التصرفات له من بناء و غيره لظن السلامة و سبب هذا الظن تغير الغاصب فكان كما لو قدم إليه طعامه فأكله فإنه يضمنه لمكان التغير بالإباحة فهنا أولى لأنه تمليك و التملك أقوى من الإباحة فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند إلى غرور البائع إياه و الفات من ماله هنا هو نقص البناء و الآلات (و يحتمل) عدمه لأنه بالبناء متلف ماله بفعله و البائع لم يأمره به فلا يرجع به كما لا يرجع بما أنفق على العمارة و للشافعية و جهان أظهرهما عندهم أنه يرجع (قلت) قد أطبقوا على أن المشتري الجاهل يرجع على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابلته نفع كالتفقة على العبد و الدابة و نحوهما و العمارة و قيمة الولد لو غرمه المالك لأن فوات ذلك بتغيره و لا فرق عند التحقيق بين هذه الأمور و ما نحن فيه (و المراد) بالعمارة هنا العمارة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٢

و لو تعيب في يده احتمال الرجوع لأن العقد لا يوجب ضمان الأجزاء (١) بخلاف الجملة و عدمه و نقصان الولادة لا ينجبر بالولد (٢) لأنه زيادة جديدة

في جدران (جدار خ ل) المالك بآلات المالك و هي خلاف البناء في العمارة (العبارة خ ل) و في الإيضاح و جامع المقاصد أنه لا يرجع بما أنفق على البناء من الأجرة لأنها عوض عنه و في حاشية الأول الإجماع على ذلك و ينبغي أن يرجع بأجرة نقص البناء بالضاد المعجمة إذا أمره المالك بنقصه و مثل البناء الغرس كما في التذكرة

(قوله) (و لو تعيب في يده احتمال الرجوع لأن العقد لا يوجب ضمان الأجزاء)

هذه المسألة قد تقدم الكلام فيها في باب بيع الحيوان و في باب العيب لأنها مبنية على مسألة ما إذا تجدد العيب في الحيوان بعد العقد و قبل القبض فإنهم أجمعوا على أنه له الفسخ و الرد و الإمساك مجاناً و اختلفوا في أنه هل له الإمساك بالأرض أم لا (فالأول) خيرة النهاية و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللمعة و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو المحكى عن النقي و القاضى و ظاهر غاية المراد أو صريحها كما أنه قد يدعى بأنه ظاهر الوسيلة و في المسالك أنه المشهور لأنه عوض عن جزء فائت و إذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاءها و أوصافها لأن مقتضى للضمان في الجميع و هو عدم القبض موجود في الأجزاء و الصفات (و فيه) أن المشبه به لا ضرر فيه على البائع لأن التلف موجب لبطلان البيع و لا كذلك ما نحن فيه فإن فيه ضرراً على البائع لعدم رضاه ببذل العين إلا في مقابلة تمام الثمن فأخذ المبيع منه ببعضه تجارة عن غير تراض (و يؤيده) أن المال للمشتري فيكون العيب و التلف منه خرج التلف بدليله و بقى الباقي و في المختلف و الإيضاح و التنقيح أن إلزام المشتري بالرد أو الإمساك مجاناً نوع ضرر إذ الحاجة أقدمته على المعاوضة و إلا لم توجد فإلزامه بجميع الثمن ضرر عظيم و مثله ما في غاية المراد (و فيه) أن حاجة المحتاج لا تؤثر أثراً في مال آخر هؤلاء الفقهاء محتاجون إلى مال الأغنياء (و أقوى) ما يستدل به للمشهور صحيحه عبد الله بن سنان و ما أورد عليها غير وارد و الشهرة تجبر دلالته مؤيداً بإطباق العامة على خلافه قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري الجارية و العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له كذا في التهذيب و في الكافي لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له و اشتماله على ما لا نقول به لا يضره على أنه يؤول مصير المبيع باستقراره و الإجماع المركب يصحح المفهوم إذ قضيته أنه لو انقضى الخيار و لم يقبض أنه لا يضمن و ليس كذلك و في الخلاف و المبسوط و السرائر و كشف الرموز أن ليس للمشتري إلا الرد و الإمساك و ليس له إجازة البيع مع الأرش و نقل ذلك في السرائر عن المقنعة و لم نجده فيها و في كشف الرموز عن نكت النهاية و في الخلاف نفى الخلاف عن ذلك و جماعة توقفوا و لم يرجحوا أحداً من القولين و تمام الكلام في المسألة في المقامين من باب البيع (إذا تقرر هذا) نعد إلى عبارة الكتاب و معناها أنه لو تعيب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلاً بآفة سماوية فغرمه المالك الأرش احتمال أن له الرجوع على الغاصب بما غرمه أرشاً لأنه دخل على أن المضمون عليه هو الجملة دون الأجزاء لعدم مقابلتها بالثمن إنما المقابل به هو المجموع و هذا مبنى على مذهب الشيخ في الخلاف و المبسوط و يحتمل عدم الرجوع لضممان الأجزاء فإنها مقابلة بأجزاء الثمن و هذا هو الأقوى كما في الإيضاح و جامع المقاصد و هو قضية مختار المشهور و لا ترجيح في التذكرة و التحرير لكنه يذهب فيهما في باب البيع إلى المشهور و كان الأولى بالمصنف أيضاً أن يرجح هنا عدم بناء على ما اختاره في بيع الكتاب في موضعين منه من موافقة المشهور لكنه في باب القبض استشكل و على المختار لو كان الأرش الذي غرمه المالك للمشتري في مسألتنا بقدر قسط ذلك من الثمن فلا رجوع له و إن زاد فالأصح رجوعه بالزائد

(قوله) (و نقصان الولادة لا ينجبر بالولد)

قد تقدم أنه حيث

و لو غضب فحلا- فأتراه على الأنتى فالولد لصاحبها و إن كانت للغاصب (١) و عليه الأجره على رأى (٢) و الأرش لو نقص بالضراب (٣) و لا تتداخل الأجره و الأرش فلو هزلت الدابه لزمه الأمران و إن كان النقص بغير الاستعمال (٤)

يكون الواطئ للجاريه عالما بالغضب و التحريم فحملت ثم ولدت أن الولد يكون رقا للمالك و على الواطئ أرش نقصان الولاده و قد طفحت بذلك عباراتهم و قضيه ذلك أن نقصان الأمه بالولاده لا ينجبر بالولد و به صرح فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد قال فى الأول إن الولد له و يأخذ الأرش عند علمائنا و ظاهره الإجماع عليه على أنه لم ينسب الخلاف إلا إلى أبى حنيفه قال و قال أبو حنيفه بالجبران و ليس بجيد و قد وجهه هنا بأن الولد زياده جديده حدثت على ملكه أى و هى غير مجانسه للفائت ليتم على ما تقدم له و معناه أن الولد له و إن لم يكن فى الأم نقصان و ملكه هنا لا يجبر نقصان ملكه (قوله) (و لو غضب فحلا فأتراه على الأنتى فالولد لصاحبها و إن كانت للغاصب)

إجماعا على الظاهر كما فى جامع المقاصد و فى المسالك و كذا الكفايه أنه لا خلاف فى كون الولد فى الحيوان غير الإنسان تابعا للأنتى سواء كانت للغاصب أو لغيره و بالحكم المذكور صرح فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان من دون تأمل و لا نقل خلاف إلا من الأخيرين حيث تأملا فى ذلك قال فى الأول إنه يرد عليه أن الولد منى الفحل فلا يكاد يوجد الفرق بينه و بين الحب إذا نبت فى أرض الغير (و أنت خبير) بأن الفرق واضح فإن النطفه لا قيمه لها و ليست مملوكه بعد انفصالها و لا واجبه الرد إلى مالك الفحل و النشوء و النماء من الأنتى و لا كذلك الحب فإنه مملوك له قيمه و يجب رده و لهذا أطبقوا على اختلافهما فى الحكم (قوله) (و عليه الأجره على رأى)

هو مذهب أهل البيت عليهم أفضل السلام كما فى السرائر و قال أيضا عليه أجره الفحل عندنا و قال و ما قاله و ذكره شيخنا فى مبسوطه من أن أجره الفحل لا- تجب على الغاصب لأن النبى (ص) نهى عن كسب الفحل فهو حكايه مذهب المخالفين فلا يتوهم متوهم عليه أنه اعتقاده لكن المحقق و المصنف فى التحرير و المختلف و ولده و غيرهم لم يلتفتوا إلى ما ذكره أخيرا فى السرائر و نسبوا الخلاف إليه فى المبسوط (و كيف كان) فالرأى خيره الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان و المسالك و الكفايه و فى الأخيرين نسبته إلى الأكثر و ليست فى محلها لانحصار الخلاف إن كان فى الشيخ فى المبسوط و هو نادر لأنه بنى عدم وجوبها على أنها محرمة و قد قال فى الشرائع فى المقام أن أجره ضراب الفحل ليست محرمة عندنا و فى مكاسب التذكرة و نهايه الإحكام أن استئجار الفحل للضراب ليس محرما عند علمائنا مضافا إلى ما فى السرائر و قد قال فى المسالك و الكفايه إنهم حملوا النهى فى الخبر على الكراهيه (قلت) أو على بيع مائه فإذا كان الأمر كذلك كيف يصح نسبته إلى الأكثر و الخبر مروى فى نهايه ابن الأثير و غيرها أنه (ص) نهى عن عسب الفحل و عسبه مائه و ضرابه كما بيناه فى باب المكاسب (قوله) (و الأرش لو نقص بالضراب)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و سائر ما ذكر بعدها آنفا سوى المختلف و الإيضاح لأنه لم يذكر فيهما و لا يتداخل الأرش و الأجره و إن كان لزوم الأرش بسبب نقص حصل بالاستعمال الذى أخذ أجرته لكن قد يقال إن لحظنا فى الأجره النقص فقلنا يلزمه أجره مثل هذا الاستعمال الموجب لنقص كذا لا يبعد التداخل كما تقدم فيما سلف (قوله) (و لا تتداخل الأجره و الأرش فلو هزلت الدابه لزمه الأمران و إن كان النقص بغير الاستعمال)

قد استوفينا و لله الحمد الكلام فى المسأله فى أواخر الركن الثالث عند قوله و إن كان بالاستعمال كنقص الثوب إلى آخره و حكينا عدم التداخل فيما إذا كان النقص بالاستعمال عن الشيخ و المحقق و المصنف فى جملة من كتبه و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى و المقدس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٤

و فوائد المغصوب للمالك أعيانا كانت كالولد «كالثمره و الولد خ ل» أو منافع كسكنى الدار مضمونه على الغاصب (١) و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه (٢) و ما يتجدد من منفعه (٣) الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء و بدونه إشكال (٤)

الأردبيلي و قلنا إنه ينبغي أن يكون لكل يوم أرش و أجره و يجيء حينئذ احتمال أكثر الأمرين كما تقدم و لا يخفى ما فى قوله و إن كان النقص بغير الاستعمال إذ ليس هو الفرد الأخرى و الأخرى هو ما إذا كان النقص بالاستعمال لاحتمال التداخل بخلاف ما إذا لم يكن بالاستعمال فإنه لا تداخل وجهها واحدا كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و فوائد المغصوب للمالك أعيانا كانت كالولد أو منافع كسكنى الدار مضمونه على الغاصب)

لا- إشكال فى ذلك كله كما فى المسالك و بجميع ذلك صرح فى الشرائع و النافع و التحرير و جامع المقاصد و الكفاية و كذا المبسوط و الغنية و السرائر و غيرها بل هو مما طفحت به عباراتهم فى مطاوى الباب و قد حكينا معقد إجماع التذكرة على طوله عند قوله أو أتلف منفعه كسكنى الدار و ركوب الدابة إلى آخره و حكيناه و حكينا إجماع الخلاف و السرائر عند قوله و المنافع المباحة مضمونه و لا- فرق فى ذلك بين أن تكون قد تجددت عند الغاصب أم لا لأنها نماء ملكه و فوائده فتكون مضمونه عند الغاصب كالأصل

(قوله) (و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه)

قد تقدم فى باب البيع نقل الإجماعات المتضافرة على عدم ملكه له و على أنه يضمه و نفى الريب و الإشكال عن ذلك عن جماعة كثيرين فى البابين و قد طفحت عباراتهم فى ذلك فى أبواب الفقه حيث يأخذونه مسلما و لم يتأمل فيه أحد إلا صاحب الكفاية فى باب الغصب و المولى الأردبيلي فإنه قوى فى صورة الجهل عدم الضمان ثم قال و مع علم الآخر أقوى (قوله) (و ما يتجدد من منفعه)

أى يضمن ما يتجدد من منفعه و قد نص على ذلك فى المبسوط و الشرائع و النافع و غيرها و أنهم ليأخذونه فى مطاوى الباب مسلما و الوجه فى ذلك ظاهر

(قوله) (الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء و بدونه إشكال)

كما هو قضية إطلاقهم فى البابين و بالجملة لا أجد فى ذلك خلافا إلا قوله فى الوسيلة فإذا باع أحد بيعا فاسدا و انتفع به المبتاع و لم يعلم بفساده ثم عرفا و استرد البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده و ولدت لأنه لو تلف كان من ماله و الخراج بالضمان انتهى و هو فى المنافع المستوفاة و إلا ما فى الإيضاح من أن المنافع بدون الاستيفاء مع الجهل و العلم لا تضمن و المصنف استشكل و مثله صاحب التنقيح فى باب البيع فى المنافع التى لم تستوف و ظاهره الإجماع فى المستوفاة (و تحرير البحث) أن يقال إن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون لأن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده لعموم قوله (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدى و ما دل على انتفاء الضمان إذا كان الأخذ برضا المالك من نص و إجماع فمختص بما إذا كان الأخذ بالرضا من دون أن يستعقب ضمانا أما إذا رضى به بشرط الضمان كما فى العارية المشروطة أو مع تعقبه كما هو محل البحث فلا دلالة فيهما على نفى الضمان فيه لأنه إنما دخل على تملك العين فى مقابلة الثمن و أنه مضمون عليه و البائع إنما دفعه كذلك فيبقى العموم الدال على إطلاق الضمان بحاله و يتضح وجه القاعدة فإذا كان العقد غير مملوك و جب رد كل من العوضين إلى مالكه فلو تعذر و جب بدله من المثل أو القيمة لامتناع فوات العين و ما جعلت فى مقابله (و لا يقال) إن هذا يقضى بضممان ما قابل الثمن خاصة دون الزائد لأنه بغير مقابل على تقدير الصحة و الضمان بالفاسد على نحو الضمان بالصحة (لأننا نقول) لما كان المجموع فى مقابلة

المجموع و فاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضمونا بجميع أجزائه نظرا إلى مقتضى المقابلة و ليس البائع غارا محضا عالما كان أو جاهلا فلم يكن كالغاصب حتى يؤخذ بأشق الأحوال و لا يرد عليه ما إذا باع من ترتبت يده على المغصوب جاهلا بالغصب لأنه غار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٥

و ما زاد من قيمته لزيادة صفة فيه (١) فإن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف إن لم يكن مثليا (٢) و لو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن و لو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا (٣)

هذا جيدا فإنه دقيق جدا (و لا يفرق) بين كون المتجدد عينا كالولد أو منفعة كسكنى الدار و لا بين كون البائع عالما بفساد البيع أو جاهلا و لا بين أن يستوفى المشتري حينئذ المنفعة و عدمه على إشكال عند المصنف فى بعض صورته و هى ما إذا علم البائع بفساد البيع و لم يستوفى المشتري المنفعة كما فهمه فى جامع المقاصد من العبارة (و منشأ) الإشكال حينئذ من أن الأصل مضمون فكذا الفرع و لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لأنه إنما قبضه لمصلحة نفسه لا لمصلحة البائع و لأن إثبات يده بغير استحقاق لأن الاستحقاق إنما هو على تقدير صحه البيع و هى متفية و من أن علم المالك بفساد البيع و عدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين فى يد المشتري (و ضعف) بأن السكوت أعم من الرضا و بلزوم مثله فى أصل البيع لو علم بالفساد و لعل هذا غير لازم لأنه هناك سلطه عليه و رضى بكونه تحت يده فى مقابلة الثمن و هنا قد رضى بفوات المنفعة تحت يده من دون عوض فتأمل (و قال) فى الإيضاح إن الإشكال ينشأ من تبعية الأصل و لأن الأصل فى قبض مال الغير الضمان إلا لسبب عدمه أى كالوديعه و لم يثبت و من أن المنافع لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب ثم قال و الحق الثانى لأن مال الغير تجدد فى يده بغير فعلهما فكان كالثوب يطيره الريح و ظاهره أن الإشكال فى المنافع التى لم يستوفها المشتري سواء علم البائع أو لا و قد حصر الضمان فى الأمرين و هو ممنوع بل نقول إن أحدهما موجود و هو الغصب لأننا لا نشترط العدوان فى تعريفه و وجه الشبه غير ظاهر لأن المشتري وضع يده على الأصل و المنافع باختياره فلا يتم ما ذكره

(قوله) (و ما زاد من قيمته لزيادة صفة فيه)

كما فى المبسوط و الشرائع و النافع و جامع المقاصد و معناه أنه يضمن ما زاد عن قيمته لمكان زيادة صفة فيه كالسمن و تعلم الصنعة (و وجه) الضمان تبعيته للأصل لكونه جزءا أو فى حكم الجزء و فى الرياض أنه حسن حيث يكون المشتري سببا فى الإلتلاف إذ لا ضرر و لا ضرار و يشكل فيما عداه لعدم وضوح مأخذه إلا إلحاق مثل هذا القبض بالغصب (و هو حسن) إن لم نعتبر فى تعريفه قيد العدوان و أما مع اعتباره كما هو الأظهر فالوجه عدم ضمانها و قد عرفت الحال فى أول الباب و أنا لم نستبعد بمعونه خير أبى و لاد كون الغصب حقيقة شرعية فى العدوان و غيره حتى فى الغالط و الساهى و الناسى

(قوله) (فإن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف إن لم يكن مثليا)

قد تقدم الكلام فى مثل ذلك و الصحيح أنه يضمن قيمته يوم التلف و ما عداه لا يتم فى بعض الصور كما بيناه فيما سلف (قوله) (و لو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن و لو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا) أما عدم الرجوع ففى تخليص التلخيص الإجماع عليه و قد نسب دعوى الإجماع إلى التذكرة جماعة و الموجود فيها و فى نهاية الأحكام و المختلف و الإيضاح نسبه إلى علمائنا الظاهرة فى دعوى الإجماع كنسبه أى عدم الرجوع مع التصريح ببقاء العين إلى الأصحاب فى موضع آخر من الإيضاح و فى موضع آخر منه إلى نصهم و موضعين من جامع المقاصد و فى الروضة نسبه إلى ظاهر كلامهم و فى المسالك و الكفاية و الرياض نسبه إلى المشهور و فى موضع آخر من الروضة نسبه إلى الأكثر و التبع فى كتب الشيخ و من تأخر عنه يشهد بذلك و المخالف القائل بالرجوع المصنف فى الكتاب فى موضع منه و التذكرة و نهاية الأحكام و المختلف و

ولده في الإيضاح و شرح الإرشاد و الشهيدان و المحقق الثاني فيما سلف و الخراساني و كأن المصنف هنا متردد كالمحقق في الشرائع و المقدس الأردبيلي و قد ذكرنا في باب البيع الفضولي أدلة القولين و استوفينا الكلام في ذلك أكمل استيفاء (قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٦

و للمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين و يستقر الضمان على المشتري و مع الجهل على الغاصب (١) و يرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابله نفع كالتفقه و العمارة و قيمة الولد لو غرمه المالك (٢) و في رجوعه بما حصل له نفع في مقابله كسكنى الدار و ثمرة الشجرة و قيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور و من أولوية المباشرة (٣) و لو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع (٤) مجاناً و إن قرب الحصاد (٥)

(و للمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين و يستقر الضمان على المشتري و مع الجهل على الغاصب) أى للمالك أن يرجع مع تلف العين في يد المشتري على من شاء من الغاصب البائع و المشتري و يستقر الضمان على المشتري لحصول التلف في يده هذا إذا كان عالماً و أما إذا كان جاهلاً فإنما يستقر على الغاصب ما زاد على الثمن أما مقدار الثمن فإنه على المشتري فإطلاق العبارة لعله غير جيد و يرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان دفعه له كما تقدم بيان ذلك كله (قوله) (و يرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه مما ليس في مقابله نفع كالتفقه و العمارة و قيمة الولد لو غرمه المالك) كما تقدم بيان كل ذلك

(قوله) (و في رجوعه بما حصل له نفع في مقابله كسكنى الدار و ثمرة الشجرة و قيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور و من أولوية المباشرة)

قد تقدم الكلام فيه آنفاً مسبقاً مستوفى و قلنا إن الأصح الرجوع (فرع) لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيء واحد و تصرفوا به جميعاً ففي جامع المقاصد أن الظاهر أن على كل واحد منهم ما يقتضيه التقسيط (قوله) (و لو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع)

كما في المبسوط و النافع و التحرير و غيرها و ظاهر التذكرة و الرياض الإجماع عليه و قد تقدم في العارية أنه لو غرس المستعير بعد الرجوع في الإذن و المنع أن للمعير القلع لأنه غاصب ظالم و ليس لعرق ظالم حق كما في النبوى و قد تلقوه بالقبول

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

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٦، ص: ٣٠٦

(قوله) (مجاناً و إن قرب الحصاد)

كما هو قضية أصولهم و دليلهم و به صرح في التذكرة و ظاهر الرياض نفى الخلاف فيه و قد نسب الخلاف في التذكرة إلى أحمد في خصوص الزرع و قال إنه لا خلاف في الغرس قال أحمد إن جاء صاحب الأرض و الزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه و خير للمالك بين أن يبقيه إلى الحصاد بأجرته و أرش النقص و بين أن يدفع إليه نفقته و يكون الزرع له لأن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء و له نفقته و مثله خبر آخر رواه رافع أيضاً عنه صلى الله عليه و آله و سلم و لأنه يمكن رد المغصوب من دون إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلا يجوز

إتلافه كما لو غصب لوحا فرقع به سفينته فإنه لا يجبر على رد المغصوب فى اللجة بخلاف الشجر فإن مدته تطول و ينزل قوله صلى الله عليه وآله و سلم ليس لعرق ظالم حق على الشجر و الغرس و نحوه ما يأتى عن أبى على (و الخبران) ضعيفان من ذلك الفج أفتى بخلافهما الشافعى و ما عمل بهما أحد غير أحمد و لكن قد ورد فى أخبارنا مثل ذلك (ففى الموثق) برواية الكلينى فى رجل اكرى دارا فيها بستان فرزع فى البستان و غرس نخلا و أشجارا و فواكه و غير ذلك و لم يستأمر صاحب الدار فى ذلك فقال عليه الكرى و يقوم صاحب الدار الغرس و الزرع قيمة عدل و يعطيها الغارس و إن كان استأمره فعليه الكرى و له الغرس و الزرع يقلعه و يذهب به حيث شاء فهو ظاهر فى مذهب أحمد (و فى) رواية الفقيه و التهذيب و يقوم صاحب الدار الغرس و الزرع قيمة عدل إن كان استأمره و إن لم يكن استأمره فعليه الكرى إلى آخره فقد ترك فيهما الواو فى قوله و إن كان استأمره فعلى هذا يكون فيه دلالة على ما حكيناه فى العارية عن المبسوط من إجبار المستعير على أخذ قيمة ما زرعه لو بذلها المعير حيث يرجع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٧

و لا- يملكه المالك بل هو للغاصب و كذا النماء (١) و عليه أجره الأرض و طم الحفر و الأرش (٢) و لو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول (٣)

بعد زرعها كما بيناه هناك و قد اختار مثل ذلك فى مزارعة الخلاف و المبسوط و قد أسبغنا الكلام فيه فى باب الإجارة و أما على رواية الكافى فلا دلالة فيه على ذلك و كيف كان فلا تعادل روايتى الصدوق و الشيخ و إن كان ثقة الإسلام أضبط و يأتى تمام الكلام فى الخبر و ليعلم أنه ليس فى الفقيه قيمة عدل و هو من جملة الخلل الواقع فى الوافى (قوله) (و لا يملكه المالك بل هو للغاصب و كذا النماء)

قد صرح بأنه لا يملكه المالك و أنه للغاصب فى الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و الإرشاد و التبصرة و المختلف و غيرها و هو قضية كلام المبسوط و ظاهر الرياض الإجماع عليه و فى التذكرة ليس له أخذه عندنا و فى التنقيح أنه المشهور و عليه انعقد الإجماع اليوم و لا نعلم فيه خلافا إلا ما يحكى عن أبى على و فى المختلف أنه المشهور بين علمائنا و المخالف ابن الجنيد لأنه عين ماله و إنما تغيرت صفته بالزيادة و النماء (أو تقول) إنه نماء ملك الزارع و ليست الأرض إلا- كالماء و الهواء و الشمس معدات لصيرورة البذر زرعاً ثم جاء بالتدريج و الفاعل هو الله سبحانه (و فى) خبر عقبه بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير إذنى فزرعك لى و على ما أنفقت أله ذلك فقال للزارع زرعه و لصاحب الأرض كرى أرضه (و قد) روى مثله من دون تفاوت أصلا فى الفقيه أيضا عن سماعة و قد سمعت الموثق برواية الفقيه و التهذيب و هذه الأخبار منجبرة بالشهرة معتزدة بالأصل و الإجماع (و قال) أبو على فيما حكى عنه إن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع و يملك الزرع و هو قريب من قول أحمد لخبر رافع بن خديج و قد سمعته و موثقة محمد برواية الكافى و قد سمعتها لكن المصنف فى المختلف و الفاضل المقداد و المحقق الثانى و الشهيد الثانى لم يستدلوا له إلا بخبر رافع مع أن الموثقة ظاهرة فى مذهبه و لعلمهم أعرضوا عنها لمكان الاختلاف الواقع فيها لكنها أثبت من خبر رافع و أوفق بانطباق الجواب على السؤال مع أن الكافى أكثر ضبطا من غيره (و قد) قوى جماعه فى مسألة الصبغ قول أبى على كالمصنف فى المختلف و الفاضل المقداد و الأستاذ و ابن أخته و نحن أيدناه لكنه هنا فى المختلف خالف أبا على و استدلل على خلافه بأنه عين ماله فلا ينتقل عنه إلا برضاه و رد الخبر بأنه لا يعرف حال رجاله (و لعل) فرقه بين المقامين أن الصبغ إما أن لا يمكن التخلص منه إلا بذلك حيث لا يمكن فصل الصبغ أو لا يحصل منه شيء و إما أن يعسر التخلص بدون ذلك كما مر و الزرع و الشجر ليس كذلك فتأمل فكان ذلك كله لا يعارض أدلة الأصحاب

(قوله) (و عليه أجره الأرض و طم الحفر و الأرش)

أى إن نقصت و قد صرح بالأول و الأخير فى المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و غيرها (و الوجه) فيهما ظاهر (و أما) طم الحفر فقد صرح به جماعة إلا إذا رضى صاحب الأرض و منعه من طمها فإنه يكون كما لو أمره بحفرها و قال جماعة له ذلك و إن كره المالك لما فى تركه من الضرر عليه بضمنان ما يقع فيه و قد أسبغنا الكلام فى مثل ذلك فى الباب و باب الديات و غيره و يأتى تمام الكلام فى مثله قريبا (قوله) (و لو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول)

بعوض و لا غيره كالهبة (قال) فى جامع المقاصد و فى حواشى شيخنا الشهيد ما صورته و ينسحب الخلاف فى المسألة المتقدمة و هى قوله و لو طلب إلى آخره فإنه قال فى المختلف يجب المالك لا الغاصب (ثم) قال فى جامع المقاصد ظاهر كلام المختلف فى مسألة الصبغ ثبوت ذلك فى الغرس حيث تعجب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الغرس على المستعير و منع هنا و مقتضى كلامه بعد ذلك فى مسألة الزرع العدم و يمكن حمل كلام المختلف الثانى على ما إذا لم يطلب المالك الزرع بقيمته إلا أن قوله لنا أنه عين مال الغاصب و لا ينتقل عنه إلا برضاه ينافى ذلك و الحاصل أنه إن ثبت قوله هاهنا بتملك مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٨

و لو حفر بئرا فعليه طمها إلا أن يمنعه المالك (١) و قيل لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير (٢) و لو نقل المغصوب فعليه الرد (٣) و إن استوعبت أجرته أضعاف قيمته (٤) و لو طلب المالك أجره الرد لم يجب عليه القبول (٥) و لو رضى المالك به فى موضعه لم يجز النقل (٦) و لو بنى الأرض بتراب منها و آلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية (٧) و لو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خرابا (٨) و لو غصب دارا فنقضها فعليه الأرش و أجره دار إلى حين نقضها و أجره مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها (٩) و كذا لو بناها بآلته (١٠)

المالك الزرع بالقيمة إذا أراد فهو قول لا يخلو عن قوة انتهى (قلت) قد ثبت أنه قال هنا بالعدم كما فهمه الشهيد و غيره و قد عرفت الوجه فى الفرق آنفا (هذا) و قد تقدم فى مسألة الصبغ أنه إذا كان الطالب الغاصب فلا خلاف فى عدم إجابته فهنا كذلك إذ الطريق واحد و قد تقدم فى العارية ما له نفع تام فى المقام (قوله) (و لو حفر بئرا فعليه طمها إلا أن يمنعه المالك) قد تقدم الكلام فيه فى أواخر الفصل الأول مستوفى مسبغا (قوله) (و قيل لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير) هذا تقدم الكلام فيه أيضا (قوله) (و لو نقل المغصوب فعليه الرد)

هذا تقدم الكلام فيه و أعاده ليرتب عليه ما بعده و قال فى التذكرة لو نقل حرا صغيرا أو كبيرا من موضع إلى موضع آخر بالقهر فإن لم يكن له غرض فى الرجوع إلى الموضع الأول فلا شىء عليه و إن كان فاحتاج إلى مئونة فهى على الناقل لتعديده على إشكال و جزم به فى المسالك من دون إشكال (قوله) (و إن استوعبت أجرته أضعاف قيمته)

كما صرح به فى التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام من قال إنه يجب عليه الرد لأنه عاد بنقله فيجب عليه الرد بكل حال (قوله) (و لو طلب المالك أجره الرد لم يجب عليه القبول)

كما فى الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأن حقه الرد دون الأجره و كذا لو طلب حمله إلى مكان آخر فى غير طريق الرد و إن كان أقرب كما فى التحرير

(قوله) (و لو رضى المالك به فى موضعه لم يجز النقل)

كما صرح به فى الكتب الأربعة المتقدمة لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه فلو نقله حينئذ فللمالك إلزامه بإعادته لتعديده فى النقل كأصله و كذلك الحال لو أمره بالرد إلى بعض المسافة التى نقله فيها فتجاوز

(قوله) (و لو بنى الأرض بتراب منها و آلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و وجهه ظاهر لأن الصفة الحادثة بالبناء للمالك إذ هى زيادة فى ماله و إن كانت بسبب الغاصب كالسمن و صياغة النقرة

(قوله) (و لو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خرابا)

كما فى التحرير لأن البناء ملك للغاصب و إن كان عدوانا و قال فى جامع المقاصد على ما تقرر من أن زيادة الصفة فى ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب أن يكون للمالك حصته من أجره المجموع بعد التقسيط على الأرض و البناء لأن الهيئة الاجتماعية تقتضى زيادة انتفاع بالأرض فتزيد أجرتها بذلك و قد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة أن الزيادة تقسط عليهما و هو منه على ما ذكرناه هنا انتهى و هو كذلك كما إذا وضع سرجا على الدابة فزادت أجرتها

(قوله) (و لو غصب دارا فنقضها فعليه الأرش و أجره دار إلى حين نقضها و أجره مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها)

كما فى التحرير لأن النقص أخرجها عن كونها مبنية و قد عدم ما نقض منها و ضمنه بالأرش فلم يبق له منفعة ليضمن أجرتها و تردد فى التذكرة فى لزوم أجره مثلها إلى حين الرد أو إلى حين النقص و قال فى جامع المقاصد يشكك بأن العين إذا تلفت يضمن بدلها لا أجره منفعتها كالعبد إذا مات و يمكن الفرق بأن العبد إذا مات لا أمد ينقطع عنده ضمان أجرته بخلاف هدم الدار لأن الأمد ردها على مالكة مهدومة

(قوله) (و كذا لو بناها بآلته)

أى بعد الهدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٠٩

أما لو بناها بآلتها فعليه أجره «١» عرصه من حين النقص إلى حين البناء و أجرتها دارا قبل ذلك و بعده (١) و لا يجوز لغير الغاصب رعى الكلاء الناتج فى الأرض المغصوبة و لا الدفن فيها (٢) و لو وهب الغاصب فألتفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين و الأجره (٣) و عدمه و لو اتجر بالمال المغصوب فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع و إن اشترى فى الذمة فللغاصب (٤) و لو ضارب به فالربح للمالك و على الغاصب أجره العامل الجاهل (٥) و لو أقر بائع العبد بغصبيته من آخر و كذبه المشتري أغرم البائع الأكثر من الثمن و القيمة للمالك (٦)

فإنه يضمن أجرتها بعد النقص مهدومة و يجيء فيه ما تقدم عن جامع المقاصد من أن للمالك حصه من أجره المجموع

(قوله) (أما لو بناها بآلتها فعليه أجره عرصه من حين النقص إلى حين البناء و أجرتها دارا قبل ذلك و بعده)

أى قبل النقص و بعد البناء لأن البناء بآلة الدار مملوك للمالك

(قوله) (و لا يجوز لغير الغاصب رعى الكلاء الناتج فى الأرض المغصوبة و لا الدفن فيها)

و لا غيرهما من التصرفات كالوضوء و الصلاة و إن فرض استفادة جوازه من شاهد حال الأرض لأن شاهد الحال هنا ضعيف لا يعول عليه لأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا هذا فى غير الغاصب و أما فيه فبالأولى و قد حكينا فى باب مكان المصلى عن علم الهدى و الكراجكى و وجهها بصحة الصلاة فى الصحارى المغصوبة استصحابا لما كانت الحال تشهد به من الإذن و حكينا هناك أيضا عن المبسوط أنه قال فيه إنه إذا صلى فى مكان مغصوب مع الاختيار لم تجز الصلاة فيه و لا فرق بين أن يكون هو

الغاصب أو غيره ممن أذن له في الصلاة و اختلفوا في المراد من الإذن في العبارة فالشاهد على أن المراد بالإذن الإذن المستند إلى شاهد الحال لأن طريان الغضب يمنع من استصحابه كما صرح به ابن إدريس و يكون أراد التنبيه على مخالفة المرتضى و جماعة كثيرين منهم المصنف أن المراد إذن الغاصب و آخرون منهم المحقق على أن المراد إذن المالك (قوله) (و لو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجح المالك على أيهما شاء فإن رجح على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين و الأجرة)

قد تقدم الكلام في المسألة مستوفى و الأصح الرجوع و لا ترجيح هنا في الإيضاح

(قوله) (و لو اتجر بالمال المغصوب فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع و إن اشترى في الذمة فللغاصب)

قد أطلقوا الكلمة في باب الزكاة فيما إذا اتجر بمال الطفل و كان غير ملى أو غير ولى بأنه يضمن و الربح لليتيم مع أن الشراء بعين المال قليل نادر جدا و الغالب الشراء في الذمة و إن كانت الدراهم في يد المشتري و ذلك يخالف ما هنا و قد يكونون يقولون إنه إن كان من نيته و عزمه و جزمه دفع مال اليتيم ثمنا جرى مجرى ما إذا اشترى بعينه لكن قد قيد كلامهم في البيان و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و فوائد الشرائع و تعليق النافع و إيضاحه و الميسية و المسالك و مجمع البرهان و المدارك أن الربح إنما يكون لليتيم إذا اشترى بعين ماله بل زاد جماعة التقييد أيضا بما إذا كان المشتري ولى أو بإجازة الولي و قال آخرون إنه لا بد من إجازة الطفل بعد البلوغ و إن كان الشراء من الولي أو بإجازته لأن الشراء لم يقع بقصد الطفل ابتداء (قلت) هذا غير جيد كما بيناه في باب الفضولي فيما إذا باع الغاصب و تربت عليه تصرفات كثيرة و قد استوفينا الكلام فيه هناك بما لا مزيد عليه

(قوله) (و لو ضارب به فالربح للمالك و على الغاصب أجره العامل الجاهل)

لفساد المضاربة و كونه مغرورا و الثابت له أجره المثل و لا أجره له إن كان عالما و إن كان من عامله عالما كان البيع باطلا

(قوله) (و لو أقر بائع العبد بغصبيته من آخر و كذبه المشتري أغرم البائع الأكثر من الثمن و القيمة للمالك)

إذا كذبه المشتري لا ينفذ إقراره في حقه بل ينفذ في حق نفسه فتلزمه الغرامة للمالك الذي أقر له و على ذلك اقتصر

(١) أجرتها خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١٠

ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته (١) و إن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة و الثمن (٢) فإن عاد العبد إليه بفسخ أو غيره و جب رده على مالكة و استرجع ما دفعه (٣) و لو كان إقراره في مدة خياره انفسخ البيع لأنه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه (٤) و لو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد إلى المقر له و يدفع الثمن إلى بائعه (٥) و لو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه (٦)

في التحرير و قد ذهب المصنف هنا إلى أنها أكثر الأمرين من الثمن و القيمة و في جامع المقاصد أنه مشكل لأنه لا يخلو أما أن يجيز البيع أو يردّه فإن أجازّه أغرمه الثمن فقط و إن رده أغرمه القيمة و ربما نزل على أن يكون قد أقر باستعارته للرهن بعد إقراره بالغصبيّة فإن المستعير للرهن يلزمه أكثر الأمرين إلا أنه خروج عن المسألة و قد ينزل على ما إذا فعل أحد الأمرين و مات و لم يعلم أيهما فتأمل و قال في جامع المقاصد إن الأصح أن له الثمن إن أجاز و إلا فالقيمة (قلت) فإن كانت قيمته عشرة مثلاً فباعه بعشرين لزم أن تكون العشرة الزائدة مالا - مجهول المالك إذا لم يجز و لعل المصنف لا - يقول بذلك بل يقول بردها على المالك لأن كانت ثمننا لماله فكانت كالنماء أو كقيمته مضافا إلى جبر مظلمته و قد اقتصر في مثله في المبسوط و هو ما إذا ادعى مدع أن العبد الذي بعته غصبته منى فصدقه البائع فقط على أنه يغرم له قيمته و لعله نظر إلى أن الزيادة في الثمن تجرى مجرى القيمة كما قلناه فتأمل لكن في جامع

المقاصد أنه يردها على المشتري بوجه لا يعلم معه بالحال و هو أشبه و هذا حال المقر بالنسبة إلى المالك

(قوله) (ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته)

كما في التحرير و جامع المقاصد و بمثله صرح في المبسوط لأنه لم يصدقه على إقراره فيكون البيع صحيحا عنده و التسليم و التسلم وقع في محله ثم البائع ينظر فيما بينه و بين الله تعالى فيفعل ما يعلم أنه الحق فلو كان إقراره بالغصب مطابقا للواقع و لم يجز المالك البيع و قبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري كما في جامع المقاصد و على المالك على الاحتمال المتقدم و قد تضمن هذا و ما بعده بيان حال المقر بالنسبة إلى المشتري

(قوله) (و إن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة و الثمن)

أى إن لم يجز المقر له البيع كما صرح به في التحرير في مثله كما هو واضح بقريته ما بعده فالمناقشة في العبارة من جهة ترك القيد لم تصادف محزها لأن القيمة إن كانت أقل فليس له إلا القيمة لأنه بزعمه لا يستحق سواها لأن البيع بمقتضى إقراره غير صحيح و إن كان الثمن أقل فليس له سواه سواء أجاز المقر له أم لا- لأنه لا- يقبل إقراره على المشتري بأن المالك غيره فلا يستحق ظاهرا سوى الثمن و يتضح ذلك فيما إذا باع الولي مال المولى عليه غلطا أو سهوا و أما إذا أجاز المقر له البيع فالمستحق الثمن كائنا ما كان

(قوله) (فإن عاد العبد إليه بفسخ أو غيره و جب رده على مالكة و استرجع ما دفعه)

كما في جامع المقاصد و بمثله صرح به في المبسوط و التذكرة و التحرير لمكان إقراره السابق فيؤاخذ به و ما دفعه كان للحيلولة فتأتى أحكامها فتأمل

(قوله) (و لو كان إقراره في مدة خياره انفسخ البيع لأنه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه)

كما في جامع المقاصد و بمثله صرح به في المبسوط و التحرير و التذكرة و حكمهم بانفساخ لأن الإقرار يجب أن ينفذ حيث يمكن نفوذه و هو ممكن على هذا التقدير فكان كما لو أعتق ذو الخيار أو باع

(قوله) (و لو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد إلى المقر له و يدفع الثمن إلى بائعه)

كما في جامع المقاصد و قد صرح به في مثله في المبسوط و التذكرة و التحرير لأن إقراره إنما ينفذ في حقه لا في حق البائع إذا لم يصدقه

(قوله) (و لو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه)

كما في الكتب الأربعة على نحو ما تقدم و معناه أن البائع و المشتري لو تصادقا على كون العبد مغضوبا بعد إعتاق المشتري له لم ينفذ إقرارهما عليه لأن العتق حقه بل يثبت الغرم على كل منهما و يستقر على المشتري إن كان عالما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١١

و كذا لو باعه على ثالث (١) و لو صدقهما العبد فالأقرب القبول (٢) و يحتمل عدمه لأن العتق حق الله تعالى (٣) كما لو اتفق العبد و السيد على الرق و شهد فيه عدلان بالعتق

(خاتمة في النزاع)

لو اختلفا في تلف المغضوب قدم قول الغاصب مع يمينه (٤) لأنه قد يصدق و لا بينه (٥)

(قوله) (و كذا لو باعه على ثالث)

أى لو تصادق البائع و المشتري على كون العبد مغضوبا بعد أن كان باعه المشتري على رجل آخر لا ينفذ إقرارهما عليه لأنه إقرار في حق الغير

(قوله) (و لو صدقهما العبد فالأقرب القبول)

و في التحرير أنه أقوى و في المختلف أنه الوجه لأنه عاقل مجهول النسب أقر بالرقية لمن يدعيه و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و أن الحق له لأن الحرية و إن كانت مشتملة على حق الله عز و جل فهي مشتملة على حق العبد و حقوق الله عز و جل مبنية على التخفيف فإذا صدقهما على فساد العتق قبل و إلا- لم يقبل الإقرار بالرقية ممن ظاهره الحرية و أنه لو لم يقبل لم يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد و إن صدقه العبد إلا بالبينه بخلاف سائر العقود مضافا إلى ما سيأتي مما في جامع المقاصد و لذلك قال إنه لا يخلو من قوة □

(قوله) (و يحتمل عدمه لأن العتق حق الله تعالى)

كما لو اتفق العبد و السيد على الرق و شهد عدلان بالعتق و هو خيرة المبسوط و التذكرة و الإيضاح و معنى كونه حق الله سبحانه أنه صار من أهل الجهاد و الحج و الزكاة و غير ذلك و إن شهادة الحسبة تسمع عليهما كما إذا اتفقا أى السيد و العبد على الرقية أو أقر العبد لآخر بالرقية و شهد عدلان بالعتق و تعارضا أى فى الزمان قدم شهادة العدلين إجماعا و لأنه مبنى على التغليب و يقدم على غيره كما صرح بذلك كله فى الإيضاح و حاول فى جامع المقاصد الفرق بين ما نحن فيه و بين المثال فقال يمكن الفرق لأن العبد و السيد فى المثال اتفقا على الرق و الشاهدان لم ينفياها بل شهدا بأمر زائد و هو طرو العتق فكانت الشهادة مسموعة بخلاف ما نحن فيه فإنهم متفقون على وقوع العتق و أنه وقع فاسدا و فى المثال لو قدر اعترافهما بوقوع العتق و دعواهما فسادا لكان كالمسألة الأولى انتهى و لم يتضح لنا ما إذا أراد بالمسألة الأولى مسألتنا التى نحن فيها أم ما تقدمها و كلاهما لا يتم بل لو أراد مسألتنا لقال لكان مما نحن فيه فليتأمل (ثم) إنه كأنه لم يلحظ الإيضاح فإنه ادعى فيه الإجماع على تقديم الشهادة مع التعارض أى فى الزمان فلا يصح له أن يقول إن الشاهدين لم ينفياها إلخ (ثم) إنه قال فى تأييد الاحتمال الأول إن حق الله تعالى فى الإعتاق تابع لوقوعه صحيحا و منشئ العقد و الإيقاع أعلم به لأنه فعله (قلت) هذان جيدان قال و يلزم عليه عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين لأن لله تعالى فى ذلك حقا فإن الفروج أشد احتياطا من غيرها (قلت) هذا غير جيد جدا

خاتمة فى النزاع (قوله) (و لو اختلفا فى تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر غاية المراد الإجماع عليه و قد يظهر ذلك من التذكرة أيضا و إن كان مخالفا للأصل (قوله) (لأنه قد يصدق و لا بينه)

معناه أنه يمكن أن يكون صادقا فلو لم يقبل قوله لزوم تخليده الحبس لو فرض التلف و لا- يرد مثله لو أقام المالك بينه ببقائه مع إمكان كذب البيئه لأن بقاءها ثابت شرعا و ظاهر الحال يقتضى صدق البيئه فيجوز البناء على هذا الظاهر و إهانته بالحبس و الضرب إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عنادا بخلاف البناء على الأصل فإنه حجة ضعيفة مختلف فيها فى إثبات الأحكام لا فى رفعها فإنهم اتفقوا على عدم التورث من مال الغائب المفقود خبره و اختلفوا فى توريثه إذا مات من يرثه الغائب بل ظاهرهم فى الفقه الاتفاق على عدم و ما نحن فيه من قبيل الثانى فكانت حجته ضعيفة فلا يناسبها التضييق بالعقوبة (و من الغريب) أنهم هنا لم يختلفوا فى تقديم قول الغاصب و اختلفوا فى باب الإجارة فيما إذا ادعى الصانع تلف ما فى يده فقال جماعة إنه لا يقبل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١٢

فإذا حلف طولب بالبدل و إن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف (١) و كذا لو تنازعا فى القيمة على رأى (٢) ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم فى قيمة العبد (٣) و كذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة (٤) أو تنازعا فى الثوب الذى على العبد أو الخاتم

قوله إلا بالبينه كما يأتي بيانه

(قوله) فإذا حلف طولب بالبدل و إن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف)

يريد أن الانتقال إلى البدل قد يكون لتلف العين و قد يكون لتعذر ردها و إن كانت باقية فيستحق المالك البدل للحيلولة بتعذر العين و العجز عن ردها و إن قطع بقائها فضلا عن دعوى البقاء ظاهرا و إذا ثبت باليمين تلفها فالعجز أظهر و استحقاق البدل متعين و هو جواب عن قول بعض العامة إن المالك ليس له أن يطالب بالقيمة لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق البدل و إنما ثبت باليمين تلفها بعد اليمين و إن أسنده إلى ما قبل

(قوله) (و كذا لو تنازعا في القيمة على رأى)

أى يقدم قول الغاصب بيمينه كما هو خيرة الخلاف و المبسوط و السرائر في موضعين منهما و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و المقتصر و التنقيح و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و قد نسب في المسالك و الكفاية إلى أكثر المتأخرين و فى الرياض إلى عامتهم (و المخالف) المفيد فى المقنعة فى باب البيع قال و إن اختلفا فى القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه و وافقه على ذلك الشيخ فى النهاية فى باب بيع الغرر و المجازفة و لا ثالث لهما بعد فضل التنوع و لكن قد نسب فى الشرائع و التحرير إلى الأكثر قال فى الكفاية لا يبعد ترجيحه و لا ترجيح فى كشف الرموز و غاية المراد (حجة) ما عليه المعظم أنه منكر و غارم و أن الأصل عدم الزيادة و براءة الذمة و قد اعتضد بإطباق المتأخرين عليه و لعل نظر الشيخين فى المقنعة و النهاية لأن كانتا متون أخبار إلى ما فى صحيحة أبى ولاد من قوله فمن يعرف ذلك أى القيمة قال عليه السلام أنت و هو أما إن يحلف هو على القيمة فتلزمك و إن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك مضافا إلى موافقة الاعتبار فإن المالك أعرف بقيمة ماله من الغاصب الذى يناسبه أن يؤخذ بأشق الأحوال لكن الأصل المعتضد بما عرفت يقدم عليهما و إن كانت خاصة لفقد المكافئة و لا اعتبار بالاعتبار وحده

(قوله) (ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم فى قيمة العبد)

يريد أن تقديم قوله إنما هو فيما إذا ادعى ما يحتمل كونه قيمة للمغصوب و لو نادرا أما لو ادعى ما يعلم كذبه عادة لم يقبل كما فى الشرائع و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و لعل ترك هذا القيد فى المبسوط و غيره من بقية الكتب المتقدمة لمكان ظهوره و قال فى الكفاية قيل لا يقبل فظاخره التوقف و هو فى غير محله (و هل) يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه و حصر دعواه فيما علم انتفاؤه فيلغى قوله بالكلية أم يطالب بما يكون محتملا فيقبل منه و هلم جرا و جهان صريح التحرير الثانى قال فى جامع المقاصد لم أجد تصريحاً بأحدهما و قوى فى المسالك و الروضة الثانى اطرادا للقاعدة قال و لا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقا حيث يوافق الأصل و الأصل يقطع بالخبر الصحيح مع موافقة الاعتبار من وجهين فى غير محل الوفاق فتأمل

(قوله) (و كذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة)

أى يقدم قول الغاصب مع يمينه كما فى السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها و قال فى الكفاية إنه غير بعيد لكن فى عموم صحيحة أبى ولاد ما يخالفه انتهى (و الجواب) عن ذلك هو ما تقدم فى مثله بل هنا لا مخالف منا أصلا و كذا لو كان الاختلاف فى تقدمها لتكثر الأجرة لأصالة عدمه

(قوله) (أو تنازعا فى)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١٣

الذى فى إصبعه (١) أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور (٢) أو ادعى رد العبد قبل موته و المالك بعده أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدم قول المالك مع اليمين (٣) و لو اختلفا

الثوب الذى على العبد أو الخاتم الذى فى إصبغه)

هذا أيضا كسابقه لا أجد فيه خلافا و به صرح فى الكتب المقدمه إلا السرائر و التحرير لأن يده حالة الغصب على الجميع فيقدم قوله و لا يعارضه سبق يد المالك لأن يد الغاصب طارئه ناسخه للسابق و يدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لنفسه و منفعتة و ذلك فرع إثبات اليد

(قوله) (أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور)

هذا قد تقدم الكلام فيه فى آخر المطلب الأول و استوفينا الكلام فيه و هو من متفردات الكتاب

(قوله) (أو ادعى رد العبد قبل موته و المالك بعده أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدم قول المالك مع اليمين)

الوجه فى الأخيرين ظاهر لكن الإشكال فى أمر آخر و هو أنه يلزم من تقديم قول المالك تخليد الغاصب فى الحبس كما فى دعوى التلف و يمكن الفرق بأن الغاصب فى دعواه التلف أثبت البدل على نفسه و حلفه لإسقاط العين و لو لم يسمع خلد فى الحبس فكان عليه اليمين و فى دعواه الرد هنا ادعى إسقاطهما فلذا يحلف المالك على عدمه و الحلف حجة شرعية كالبينة فلا أقل من البدل بعد تعذر العين و لكن لا ينتقل إليه ابتداء بل بعد الحبس و العذاب إذ الانتقال إلى البدل ابتداء من دون حجة شرعية كحلفه أى الغاصب يوجب الرجوع إلى قوله محضا فى صورة الحلف و إلى قوله فى الجملة فى الانتقال إلى البدل لأنه ما ادعى الرد إلا لينتقل إلى البدل على الظاهر و تكليفه بالعين يوجب تخليده الحبس فلا بد من شيء يقوم مقام حلفه أى الغاصب و لا بد من شيء لأجل حلف المالك الذى هو حجة كالبينة و ليس هو فى الموضعين إلا الضرر و الحبس إلى أن توجد قرينة على عدم العين كما لو أقام شاهدا واحدا على بقائها (و أما الأول) فقد استدل عليه فى جامع المقاصد بأصل عدم التقدم و أصل بقاء الضمان و استحقاق المطالبة و عدم التسليم و أراد بأصل عدم التقدم أصل عدم تقدم الرد على الموت و هو معارض بمثله و هو أصل عدم تقدم الموت على الرد و هذا التعارض يقضى باقترانهما لكن الأصل عدم مضافا إلى ندرته أو عدم تحققه فيما نحن فيه و عدم كفايته فى براءة ذممة الغاصب فوجب الترجيح و استصحاب عدم الرد و التسليم يقضى بعدمه إلى حين الموت و لا يعارضه أصالة براءة الذممة المرجحة للأصل الثانى لأنها مقطوعة بأصالة بقاء الضمان و أصالة استحقاق المطالبة فيكون القول قول المالك مع يمينه كما هو المشهور (و حكى) فى الشرائع و التحرير عن الخلاف أنه قال و لو علمنا فى هذه بالقرعة كان جائزا و الذى حكيه عن الخلاف إنما قاله عند تعارض البيتين و هو الذى حكاه عنه فى المختلف و الدروس و قال فى الدروس إنه حسن بل واجب و فى المختلف أنه غير بعيد و لم يتعرض فى المبسوط فى المسألة إلا لما إذا أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه و قال إن قلنا أن البيتين إذا تقابلتا سقطتا و عدنا إلى الأصل و هو بقاء العبد عنده حتى يعلم رده كان قويا (و قال) فى السرائر إن الذى قواه مذهب الشافعى فى تقابل البيتين لا مذهب أصحابنا و إنما مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم الرجوع إلى القرعة لأنه أمر مشكل و ليس هذا من ذلك القبيل و لا هو منه بسبيل و لا فى هذا إشكال إلى أن قال إنما تسمع بينة الغاصب لأنها تشهد بأمر قد يخفى على بينة المالك و أطال فى بيان ذلك و الاستدلال عليه و انتهض فى المختلف للرد عليه و قال إن قول الشيخ غير بعيد كما عرفت و قال فى المسالك إن القول بالقرعة عند تعارض البيتين مشكل لأنه مع التعارض إن قدمنا بينة الداخل و هو الذى قدم قوله فهو المالك أو الآخر فهو الغاصب و قد نبه على ذلك فى المختلف (و نحن نقول) لعل الشيخ فى الخلاف يقول إن العبد الذى فى اللحد خارج عنهما ثم إن من قدم قوله هنا لا يكون داخلا و الغاصب خارج لأن الخارج هو المدعى بجميع معانيه و المالك لا يترك إذا ترك ثم إنه قد تقدم آنفا أن الغاصب ذو يد فتأمل جيدا

(قوله) (و لو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١٤

بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف و الغاصب بعده (١) أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد فى

يد الغاصب و الغاصب سبقه على إشكال (۲) و لو غصبه خمرًا و ادعى المالك تخلله عند الغاصب و أنكر الغاصب (۳) قدم قول الغاصب و لو باع الغاصب شيئًا أو وهبه ثم انتقل إليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعثك ما لا أملك و أقام بينه فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته و إلا فلا كأن يقول بعثك ملكي (۴) أو هذا ملكي أو قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي

و الغاصب بعده

أى لو اختلفا بعد اتفاقهما على ارتفاع قيمته باعتبار السوق فى وقت حصول هذه الزيادة فادعى المالك حصولها قبل التلف و أنكر الغاصب ذلك قدم قول الغاصب بيمينه لأنه منكر (و حكى) فى جامع المقاصد عن الشهيد فى حواشيه أنه قال إن هذا إنما يتأتى عند من قال بضمان أعلى القيم أما من قال بضمان قيمة يوم التلف كالمصنف فى المختلف فإنه يسقط هذا الفرع قال و فيه نظر لأن زيادة القيمة قبل التلف صادق على ما إذا بقيت الزيادة إلى حين التلف فلا يتم ما ذكره (قلت) بل هو صادق على ما إذا زادت عند التلف و نظر الشهيد إلى أن إطلاق هذه الكلمة لا يتم إلا على ذلك القول و هو كذلك إلا أن يدعى أن المتبادر من الكلمة هو ما كان عند التلف فيكون هو الجواب لا غيره و قد اختار المصنف هذا القول فى الكتاب فى عدة مواضع و إنما ظاهره التوقف فيه فى موضع واحد و لا مانع من تنزيل هذا الفرع على مختاره فيه

(قوله) (أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد فى يد الغاصب و الغاصب سبقه على إشكال)

هذا قد تقدم الكلام فيه فى آخر المطلب الأول مستوفى لأننا ذكرنا هناك هذا الفرع و الفرع المتقدم و هو ما إذا ادعى الغاصب عيبًا تنقص به القيمة

(قوله) (و لو غصبه خمرًا و ادعى المالك تخلله عند الغاصب و أنكر الغاصب قدم قول الغاصب)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد مع تقييد الخمر فيهما بكونها محترمة لأنها إذا تخللت حينئذ فى يد الغاصب تكون للمالك و غيرها يملكها الغاصب بتخللها عنده لحدوث الملك فى يده و لا أولية للأول كما تقدم بيان ذلك (و الوجه) فى تقديم قول الغاصب أن الأصل براءة ذمته و شغلها يتوقف على الثبوت و الأصل عدم تخللها و كان على المصنف أن يؤنث الضمير و قوله قدم قول الغاصب جواب للشرط فى المسائل الثلاث

(قوله) (و لو باع الغاصب شيئًا أو وهبه ثم انتقل إليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعثك ما لا أملك و أقام بينه فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته و إلا فلا كأن يقول بعثك ملكي أو هذا ملكي أو قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي)

هذا معنى ما فى المبسوط و السرائر و الإرشاد و الإيضاح و الدروس و المسالك و مجمع البرهان و قد استحسنته فى التحرير و لا ترجيح فى الشرائع قال هل تسمع بينته قيل لا لأنه مكذب لها بمباشرة البيع و قيل إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية قبلت و إلا ردت و نحوه ما فى المسالك و التحرير من أن فى المسألة قولين مع استحسان الأخير فى الأخير و اختياره فى الأول كما سمعت و لم نجد القائل بعدم السماع مطلقًا فى الباب و لا باب الهبة و لا الإقرار و لا القضاء حتى أنه فى المبسوط لم يذكره لأحد من العامة و إنما ذكره احتمالًا (و وجهه) أى هذا الاحتمال أنه مكذب لبينته بمباشرة البيع الدال على كونه ملكه (و ضعف) بأن البيع كما يقع على ما يملكه يقع على ما لا يملكه بالإذن و غيره غاية أنه بدون الإذن يكون فضوليًا فمطلق البيع لا يقتضى تكذيب البينة لإمكان صدقها فى عدم ملكيته و إمكان صدقه فى البيع و لهذا حكم الأصحاب بالسماع إن اقتصر على لفظ البيع (و عساك تقول) إن إطلاق البيع ينزل على ما يملكه

(المقصد الثاني) في الشفعة

إشارة

و هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع (١)

و من ثم لو باع مالك النصف مشاعا النصف انصرف إلى نصيبه و لم ينزل على الإشاعة و لو كان أعّم لنزل عليها (لأننا نقول) قد تقدم أن احتمال الإشاعة في المثال قد ذكره جماعة فليس بتلك المكانة من الوهن و الضعف (ثم) إن القرينة هنا موجودة فإن الظاهر الغالب كون الإنسان لا يبيع ملك غيره بل مال نفسه فإذا أمكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة و العرف المطرد بخلاف ما إذا باع الإنسان مال غيره الذي لا يتصور ملك البائع له حالة البيع فإنه لا نفوذ له إلا في ملك الغير لعدم إمكان غيره فكان ذلك هو المخصص لهذا الفرد (و أما) حكمهم بعدم السماع فيما إذا ضم إليه ما يبدل على كونه مالكا فلتكذيبه إياها و في مجمع البرهان يمكن السماع لدعوى الغلط و النسيان إلا أنه قال إنه بعيد جدا تم بعون الله تعالى و حمدته بتوفيق منه و تسديده و صلى الله على محمد و آله

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين و رضى الله عن رواتنا المحسنين (و بعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد آية الله الإمام العلامة زاد الله سبحانه إكرامه تصنيف الأقل الأذل الراجي عفو ربه الغنى محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله بلطفه الجلى و الخفى قال:

المقصد الثاني في الشفعة (قوله) (و هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع)

قد بينا في باب الرهن أن المقصود من تعريفات الأبواب إنما هو التمييز في الجملة لتذكر فیرتبوا عليها الأحكام و قد استوفينا الكلام في ذلك فلا يقدح فيها ما يورد عليها و لا ينبغى الاشتغال بذلك لكنه لما تعرض لذلك المقداد و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و أوردوا على المصنف و المحقق ما أوردوا أردنا أن نبين أن ذلك في غير محله فتعريف الكتاب هو ما سمعته (و عرفها) في الشرائع بأنها استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع (و أول) من عرفها فيما أجد أبو الصلاح صاحب الغنية قال في الغنية الشفعة في الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته و تبعه على ذلك صاحب السرائر حرفا فحرفا و اقتفاهما المتأخرون فعرفها الرجل الواحد في كل كتاب بما حصل في نظره أنه يحصل التمييز به (و قد) أورد الفاضل المقداد على تعريف الكتاب و وافقه شيخنا صاحب الرياض بأنه قد يستحق الشريك حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر كالإرث و غيره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١٦

.....

و فيه (أولا) أنك قد عرفت أن الغرض التمييز في الجملة و إنما يحصل تمام التمييز بالعلم بالشرائط من الأدلة (و ثانيا) أن ترتيب الحكم على الوصف يفيد العلية و لهذا قلنا إن التخصيص بالوصف كالتخصيص ببالا و الشرط و الغاية و إن مفهومه حجة (و ثالثا) أن قوله بالبيع قد تنازعه قوله استحقاق و المنتقلة (و رابعا) أن المراد بالاستحقاق الاستحقاق الشرعى الذى ثبت بسبب البيع لأحد الشخصين فقط للذين كانا شريكين في شىء واحد إلى حين انتقال الملك إلى غير مستحق ذلك الاستحقاق فالمراد بالشريك الشريك عرفا و هذا المعنى هو المتبادر من التعريف المذكور من وجوه و إن كان قد يبادر بالنكير بادئ بدء و به يندفع ما أورد عليه و على تعريف

الشرائع المحقق الكركي و الشهيد الثاني (قال الأول) أن هذا التعريف صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعه إياها ثم إن الحصه لا يعلم أى حصه يراد بها و كذلك الشريك لا يتعين أى شريك يراد به قلت (أما الأول) فيدفعه أن المتبادر انتقالها إلى غير مستحق ذلك الاستحقاق و ما ذكر لا يعرج عليه إلا بعد التنبيه عليه (و قال) فى المسالك و لا يجدى الجواب بأن الشريك بعد البيع ليس بشريك لمنع زوال اسم الشريك عنه بناء على أنه لا يشترط فى صدق المشتق حقيقه بقاء المعنى المشتق منه و لا مخلص من ذلك إلا بالتزام كونه حينئذ مجازا لكن الأصحاب لا يقولون به و على هذا فتصدق الشركة بعد المقاسمه و يلزم ثبوت الشفعه لأحد الشريكين المتقاسمين فى حصه الآخر إذا باعه لغيره و هم لا يقولون به (قلت) ظاهره الإجماع على أنه لا يشترط فى صدق المشتق بقاء المبدأ حيث نسب عدم القول بالمجازية إلى الأصحاب و هو صحيح فيما إذا كان متجاوزا متعديا كالضارب و القاتل و أما إذا كان الوصف مما ثبت (كذا) دام فلا ريب فى اعتبار البقاء كما أنه إذا كان مما ثبت (كذا) دام مدته فإنه يعتبر البقاء تلك المدته كالحائض و الشريك فالحائض بعد انقضاء الحيض ليست بحائض و الشريك بعد البيع ليس بشريك لغه و إنما هو شريك عرفا من جمله مسامحات أهل العرف و البناء فى الباب على العرف (و أما) الشريك بعد القسمة فيرد الإيراد به أنك قد عرفت أن المراد من الاستحقاق هو الاستحقاق الشرعى فلا تثبت فيما إذا لم يكن عموم يدل على إثباتها فلم يدخل حتى يخرج (سلمنا) أنه تعريف المطلق لكن الصحيح و غيره يعلمان من الشرائط بعد ذلك (و أما) قوله فى جامع المقاصد إن الحصه لا يعلم أى حصه يراد بها و كذلك الشريك لا يتعين أى شريك يراد به فقد أوضحه فى المسالك بقوله إنه يصدق مع كثرة الشركاء إذا كانوا ثلاثة فباع أحدهم لأحد الآخرين فإنه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصه المستحقه بالبيع إلى أحدهما من شريكه إلا أن يقال هنا الشريك لم يستحق حصه شريكه بل بعض حصته و هى المنقلبه بالبيع دون باقى حصته حيث إن شريكه يشمل الشريكين بناء على أن المفرد المضاف يفيد العموم فلم يتحقق استحقاقه حصه شريكه و يؤيد هذا أن الحصه و إن كان صادقه على بعض ما يستحقه الشريك كما يقال باع حصه من نصيبه و إن قلت إلا أنها بإضافتها إلى الشريك تتناول جميع حصته بناء على القاعدة المذكورة (قلت) لعله أشار فى جامع المقاصد بقوله إن الحصه لا تعلم أى حصه هى إلى ما ذكره فى المسالك فى قوله إلا أن يقال و أشار أيضا بقوله فى جامع المقاصد و كذلك الشريك لا يتعين أى شريك إلى ما فى المسالك من قوله أنه يصدق مع كثرة الشركاء إلخ (ثم) قال فى المسالك و لا تخلص من هذه المضايقات إلا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكا عرفا و الاستحقاق بسبب بيع أحد الشريكين الآخر لا يتحقق إلا بعد تمام البيع و معه نزول الشركه عرفا و إن صدقت لغه انتهى و فيه نظر من وجوه (الأول) أنه إذا كان الشريك بعد البيع لا يبقى شريكا عرفا خرجت جميع أفراد المعرف فلم يبق منها شىء داخل تحت التعريف (و الثانى) أن المتبادر من التعريف أن هناك شريكين لا غير فلا يحتاج إلى قوله إلا أن يقال إلى آخره (ثم) إن ما تضمنه أى قوله إلا أن يقال غير تام لأن الحصه فى تعريفى الشرائع و الكتاب مقيدة بكونها منقلبه بالبيع (و الثالث) أن إضافة حصه إلى الشريك ليست للعموم قطعاً بل هى أعم و إلا للزم أن لا تثبت الشفعه إذا باعه بعض الحصه لأنه ليس بجميع الحصه (ثم) إن الحال فى الإضافة كالحال فى التعريف باللام تجرى فيه الأقسام الأربعة و ليست

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ٦، ص: ٣١٧

و ليست بيعا (١) فلا يثبت خيار المجلس (٢) و فيه فصول

(الأول) المحل

و هو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة (٢) فلا تثبت فى المنقولات على رأى (٣)

كل إضافة للعموم هذا و قد أجمعت الأمة على ثبوتها و إن اختلفوا فى مسائلها كما فى المهذب البارع

(قوله) (و ليست بيعا)

بإجماع الأمة على الظاهر من التذكرة و غيرها

(قوله) (فلا يثبت خيار المجلس)

عند أصحابنا جميعهم كما في جامع المقاصد و عند علمائنا كما في التذكرة و بلا خلاف كما في السرائر فلو أخذ و أثبت الملك لم يكن له الخيار في الفسخ نعم له العفو و الإسقاط قبل ذلك و للشافعي قولان في ثبوت الخيار بأن يترك بعد ما أخذ أو يأخذ بعد ما ترك ما دام في المجلس لأن ذلك معاوضة فله في أخذها و تركها خيار المجلس و لا ينقطع بمفارقة المشتري المجلس و يأتي إن شاء الله تعالى ما يدل على ثبوت خيار العيب و الظاهر ثبوت خيار الغبن لأن فيه دفعا للضرر المنفي و لأنه ربما أدى نفيه إلى الضرر بأن يبيعه بأضعاف القيمة لإيقاع الشفيع الجاهل بها و الظاهر أنه لا يثبت فيها خيار الشرط إذ لا عقد ليشترط فيه ذلك مع عدم الدليل على ثبوته

(قوله) (الأول المحل و هو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمه)

(أما) ثبوتها في العقار الثابت كالمساكن و العراض و البساتين فقد استفاض نقل الإجماع عليه حكاه الشيخ في الخلاف و المحقق في الشرائع و النافع في موضعين من كل منهما و تلميذه في كشف الرموز و المصنف في التذكرة و الشهيد في غايه المراد و صاحب جامع المقاصد و الشهيد الثاني في المسالك و المقدس الأردبيلي في مجمع البرهان و في التذكرة أيضا أنه لا خلاف فيه إلا من الأصم (قوله) (فلا تثبت في المنقولات على رأى)

هو خيرة الخلاف و المبسوط و مجمع البيان و فقه الراوندى صرح به عند كلامه عند بيع الثمرة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و اللمعة و المقتصر و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان (و حكاه) في المختلف عن والده و ابن حمزة و لعله أراد في الوساطة كما حكاه عنها كاشف الرموز أو أراد الوسيلة لأنه الظاهر منها و من المراسم لأن الظاهر منهما اختصاص الشفعة بالأملأك أى العقار (و هو) الذى يقتضيه كلام الحسن بن أبى عقيل حيث قال لا- شفعة في سفينة و لا رقيق و لا قائل منا بالفصل بينهما و بين غيرهما و قد قال به أو مال إليه في غايه المراد و نفي عند البعد في الكفاية (و هو) مذهب أكثر أصحابنا كما في الخلاف و أكثر المتأخرين كما في المسالك و الكفاية و الأشهر كما في المهذب البارع و المشهور كما في التذكرة و جامع المقاصد و بين المتأخرين كما في مجمع البرهان و عليه المتأخرون كما في الدروس و هو الظاهر من رواياتهم كما في الخلاف و أخباره أشهر كما في التذكرة (و قد) نسبه في الدروس إلى ظاهر المبسوط و الذى وجدناه في عدة مواضع منه التصريح به و هو الذى حكاه عنه جماعة (و كيف كان) فالظاهر أن القائل به من القدماء خمسة و ستعرف أن الصدوقين أكثر موافقه لهم لأنهما إنما وافقا أرباب القول الثانى في الحيوان و الرقيق كما ستسمع (و أما) القول بأنها تثبت في كل مبيع منقول أو غيره فهو صريح المقنعة في آخر الباب قال و كذلك الحكم في جميع العروض و النهاية في أول كلامه و الإستبصار و الإنتصار و الكافي و المهذب و الغنية و السرائر و قيل إنه خيرة الصدوق في المقنع و والده في رسالته و ستسمع ما فيهما و هو المحكى عن أبى على و نفي عنه البعد في الدروس و في المهذب أنه أظهر في المذهب و في السرائر أنه أظهر أقوال أصحابنا و أنه مذهب السيد و غيره من المشيخة (و قد) حكى شيخنا في الرياض عنها دعوى الإجماع و جعله (و جعلها خ ل) من سنخ إجماع الإنتصار و ليس كذلك قطعا لأنه قال في السرائر الدليل على صحة ما اخترناه الإجماع من المسلمين على وجوب الشفعة و عموم الأخبار انتهى و هو غير دعواه على ما نحن فيه و لما هو استدلال بعموم الأخبار و عموم معقد الإجماع و إلا فكيف يقول قبل ذلك أنه أظهر أقوال أصحابنا كما هو واضح (و فى) المسالك و الكفاية و المفاتيح و الرياض أنه مذهب أكثر المتقدمين و جماعة من المتأخرين لكننا نحن لم نجد ذلك لأحد ممن تأخر إلا ما فى الدروس من نفي البعد عنه و فى الإنتصار الإجماع

.....

عليه و أنه من متفرداتنا و أن الأخبار به كثيرة (هذا) و قد قال فى المختلف إن المفيد فى المقنعة لم يصرح بشىء و نسب هذا القول فى الدروس إلى ظاهرها أى المقنعة و كلاهما فى غير محله كما عرفت (و الشيخ) فى النهاية بعد أن صرح بما حكيناه عنه قال و لا شفعة فيما لا تصح قسمته و هو يخالف العموم الصريح فى كلامه الأول و قال فى الدروس إن الصدوقين أثبتاها فى الحيوان و الرقيق و الموجود فى المقنعة لا شفعة فى سفينة و لا طريق و لا حمام و لا نهر و لا ثوب و لا فى شىء مقسوم و هى واجبة فى كل شىء عدا ذلك من حيوان و أرض و رقيق و عقار و لعل الظاهر منه إرادة العموم لا قصر الحكم على المذكور و نحوه ما حكى عن رسالته والده و ما فى الإستبصار قد لا يكون مذهبا له لأنه جمع بين الأخبار فتأمل فقد قل القائلون بهذا القول و لا ترجيح فى التنقيح و المفاتيح (و نحن نقول) إن ما اختاره المتأخرون هو المختار لأنه هو الموافق للأصول و إن القائل به أكثر و إن أدلته من الأخبار أشهر و أظهر و أكثر (و نعم) ما قال المقدس الأردبيلي إن الأدلة من العقل و النقل كتابا و سنة و إجماعا دلت على عدم الجواز فيما ينقل و ما لا ينقل خرج ما لا- ينقل مطلقا بالإجماع و بقى الباقي تحت المنع بالدليل القوى المفيد لليقين و أراد بالدليل المفيد لليقين أن من الأصول المقررة و الضوابط المسلمة أنه لا يجوز التسلط على مال المسلم إلا برضاه و طيب نفسه مضافا إلى أن الأصل أيضا براءة ذمة المشتري من وجوب دفع ما اشتراه إلى الشريك و الأصل إباحة تصرفه فيه (و أما) ما ادعاه علم الهدى من الإجماع على ثبوتها فى كل شىء من المبيعات من عقار و ضيعة و متاع و عروض و حيوان كل ذلك مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها هذا نصه فى معقد إجماعه فموهون بأمور (الأول) إطباق المتأخرين على خلافه و قد عرفت أنه فى الدروس نسب عدم ثبوتها فيما لا ينقل إلى المتأخرين و ظاهره أنهم مجمعون على ذلك و يشهد له التبع (الثانى) أنه معارض بنسبة الخلاف فى الخلاف إلى أكثر أصحابنا و بالشهرة المطلقة فى التذكرة و جامع المقاصد و بقول كاشف الرموز فى رده بآنا (فإننا خ ل) لا- تتحققه مع وجود الخلاف (ثم) إن رجعنا إلى التبع و ملاحظته أصحاب الفتاوى ممن تقدمه أو عاصره و إلى رواة الأخبار إذ الأقدمون إنما ينقلون ما استمرت عليه طريقتهم و استقامت عليه سيرتهم يعرفون ذلك من آثارهم و أخبارهم فرأينا أن الموافق له من أصحاب الفتاوى أبو على فيما حكى عنه و ليس النقل كالعيان (و أما) الصدوقان فمخالفان له لأنهما لم يثبتاها فى السفينة و الطريق و الحمام و النهر و الثوب و معقد إجماعه كما عرفت نص صريح فى عدم الفرق بين ما يقبل القسمة و ما لا يقبلها فكل من قال بعدم ثبوتها فيما لا يقبل القسمة مخالف له و هو المشهور كما فى التذكرة كما يأتى إن شاء الله تعالى و منهم الشيخ فى النهاية ثم إن الشهيد فهم منهما أى الصدوقين قصر الحكم على الحيوان و الرقيق و هذه مخالفة أخرى إن تم ما فهمه (و أما) المفيد فقد سمعت ما حكاه عنه فى المختلف و ما حكاه فى الدروس (و أما) رواة الأخبار فقد (روى) الكليني وحده أن الشفعة لا تكون إلا فى الأرضين و الدور فقط (و روى) أيضا هو و الشيخ فى التهذيب فى الصحيح أن لا شفعة فى الحيوان (و رواه) الشيخ أيضا وحده موثقا (و رواه) الصدوق وحده صحيحا (و روى) الكليني و الشيخ أن لا شفعة فى سفينة و لا فى نهر و لا فى طريق و زاد فى الفقيه و لا فى رحى و لا فى حمام و روى جميعا أيضا بعدة طرق أن الشفعة لا تكون إلا لشريك لم يقاسم و هذا يقضى بأنها لا تكون إلا فيما يمكن فيه القسمة و بذلك يعرف مذهب المشايخ الثلاثة إن كانت رواياتهم تدل على آرائهم و تعرف آراء رجال هذه الأخبار و هم بحذف المتكرر منهم ما يبلغون عشرين رجلا تقريبا أو يزيدون و فيهم من أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه و إن لحظت الطرق بحذف المتكرر زادوا على الثلاثين فيما أحتمل (فإن قلت) قد روى ثقة الإسلام و الشيخ عن يونس مرسلا و الصدوق مرسلا عن أبى عبد الله (ع) عن الشفعة

لمن هى و فى أى شىء هى و لمن تصلح و هل يكون فى الحيوان شفعة و كيف هى فقال الشفعة جائزة فى كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره و إن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم (و روى) الشيخ فى صحيحة ابن سنان قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال

أحدهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣١٩

.....

أنا أحق به أله ذلك قال نعم إذا كان واحداً وقد رواه في الكافي في الحسن والشيخ في الصحيح من دون تفاوت أصلاً لكن مع زيادة فليل له في الحيوان شفعه فقال لا وروى نحوه في الفقيه مع زيادة لا شفعه في حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً مضافاً إلى إطلاق قوله (ع) في حسنة الغنوي هارون بن حمزة الشفعة في البيوع إذا كان فهو أحق بها من غيره بالثمن وقول أمير المؤمنين (ع) في خبر السكوني وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة وقال للغائب شفعة ونحو ذلك خبر البقباق والبصري فهذه الأخبار في مقابلة تلك الأخبار والرجال في مقابلة الرجال (قلت) (أما الأولى) فمع إرسالها وإعضالها في رواية الفقيه وقله رجالها وعدم موافقة جوابها لتمام سؤالها معارضته بمرسلة الكليني الأخرى الصريحة وبصحيحة الحلبي وحسنه وموثقة سليمان بن خالد وعبد الله بن سنان حيث ورد فيها جميعها أن ليس في الحيوان شفعة فتحمل المرسلة على التقيّة من أبي حنيفة ومالك كما حكاه عنهما في الخلاف وحكى في التذكرة عن مالك في إحدى الروايتين ثبوتها في كل المنقولات ولما رواه العامة كما في التذكرة أن النبي (ص) قال الشفعة في كل شيء وهو يوافق صدر متن المرسلة ونقل الشيخ والمصنف مع شهادة الخبر العامي يقدم على نقل السيد في الانتصار من أن العامة مجمعون على أنها لا تجب إلا في العقار والأرضين دون العروض والأمتعة والحيوان على أنه قال في الانتصار إنه قد روى عن مالك خاصة أنه إذا كان طعاماً أو بر بين شريكين فله شفعة أو بحمل المرسلة على الاستحباب كما يأتي وبما عرفته من تحرير القدماء لم تتحقق شهرة مرسلتهم لا من التبع ولا من إجماع الانتصار ولا من النسبة إلى أكثر المتقدمين في المسالك نعم الشهرة في القول الآخر معلومة بين المتأخرين منقولة على الإطلاق كما عرفت فتجبر مرسلة الكليني وغيرها إن احتاج وحمل الشيخ في الاستبصار الأخبار النافية لثبوتها في الحيوان على ما إذا كان بين أكثر من شريكين غير جيد جداً لأنه مضافاً إلى بعده وعدم المناسبة إذ لا شفعة مع الكثرة في الحيوان وغيره لا يتأتى في صحيحة الحلبي لأنه (ع) نفاها فيهما عن الحيوان مع التقييد قبل ذلك بالواحد إذ الخبر هكذا عن أبي عبد الله (ع) المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم أنا أحق به أله ذلك قال نعم إذا كان واحداً فليل له في الحيوان شفعة فقال لا فتأمل (و عساك تقول) قد دلت الأخبار الصحاح ومن جملتها الأخبار التي نفتها عن الحيوان على ثبوتها في المملوك وأن الشريك أحق (قلت) ليس في هذه الأخبار إلا أنه أحق وهو ظاهر في الاستحباب دون الحتم والإيجاب (سلمنا) عدم الظهور لكنه ينزل عليه جمعا ويكفيها في الشاهد على الجمع بين الأخبار مجرد الإشعار ويمكن تنزيل المرسلة على ذلك كما تقدم أن لم نطرحها أو نحملها على التقيّة (أو نقول) إن هذه الصحاح دلت على نفي الشفعة في الحيوان فينتفي في غيره لعدم القائل بالفصل وقد دلت على ثبوتها في المملوك ولا - قائل بالفصل فقد تدافعت فوجب اطراحها والرجوع إلى غيرها (ثم) إنه يمكن حمل المملوك فيها على المملوك الذي لم ينقل كما لعله يفهم من بعض هذه الأخبار وليس المملوك صريحاً نصاً في العبد والأمة فتخصص هذه الأخبار بما ذكر في ذيلها وفي غيرها بأن ليس في الحيوان شفعة (ثم) إن صحيحة الحلبي لم يعمل بهما أحد من أصحاب القولين بل ولا غيرهم ولا نقل القائل به من أصحاب سوى المحقق في كتابيه والمصنف في التحرير وقد اعترف الشهيد ومن تأخر عنه بعدم معرفته نعم عمل بهما المصنف في المختلف كما يأتي إن شاء الله تعالى (و أما الثانية) أعنى حسنة الغنوي التي استدلت بإطلاقها في الرياض فهي في حكم المقيدة قال سألته عن الشفعة في الدور لشيء واجب الشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره فقال الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن فاسم كان راجع إلى الجار ولا نمع احتمال رجوعه إلى الشفيع المفهوم من الشفعة (وليس) لك على الأول أن تقول إن خصوص المورد لا يخصص الوارد لعدم استقلال الجواب مضافاً إلى ما ستسمع وقد عرفت الحال في

الأخبار التي وردت بأن لا- شفعه إلا- لشريك غير مقاسم فلا وجه لاستدلاله في الرياض بإطلاقها بل لم يذكر في السرائر في أدلة خصمه سواها على أن هذه الإطلاقات جميعها وإطلاق أخبار السكوني والباق و البصرى لم تكن مسوقة لبيان تعميم الشفعة و لنا هي لبيان أحكام آخر كما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٠

و لا في البناء و الغرس إذا بيعا منفردين (١) و لو بيعا منضمين إلى الأرض دخلا في الشفعة تبعا (٢)

هو الظاهر المتبادر لمن لحظها فلا وجه للاستدلال بها كما حرر في فنه و قد بيناه مرارا في مطاوى هذا الكتاب و أوضحناه في باب الرهن و قد بان بذلك صحة ما قلناه في الوجه الثالث في صدر المسألة من أن أخبارنا أشهر و أظهر و أكثر و عليها استمرت طريقة الناس في معاملاتهم و أنهم لينكرون ثبوت الشفعة في الثوب و القدر و الإبريق و الفرس و البعير و الحنطة و الشعير و الملح و التمر و الزبيب فلو أن أحدا اليوم ادعى الشفعة في أمثال هذه لبادروه بالنكير أخذوا ذلك يدا عن يد و هذا يدل على طريقة مستقيمة و سيرة مستمرة و ما صدر من أولئك الأجلاء مخالفا لذلك فإنما هو عن غفلة عن ذلك و لعله لم يبق بعد اليوم في المسألة إشكال للمصنف و قد وقع لجماعة من الأجلاء الكبار في المسألة خلل فبعض في النقل و بعض في الفهم و بعض في الاستدلال و من الأخير ما وقع للمصنف في المختلف من الاستدلال للمتأخرين بمفهوم اللقب في خبر عقبه بن خالد (قوله) (و لا في البناء و الغرس إذا بيعا منفردين)

بناء على مختاره في المنقول لأنهما في حكم ما ينقل و قد كانا في الأصل منقولين و سينقلان و إن طال الزمان (و يبقى) الكلام في المراد بالبناء أ هو ما يشمل المسكن أو المراد به غيره كالجدار الواحد وحده كما هو ظاهر التذكرة أو صريحها و بالجملة ما لا يسمى مسكنا الظاهر من كلام جماعة الأول و به صرح المحقق الثاني فيما يأتي و الشهيد الثاني و قال في المسالك المسكن اسم للمجموع المركب من الأرض و البناء (قلت) لو كان كذلك ما استشكل جماعة كما يأتي قريبا في ثبوت الشفعة في الغرفة المشتركة في السقف و الجدران و السقف الذي هو أرضها و سقف قبة أخرى لغيرهما و بالجملة حيث لا شركة بينهما في أرض السفلى بل جزموا بالعدم إذ لا أرض هنا و لا اختار بعضهم ثبوت الشفعة في ذلك مع ما يروونه من اتفاق القائل بعدم ثبوتها في المنقول على عدم ثبوتها فيما إذا بيع البناء وحده و تصریحهم بأن الشفعة لا تثبت فيه إلا تبعا (و لكن) لك أن تقول لو كانت الأرض غير داخله في مفهوم المسكن بل يصدق و لو كانت أرضه سقف غرفة لما استشكلوا أيضا في الغرفة المذكورة بل جزموا بالثبوت و لا حكم بعضهم بالعدم (و الذي) ينبغي أن يقال إن المساكن عطف في النص على الأرضين قال عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن و لا بد في عطف الخاص على العام من نكتة و لم تتضح لنا هنا و لا حاجة بنا إلى تجشمها إذ أهل العرف و اللغة لا يرتابون في صدق المسكن حقيقة على هذه الغرفة و نحوها فيتعين أن يراد بالبناء هنا ما في التذكرة و يكون العطف في الخبر من باب عطف العام على الخاص من وجه

(قوله) (و لو بيعا منضمين إلى الأرض دخلا في الشفعة تبعا)

بلا خلاف كما في موضعين من المبسوط و ظاهره نفيه بين المسلمين و نحن أيضا لم نجد فيه لنا خلافا بل وجدنا عباراتهم مصرحة بذلك و قد يظهر الإجماع من الشرائع و المسالك و الكفاية حيث قيل فيها تثبت فيهما تبعا للأرض و لو أفردا بالبيع نزل على القولين فظاهرها أنه لا- خلاف حيث تضمان لكنه لا- وجه حينئذ لقوله في الكفاية الظاهر ثبوتها حيث تضم و الوجه في ذلك قبل الإجماع دخولهما في عموم النص الوارد في المساكن و الدور قال في التذكرة و تبعه المحقق الثاني و الشهيد الثاني الأول يتناول الأبنية و الثاني يتناول الجدران و السقوف و الأبواب و في بعض أخبار العامة لفظ الربع و هو يتناول الأبنية (قلت) في تناول المساكن لمطلق الأبنية حتى الحائط الواحد وحده منع واضح و أما الغرس فلا قائل بالفرق بينه و بين البنان إذا ضم إلى الأرض و إنما تتحقق التبعية إذا بيعت

الأشجار و البناء مع الأرض التى هى فيها لا فيما إذا بيعت مع أرض أخرى كما نص عليه جماعة لأن النص لا يتناول ذلك و لا تبعية فيه أصلا و فى التذكرة أن المزرعة إذا انقسمت و لم ينقسم بئرها أن الأقوى ثبوت الشفعة فى البئر لأنها تابعة كالأشجار و فى جامع مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢١

و فى دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله (١) و لا تدخل الحبال التى تتركب عليها الدلاء (٢) و لا- فى الثمرة و إن بيعت على شجرها مع الأرض (٣) و احترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها (٤) و لو كان السقف لهما فإشكال من حيث إنه فى الهواء فليس بثابت و احترزنا بالمشترك عن غيره فلا تثبت

المقاصد أنه موضع نظر و فيه نظر يعرف مما يأتى فى الدولاب و نحوه

(قوله) (و فى دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله)

و من أنه منقول فى نفسه و لذلك تردد فى الشرائع و الكفاية و الأصح الدخول كما هو خيرة التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك لتناول اسم الدار و الحمام و البستان له إذا كان من جملة المرافق كتناولها للأبواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل عادة و هذا خلاف ما ذكر فى وجه النظر إذ فيه نظر و فى التذكرة أن الأقرب عدم الدخول (و موضع) التردد و الخلاف ما إذا بيع مع الأرض كما هو المفروض فى الشرائع و ما ذكر بعدها و أما إذا بيع وحده فلا بحث و لا إشكال فى عدم ثبوت الشفعة فيه بناء على عدم الثبوت فيما ينقل كما فى جامع المقاصد و المسالك و قد توهم عبارة الإيضاح خلاف ذلك و فى معنى الدولاب الناعورة كما نبه عليه فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك

(قوله) (و لا تدخل الحبال التى تتركب عليها الدلاء)

كما فى الشرائع و غيرها و فى مجمع البرهان يمكن عدم الخلاف فيه لأنها منقولة حقيقة كما هو ظاهر بناء على عدم الثبوت فيما ينقل (قوله) (و لا فى الثمرة و إن بيعت على شجرها مع الأرض)

كما فى الخلاف و فقه الراوندى و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و فى المسالك أنه أشهر (قلت) المخالف لنا هو الشيخ فى المبسوط (قال) تثبت فى الزرع و الثمار إذا دخلت فى المبيع بالشرط و به قال أبو حنيفة و مالك و نظر الأصحاب إلى الأصل و أنها صارت فى حكم المنقول إذ لا يراد دوامها لأن لها أمدا معيناً ينتظر و أنها لا- تدخل فى مفهوم البستان و نحوه و من ثم لا تدخل فى بيع الأصل بعد ظهورها و فى معناها الزرع كما صرح به فى الخلاف و فقه الراوندى و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و غيرها

(قوله) (و احترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (و معناه) أنه لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفلى المختص به لم يثبت فى الغرفة شفعة لو كانت مشتركة و باع أحد الشريكين حصته لانتفاء التبعية المقتضية لثبوت الشفعة و كذا لو انتفى السقف عنهما و يظهر من الدروس التوقف حيث قال لا شفعة فيها عند الفاضل و لعله لحظ أنها ثابتة عادة و أن المساكن فى النص يتناولها مع وجود العلة و هو فى محله

(قوله) (و لو كان السقف لهما فإشكال من حيث إنه فى الهواء فليس بثابت)

أى و من عدم النقل عادة و لا- ترجيح أيضا فى التحرير و الدروس (و اعترض) فى الدروس على تعليل المصنف فقال لو علل بأن آلات البناء إنما تثبت فيها الشفعة تبعاً للأرض و لا أرض هنا كان أوجه و فى التذكرة الأقرب أن لا شفعة و فى الإيضاح أن الأولى ثبوت الشفعة (قلت) لعله كذلك لثبوته عادة و لأنه مسكن مع وجود العلة و قد عطفت المساكن فى النص على الأرضين كما تقدم بيانه و هذا هو الذى نبهنا عليه فيما سلف و منه يعرف الحال فيما قال فى جامع المقاصد أن الأصح عدم الثبوت و أن الاستناد إلى عدم

النقل عادة ليس بشيء لأن آلات البناء منقولة في الأصل و صائرة إلى النقل و الشفعة إنما تثبت فيها تبعاً للأرض و لا أرض هنا انتهى و مراد المصنف أن السقف الذي هو أرض الغرفة مشترك بينهما مع جدرانها و سقفها من دون اشتراكهما في أرض السفلى (قوله) (و احترزنا بالمشترك عن غيره فلا تثبت بالجوار)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٢

بالجوار (١) و لا فيما قسم و ميز (٢) إلا مع الشركة في الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع (٣)

إجماعاً كما في الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهر التنقيح كما يظهر من كلامه في المسألة الآتية و في المسالك أنه مذهب الأصحاب إلا العماني و في المفاتيح لا خلاف فيه من فلم يعده مخالفاً كالثلاثة الأول و في الدروس و غيره أن خلاف العماني شاذ و هذا يجري مجرى دعوى الإجماع و تنطبق على ذلك بالأولوية الإجماعات المحكية على نفى الشفعة فيما قسم مضافاً إلى الأصل و اختصاص الأخبار المخصصة له بما فيه الشركة مع فحواي النصوص الدالة على نفى الشفعة فيما قسم (و قال) العماني فيما حكى عنه لا شفعة لجار مع الخليط و هو يقضى بثبوتها للجار لكن الخليط مقدم عليه و هو مذهب أبي حنيفة و جماعة من العامة مستندين إلى ما رووه عنه (ص) أن الجار أحق بالشفعة (و أجاب) عنه ابن زهرة و ابن إدريس بأن في ذلك إضماراً و إذا أضمرنا أنه أحق بالأخذ بالشفعة أضمرنا أنه أحق بالعرض عليه (قلت) إضمارهم أوجه من وجوه (و أجاب) أيضاً بأن المراد بالجوار في الخبر الشريك لأنه خرج على سبب يقتضى ذلك لأنه روى عمر بن الشريد عن أبيه قال بعثت حقاً من أرض لي فيها شريك فقال شريكى أنا أحق بها فرفع ذلك إلى النبي (ص) فقال عليه السلام الجار أحق بالشفعة (و أجاب) أيضاً بأن الزوجة تسمى جارة لمشاركتها للزوج في العقد قال الأعشى (أيا جارتا بيني فإنك طالقة) و هي تسمى بذلك عقيب العقد و تسمى به و إن كانت بالمشرق و الزوج بالمغرب فليس لأحد أن يقول إنما سميت بذلك لأنها قريبة مجاورة قالوا فقد صار اسم الجار يقع على الشريك لغوً و شرعاً و كأن الخبر عندهم معتبر و إلا لما اختلفوا به و يرشد إلى ذلك أنه في التذكرة طعن في سند خبر ابن سمره به و ما طعن في سنده و في المهذب أن للجار حقاً و حرمةً و ليس له شفعة

(قوله) (و لا فيما قسم و ميز)

هذا أيضاً مما أجمع عليه الأصحاب لم يخالف فيه إلا ابن أبي عقيل كما في التنقيح و مذهب الأصحاب إلا العماني كما في المسالك و قد اقتصر جماعة على نسبة الخلاف إلى العماني و الظاهر أن إجماع الخلاف و السرائر يتناولانه بل قيل إنهما نصاب في ذلك و لعله لأن المسألتين من سنخ واحد كما في الإيضاح (و قد) صرح بالحكم المذكور في المقنع و المقنعة و النهاية و الخلاف و المبسوط و الكافي و المراسم و المهذب و فقه القرآن للراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كتب المصنف و كتب الشهيدين و سائر من تأخر إلى الرياض و فيه و في الكفاية أنه أشهر و في المختلف أنه المشهور و كلاهما في غير محله (و مستند) الأصحاب قبل الإجماع ما تظاهر من الأخبار (ففى) الصحيح على الصحيح فى العيىدى و إبراهيم لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما (و فى) القوى المعبر بالسكونى و النوفلى لا- شفعة إلا- لشريك غير مقاسم (و مثله) خبر البصرى (و فى) خبرين الشفعة لا تكون إلا لشريك (و فى) خبر آخر الشفعة لكل شريك لم تقاسمه و قد سمعت فى مسألة الشفعة فى المنقولات حسنة الغنوى (و فى) الخبر إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة و فى الخبر المروى فى الكتب الثلاثة إذا أرفت الأرف و حدت الحدود فلا- شفعة و الأرفة بالضم جمعه أرف كغرفة و غرف الحد بين الأرضين و أرفت على الأرض تأريفاً جعلت لها حداً و قسمت كذا فى القاموس فهذه الأخبار قد تعاضدت و اعتضدت بالأصل و الإجماعات و خلاف ابن أبي عقيل شاذ

(قوله) (إلا مع الشركة فى الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع)

كما فى المقنعة و النهاية و المبسوط و الكافى و المراسم و فقه الراوندى و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و

الإرشاد و التبصرة و شرح الإرشاد للفخر و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض (و في) الأخيرين أنه لا خلاف فيه و هو كذلك إلا ما لعله قد يظهر من المنع و الخلاف و المذهب و الوسيلة من الاقتصار على الشركة في الطريق و في الخلاف الإجماع عليه و لعلمهم إنما تركوا الشرب لعدم التعرض في الأخبار إلا للطريق لكن الإجماع معلوم على إلحاق الشرب و النهر و الساقية به (بها خ ل) و لعله لأن المناط منقح إذ لا فرق في ذلك بين الدار و البستان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٣

.....

□

و بين الطريق و النهر (و الدليل) على الاستثناء المذكور حسنة منصور بن حازم بإبراهيم قال سألت أبا عبد الله (ع) عن دار فيها دور و طريقهم واحد في عرصه فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة فقال إن كان باع الدار و حول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة (و قريب) منه ما حكى عن الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا (ع) (و قد) استدل على ذلك في التذكرة بحسنة منصور بن حازم الأخرى بالكاهلي و قد وسمت بالصححة في التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و لعله في محله كما عليه بعض متأخري المتأخرين قال قلت لأبي عبد الله (ع) دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها و تركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك قال نعم و لكن يسد بابه و يفتح بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت (السطح خ ل) و يسد بابه فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به و إلا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب (و نحوه) الموثق و لا- تعرض فيهما لبيع الدار مع الممر كما هو محل البحث بل ظاهرهما ثبوت الشفعة في الطريق فقط و هذه أخبار الباب (و إطلاقها) يقضى بعدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدار و ما في معناها مقسومة بعد أن كانت مشتركة أو منفردة من أصلها بل قال في المسالك أن الثانية صريحة في عدم الاشتراك و ليس كذلك (و بعدم) الفرق صرح في التذكرة و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و هو ظاهر المنع و النهاية و المبسوط و الخلاف و المذهب و فقه الراوندي و الغنية و السرائر و التبصرة و المفاتيح (نعم) قد فرض الحكم في الأرض المقسومة مع الاشتراك في الطريق في الوسيلة و الشرائع و النافع و التحرير في موضع منه و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللمعة كالكتاب (و المحقق) الثاني استظهر من بعض هذه اعتبار حصول الشركة في الأصل و خلط معها بعض تلك و قال إنه الذي يقتضيه صحيح النظر و احتج له بأن ضم غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقا و المبيع الذي لا شركة فيه في الحال و لا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة إذ لو بيع وحده لا تثبت فيه شفعة بحال فإذا ضم إلى المشترك وجب أن يكون كذلك و بعموم قوله (ع) لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم و لا شريك هنا لا في الحال و لا في الأصل و برواية أبي العباس الشفعة لا تكون إلا لشريك قال و في معناها روايات البصري و هارون و عبد الله بن سنان و السكوني و قال كل هذه حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك إذا كان الطريق مشتركا (و أنت خبير) بأن رواياته بعد الغض عن سندها عامة و روايات منصور خاصة فيجمع بينهما بالتخصيص فكانت هذه الصورة بذلك مستثناة من اشتراط الشركة بالنص و الإجماع على أن مدلول روايته اعتبار الشركة بالفعل و هي منتفية مع القسمة و لو أريد منها ما يعم السابقة لزم ثبوتها في المقسوم و إن لم يكن له شركة في الطريق (إلا أن تقول) خرج هذا الفرد بالإجماع (لكننا نقول) إن هذا الشق يستحيل أرادته من الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيدتها و بناء استدلاله عليه (و يعلم) أنه لو كانت الشركة في الجدار أو السقف أو غيرها من الحقوق فلا- شفعة عملا- بالأصل و لو كانت الشركة في البئر بين البستانين فوجهان أو جههما العدم (هذا) و ليس في الروايات تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمة و قد شرط ذلك في الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و كذلك المسالك إذا بيعت منفردة و في جامع المقاصد أنه لا ريب فيه (قلت) لأنه يشترط ذلك في كل مشفوع على المشهور (و أما) إذا بيع

منضما إلى الشقص المقسوم ففى عبارة الدروس ما يقتضى الاشتراط حيث قال ولا مع القسمة إلا مع الاشتراك فى الطريق والنهر الذين يقبلان القسمة على الخلاف (وفيه) مع مخالفته للإطلاق أن قبول القسمة شرط للمجموع لأبعاضه وأن هذه القسمة كلا قسمة وفى الكفاية والرياض أن الأقوى عدم اعتباره مطلقا وهو خلاف المشهور وصريح بعض النصوص كما يأتى (هذا) وقد قال فى التذكرة الأقرب عندى أن الطريق إن كان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٤

و احتزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والأماكن الضيقة وما أشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو إبطال المنفعة المقصودة منها فلا شفعة فيها على رأى (١)

مما يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة للشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء وإن شاء أخذ الجميع وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك (وقال) فى جامع المقاصد يرد عليه أن المجموع إما أن يكون متعلق الشفعة أو لا فإن كان الأول وجب أن يأخذ المجموع أو يترك وليس له تبعض الصفقة وإن كان الثانى لم يثبت له شفعة فى غير الطريق ولا فيه إلا إذا كان واسعا قابلا للقسمة فما ذكره غير واضح انتهى (قلت) هذا منه بناء على المشهور المعروف بينهم من أنه ليس للشفيع أخذ البعض وترك البعض بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك ولنا فيه تأمل لأن هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتابا ولا دليل عليه يصح الاستناد إليه كما يأتى ثم إنه لعل القائل به لا يقول به فى مثل هذه الصورة التى جاءت شفعة الدار فيها تبعا (نعم) إذا لم يكن لمشتري الدار طريق آخر ولا أمكن قسمته ولا اتخاذه إلا بعسر ومشقة منعاه من ذلك لأنها شرعت لدفع الضرر كما نبه عليه فى خبر عقبه والضرر لا يزال بالضرر وإلا فلا لعدم الضرر ولعله أراد ذلك بقوله وإن لم يمكن قسمته إلخ فتدبر (ويبقى) الكلام فيما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين ومجازها مشترك بين ثلاثة ففى ثبوت الشفعة وعدمها وجهان من دخول المجاز فى مفهوم الدار فى البيع من غير خلاف وقد بنوا على ذلك فى الباب أحكاما كثيرة وأنها على خلاف الأصل فلا تثبت الشفعة ومن حصول الضرر بالقسمة الذى هو الأصل فى ثبوت الشفعة وهو محل وفاق بين الخاصة والعامة إلا من المرتضى وبه صرح خبر عقبه وقولهم (ع) لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم فتثبت ولم أجد لأصحابنا تصريحاً بذلك والمسألة محل توقف لكننا إن لم نقل بها ذهب الشفعة آخر الدهر فى الدور التى فى الطريق المرفوع مع أنه هو الغالب ولهم أن يلتزموه ولا حجر فى ذلك

(قوله) (و احتزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والأماكن الضيقة وما أشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو إبطال المنفعة المقصودة منها فلا شفعة فيها على رأى)

اشتراط قبوله القسمة خيرة النهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والمهذب والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف والإيضاح وغاية المراد والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروضة (وهو) الظاهر من كشف الرموز وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع ونفى عنه البعد فى مجمع البرهان وهو المحكى عن على بن بابويه وعبارة ولده فى المقنع كالمحكى من عبارته وقد سمعتها فيما سلف فىكون مذهبا له أيضا وقد نسبه إليه فى المهذب البارع (وعليه) المتأخرون كما فى الدروس وعليه الفتوى كما فى التنقيح ومذهب أكثر علمائنا كما فى التذكرة والمشهور كما فى مجمع البرهان وخصوصا بين المتأخرين كما فى المسالك وأكثر المتأخرين كما فى جامع المقاصد (ومع) ذلك قال فى الحدائق إن هذا الشرط ذكره جملة من المتأخرين كالعلامة فى الإرشاد وأنكر عليه فى التذكرة نسبه إلى أكثر علمائنا وقال إن شهرة المتأخرين إنما وقعت بعد العلامة (قلت) ما ندرى عن أيها نغضى فإن كان تتبع فهو الكذب المحض وإن لم يكن تتبع ففريه أخرى قول بلا علم (و المخالف) السيدان المرتضى وأبو المكارم وابن إدريس وأبو على والقاضى فيما حكى عنهما ولعله للقاضى فى الكامل فكان له

قولان و لا سادس لهم فيما أجد إلا ما حكاه في الإيضاح عن المفيد و لعله فهمه من قوله كل مبتاع أو من قوله بثبوتها في العروض و مع ذلك نسبه في المفاتيح إلى السيد و الحلبي و أكثر المتقدمين و اختاره و كأنه قال به أو مال إليه في المسالك و قد عرفت حال إجماع الانتصار الذي تقدم في المنقولات و ما في الدروس من أن القولين مشهوران لا يريد به المعنى المعروف بل الظاهر أن مراده أنهما معروفان و لا ترجيح فيه و لا في الكفاية (دليل المشهور) الأصل خرج المنقسم بالإجماع و بعض الأخبار و بقي غيره تحته مع عدم دليل صريح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٥

.....

صحيح على العموم (و قال) في الرياض أن الأصل مقطوع بعموم الإجماع المنقول و الخبر المنجبر بالعمل و أراد إجماع الانتصار و مرسله يونس و قد عرفت الحال فيهما و قد تقدم أنه أرسل في الكافي أن الشفعة لا تكون إلا في الأرضين و الدور فقط فهو ظاهر في نفيها عن الحمام و الطاحونة و غيرها لمكان الحصر و مقابلة الأرضين بالدور فيراد بها الأراضي البيضاء و التي ليس فيها بناء كالبساتين و الضعف منجبر بشهرة التذكرة و مجمع البرهان و إطباق المتأخرين عليه كما سمعته عن الدروس بل هو منهم محصل معلوم مضافا إلى ما في التنقيح من ظهور دعوى الإجماع عليه مضافا لما يفهم من الأخبار الأخر مما وصف فيها الشريك بأنه غير مقاسم (و قد) روى في الكافي بسنده عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) لا شفعة في سفينة و لا في نهر و لا في طريق و زاد في الفقيه و لا-رحى و لا-حمام و ليس المراد بها الواسعات القابلات للقسمة إجماعا فلم يبق إلا أن يراد الضيقات فيكون الباقي كذلك إذ لا قائل بالفصل و الضعف منجبر بما عرفت (و قد) احتمل في الرياض حملهما على التقيّة تبعاً للمفاتيح مع أن القائل هنا بمقالة المرتضى أبو حنيفة و أصحابه و ابن شريح و الثوري و مالك في إحدى الروايتين عنه و بعض هؤلاء هم الذين يتقى منهم الصادق (ع) ثم إنه بناء على ذلك لا وجه للاقتصار فيهما على الأمور المذكورة و قال أيضا تبعاً للمفاتيح إن لا دلالة فيهما أصلا و قد عرفت وجه الدلالة فيهما (و استدل) في الخلاف و غيره بما رواه العامة عن جابر أن رسول الله (ص) قال إنما جعلت الشفعة فيما لم يقسم (و وجه) الدلالة أن إنما تنفيذ الحصر و الشفعة معرفة بلام الجنس و إن لم لا تدخل إلا على ما يمكن قسمته و يصح اتصافه بالقسمة و لو وقتا لأنها تنفيذ نفى الماضي و لهذا يصح أن يقال السيف لا يقسم و لا يقال لم يقسم فالنفي بمعنى عدم الملك لا بمعنى السلب و في أخبارنا ما يشير إلى ذلك كقول أحدهما (ع) في مرسل جميل الشفعة لكل شريك لم تقاسمه و قولهم (ع) في عدة أخبار الشفعة لا تكون إلا لشريك لم تقاسمه فكانت الحجّة عليه واضحة كما عرفت بل في إجماع المتأخرين وحده بلاغ (و قال) في الرياض إن الحجّة على هذا القول غير واضحة كما ما في التنقيح من وجوه ضعيفة (منها) أن غرض الشارع بالشفعة إزالة ضرر المالك بالقسمة لو أرادها المشتري و هذا الضرر منتف فيما لا يقسم فلا شفعة فيه و قال إنه في غاية من الضعف (أما أولا) فلعدم ورود النص بهذه العلة نعم ربما يستفاد من بعض الروايات السابقة كون العلة في ثبوت الشفعة نفى الضرر و الإضرار في الشريعة لكن متعلق الضرر فيه غير معلوم و يحتمل ما ذكره و غيره من نفس الشركة الجديدة أو سوء الشريك و لعل هذا أظهر و لذا استدل بعض الأصحاب وفاقا للمرتضى على ثبوت الشفعة في المسألة بالضرر فقال إن المقتضى لثبوت الشفعة و هو إزالة الضرر عن الشريك قائم في غير المقسوم بل هو أقوى لأن المقسوم يمكن التخلص فيه من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره (قال) و أوجب بأنه ليس المراد من إزالة الضرر بالشفعة ما ذكره بل إزالة ضرر طلب القسمة و مؤنتها و هو منتف في محل النزاع و لا يخفى عليك ضعف هذا الجواب و أي مؤنة و ضرر بذلك تقابل ضرر الشريك الذي لا وسيلة إلى التخلص منه و هو في غاية الجودة (و أما ثانيا) فلضعف التعليل من وجه آخر و هو أن الشفعة إنما تثبت بانتقال الملك عن الشريك إلى المشتري فلا بد أن يكون الضرر الذي تناط به الشفعة في ظاهر النص و كلام الأصحاب ناشئا من جهته و ضرر طلب المشتري القسمة ليس ضررا ناشئا منه لسبقه على الانتقال و ثبوته للشريك على

كل حال فضرر طلب القسمة لازم على كل تقدير بل هو من لوازم الشركة فيما يقبل القسمة فلا يمكن أن يكون مثله الضرر الذي تناط به الشفعة وهذا من أقوى الشواهد على تعيين ما استظهرنا من متعلق الضرر في الرواية انتهى (قلت) قد عرفت أنا في غنية عن هذا الدليل مع أنه أيضا دليل إذ نظر من استدل به كالمصنف في التذكرة والشهيد في غاية المراد وأبي العباس والمقداد والمحقق الثاني إنما هو إلى خير عقبه بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال

قضى رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن وقال لا ضرر ولا ضرار وقد رواه المحمدون الثلاثة وزاد الفقيه إذا أرفت الأرف وحدث الحدود فلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٦

فلو انتفى الضرر بقسمة الحمام ثبتت الشفعة (١)

شفعة وهذه علة مومى إليها و ظاهر ما قبلها و صريح ما بعدها أن متعلق الضرر إنما هو القسمة (و بيانه) أنه قد اتفق الخاصة و العامة على الظاهر أن علة ثبوت الشفعة الضرر و لم نجد الخلاف إلا من السيد في الانتصار فإنه جزم ببطلان هذه العلة و قد يلوح من ابن زهرة و ابن إدريس موافقته على ذلك لكن العامة اختلفوا في متعلقه حيث لم يكن عندهم في ذلك خبر أ هو الشركة أو القسمة و أصحابهما عندهم أنه الثاني كما ذكره في التذكرة و لم يقل أحد بأن متعلقه سوء الشريك و لعله لأنه يقضى بأنها حكمة لا علة لعدم اطرادها حينئذ بل يكفي اتفاق المسلمين على عدمه فما استظهره شيخنا في الرياض من أنه أحد الأمرين أعنى الشركة الجديدة و سوء الشريك قد خالف فيه في الثاني جميع المسلمين و في الأول أصحابنا قاطبة لأنهم بين ناف للعله أو مثبت لها و أنها خوف القسمة فالقول بالعله و إنها الشركة الجديدة لا قائل به (و كيف كان) فكل من الشركة و القسمة حاصل قبل البيع و أخبارنا صرحت بالثاني لأن من رغب من الشريكين في البيع كان حق عليه أن يعرض البيع على شريكه ليأمن من ضرر القسمة من بذل مئونها و الحاجة إلى إفراز الحصه الصائرة إليه خصوصا فيما إذا كان المقسوم ذا مرافق ليس عراضا خالية و وقعت المرافق في حصه المشتري فإنه حينئذ يحتاج الشريك إليها جميعها فلما لم يعلمه و لم يعرض عليه البيع جعل له الشارع سلطانا على أخذه فكان هذا الضرر هو الأصل في الباب و قد كانا قبل ذلك متواطئين على عدم القسمة و لو وقتا ما فقد جاءت الشركة لهما من تقصير البائع مقرونة بخوف طلب القسمة و لا كذلك ما لا يقسم بل يمكن حينئذ أن يقال إن هذا الضرر نشأ من نفس الانتقال (سلمنا) لكن في الخبر الظاهر أو الصريح في ذلك كما فهمه منه الشهيد و الجماعة بل كل من قال باشتراط قبول القسمة أكمل بلاغ و قد عرفت أن العامة العمى اهتموا إلى ذلك حتى جعلوه الصحيح عندهم و مع ذلك كله جاء صاحب المسالك و من وافقه يناقشون في ذلك (و أما) علم الهدى و أبو المكارم و ابن إدريس فلهم أن يعرضوا عن ذلك بناء على أصلهم لأن كان خيرا واحدا مضافا إلى أنه غير صحيح بل قد عرفت أن السيد ينكر العلة من أصلها و ينكر أيضا منصوص العلة في أصوله (و في) الروضة أن في حكم الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة و هو كالمندافع و قد أخذه من التذكرة قال و لو كان لاثنين دار ضيقة لأحدهما عشرين فإن قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فأيهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة و إن حكمنا بمنعها فإن باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لأنه آمن من أن يطلب مشترية القسمة لانتفاء فائدته فيها و لو طلب لم يجب فقد فرض المسألة في الضيق مع قلة النصيب و لا كذلك ما في الروضة فليتأمل (و قول) المصنف لحصول الضرر بها دليل على أنها لا- تقسم ليتحقق كونها من محل النزاع و هو تمهيد لقوله و هو إبطال المنفعة المقصودة منه أي و إن بقيت فيه منافع أخر و هذا (أحد) التفاسير الثلاثة لحصول الضرر بالقسمة و قد حكيناها في باب القضاء عن يحيى بن سعيد و المحقق الثاني و شفعة التذكرة و هو خيرة التحرير هذا (و الثاني) أن تنقص القسمة قيمة المقسوم نقضا فاحشا و قد حكيناها في باب القضاء أيضا عن شفعة التذكرة و عن الدروس و مجمع البرهان و عليه ينزل ما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح من أنه ما ينقص القيمة أو يخص هذا بالضرر المانع من الإيجاب و ذاك بالمانع من القسمة (و الثالث) أنه المبطل

لمنفعة المال أصلا و هو خيرة الخلاف و الشرائع فى المنع من الإيجاب و المبسوط و السرائر فى المنع من القسمة و هذه الأقوال فى بيان تحقيقه و احتمال إحالته إلى العرف فى مجمع البرهان
(قوله) (فلو انتفى الضرر بقسمة الحمام ثبتت الشفعة)

كما هو ظاهر و عليه نص فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و غيرها و ذلك كما إذا كان الحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين أو متسع البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين و كذا لو كانت البئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فتجعل بئرين لكل واحدة يياض كما نص عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٧

و كذا لو كان مع البئر يياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما أو كان فى الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين (١) أو كان الطريق واسعا لا تبطل منفعته بالقسمة و لو ضم المقسوم أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبت فى الثانى (٢) بنسبة قيمته من الثمن (٣) و إنما تثبت لو انتقلت الحصه بالبيع فلو وهب الشقص بعوض أو جعله صداقا و عوضا عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة (٤)

فى المبسوط و غيره

(قوله) (و كذا لو كان مع البئر يياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس كما ستسمع كلامه و هذا يتجه على تفسير المبسوط و الشرائع الضرر بخروج المقسوم عن حد الانتفاع و أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمة كما إذا كانت الأرض فى المثال معدة للزراعة و مائها من ذلك البئر فإنها حينئذ لا ينتفع بها من الوجه الذى كان ينتفع قبل القسمة لكنها ينتفع بها بغير الزراعة من وجه آخر و لا- يتم على تفسير الكتاب و التحرير إلا بتقدير عدم احتياج الأرض المجمعولة قسيمة للبئر إليه فى الزراعة بأن تكون تسقى بالمطر بماء آخر غيره إلا أن تقول إن حكمهم فى المثال منزل على هذا التقدير و قد بنى هذا المثال فى التذكرة على تفسير الشرائع قال إنه مبنى على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمة (و قال) فى الدروس لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها و أمكن أن تسلم البئر لأحدهما مع قسمة الأرض تثبت الشفعة قيل و كذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازنا لما فيه الرحى و يلزم منه أنه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيقين و أمكن سلامة الحمام أو البيت لأحدهما أن تثبت و عندى فيه نظر للشك فى وجوب قسمة ما هذا شأنه انتهى و قد فهم منه فى جامع المقاصد أنه أشار بالقبيل إلى ما فى التذكرة فقال لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور (قلت) لعله أشار إلى ما فى التحرير نعم يرد عليه سؤال الفرق بين مسألة البئر و غيرها حيث جزم بها و تردد فى غيرها إلا أن تقول بتزليل مسألة البئر على ذلك التقدير و فيه مع أنه خلاف الظاهر أن بناء الضرر عنده على التقصان الفاحش ثم إن تعديل الأرض مع البئر إن كان ممكنا موجبا للقسمة فكذلك الحال مع الرحى و الحمام و غيرها

(قوله) (أو كان فى الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين)

كما نص عليه فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و وجهه ظاهر

(قوله) (أو كان الطريق واسعا لا تبطل منفعته بالقسمة)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية

(قوله) (و لو ضم المقسوم أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبت فى الثانى)

إجماعا كما فى جامع المقاصد و المفاتيح و قد نسبه فى التذكرة إلى علمائنا مؤذنا بدعوى الإجماع عليه و قد يظهر من المسالك

حيث اقتصر في نسبة الخلاف على بعض العامة لوجود المقتضى في أحدهما دون الآخر و إن كان البيع واحدا لصدقه على كل واحد بانفراده و لا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقر الضيعة و عدمه و لم يخالف في ذلك سوى مالك إلا إذ كان غير المشفوع طريقا أو شربا كما تقدم و لا يثبت للمشتري في المسألة الخيار لتبعض الصفة لأنه هو الذى أدخله على نفسه إلا إذا كان جاهلا

(قوله) (بنسبة قيمته من الثمن)

أى تثبت الشفعة من الثمن بنسبة قيمة المشفوع إلى مجموع القيمتين بأن تنسب قيمة المشفوع منفردا إلى قيمة المجموع فإذا قيل قيمة المجموع مائة و قيمة المشفوع ثمانون أخذه الشفع بأربعة أخماس الثمن

(قوله) (و إنما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع فلو وهب الشقص بعوض أو جعله صداقا أو عوضا عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة) إجماعا كما فى السرائر و التذكرة و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٨

و لو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة فى الطلق إن كان واحدا على رأى (١)

و مجمع البرهان و هو مجمع عليه اليوم كما فى التنقيح و هو المشهور بل كاد يكون إجماعا كما فى المسالك و قول ابن الجنيّد شاذ كما فى الدروس و فى المختلف و الكفاية أنه المشهور و قال فى المبسوط إذا تزوج و أصدقها شقصا فإنه لا يستحق الشفع عليها الشفعة لإجماع الفرقه و أخبارهم (و يدل) عليه أيضا الأصل بمعانيه الثلاثة فالمثبت هو المحتاج للدليل و لا تعارضه العمومات لأنك إذا حملت مطلقها على مقيدها وافقت (قال الصادق (ع) فى حسنة الغنوى الشفعة فى البيوع فإنه يدل بمفهومه لمكان تعريف الشفعة باللام على نفيه فى غيرها كما قاله فى قولهم (ع) الخيار فى الحيوان للمشتري و فرق بينه و بين قولنا الشريك له الشفعة فإنه إنما يدل بمفهوم الوصف كما إذا قلنا المشتري له الخيار (و نفاها) الباقر (ع) فى صحيحه أبى بصير عن المنقول بالصادق قال (ع) لا شفعة لأحد من الشركاء عليها و مناقشة المقداد فيه باحتمال كون نفي الشفعة لكثرة الشركاء لا للإصداق ليست فى محلها لأن أكثر أخبار الباب وردت بلفظ الجمع كما سمعت فيما سلف و سيأتى إن شاء الله تعالى (و قال) الصادق (ع) فى مرسله يونس الشفعة جائزة فى كل شىء إذا كان الشىء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره فهو أما مفهوم شرط أو قيد رتب الحكم عليه فما فى المسالك و كذا المفاتيح من أنه ليس عليه دليل صريح غير صحيح و قد مال إلى قول أبى على أن خصها بالمعاوضات المحضه فى الأول و قواه فى الثانى لأن أخذ الموهوب مثلا بغير عوض بعيد و به خارج عن مقتضى الأخذ و كذلك غير الهبة و قد نسا إليها ثبوتها فى الجميع و فيه (أولا-) أن نقلهما عنه غير صحيح لأن المحكى من عبارته فى المختلف إنما هو ثبوتها فى الهبة بعوض و غيره و هو الذى حكاه عنه الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى و غيرهما (و ثانيا) أن ذلك مبنى على العلة المومى إليها فى خبر عقبه لكنها لا جابر لها فى خصوص المسألة إذ قد عرفت أن الخبر غير صحيح (سلمنا) و ما كان ليكون لكنها لا تقوى على معارضة ما قدمنا

(قوله) (و لو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة فى الطلق إن كان واحدا على رأى)

عليه المتأخرون كما فى الدروس و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و عليه الفتوى كما فى التنقيح و هو خيرة السرائر و التحرير و التبصرة و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و هو المستفاد من كلام التذكرة من تعريفهم الشفع كما يأتى بأنه كل شريك بحصة مشاعه قادر على الثمن و فى المقتصر و المسالك و المفاتيح أنه حسن و لا يخفى عليك ما فى الدروس من نسبته إلى ابن إدريس و المتأخرين لأن المتقدم عليه من أصحاب الفتاوى غير ابن إدريس إنما هو المصنف و ولده فيما نجد (و قال) فى المبسوط إذا كان نصف الدار وقفا و نصفها طلقا فبيع الطلق لم يستحق أهل الوقف الشفعة بلا خلاف و ظاهره نفيه بين المسلمين و هو خيرة الشرائع و النافع و الدروس و الرياض قالوا لم يكن للموقوف عليه شفعة و لو كان واحدا فقد نصوا على العدم مع الوحدة و أثبتها فى الانتصار

للموقوف عليه مطلقا قال لإمام المسلمين و خلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد و مصالح المسلمين و كذلك كل ناظر بحق من وصى و ولى و ادعى على ذلك كله الإجماع و قال أيضا إنه من متفرداتنا و إن باقى الفقهاء مخالفون لنا و حكى عن التقى الموافقة له و لم نجده له فى الكافى و قال فى السرائر الأكثرون على خلافه و لا ترجيح فى الكفاية (حجة المتأخرين) أنه شريك مالك مقاسم لأن الموقوف عليه المنحصر مالك على المشهور بل ما وجدنا فيه مخالفا فقد وجد المقتضى و اندرج تحت قولهم (ع) فى عدة أخبار الشفعة لا تكون إلا لشريك لم يقاسم و نحوه مما هو بمعناه فاندفع جميع ما فى الرياض و لا- مانع إلا كونه محجورا عليه من التصرف و ذلك لا ينافى كونه مالكا مقاسما و من ثم ثبتت لغيره ممن هو محجور عليه فى التصرف فلا يضر نقص الملك لمكان الحجر بالتصرف كما فى الدروس و البحث على تقدير الانحصار و إن انكسر بعد ذلك كانتشار المملوك بالبيع و الموت و نحو ذلك (و المراد) انحصاره بالأصل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٢٩

و الأقرب عدم اشتراط اللزوم فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما و لا يسقط خيار البائع حينئذ (١)

فلا يكفى اتحاده بالعارض كما لو وقف على فقهاء البلد أو بنى فلان فانفق انحصارهم ذلك الوقت فى واحد فإنه لا شفعة لأن الأصح عدم انتقال الملك إلى الموقوف عليه غير المنحصر ابتداء و بذلك يعلم حال ما فى الشرائع من أنه ليس مالكا للرقبة على الخصوص و إجماع الانتصار موهون بحكاية الشيخ عدم الخلاف على خلافه و إطلاق الشيخ موهون بإطباق المتأخرين على خلافه و إطلاق الأخبار المتناول لما عليه المتأخرون و ليس نادرا لإطباقهم على الظاهر على كون المنحصر مالكا و لم يبق إلا شىء واحد و هو أن يقال إن الملك لا يفرز عن الوقف و نحن لا نقول به هذا و أما فى صورة العكس كما إذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح فإنها تثبت لصاحب الطلق قطعا كما فى الدروس و بلا إشكال كما فى المسالك و قد نص عليه فى التحرير و جامع المقاصد أيضا لوجود المقتضى و انتفاء المانع

(قوله) (و الأقرب عدم اشتراط اللزوم فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما و لا يسقط خيار البائع حينئذ) أما عدم اشتراط اللزوم و أنه لا فرق بين أن يشترك الخيار أو يختص فهو خيرة السرائر و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المختلف و الكتاب فيما يأتى أيضا و الإيضاح و اللمعة و جامع المقاصد فى موضعين منه و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح لكنه فى الإرشاد جعل الأخذ بعد انقضاء زمن الخيار لعدم الفائدة قبله إذ ليس له انتزاع العين قبله لعدم استقرار ملكه و الظاهر أنه لا يريد اللزوم لأنه لا مانع منه قبله فيكون غرضه الإرشاد و بيان عدم الفائدة و هو الذى فهمه منه المقدس الأردبيلي على الظاهر به صرح فى الفصل الثالث فى جامع المقاصد و قد جعله الشهيد الثانى قولاً على حدة و لعله لم يصادف محله نعم يرد عليه أن الفائدة تظهر فى النماء و غيره (و اختير) فى الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنية أن لا شفعة فى البيع الذى فيه الخيار للبائع أو لهما لأن الملك لم يزل عن البائع قالوا أما ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة لأن الملك قد انتقل للمشتري و زال عن البائع و هو المحكى عن أبى على و قال فى التحرير أولا فى قول الشيخ قوة من حيث إن فى الأخذ إسقاط حق البائع ثم قال بعد ذلك إنا فى ذلك من المتوقفين و لا ترجيح أيضا فى الدروس (حجة) السرائر و ما وافقها أن المقتضى و هو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود لمكان عموم النص من دون تبادل اللازم و الخيار غير صالح للمانع لأن التزلزل لم يثبت كونه مؤثرا (و قد يقال) إن المانع سقوط حق البائع من الخيار الثابت فى صلب العقد سابقا على حق الشفيع فإن ظاهر السرائر التى هى الأصل فى الخلاف سقوط خيار البائع كما فهمه منها الشهيد و المحقق الثانى فيكون أيضا ظاهر الشرائع و قد سمعت ما فى التحرير بل قال فى الدروس لا أعلم قائلا بأن أخذ الشفيع يقع بمراعى بمعنى أن فسخ البائع بطل البيع و الشفعة و إن لم يفسخ حتى خرجت المدة ثبت البيع و الشفعة معا (قلت) مراده قبل المصنف و ولده لأنه قد نسب قبل ذلك إلى المصنف (و كيف كان) فهو خيرة الكتاب و التذكرة و جميع ما ذكر

بعدها آنفاً (و ليعلم) أن كلام الشيخ متجه على أصله من عدم الانتقال و الشفعة إنما تكون بعد الانتقال و منه يفهم الحال فى كلامهم بالنسبة إليه (و أما) إذا كان الخيار للمشتري فقد نص فى الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنية أن الشفعة تجب للشفيع و له المطالبة بها قبل انقضاء الخيار صرح بهذا الأخير الشيخ و هو المحكى عن أبى على و فى المسالك أنه لا خلاف فيه و فى الكفاية الإجماع عليه و فى التذكرة أنه مذهبن لأن انتقال الملك عن البائع يحصل بنفس العقد و لا يتوقف على انقضاء الخيار و الشفعة مترتبة على صحة البيع و انتقال الملك إلى المشتري ليأخذ منه و يكون الدرك عليه لكن قد حكينا فى باب الخيار عن خيار الخلاف أنه إذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول و قد تأولناه له هناك (سلمنا) لكنه لم يوافق عليه أحد (و هل) يسقط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٠

و كذا لو باع الشريك ثبت للمشتري الأول الشفعة و إن كان لبائعه خيار الفسخ (١) فإن فسخ بعد الأخذ فالمشروع للمشتري (٢) فإن فسخ قبله فلا حق

حينئذ خيار المشتري أم لا قال فى التذكرة يثبت له خيار الفسخ و ذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة و قال فى المسالك ظاهرهم سقوط الخيار و فى المفاتيح أنه ظاهر الأكثر و فى الحكايتين تأمل ظاهر إن كانا فهما ذلك من كلامهم مع أن الأول حكاه فى الروضة عن الشهيد احتمالاً - و ستسمعه قريباً و إن كانا فهما ذلك من أنه إذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار ففيه أن البائع و الأجنبى يثبت لهما ذلك مع عدم الملك و وجهه أى سقوط خياره أنه لا فائدة فى فسخه لأن غرضه على تقديره حصول الثمن و قد حصل من الشفيع (و قال) فى الدروس و يلزم على قول الفاضل و عنى به كون أخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعى أن تكون المطالبة يعنى الأخذ على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاةً أيضاً (قلت) قد سمعت ما فى التذكرة من التصريح بذلك قال فى الدروس و يمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري كما لو أراد الرد بالعيب فأخذه الشفيع و لأن الغرض الثمن و قد حصل من الشفيع إلا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرك عنه انتهى و معناه و لا كذلك الرد بالعيب فإنه إنما يثبت له لأجل الظلامة و ذلك يزول بأخذ الشفيع (قلت) و هذا فيه الدرك أيضاً فينبغى له إبداء الفرق و لا - فارق فليكن ما نحن فيه كذلك لكنهم سيأتى لهم مكرراً أن الأمر فى الدرك سهل و لا بد فى تحرير هذا من الرجوع إلى ما كتبناه فى شرح قوله فيما يأتى فإن تقايل المتبايعان أورد بعبء للشفيع فسخ الإقالة و الرد فإننا استوفينا فيه الكلام و حررناه بما لا يوجد فى كتاب و هذا الجواب منه هو الوجه فى الملازمة التى ألزم بها الفاضل و معناه أن المشتري يتعلق غرضه بالخيار بغير الثمن كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه (قلت) يمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرك عنه هذا و كان الأولى بالمصنف أن يقول و لا يسقط خيار ذوى الخيار ليشمل ما إذا كان الخيار لأجنبى بل ما إذا كان المشتري منفرداً أو منضمماً و لعله أراد التنصيص على رد ما ظهر من ابن إدريس و يأتى لهم فى مسقطات الشفعة كلام فيما إذا كان الخيار للشفيع و اختار الإمضاء

(قوله) (و كذا لو باع تثبت للمشتري الأول الشفعة و إن كان لبائعه خيار الفسخ)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه لو باع الشريك الآخر الذى لم يبع حصته و هو الشفيع حيث لم يأخذ فى صورة ما إذا اشتمل البيع الأول على خيار فللمشتري الأول و هو الذى اشتمل بيعه على خيار الأخذ بالشفعة لأنه شريك حقيقه و إن كان يبيعه مشتملاً على خيار إذ لا منافاة بين ثبوت الخيار و كونه مالكا المقتضى لكونه شريكا و العبارة تعطى بأن استحقاقه الشفعة ثبت له مع الخيار مطلقاً أى سواء كان للبائع أو له أى المشتري الأول أو لهما و أن الفرد الأخرى هو ما إذا كان الخيار للبائع كما هو قضية العطف يان الوصلية مع أن ثبوت الشفعة إذا كان الخيار له أى المشتري الأول أخفى خصوصاً إذا جاء الفسخ من قبله فإما أن لا يكون العطف صحيحاً أو يكون المراد عدم ثبوت الشفعة إذا كان الخيار للمشتري و الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الخيار له أو لا كما بين ذلك

كله في جامع المقاصد لكن عبارته لا تخلو عن حزاؤه وإيهام (و قد يقال) إن غرضه إيان الوصلية التعريض بالقائلين بأن لا شفعة في البيع الذي فيه خيار البائع فيكون المراد أنا نثبتها للمشتري في هذا الفرع الخفى و إن كان فيه خيار لبائعه فما ظنك بما إذا باع أحدهما بخيار و أخذ الآخر الأصيل الذي هو محل النزاع المتقدم بل الظاهر أنه لم يرد غيره و قد رتب الحكم المذكور في التحرير و التذكرة و الدروس على كون الخيار للبائع و إن عدم الأخيران الترجيح و هذا يشهد على ما فهمناه على أنا قد نقول إن ما ذكره المصنف هو الأخرى كما لا يخفى

(قوله) (فإن فسخ بعد الأخذ فالمشروع للمشتري)

أى إذا فسخ بائع هذا المشتري بعد أخذه حصة الشريك الآخر الذي باع حصته أخيراً فالمشروع له أى المشتري لأنه فى وقت الأخذ كان شريكاً فاستحق الشفعة فلما أخذ عن استحقاق و صار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣١

البائع و للمشتري (و فى المشتري خ ل) إشكال (١)

(الفصل الثانى فى الأخذ و المأخوذ منه)

أما الآخذ

فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن (٢) فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأى (٣)

مالكا حقيقة لا يضره طرو الفسخ المزيل للملك كما لو زال بسبب آخر و على قول الشيخ بعدم انتقال المبيع إلا بعد انقضاء خيار البائع يجب أن يكون الأخذ له لبقاء الشركة و لو فسخ فأولى (قوله) (و إن فسخ قبله فلا حق للبائع و للمشتري إشكال)

أى إن فسخ البائع المذكور قبل أخذ المشتري منه حصة الشريك الآخر فلا حق له أى البائع الفاسخ فى الشفعة لأنه وقت البيع الثانى لم يكن شريكاً و شرط استحقاقها ثبوت الشركة وقت البيع و أما المشتري منه ففى استحقاقه الشفعة بعد فسخ بائعه بيعه إشكال ينشأ من سبق ثبوته و الأصل بقاءه و من زوال سبب الاستحقاق قبل الأخذ فيزول الاستحقاق و بعبارة أخرى من زوال العلة الموجبة أعنى الملك و قد اشتمل زوالها على نفى حكمه السبب و هى ضرر الشركة فكان مانعا و الأصح أنه لا حق له كما فى جامع المقاصد و كأنه مال إليه فى الإيضاح فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكاً وقت البيع و وقت الأخذ فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفيعته إن كان عالماً و فى بقاء شفيعته لو باع قبل علمه ببيعه وجهان يأتيان ببركات خير خلقه محمد و آل الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين

الفصل الثانى فى الأخذ و المأخوذ منه (قوله) (أما الآخذ فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن)

قد عرفه بذلك فى الشرائع بترك المتحد و هو تعريف له باعتبار قيوده المتفق عليها و تعريف المصنف مبنى على مختاره و كلاهما يشملان الموقوف عليه خاصاً و يراد بالقادر القادر بالقوة و الفعل و يشمل الثمن المثلّى و القيمى كما يأتى التنبيه على ذلك كله

(قوله) (فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأى)

هو خيرة الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام لأن الظاهر عندنا أنه لعلى بن بابويه و رسالته أى على بن بابويه فيما حكى عنها و المقنع و المقنعة و الإنتصار و التهذيب و الإستبصار و النهاية و الخلاف و المبسوط و المراسم و الكافى و المهذب و الوسيلة و فقه القرآن للراوندى و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الدروس و

اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح (و هو) المحكى عن الطبرسى و الكيدرى و والد المصنف (و قد) حكى عليه الإجماع فى الإنتصار و الغنية و السرائر و التنقيح و ظاهر الخلاف حيث قال عندنا و أنه انفراد لنا و نحوه قوله فى المبسوط لم يوافقنا عليه أحد و فى الإنتصار أيضا أنه من متفرداتنا و فى التنقيح أيضا أن عليه الفتوى (و فى) الدروس و جامع المقاصد أنه المشهور و كاد يكون إجماعا (و فى) المقتصر و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح أنه المشهور و فى المبسوط و كشف الرموز و التذكرة و المسالك و مجمع البرهان أيضا أنه مذهب أكثر علمائنا و فى الأول فى مقام آخر أنه مذهب أكثر علمائنا المحصلين و فى المهذب أنه الظاهر من مذهبنا و فى جامع المقاصد أيضا أنه المذهب و فى النافع روايته أشهر و فى الروضة أنه أشهر القولين (و فى) التذكرة أن الجمهور كافة على الثبوت مع التعدد و لا ترجيح فى الإيضاح و المسالك و كذلك الكفاية فى غير العبد و فيه وافق الأصحاب (و المخالف) أبو على فيما حكى و الصدوق فى الفقيه و قد اختلف النقل عن أبى على ففى الإنتصار أنه يوجب الشفعة فى العقار فيما زاد على اثنين و إنما يعتبر الاثنين فى الحيوان خاصة و هذا هو خيرة الفقيه كما فهمه منه المصنف فى المختلف و ولده و كاشف الرموز و الشهيد فى الدروس و غيرهم و قد نسب إليهما معا ثبوتها مع الكثرة من دون تفصيل أبو العباس فى المقتصر و المهذب و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و غيرهما و حكى المصنف فى المختلف و ولده عن أبى على ثبوتها مع الكثرة و حكى عن الصدوق فى الفقيه التفصيل المذكور و حكى فى الشرائع و التحرير فى المسألة ثلاثة أقوال (الأول) أنها تثبت مطلقا على عدد الروس (الثانى) أنها تثبت فى الأرض مع الكثرة و لا تثبت فى العبد إلا للواحد (الثالث) المشهور فالقول الأول إن لم يكن لأبى على كان مما لا قائل به فيما نجد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٢

.....

و القول الثانى لم نجد القائل به قبل صاحب الكفاية لأن الصدوق يشترط الاتحاد فى مطلق الحيوان و لا يخصه بالعبد (و ليعلم) أن الصدوق قصد بذلك الجمع بين الأخبار و هو وهم صرف لأنه قال بعد إيراده مضمون رواية يونس يعنى بذلك الشفعة فى الحيوان وحده مع أن الإمام عليه السلام قال فيها الشفعة واجبة فى كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع بشرط أن يكون ذلك الشىء بين شريكين لا غيرهما اثنين لا أزيد فلا مجال للتخصيص هنا بالحيوان على أن المتبادر منه فى هذه الأخبار مطلق الحيوان أو الصامت كما أفصحت به صحيحة الحلبي فكان الأولى أن لا يعد قولاً لأنه نشأ عن وهم محض (إلا أن تقول) إن الذى دعاه إلى ذلك استقامة السيرة و استمرار الطريقة على ذلك (قلت) لو كان كذلك لما خالف ذلك هو و أبوه فى المقنع و الرسالة و معاصروه على أنا قد بينا فيما سلف أن السيرة مستقيمة و الطريقة مستمرة على عدم الشفعة فى الحيوان أصلاً (و من العجيب) قوله فى المختلف إن قول أبى على لا يخلو من قوة و تخطئه و ولده لابن إدريس فى دعوى الإجماع لمكان خلاف أبى على الذى لم يزل موافقا للعامة و كم من قول له انعقد الإجماع على خلافه و إن كان لكان خلاف الصدوق أيضا فهو أيضا فى غير محله مع أنه نقل هو فى المختلف كلامه و عرف منشأه ثم إنه ينبغى لهما أيضا أن يخطئنا علم الهدى و أبى المكارم و الشيخ فى ظاهر الخلاف و كذا المبسوط و يقرب من ذلك ما فى المهذب البارع و المسالك من أن دليل أبى على أمتن كما فى الأول و أنه أكثر و أوضح و أصح كما فى الثانى و ستعرف الحال (و أما) قول صاحب الكفاية ضعيف جدا مع أنه فيما سلف نفى البعد عن عدم ثبوتها فى المنقول من عبد و غيره (و كيف كان) فدليل المشهور الإجماعات المعتضدة بالشهوات المنقولة فى اثنى عشر موضعا و قد سمعت ما فى الدروس و جامع المقاصد من أنها كادت تكون إجماعات مضافا إلى الأصل بمعانيه الأربعة و إطباق العامة على خلافنا كما سمعت عن السيد و الشيخ و الأخبار (فمنها) صحيحة عبد الله بن سنان على الصحيح فى العبيدى عن يونس الصريح فى ذلك قال (ع) لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة (و مثلهما) فى الصراحة مرسله يونس (و مثلهما) فى الصراحة ما فى الفقه المنسوب

إلى مولانا الرضا (ع) إن صحت النسبة قال إذا كان الشريك أكثر من اثنين فلا شفعة لواحد منهم (و مثلها) في الصراحة صحيحة عبد الله بن سنان و موثقتة و صحيحة الحلبي و حسنته الواردات في المملوك و الحيوان إذ لنا أن نعمل ببعض الخبر و نترك بعضه (إلا أن تقول) إن ذلك في غير ما هو من هذا القبيل مما يستقل و لا كذلك ما هنا لأنه قال (ع) لا شفعة في حيوان إلا يكون الشريك فيه واحدا و الباقي من ذلك مثل ذلك (فقول) إن في غيرها أكمل بلاغ (و أما) ما يدل على الشفعة مع الكثرة فخير السكوني و طلحة بن زيد الشفعة على عدد الرجال و على الرجال و قد حملهما الشيخ و الجماعة على التقيّة و في سندهما ما يدل على ذلك و قد علمت إطباق العامة على ذلك (نعم) قد يوهم الدلالة على هذا القول حسنة منصور بن حازم و موثقتة و رواية عقبه حيث وردت بلفظ الشركاء و أقل الجمع ثلاثة و كذا لفظ القوم في إحدى روايتي منصور و قد حمل في الدروس روايتي منصور على التقيّة (و أجاب) جماعة منهم السيد في الانتصار و الشيخ في الإستبصار بحمل الجمع على الاثنين و هو مجاز شائع ذائع في الآيات و الروايات قال الله عز و جل فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ (سلمنا) و ما كان ليكون لكنها لا تقوى على معارضة المشهور من وجوه شتى (و يبقى) الكلام في الكثرة المانعة فهل المراد بها الكثرة السابقة على عقد البيع كأن يكون ثلاثة فيبيع أحدهم أو الأعم منها و من اللاحقة كما لو كان الشريكان اثنين و باع أحدهما نصيبه من اثنين فلا يصح الشريك الآخر الأخذ منهما و لا من أحدهما لمكان الشركة اللاحقة لأن كل واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصا إذا اشتريا على التعاقب و لم يعلم الشريك الآخر إلا بعد شرائهما و قيل إنها إنما تمنع في المثال فيما إذا أخذ من أحدهما دون الآخر أما إذا أخذ من الجميع فلا لأن الشريك

المستحق المشفعة واحد أقوال (و ظاهر) قوله (ع) فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة يقضى بنفى الاستحقاق في المثال مطلقا و هو ظاهر المحقق الثاني و الشهيد الثاني و التفصيل ظاهر المصنف في آخر الفروع على القول بالكثرة و ظاهر الشهيد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٣

و لا للعاجز (١) و لا المماطل و الهارب (٢)

□

حمل الكثرة على السابقة ذكره في حواشيه و هو المتبادر من الفتاوى و من إطلاق غير خبر عبد الله بن سنان كقوله (ع) في مرسله يونس بشرط أن يكون ذلك الشيء بين شريكين لا غيرهما مضافا إلى الاستصحاب و عدم عده في المسقطات لأحد منهم و تمام الكلام في أواخر الفروع المترتبة على القول بالكثرة ثم إن المحقق الثاني في أوائل المقصد الرابع قد خالف ما حكيناه عنه هنا عند شرح قوله و لو باع بعض نصيبه و قلنا بشبوتها مع الكثرة فليلاحظ ذلك

(قوله) (و لا لعاجز)

إجماعا كما يفهم من المسالك في قيود تعريف الشفع حيث قال هذا تعريف الشفع باعتبار قيوده المتفق عليها و بلا خلاف كما في الغنية و الرياض و في مجمع البرهان يمكن أن يكون دليلا لإجماع و قد صرح بالحكم في النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها و هو معنى ما في التبصرة و اللمعة و غيرهما من اشتراط القدرة على الثمن (و دليله) بعد الإجماع الأصل و أنه ضرر على المشتري و البائع و إن غيره المتبادر من إطلاق النص و الفتوى بل يمكن الاستدلال عليه بحسنة على بن مهزيار بالنهدى و هو الهيثم الواردة في تأجيل مدعى غيبة الثمن ثلاثة أيام و نفى الشفعة إن لم يحضره بعدها و ينبغى إيرادها لأنها تنفع فيما يأتي من المماطل و الهارب قال سألت أبا جعفر الثاني (ع) عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أو يبيعهها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثة أيام فإن أتاه بالمال و إلا فليبيع و بطلت شفعتها في الأرض و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلد و ينصرف و زيادة ثلاثة أيام إذا قدم فإن وفاه و إلا فلا شفعة (و المراد) بصاحب الأرض المشتري و يدل عليه إطلاق لفظ الشفعة التي هي حقيقة لغو و عرفا و شرعا في الاستحقاق بعد البيع

(و تحذلق) هنا صاحب الحدائق و قال إن موردها الشفعة قبل البيع و إن المراد بصاحب الأرض المالك الأول و إن الأصحاب قاسوا حال المشتري على البائع (و فيه) أنه إذا سلم ظهورها فيما قال فالإلحاق من باب تنقيح المناط بالعقل أو بالإجماع أو بهما على أنه أخذ ذلك من المقدس الأردبيلي (و يتحقق) العجز باعترافه أو شهادة القرائن القطعية أو عدم مشروعية استدانته و هل يتحقق العجز بفقره و إيساره قال في جامع المقاصد فيه نظر لإمكان أن يحصله بقرض و نحوه فينتظر به ثلاثة أيام انتهى و قال في المسالك بعد أن تردد أيضا إن الأجل عدم و قد تقدم له في تعريف الشفيع الجزم بذلك و حكم أيضا بإنظاره ثلاثة أيام و لعلهما استفاد التحديد بالثلاثة من الحسنه كما عرفت لأنها ليست صريحة في أن التأخير من حيث غيبه الثمن بمعنى أنه موجود و ليس بحاضر بل الظاهر منها ما هو أعم من ذلك و من عدمه بالكلية أو مطله به لأن معنى لم ينض لم يحصل فتأمل و في مجمع البرهان أن الأولى في هذا أن يناط بالوقت الذي يضر الصبر إليه عرفا بالمشتري أو البائع عرفا و لعله لا يتم على القول بالضرر و لا على القول بالتراخي فتأمل و لا يجب قبول الرهن و الضامن و العوض كما في التحرير و الدروس و الروضة (قوله) (و لا المماطل و المهارب)

كما في الشرائع و ما ذكر بعدها فيما قبلها و صرح في النهاية و السرائر بذلك في المماطل لأن المطل و الهرب كالعجز بل أقبح لكن أخرجهما بقيد القدرة و فيه ما لا- يخفى لصدق القدرة عليهما بالفعل و إرادة لازم القدرة منها و هو دفع الثمن لأن كان هو الغاية المقصودة منها إطلاقا لاسم السبب على المسبب لا تستحسن في التعاريف و إن كانت شائعة في غيرها و ظاهر إطلاقهم كما في جامع المقاصد أن المطل يتحقق قبل الثلاثة و لا يشترط فيه ثلاثة أيام لأنها للعجز و لا عجز و يحتمل إلحاقه به لظاهر الحسنه كما عرفت و لعل الأولى لإناطة بالضرر بالصبر و إن قل عن الثلاثة لأن المماطل هو القادر و لا يؤدي فتأمل (و يعلم) أن العلم بأنه مماطل من قبل لا يمنع من أخذه بالشفعة و أما الهارب ففي التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك أنه إن كان هربه قبل الأخذ فلا شفعة له قالوا و إن كان بعده

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٤

فإن ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام فإن أحضره و إلا بطلت شفيعته بعدها و لو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه و ثلاثة أيام بعده (١) ما لم يستضر المشتري (٢)

فالمشتري الفسخ و لعل الوجه في الأول منافاته الفورية و في الثاني عموم لا ضرر و لا ضرار و في التحرير و ما ذكر بعده أنه لا يتوقف على حكم الحاكم لمكان الضرر و إن لم يكن له أي المشتري ذلك في المبيع إذا هرب المشتري أو أخر الدفع لأن البيع حصل باختيارهما و هنا أخذه الشفيع لغير اختيار لإزالة الضرر عن نفسه فإذا اشتمل على إضرار المشتري منع و في التذكرة أن النسخ للحاكم (قوله) (فإن ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام فإن أحضره و إلا بطلت شفيعته بعدها و لو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه و ثلاثة أيام بعده)

كما صرح بذلك كله في النهاية و المهذب و الكافي و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و غيرها (و الأصل) في ذلك كله حسنه ابن مهزيار المتقدمة و قد سمعتها و عرفت الحال فيها فيما أورد على الاستدلال بها و عليها العمل كما في المفاتيح و يمكن أن يقال إنه يظهر من الغنية دعوى الإجماع كما ستسمع و لعل المراد ببطان الشفعة إن لم يحضره أنها تسقط إن لم يكن أخذ و أنه يتسلط على الفسخ إن كان قد أخذ كما نبه عليه في التذكرة و صرح به في جامع المقاصد و المسالك و في الكفاية أن هذا التفصيل غير مذكور في الرواية و نعم ما قال إذ أقصى ما يقال من طرف المفصلين مع الغرض عن الشق الأول لأنه لا يمكن إرادته من الرواية لأنه مبني على أنه طلب الشفعة في الرواية ليس بمعنى التملك و الأخذ بل بمعنى أنه قال إنني أريد أن آخذ و هو باطل من وجوه

عديده يأتي بيانها في الفصل الثالث أن الحكم بالبطلان إنما هو لمكان مراعاة المشتري فإذا رضى بالتأخير فقد أسقط حقه و أقصى ما دلت عليه الرواية أن حق الشفيع يسقط بمعنى أنه ليس له المطالبة بالشفعة و هو لا يستلزم سقوط حق المشتري من مطالبة الشفيع بالثمن بعد أخذه بالصيغة الناقلة و رضا المشتري بالتأخير و لا دلالة فيها على بطلان حق الشفيع إذ الشأن فيها كالشأن فيما ورد في خيار التأخير من أنه لا يبيع له مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحة و بقاء الخيار لا فساده من أصله فمعنى قوله (ع) بطلت الشفعة في الفرض الأول في الخبر أنه لا شفعة له كما قال (ع) ذلك في الفرض الثاني و معنى قوله (ع) لا شفعة له أنها غير لازمة كما قلناه في قوله (ع) لا يبيع له في خيار التأخير من أن معناه لا يلزم البيع هذا أقصى ما يمكن أن يقال في توجيه ذلك و هو خروج عن صريح الرواية لأنها صرحت بالبطلان فيكون معنى قوله (ع) لا شفعة له أنها باطله فيحمل الظاهر أو المحتمل على الصريح لا العكس ثم إنه إذا بطل حق الشفيع و صار كالأجنبي كيف يبقى حق المشتري و كيف يكون من قبيل قوله (ع) في خيار التأخير لا يبيع له و يأتي لنا في أول الفصل الثالث تحرير ذلك كله هذا و ظاهر الرواية يشعر بأن ابتداء الثلاثة من حين علمه بالبيع لا من حينه لأن المتبادر من قوله فذهب انتظار الثلاثة من حين ذهابه لإحضار المال و هذا الذهاب واجب فوراً كما كان أخذه فوراً من حين العلم و تعتبر الثلاثة ملفقة لو وقع البيع في خلال اليوم كما في جامع المقاصد قال و هل تعتبر الليالي بحيث تلفق ثلاثة أيام و ثلاث ليال لا تصريح بذلك و لو قلنا إن مسمى اليوم شامل لليل اعتبر نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالي داخله تبعاً انتهى (قلت) قد قلنا في مثله كخيار الحيوان و نحوه باعتبار الليالي لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثلاثة حذراً من اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد إلا أن تقول إن هذه الكلمة تقال عرفاً مع خروج الليلة الثالثة حيث لا قرينة تعين دخولها أو خروجها و لو احتيج إلى الرفيق حيث يذكر أنه في بلد آخر انتظر حصوله كما هو المستمر في العادة و لا يجب عليه استيجاره و الظاهر أنه لا يستثنى له وقت يكون فيه في ذلك البلد زيادة

(قوله) (ما لم يستضر المشتري)

قد صرح به في النهاية و كثير مما تأخر عنها و في الغنية الإجماع عليه قال هذا إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر فإن أدى إلى ذلك بطلت الشفعة بدليل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٥

فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام و إن اشتراه من ذمي و إلا فلا (١) و للأب و إن علا الشفعة على الصغير و المجنون و إن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال (٢) و كذا الوصي على رأى (٣) و الوكيل (٤)

إجماع الطائفة و في مجمع البرهان أن ظاهر الرواية عدم التقييد بعدم الضرر و كأنهم قيدوه به لأنه منفي عقلاً و نقلاً لكنه غير ظاهر لأننا نجد وقوع الضرر في الشرع كثيراً فليس له ضابط واضح (قلت) الضابط في ذلك العرف فيتحقق ضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بمثله فحينئذ إنما يثبت التأجيل بما ذكر إذا لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بمثله كسفر من بالعراق إلى الشام و نحو ذلك

(قوله) (فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام و إن اشتراه من ذمي و إلا فلا)

فلا شفعة لكافر على مسلم كما صرح به في المقنعة و الإنتصار و النهاية و المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و فقه الراوندى و الغنية و السرائر و سائر ما تأخر عنها و قد حكى عليه الإجماع في الإنتصار و الخلاف و المبسوط و الغنية و مجمع البرهان و ظاهر التذكرة حيث نسبه إلى علمائنا و في السرائر أنه لا خلاف فيه و في المسالك كأنه موضع وفاق لأن الشفعة حق قهري فلا يثبت للكافر على المسلم لقوله جل شأنه وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً و في الخبر ليس لليهودى و لا النصراني شفعة و قد قالوا إن المراد على المسلم للإجماع على ثبوتها لهما على غيره حكاه جماعة و اختصاص النص و أكثر الفتاوى بالذمي لعله لندرة اتفاق شركة المسلم مع الحربى أو للتبني على الأدنى بالأعلى و لا فرق في ذلك بين أن يكون البائع مسلماً أو ذمياً لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري فإن لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط إسلام الشفيع و إن كان البائع مسلماً

(قوله) (و للأب و إن علا الشفعة على الصغير و المجنون و إن كان هو المشتري أو البائع عنهما على إشكال)

ينشأ من أن إيقاع العقد يتضمن الرضا به و ذلك مسقط للشفعة و هو خيرة المختلف وحده لا- شريك له و من أن إيقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ بالشفعة و تحقيق لسببه فلا- يكون الرضا به مسقطا لها إذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضى الرضا بالمسبب و بعبارة أخرى و هى أن إيجاد العلة و هى البيع لا ينافى طلب المعلول و هو الشفعة و هو خيرة المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة (لا يقال) إن البيع و الشراء مع إرادة الشفعة لا يقعان صحيحين إذ لا غبطة لهما فى ذلك (لأننا نقول) إن المفروض صحة التصرف و هى مقيدة بالمصلحة فمتى وجدت صح و إلا فلا و الكلام فى الصبى و المجنون و لا- ريب أن للأب و إن علا الشفعة على الولد للعموم و لا بحث فى البالغ العاقل و هل يستحق الولد على الوالد الشفعة قال فى جامع المقاصد فيه احتمالان و فى الاستحقاق قوة (قلت) هو قضية العموم

(قوله) (و كذا الوصى على رأى)

أى له الأخذ بالشفعة إذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه كما هو خيرة التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و قال فى الشرائع لو قيل به كان أشبه و قد فهم منه فى المسالك أنه خيرته و قال فى المبسوط إذا باع ولى اليتيم حصته من المشترك بينه و بينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلا أن يكون أبا أو جدا لأن الوصى متهم فيؤثر تقليل الثمن و لأنه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب و الجد انتهى (و فيه) أن المفروض وقوع البيع على الوجه المعتبر ثم إن فى خبر السكونى وصى اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة فيه فقد دل على كونه مثل الأب فى جميع الأمور حتى فى الأخذ بالشفعة و ظاهر المختلف الإجماع على أنه يجوز للوصى أن يشتري لنفسه كالأب و الجد و هو كذلك هذا و لو رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة فلا بحث فى الصحة كما فى جامع المقاصد و المسالك لارتفاع التهمة و الاستناد إلى الرضا بالبيع قد تبين فساد

(قوله) (و الوكيل)

أى فى الشراء و البيع له أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولا واحدا كما فى جامع المقاصد و قد نص على الحكم فى الخلاف و السرائر و الشرائع و غيرهما و يأتى فى مسقطات الشفعة للمصنف و غيره أنه غير مسقط و منع من مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٦

و تثبت للصغير و المجنون و يتولى الأخذ عنهما الولى مع المصلحة (١) فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة (٢)

أخذه فى المبسوط و المختلف و استشكل فى التذكرة (و مستند) الأول التهمة فى تقليل الثمن و أنه لا يجوز له شراؤه من نفسه و الأخيرين إن قصد البيع و رضاه به مسقط لها كما تقدم و قد عرفت الجواب عنهما و أن المسقط إنما هو رضاه بالبيع لبقى ملكا للمشتري و هد غير لازم حصوله عن كونه و كيلا لأحدهما فى العقد و إلا فلا ريب أن من يتوقع الشفعة راض بوقوع البيع و يزيد الأول أن الموكل ناظر لنفسه يعترض و يستدرك أن وقف على تقصير

(قوله) (و تثبت للصغير و المجنون و يتولى الأخذ عنهما الولى مع المصلحة)

قد صرح بأن ولى الصبى اليتيم يأخذ له بالشفعة فى المقنع و النهاية و زيد المؤف فى المقنع و الوسيلة و قد عبر عن ذلك بأن لولى غير كامل العقل أن يأخذ له بالشفعة فى الغنية و المراسم و هو يشمل الصبى و المجنون و السفية و بالثلاثة عبر فى الخلاف و المهذب و وافقهما على ذلك جماعة منهم المصنف فى الكتاب و المحقق الثانى كما ستعرف و الأكثرون اقتصروا على الصبى و المجنون كما فى التذكرة و كثير مما تأخر عنها و فى الخلاف و الغنية و التذكرة الإجماع كل حكاها على ما ذكره و فى مجمع البرهان أن قيام الولى مقام المولى عليه فى أخذ الشفعة كأنه لا خلاف فيه و فى جامع المقاصد لا شبهة فى ثبوت الشفعة للصبى و المجنون بشروطها و به رواية عن على عليه السلام و ستسمع أن ليس للمجنون فى الرواية ذكر و فى الكافى و الغنية و السرائر أن المطالب بالشفعة فلمولى

عليه وليه أو الناظر فى أمور المسلمين فقد زاد و الحاكم و قد يرد من الولى فى كلام الباقيين فتأمل (و أول) من قيد ذلك بالمصلحة و الغبطة المحقق فى الشرائع و النافع و تبعه غيره و هو المراد بالرغبة فى الرواية كما ستسمع و تركه فى كلام المتقدمين لظهوره و وضوح أنه لا بد منه و قد نبه عليه فى الخلاف فى المسائل الآتية (نعم) ستسمع عن فخر الإسلام أنه يكفى فى أخذ الولى عدم المفسدة (و كيف كان) فدليلهم على أخذ الولى له بعد الإجماعات أنه كسائر التصرفات مضافا إلى العمومات المعتضدة بالوجه الظاهر من الحكمة المشتركة و قول أمير المؤمنين (ع) فى خبر السكونى المنجبر بعمل الفرقة وصى اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة فيه و قال للغائب شفعه و هو و إن خص اليتيم و الغائب إلا أنه لا قائل بالفصل بين الصبى و المجنون بل و السفية و اقتصار بعضهم على الصبى لعله لا يشتراك المجنون بل و السفية معه فى جميع الأحكام إلا ما قل مع المحافظة على مورد النص فتأمل و قد سمعت ما فى جامع المقاصد من جعل الصبى و المجنون من سنخ واحد حيث نسب ذلك إلى الرواية (و الظاهر) أن ذلك غير واجب على الولى للأصل و عدم تصريح أحد بالوجوب بل ظاهرهم عدمه حيث يقولون كان لوليه فوليه يتولى الأخذ له الولى و لم يقل أحد على الولى أو يجب على الولى (نعم) احتمل المقدس الأردبيلى فيما يأتى فى مسألة ما إذا أهمل أن يكون إهماله حراما ثم استظهر عدم كما ستسمع و يعلم من ذلك ثبوتها للمولى عليه مضافا إلى عموم أخبار الباب المتناولة للمولى عليه و غيره و أثبت الشهيدان للمفلس الشفعة وفاقا للتذكرة و قال - إنه لا - يجب على الغرماء تمكينه من الثمن فإن بذلوه أو رضى المشتري بذمته و أخذ تعلق بالشقص حق الغرماء قال فى الروضة و لا يجب عليه الأخذ لو طلبوه منه مطلقا أى سواء بذلوا له الثمن أو رضى المشتري بذمته و تمام الكلام عند تعرض المصنف له فيما يأتى

(قوله) (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة)

إذا كان الحظ فى الأخذ و أهمل الولى كما فى الخلاف و التحرير و المقنعة فى خصوص الصبى مع ترك القيد فى المقنعة و كما فى الغنية و السرائر مع ترك القيد و الشرائع و النافع و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية فيه و فى المجنون و فى الغنية الإجماع عليه و كما فى الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و المفاتيح فيهما و فى السفية (و دليله) فيهما بعد الإجماع معلوما و منقولاً أن التأخير وقع لعذر و تقصير الولى بالتراخى لا يسقط حق المولى عليه و الحق ليس متجددا له عند الكمال بل هو مستمر و إنما المتجدد له أهلية الأخذ فالملك باق للمشتري

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٧

إلا أن يكون الترك أصح (١)

إلى حين الأخذ و ليس فى ذلك إلا حصول الضرر على المشتري بطول انتظار ارتفاع الموانع و مقتضى تعارض الضررين الرجوع إلى حكم الأصل (و يدفعه) إطباقهم على ذلك و لعله لمكان إطلاق الخبر فى ذلك مع أنه هو الذى أدخل الضرر على نفسه بشرائه شقص شريك اليتيم مضافا إلى إطباقهم على مثل ذلك فى الغائب و إن طالت المدّة و قال الشهيد إن الأقرب أن للولى ذلك لبطلان الترك (و ليعلم) أن عفو الولى كتركه كما نص عليه فى التذكرة و هو قضية كلام الباقيين و فيها و فى التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد أنه لو عفا الولى مع غبطة الأخذ كان للولى أيضا المطالبة و المصنف استشكل فيه فيما يأتى من الكتاب من أدائه إلى التراخى و من أن الحق ثبت للطفل و الفرض بطلان العفو للولى المطالبة به كسائر الحقوق و تقصيره لا يسقط حق الطفل و المصنف جعل الفرق بين الولى و الصبى فاستشكل فى الأول كما عرفت و جزم بأن للصبى المطالبة عند كماله أن الصبى يتجدد له الحق عند بلوغه فلا تراخى و قد عرفت أن المتجدد له إنما هو أهلية الأخذ و قد يرد بالحق فى كلامه أهلية الأخذ بل لا يتم وجه الإشكال إلا به و إلا لتناقض قوله من أدائه إلى التراخى و من أن الحق ثابت للطفل عند التأمل و إمعان النظر (و ليعلم) أنه لا غرم على الولى و قد نص عليه فى التحرير و قال المقدس الأردبيلى يمكن أن يكون إهمال الولى مع المصلحة حراما فتسقط العدالة و الولاية إن كان كبيرة أو

مع الإصرار و الظاهر العدم للأصل و لعل احتمالاه كون الإهمال كبيرة لأنه كالإتلاف و الإتلاف كالأكل (قوله) (إلا أن يكون الترك أصلح)

كما في التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و منه ما إذا ترك لإعسار الصبي فإنه ليس له و لا للصبي الأخذ بعد يساره كما نص عليه فيما يأتي من الكتاب و لو كانت الغبطة في الترك فترك أو عفا ثم صار الحظ في الأخذ لم يكن له و لا- للصبي إذا بلغ الأخذ نص عليه في التحرير و (قال) في الخلاف إذا كان للصبي شفعة و الحظ له في تركه فتركه الولي و بلغ الصبي و رشد فله المطالبة بالأخذ و له تركه لأنها حقه و ليس على إسقاطها دلالة و أيضا جميع العمومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضوع و لا دلالة على إسقاطها بترك الولي انتهى و لعله لذلك تركه الأكثر فتأمل (و فيه) أنه إذا كان الحظ في العفو أو الترك فعفا أو ترك وجب أن يصح كما يصح له الأخذ عند الحظ و لا اعتراض عليه للمولى عليه فكذا هنا لأن الولي يتبع المصلحة للمولى عليه إلا أن تقول ليس للولي أن يعفو و إنما يترك الأخذ إن لم يكن حظا تركا لا عفوا فالمولى عليه بعد الكمال له الخيار لأن المستحق للشفعة له أخذها سواء كان فيها حظ أو لم يكن و إنما يعتبر الحظ في أخذ الولي مضافا إلى ما يأتي (و الحق) و التحقيق أن ترك الولي مع المصلحة في الترك لا- يسقط شفعة الصبي و في عفو حينئذ وجهان و لعل الأوجه صحته لأنه ولي قد تصرف مع المصلحة (و كيف كان) فمختار الخلاف قوى متين جدا لأنه لا تعرض فيه للعفو (و حكى) عن فخر الإسلام أن الولي لو ترك مع تساوى الأخذ و الترك كان للمولى عليه مع زوال الحجر الأخذ و لا يشترط في أخذ الولي الغبطة بل عدم المفسدة (و على الأول) أى قول المصنف و من وافقه لو جهل الحال في سبب الترك هل هو للمصلحة أو للتقصير ففي استحقاقهم الأخذ وجهان من وجود السبب فيستصحب و هو الظاهر من الكتاب كما ستسمع و الموافق لشرع الشفعة إذ احتمال الضرر بالقسمه التي لا تبارح الشركة ثبت لا يزول فكان الأصل الحظ في الأخذ بالشفعة إلا أن يعلم أن الحظ في الترك كأن يباع الشقص بأكثر من ثمن المثل أو به و لم يكن المولى عليه مال و لا تلتفت إلى أن الأصل في فعل المسلم الذي هو الولي و تركه الصحة لأنه إنما يتم إذا كان الأخذ واجبا عليه حتى يقال إن الأصل في المسلم أن لا يخل بواجب فهذا الوجه هو الأصح و من أنه مقيد بالمصلحة و هي غير معلومة و في جامع المقاصد أنه وجيه و في الروضة أنه أوجه و قد عرفت الحال في ذلك و أنه إنما يتجه حيث يكون الأخذ مع المصلحة واجبا عليه و في جامع المقاصد أن قول المصنف فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة إلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٨

و لو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح (١) و الملك باق للمشتري (٢) و تثبت للغائب (٣) و السفية (٤) و المكاتب و إن لم يرض المولى (٥) و يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يمكن ربح أو كان لأن العامل لا يملك بالبيع و له الأجرة (٦)

أن يكون الترك أصلح يقتضى أنه لو جهل الحال لهما المطالبة بعد الكمال لشمول قوله فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة لذلك فلو قيد بثبوت المصلحة لم يكن الاستثناء متصلا و هو خلاف الظاهر انتهى و قد عرفت الحال

(قوله) (و لو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح)

كما في الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك و جامع المقاصد و في الأخير أنه لا ريب فيه لأن الأخذ مقيد بالمصلحة (قوله) (و الملك باق للمشتري)

كما في التذكرة و التحرير و هي من تنمة قوله و لو أخذ الولي إلخ كما فهمه في جامع المقاصد و هو الظاهر من العبارة و لا يحتمل غيره من عبارتي التذكرة و التحرير و حكى في جامع المقاصد عن حواشى الشهيد أنه يمكن أن يكون من تنمة قوله و لو ترك فلهما المطالبة بعد الكمال فيكون جوابا عن سؤال مقدر تقديره أنه لو ثبت الاستحقاق بعد الكمال لكان الأخذ إنما هو بالعقد السابق فينكشف أن الملك لم يكن للمشتري و جوابه أن الملك باق للمشتري و الأخذ إنما يفيد الملك من حينه و قال إنه ليس بشيء لأن

العبارة تأباه

(قوله) (و تثبت للغائب)

بإجماع الفرقه و أخبارهم كما في الخلاف و بإجماع علمائنا كافة كما في التذكرة و لا شبهة في ذلك كما في المسالك و قال في الغنية يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف و إن كان حاضرا في البلد و كذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته و بالحكم صرح في المقنع و أكثر ما تأخر عنه و قد سمعت أن أمير المؤمنين (ع) قال في خبر السكوني للغائب شفعة (و يعلم) أن ذلك ثابت له و إن طالت غيبته كما هو قضية إطلاق النص و الإجماع و الفتاوى و به صرح جماعة و ذلك إن لم يتمكن من الأخذ بنفسه أو وكيله كما صرح بذلك في التحرير و المبسوط و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و هو معنى ما في التذكرة فإن أخر مع إمكان المطالبة بطلت شفعته و قد صرح في المبسوط و أكثر هذه بأنه لا عبرة بتمكنه من الإشهاد و ظاهر المسالك الإجماع عليه ذكره في أواخر الباب و قال في التحرير لو أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته و قال جماعة منهم الشيخ في المبسوط إن في حكمه المريض و المحبوس ظلما أو بحق يعجز عنه و قال الشهيد (الشهيدان خ ل) إنه لو قدر عليه أى الحق و لم يطالب بعد مضي زمان يتمكن فيه من التخلص و المطالبة بطلت (قوله) (و السفية)

قد تقدم الكلام فيه و قد سمعت إجماع الخلاف و كذا الغنية على ثبوتها له للعموم و الذى يأخذ له وليه

(قوله) (و المكاتب و إن لم يرض المولى)

لعموم و التصرف إنما وقع له لا للسيد و لا فرق فيه بين نوعيه كما هو صريح الدروس و المسالك و ظاهر إطلاق الكتاب و الشرائع و التحرير و غيرها لأنه قد انقطعت سلطنة المولى عنه بل له الأخذ من السيد إن كان هو المشتري و من المشتري منه إن كان هو البائع (قوله) (و يملك صاحب القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان لأن العامل لا يملك بالبيع و له الأجرة) قد اختلفت كلمتهم في هذا الفرع (ففى المبسوط) فهل لرب المال أن يأخذ بالشفعة أم لا قيل فيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يتخذه بملكه لا بالشفعة (و الثانى) أنه يأخذه بالشفعة (و الثالث) أنه ليس له أن يأخذه بالشفعة (بشفعة خ ل) و لا بغير شفعة و لم يرجح شيئا و ما فى الكتاب يوافق ما فى التحرير و يقرب منهما ما فى الشرائع إلا أن ظاهرها خلاف ذلك فيما إذا ظهر ربح قال و لو ابتاع العامل فى القراض شقضا و صاحب المال شفيعه فقد ملك بالشراء لا بالشفعة و لا اعتراض للعامل إن لم يكن ظهر ربح و له المطالبة بأجرة عمله و قضيته أن له الاعتراض إن ظهر ربح و الموافق لقواعد الباب و باب المضاربة ما فى الدروس قال ليس للمالك أخذ ما شراه العامل بالشفعة بل له فسخ المضاربة فيه فإن كان فيه الربح ملك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٣٩

و أما المأخوذ منه

فهو كل من تجدد ملكه بالبيع و احترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة (١)

العامل نصيبه و إلا فله الأجرة انتهى و إيضاح المسألة و بيان معنى العبارة (أن يقال) إذا اشترى العامل بمال المضاربة شقضا لصاحب المال فيه شركة ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة لأنه اشتراه بعين ماله فيقع الشراء له و لا يعقل أن يستحق الإنسان أن يملك ملكه بسبب آخر و هذا بخلاف الجنائية الموجبة القصاص هذا إذا لم يكن هناك ربح أو كان و قلنا إن العامل إنما يملك نصيبه منه بإنضاض لا بالظهور و لو قلنا إنه يملك بالظهور فمقتضى قواعد المضاربة أنه يصير شريكا فى الشقص لصاحب المال سواء فسخ المضاربة أم لا و مقتضى قواعد الشفعة أن ليس له فى نصيب العامل شفعة لأن العامل لم يملك هذا النصيب بالشراء و إنما ملكه

بظهور الربح سواء قارن الشراء أم تأخر و ليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصّة التي ملكها بظهور الربح بأن يفسخ المضاربة و يرده إلى الأجره و إلى ذلك أشار الشهيد في الدروس و حواشيه على الكتاب و هو المفهوم من مفهوم عبارة الشرائع لكن قضية كلام الكتاب و التحرير أن لصاحب المال ذلك (و وجهه) له في جامع المقاصد بأن العامل و إن استحق الحصّة من الربح بالظهور إلا أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين فإن الشركة إن لم تكن موجبه لاستحقاقه التملك لكونه حقه فلتكن رافعه لتملك العامل بعض العين و متى فات حقه من الربح استحق أجره المثل (و قد) أخذه مما حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية من أن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعة فلا أقل من أن يستحق قطع سلطنة العامل عن الشقص لأنه ممكن فلا يلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا كما نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى فإنه يكون للمولى فكه من الرهن بسبب الجنابة و حينئذ فيكون على صاحب المال أجره المثل عن عمله لكونه محترما سواء ظهر ربح أم لا (و يرد) عليه أن الفسخ لا يسقط حق العامل من الربح الذي قد استحقه قبل الفسخ إنما يؤثر بالنسبة إلى المستقبل و الجنابة الموجبة للقصاص ليست مالا- (و يشهد) لما في الكتاب أن ما ذكرناه و ذكره الشهيد ثابت في جميع أقسام المضاربة فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعا في ثبوت الفسخ (و يجاب) بأنه إنما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم أنه له أخذه بالشفعة و أن الاستحالة ممنوعة لمكان ثبوت مثله في الجنابة فقول المصنف لأن العامل لا يملكه بالبيع لتعليل لقوله يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة على تقدير الربح و معناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد فلا يمكن أخذه بالشفعة و فيه تنبيه على استحقاق صاحب المال العين و اختصاصه بها دون العامل و إن ظهر ربح لأمن حق المالك و هو الاختصاص بسبب الشركة فلا يزيله الحق الطارئ بل للمالك فسخ استحقاقه و ينتقل إلى أجره المثل كذا في جامع المقاصد و لا ترجيح في التذكرة و إنما حكى عن العامة ثلاثة أقوال (أحدها) ما سمعته (و الثانى) أنه يثبت له كما يثبت له على عبده المرهون حق الجنابة (و الثالث) عدم الثبوت (و بقى) هنا شيء يرد على ظاهر العبارة و ما كان نحوها و هو أنه إذا لم يظهر الربح أو ظهر فإن المضاربة تبقى على حالها إن لم يفسخ صاحب المال و لا أجره للعامل بل له ما شرط له من الربح و لا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ لأن جميع مال القراض مملوك لصاحب المال و إن لم يكن في شركته فإلعبارات محمولة على ما إذا فسخ القراض و لعل الترك لمكان شدة الظهور (قوله) (و أما المأخوذ منه فهو كل من تجدد ملكه بالبيع و احتزنا بالتجدد عن شريكين اشترى دفعة)

إذ ليس لأحدهما على الآخر شفعة لعدم الأولوية و عدم إمكان الشركة (و فى) جامع المقاصد أن فى كون هذا احترازا عن الشريكين دفعة مناقشة لأن كلا منهما يصدق عليه الضابط المذكور و هو أنه تجدد ملكه بالبيع و لو قال هو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك لكان أولى فتأمل لأنه أيضا لا يجدى فى الاحتراز و مراد المصنف تجدد ملكه على ملك شريكه فتندفع المناقشة (قوله)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٠

و لو باع المكاتب شقفا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة (١) و لو اشترى الولي للطفل شقفا فى شركته جاز أن يأخذ بالشفعة (٢) و لو حابى فى مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى (٣) و إلا ما يخرج منه بالنسبة (٤) و إن كان الوارث الشفيع

(و لو باع المكاتب شقفا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة)

كما هو خيرة التحرير و جامع المقاصد قال فى التحرير لو باع المكاتب المشروط شقفا على مولاه بنجومه ثم عجز فالأقرب ثبوت الشفعة مع احتمال بطلانها لخروجه عن كونه مبيعا انتهى (و وجهه) بقاء الشفعة أن التصرفات السابقة منه كانت صحيحة معتبرة و قد انقطعت سلطنة السيد عنه حينئذ (و وجهه) غير الأقرب أن الكتابة بطلت بفسخها فبطل العوض الذى هو ثمن المبيع فبطل البيع فكيف

ثبتت الشفعة (و فيه) أن الكتابة إنما تبطل من حين الفسخ لا قبله فلا يبطل البيع السابق (و عن) الشهيد في حواشيه أنه احتمال أن تكون الباء في العبارة السببية بأن يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخص آخر فتثبت الشفعة بهذا البيع للسيد إن كان هو الشريك أو غيره على المشتري إن كان هو السيد أو غيره و جعله أولى لأن البيع بمال الكتابة لا- يتم إلا- إذا أريد به البيع لبعضه قال في جامع المقاصد و فيه أنه يمكن البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول انتهى و فيه نظر واضح

(قوله) (و لو اشترى الولي الطفل شقفا في شركته جاز أن يأخذ بالشفعة)

هذا تقدم الكلام فيه حيث قال و إن كان هو المشتري لهما و البائع عنهما على إشكال و عن الشهيد أنه نزل التكرار على أحد أمرين تخصيص الإشكال السابق بالبيع و الرجوع عن الإشكال إلى الجزم قال في جامع المقاصد إنه تكلف بين (قوله) (و لو حابى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى)

أى لو باع المريض بيعا فيه محاباة أى عطية كأن باع بدون ثمن المثل فإن خرجت المحاباة من الثلث بناء على أن تبرعات المريض إنما تكون من الثلث فالبيع صحيح و يأخذ الشفيع بالمسمى كما هو ظاهر (قوله) (و إلا ما يخرج منه بالنسبة)

أى و إن لم تخرج المحاباة من الثلث أخذ ما يخرج من المبيع بنسبته من الثمن لا بكل الثمن لأنه لا يبطل من المبيع شىء إلا و يبطل من الثمن ما يقابله كما هو خيرة المصنف فى أكثر كتبه و المحقق الثانى و الشهيد الثانى لأن فسخ البيع فى بعض المبيع يقتضى فسخه فى قدره من الثمن لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن فكما أنه لا- يجوز فسخ البيع فى جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعا فكذا لا- يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن و إذا امتنع ذلك و جب الفسخ فيهما لأن المانع فى الموضوعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع فى إحداهما أخذ المشتري الأخرى بقسطها من الثمن فإذا باع دارا هى مجموع تركته قيمتها مائتان بمائة صح البيع فى ثلثى الدار بثلثى المائة كما يأتى بيانه (و يلزم) الشيخ و الأكثر أن الشفيع يأخذ ما يخرج من المبيع بكل الثمن لأنهم ذهبوا إلى أنه يصح البيع فى الفرض و المثل فى النصف فى مقابلة المائة و فى الثلث بالمحاباة و يبطل فى السدس الباقي فيرجع إلى الورثة و وافقهم عليه المصنف فى التلخيص على ما حكى و نسبه فى عدة مواضع من وصايا الكتاب و التذكرة و ولده فى وصايا الإيضاح إلى علمائنا لأن المشتري قد كان ملك الجميع بالثمن ملكا مترلزلا يستقر بالبرء فلما فرض موته رد إلى الورثة من التركة السدس عملا بأصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه فيبقى الباقي و لأن العقد قد اشتمل على بيع و عطية و محل العطية هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع لأن معنى العطية هنا إزالة المريض ملكه تبرعا من غير لزوم و هو لا- يتحقق إلا- فى الزائد فيكون محل البيع هو الباقي فكأن العقد واقع بكل الثمن على الباقي (و أجاب) الشهيد عما استند إليه المصنف بأن المتنازع فيه قد اشتمل على بيع و هبة و لهذا يسمى بيعا مشتملا على المحاباة فحينئذ لا مساواة بينه و بين ما مثل به لأن ذلك بيع محض و لا محذور لو بقى الموهوب بغير عوض مقابله و فى الدليل و الجواب نظر (أما الأول) فلأن البطلان فى قدر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤١

و للولى البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر (١) و كذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة (٢) و لو بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة (٣) إلا بعد أن يولد حيا (٤)

الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان فى مقابله من الثمن كما تقدم و معه لا يبقى الأصل مستمسكا فى اللزوم بالنسبة إلى مجموع الثمن (و أما الثانى) فإننا نمنع اشتغال العقد المذكور على بيع و هبة بالاستقلال و إنما هو بيع يلزمه ما هو بحكم الهبة و ليس للهبة فيه ذكر و لا- يلزم من لزوم ما هو كالهبة أن يتخلف عن البيع مقتضاه و هو مقابلة الجميع بالجميع و قد حكموا بمثل ذلك فيما إذا كان العوضان ربويين كما إذا كان جميع تركته كرا من طعام قيمته ستة دنائير فباعه بكر ردىء قيمته ثلاثة فالمحاباة هنا أيضا بنصف تركته

ولا يمكن هنا الحكم بصحة البيع فيما قابل الثمن خاصة من المبيع و فى مقدار الثلث بعد ذلك و البطلان فى الزائد و هو السدس كما قاله الشيخ و الجماعة هنا للزوم الربا لأنه يكون قد صحح البيع فى خمسة أسداس كبر فلا بد من مراعاة المطابقة بين العوضين فى المقدار مع إيصال قدر العوض و الثلث إلى المشتري فقالوا إنه يرد على الورثة ثلث كرههم و قيمته ديناران و يردون عليه ثلث كره و قيمته دينار فيصح البيع فى ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر و لبيان ما صح فيه البيع فى مسألة الدار على مختار المصنف طريقتان (أحدهما) أن يسقط الثمن من قيمة المبيع و تنسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع بقدر تلك النسبة ففى المثال تسقط الثمن و هو المائة من قيمة المبيع و هو المائتان فإنه يبقى مائة و ينسب ثلث التركة و هو ستة و ستون و ثلثان إلى الباقي بعد الإسقاط و هو المائة فيكون ثلثيه فيصح البيع فى ثلثيه بثلثي الثمن (و الثانى) أن تقول صح البيع فى شىء من العبد بشىء من الثمن هو نصف ما صح من العبد فهو نصف شىء فالمحابة بنصف شىء فيجب أن يكون للورثة شىء و هو ضعفها و قد حصل لهم من الثمن نصف شىء فيبقى لهم نصف شىء يجب أن يرجع إليهم من العبد فيبطل فيه البيع و يبطل فى مقابله من الثمن و هو ربع شىء فيجب أن يسقط المبيع على شىء و نصف فيكون العبد فى تقدير شىء و نصف فالشئ ثلثاه و هما للمشتري و هو ما زاد على قدر الثمن مما صح فيه البيع و النصف للورثة و يكون الثمن فى تقدير ثلاثة أرباع شىء نصف شىء مع الورثة و ربع مع المشتري و تمام الكلام فى باب الوصايا (قوله) (و للولى البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر)

هذا يعلم حكمه مما تقدم و لا- يرد الإشكال بالرضا كما عرفت و لا بعد فى الفرض لأن أحدهما قد يحتاج إلى البيع و الآخر إلى الأخذ

(قوله) (و كذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة)

المراد بالوكيل من كان له نيابة الأخذ لعموم التوكيل فيأخذ مع المصلحة و له أن يعفو أما لو كان و كيلا فى الأخذ بالشفعة أخذ و إن لم يكن مصلحة و الوكيل فى البيع خاصة ينعزل بفعله و ليس له الأخذ بالشفعة و لو وكل الشريك شريكه فى البيع فباع فله الأخذ بالشفعة و كذا لو وكل إنسان أحد الشريكين ليشتري الشقص من الآخر فاشتراه فله الأخذ بالشفعة و لا يرد الإشكال بالرضا و لا بالتهمة كما تقدم و قول أبى حنيفة فاسد من أن المبيع ينتقل أولا إلى الوكيل ثم عنه إلى الموكل فلو أخذ بالشفعة استحقتها على نفسه (قوله) (و لو بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة)

و هو حمل كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد لعدم تيقن حياته و لا ظنها لعدم الاستناد إلى الاستصحاب بخلاف الغائب و الحمل لا يملك بالابتداء إلا الإرث و الوصية و قضية كلامهم أنه لا يفرق فيه بين من مضى له أربعة أشهر أو خمسة و من لم يمض له ذلك فالمراد به ما لم يولد حيا كما إذا كانت بينهما دار فمات أحدهما عن حمل فباع الآخر نصيبه (قوله) (إلا بعد أن يولد حيا)

يريد أنه لو انفصل حيا كان لوليه الأخذ بالشفعة أو له بعد كماله كما هو خيرة التذكرة لتناول دلائل الشفعة له و فى جامع المقاصد أن فيه قوة و تردد فى الدروس و اقتصر فى التحرير على ذكره احتمالا فهو متردد أيضا و لعل احتمال العدم لأنه لا يملك بالابتداء سوى الأمرين المتقدمين فلا يمكن إنشاء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٢

و لو عفا ولى الطفل مع غبطة الأخذ كان للولى أيضا المطالبة على إشكال ينشأ من أدائه إلى التراخي بخلاف الصبى عند بلوغه لتجدد الحق له (١) حينئذ و لو ترك لإعسار الصبى لم يكن له الأخذ بعد يساره و لا للصبى (٢) و المغمى عليه كالغائب (٣) و للمفلس الأخذ بالشفعة (٤) و ليس للغرماء الأخذ بها و لا إجباره عليه و لا منعه منه و إن لم يكن له فيها حظ (٥) نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها (٦) فإن رضى الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء (٧) بالمشفوع و إلا- كان للمشتري الانتزاع (٨) و للعبد المأذون فى التجارة الأخذ بالشفعة (٩) و لا يصح عفوه (١٠)

ملك له و يشكل بأنه لو لم يكن له صلاحية الملك لم يرث

(قوله) (و لو عفا ولى الطفل مع غبطة الأخذ كان للولى أيضا المطالبة على إشكال ينشأ من أدائه إلى التراخى بخلاف الصبى عند بلوغه لتجدد الحق له ح)

قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى مسبغا عند قوله فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة

(قوله) (و لو ترك لإعسار الصبى لم يكن له الأخذ بعد يساره و لا للصبى)

هذا أيضا قد تقدم الكلام فيه فى ذلك المقام

(قوله) (و المغمى عليه كالغائب)

كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد تنتظر إفاقته كما فى التحرير و إن تناول الإغماء و لا ولاية لأحد عليه فلا يتصور الأخذ عنه كما فى الدروس و جامع المقاصد و إن أخذ أحد له لغا و إن أفاق و أجاز ملك من حين الإجازة لا قبلها فالنماء للمشتري قبلها كما فى الدروس و لعله لأنه لا - مجيز له فى الحال فيكون كالصبى الذى لا ولى له حيث يبيع أو يشتري له الأجنبى فضولا فى أحد القولين لكنه خلاف مختاره فى البيع لأنه لا يشترط فيه هذا الشرط و أنه ممن يقول إن الإجازة كاشفة فيكون نظره إلى أن الأخذ لا يصح إلا للشريك أو وكيله الخاص أو العام و الأخذ هنا ليس أحدها فيجرى ذلك فى الصبى و المجنون و الغائب فيصير الحاصل أنه لا فضولى فى الشفعة و لعله لأنها على خلاف الأصل فيقتصر فيها على محل الوفاق و الذى يقتضيه النظر بعد ثبوتها ثبوتها (قوله) (و للمفلس الأخذ بالشفعة)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و الروضة بل لم يحك فيه من العامة خلاف لأن الغرماء قد يرضون بدفع الثمن كما أن المشتري قد يرضى بكونه فى ذمته فلم يكن من لوازمه التصرف فيما تعلق حقهم به فينتفى المانع من الأخذ فيعمل بالعموم الشامل لذلك

(قوله) (و ليس للغرماء الأخذ بها و لا إجباره عليه و لا منعه منه و إن لم يكن له فيها حظ)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و كذا الروضة فى الحكم الثانى (أما الأول) فلأنه لا ملك لهم و لا ملك له قبل الأخذ ليثبت لهم استحقاقه (و أما الثانى) فلأنه لا يجب عليه الاكتساب لهم (و أما الثالث) فلأن ذلك حق له و ليس من لوازمه التصرف فى الأموال التى تعلقت حقوقهم بها و لا تعلق لهم بذلك و إن لم يكن له فى الأخذ حظ و غبطة (قوله) (نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و الروضة لأنهم قد تعلقت حقوقهم بأمواله السابقة و المتجددة و لو بهبه و اكتساب

(قوله) (فإن رضى الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء)

كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد و معناه أنه إذا أخذ فإن رضى الغرماء بدفع الثمن أو رضى المشتري بالصبر فقد استقر ملكه و تعلق حق الغرماء به

(قوله) (و إلا كان للمشتري الانتزاع)

أى و إن انتفى رضا الغرماء و رضا المشتري كان للمشتري الانتزاع للضرر بأخذ الملك منه قهرا من غير دفع ثمن

(قوله) (و للبعد المأذون فى التجارة الأخذ بالشفعة)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد لأنه من جملة أقسام التجارة و للسيد إسقاطها حينئذ كما فى التحرير (قوله) (و لا يصح عفو)

كما في الأولين والأخير قال في التذكرة بخلاف الوكيل العام فإنه إذا عفا مع الغبطة يصح عفوهُ و الفرق كما في جامع المقاصد أن الإذن للعبد استخدام له و هو أضعف من التوكيل و لهذا ينعزل بالإباق فليتأمل جيدا لأن الأقوى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٣ و لو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح (١) و مطلقا إن أثبتاها مع الكثرة (٢) فإن تركها فللمالك الأخذ (٣) و قيل تثبت مع الكثرة (٤) فقيل على عدد الرؤوس (٥) و قيل على قدر السهام (٦)

(فروع) على القول بالثبوت مع الكثرة (٧)

(الأول) لو كان لأحد الثلاثة النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس

فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعة فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها و يصير العقار بين الشفعة على تلك العدة (٨)

صحته عفوهُ

(قوله) (و لو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح) كما في التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير لكنه لم يقيد بعدم الربح به قيد بالغبطة و لا بد من التقييد بهما لأنه نائب عن المالك في التصرف بكل ما يشتمل على الغبطة فكان المقتضى موجودا و المانع منتف حينئذ لعدم تكثر الشركاء (قوله) (و مطلقا إن أثبتاها مع الكثرة) أراد بالإطلاق الأخذ مع الربح و عدمه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة و أما على القول باشتراط وحدة الشريك فليس له ذلك مع الربح لأنه يكون شريكا للمالك في الشقص فيتعدد الشركاء (قوله) (فإن تركها فللمالك الأخذ)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأنه لا يسقط حقه بترك العامل و لو كان ذلك مع المصلحة على الأشبه كأن كان قد عفا عنها كما هو قضية إطلاق الأولين و قد احتمله في الثالث بل كاد يكون صريح الثاني حيث أتى بلفظ عفا و إن لم يقيد بالغبطة لأن إطلاق عقد القراض لا يقتضى عموم التصرفات إلا- أن ينص له على ما يشمل ذلك فلم يكن كالوكيل و ليلحظ الفرق بين أخذ المضارب و تركه

(قوله) (و قيل تثبت مع الكثرة)

قد تقدم الكلام فيه مسبقا مشبعا و قد استطرده إلى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة و كأنه غير مناسب

(قوله) (فقيل على عدد الرؤوس)

القائل به الصدوق في الفقيه فإنه روى فيه رواية طلحة بن زيد التي فيها أن عليا أمير المؤمنين (ع) قال إن الشفعة على قدر الرجال و رواية السكوني الناطقة بذلك (و احتجوا) له بأن سبب الاستحقاق الشركة في الجملة و لو بأقل جزء فيستوى فيه القليل و الكثير و حاصله أن الشركة في البعض القليل سبب في استحقاق الكثير و الأصل عدم التفاضل و لا مخرج عنه لأن كل واحد منهم لو انفرد كان له أخذ الكل و إن قل نصيبه فإذا اجتمعوا اشتروا (و قد ينقض) بالفارس و الراجل في الغنيمه و أصحاب الديون فإن من انفرد منهم استحق الكل في الغنيمه و الدين و إذا اجتمعوا تفاضلوا (و فيه) أن الفرس كالفارس فلا تفاضل في الحقيقة و الدين كالكسب

للحاصل لأرباب الديون فكانوا فيه على قدر رءوس أموالهم

(قوله) (و قيل على قدر السهام)

قاله أبو على و قال إنه يجوز قسمتها على عدد الرءوس حكى ذلك عنه فى المختلف و الدروس فيكون مختاره التخيير (و احتج) له فى المختلف و غيره على الأول بأن المقتضى للشفعة الشركة و المعلول يتزايد بتزايد علته (و أجابوا) بأنه ينتقص بنقصها إذا كانت قابلة للشدة و الضعف فتأمل فقول الصدوق أمتن كما قاله أبو العباس و أوجه كما قاله الكركى

(قوله) (فروع على القول بالثبوت مع الكثرة)

قد جرت عادتهم أن يفرعوا على القول بثبوتها مع الكثرة و إن لم يقولوا به و هى كثيرة لا تنتهى و قد فرع فى المبسوط و غيره جملة من الفروع و ذكر المصنف هنا ثمانية و المحقق عشرة و الشهيد اثنى عشر و الغرض تشييد الذهن بالفروع الدقيقة مع أنه قد ينتفع بها على القول باشتراط الوحدة على تقدير موت الشفيع قبل الأخذ و توريثها

(قوله) (الأول لو كان لأحد الثلاثة النصف و للآخر الثلث و الثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ سهام الشفعاء فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها و بصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة)

لم يذكر هذا الفرع فى غير الكتاب و التذكرة و يعلم منه و من ضابطه استخراج حق كل واحد من الشفعاء على رأى أبى على فى كل فرض تفرضه و يكون ممكنا فلا يصح أن يفرض لأحدهم النصف و للآخر الثلث و الثالث الربع (و تحقيق) هذا الضابط أن تنظر إلى مخرج سهام جميع الشركاء فتأخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٤

فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلث و للآخر سهم فالشفعة على ثلاثة و يصير العقار كذلك و لو كان صاحب الثلث فالشفعة أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه و للآخر ربعه و لو كان صاحب السدس فهى بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة و للآخر سهمان (١) و على الآخر يقسم المشفوع نصفين (٢)

(الثانى) لو ورت أخوان و اشتريا دفعة

فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه و عمه (٣)

(الثالث) لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري (٤)

وقيل

عدة سهامهم أى الشفعاء قسمت المشفوع عليها و يصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعاء على عدة سهامهم فسهم الشركاء فى المثال المذكور ستة و ذلك لأنها مخرج السدس و أما مخرج الثلث و مخرج النصف فداخلان و لو كان لأحدهم النصف و للثانى الربع و للثالث الربع أيضا فباع الثانى أو الثالث كانت سهام الشركاء اثنى عشر لإنكارها فى مخرج الثلث فتضرب ثلاثة فى أربعة فلصاحب النصف ثلثا المبيع اثنان و لصاحب الربع ثلثه واحد فيصير لصاحب النصف ثمانية و لصاحب الربع أربعة

(قوله) (فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلث و للآخر سهم فالشفعة على ثلاثة و يصير العقار كذلك و لو كان صاحب الثلث فالشفعة أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه و للآخر ربعه و لو كان صاحب السدس فهى بين

الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة و للآخر سهمان)

الوجه في الجميع ظاهر لأنه في الأول إذا باع صاحب النصف كانت سهام الشفعة ثلاثة لأن صاحب الثلث له سهمان من ستة هي الثلث و لصاحب السدس سهم فإذا أخذ النصف بالشفعة صار العقار بينهما كذلك أى أثلاثا و إذا باع صاحب الثلث كما في الفرض الثاني كانت سهام الشفعة أربعة النصف و هو ثلاثة من ستة و السدس فتكون الشفعة أرباعا و لا نصف لكل سهم من سهمي الثلث فتضرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر لصاحب النصف ثلاثة أرباع الثلث و للآخر الربع فيكون العقار بينهم أرباعا و إذا باع صاحب السدس كانت الشفعة بينهما أخماسا لصاحب النصف ثلاثة و للآخر سهمان لأن سهامهما خمسة و لا خمس للواحد فنضرب خمسة في ستة فيبلغ ثلاثين و سدسها خمسة تقسم بينهما أخماسا فيكون العقار بينهما أخماسا (قوله) (و على الآخر يقسم المشفوع نصفين)

أى على القول و هو قول الصدوق بأن القسمة على عدد الرؤوس

(قوله) (لو ورث أخوان أو اشترى دفعة فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه و عمه)

قد ذكر هذا الفرع و حكمه المذكور هنا في المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك (وقد نبهوا بذلك على خلاف الشافعي في القديم و مالك حيث ذهبا إلى اختصاص الأخ بالشفعة استنادا إلى أن ملكه أقرب إلى ملك الأخ لأنهما ملكا بسبب واحد و أنه إذا ظهر على أبيهما دين بيع ملكهما لا ملك العم و إذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار (و ردوه) بأن النظر إلى ملك الشريك لا إلى سببه لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف و قال في الشرائع و كذا لو كان وارث الميِّت جماعة و معناه أنه لا فرق بين الاثنين و الجماعة و لعله من بيان الواضحات و الذي دعاه إلى ذلك أنه قال لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما ورثه اثنان فباع أحد الوارثين إلخ أو أنه أراد أن ينبه على ما ذكره الشافعي من أن هذا الحكم لا يختص بالأخ و العم بل في كل صورة ملك شريكان عقارا بسبب واحد و غيرهما من الشركاء بسبب آخر فتدبر (و على) كل حال فقوله في المسالك في تفسير هذه العبارة و كذا الحكم لو ورث الميِّت جماعة إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد و الجماعة غير جيد (قوله) (لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري)

كما هو خيرة الخلاف في موضع منه و الدروس لأن الشفعة للإنسان على نفسه غير معقولة لامتناع أن يستحق الإنسان تملك ملكه بها (قوله) (و قيل بالشركة)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٥

بالشركة (١) و حينئذ لو قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه

الرابع و لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك

سواء كان واحدا أو أكثر (٢)

كما هو خيرة الخلاف في موضع آخر و المبسوط و في الشرائع لعله أقرب و في المختلف أنه أوجه و في جامع المقاصد أنه أصح و في المسالك فيه قوة و هو الظاهر من التذكرة و استقر كلام التحرير على التردد و نسبة أى التردد في الدروس إلى الخلاف و الموجود فيه أولا- الجزم بالأول ثم إنه بعد سبع مسائل قال إن الثاني أقوى و استدلل عليه بأنهما تساويا في الشركة الموجودة حين الشراء فوجب أن لا ينفرد أحدهما بالشفعة لأنه لا دليل على ذلك و حاصله ما فصله في جامع المقاصد من أنهما مشتركان في العلة الموجبة

لها ولا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسبب البيع والشفعة لأن علل الشرع وأسبابه لما كانت معروفة لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد وإن للشفعة أثرا آخر وهو منع الشريك الآخر تملك مقدار مشفوعه بالشفعة ولا مانع منه (قلت) المدار على الأخير وبه فسر الاستحقاق في التحرير والدروس (قالا) في بيان ذلك أنه يمنع الغير من أخذ نصيبه لا بمعنى أنه يأخذ من نفسه وليس فيه إلا ما يقال إن استحقاق الملك ومنع الشريك من تملكه معلولا علة واحدة وهو استحقاق الشفعة فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر وقد امتنع الأول من جهة استلزامه المحال فينبغي أن يمتنع الآخر وفيه أن مثله كثير في الشرع كما في القصر والإفطار فإنهما معلولان لقطع المسافة وقصدها وقد تخلف أحدهما عن الآخر في عدة مواضع إلى غير ذلك بل قد يخالف حكم أحد المعلولين حكم الآخر وحكم علة كحر الرقبة عدوانا فإنه علة للقتل الذي هو حرام ولرفع ظلم هذا المقتول عن العباد الذي هو حلال وكما يترتب على شرب الخمر ونحوه (و أما قوله) لا يمتنع أن يستحق إلخ فغير جيد لأن سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببه بالشراء فليسا معلولين لعلة واحدة حتى يقال إن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها لأنه إنما ملكه بالشراء أولا وبعد الشراء استحققه بالشفعة ثم إنه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فأثرهما مختلف لأن الشراء علة في نقل الملك وأثر الاستحقاق بالشفعة قراره فأحدهما غير الآخر وجودا وأثرا ويتفرع على القولين أن الثالث على الأول بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع وعلى الثاني هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك

(قوله) (و حينئذ لو قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه)

كما صرح بذلك كله في التحرير والمسالك ومعناه أنا إذا قلنا بالشركة وقال المشتري للثالث قد تركت أنا حقي فخذ الكل أو اترك الكل لم يلزمه الإجابة ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة لأن ملكه مستقر على النصف بالشراء فأشبهه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فأخذ الحاضر الجميع ثم عاد الغائب فإن له أن يأخذ نصفه وليس للحاضر أن يقول له أنا تركت حقي فخذ الكل أو اترك الكل ولا نظر تبعض الصفقة فإنه لزم من دخوله في هذا العقد

(قوله) (و لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك سواء كان واحدا أو أكثر)

كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الأخير أنه المشهور وأن كثيرا منهم لم يذكر غيره (قلت) لم نجد من الكثير غير المحقق لأن الشفعة لإزالة الضرر وبأخذ البعض يتأكد كذا في الشرائع وحاصله أن تبعض الصفقة يوجب الضرر على المشتري في الشقص المشفوع والشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر فلا يكون سببا فيه وعن أبي على أن للباقي واحدا كان أو أكثر الاقتصار على أخذ حقه لأن العفو من الشريك يقتضى استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعا وليس للمشتري أن يلزم الآخر أخذ الجميع بل ليس له أى للآخر إلا أن يأخذ قسطه وقد اختاره في التذكرة عند الكلام على أن الشفعة موروثه وعن (ابن شريح) أنه يسقط حق الجميع واحتمل جماعة أنه لا يصح عفوه لأن الشفعة لا تبعض فيغلب جانب الثبوت ورماه في الدروس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٦

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح (١) ولو باع شقصا من ثلاثة دفعه فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد لأنه بمنزلة عقود متعددة (٢) فإذا أخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة (٣) ولو رتب للشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض فإن أخذ من السابق لم يكن لللاحق المشاركة وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق (٤) ويحتمل عدم المشاركة لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها (٥)

بالبعد هذا إذا ثبتت الشفعة لمتعدد ابتداء أما لو ثبتت لواحد فمات عن ابنين فعفا أحدهما دون أخيه فهل يسقط حق أخيه أيضا وجهان

أحدهما يسقط لأنهما يقومان مقام أيهما و الأب لو عفا عن البعض سقطت كلها و الثاني و هو الذي صححه في المبسوط أنه له أن يأخذ الكل كما لو وجبت لهما بالبيع و أما المورث فإنه إذا عفا عن نصف حقه سقط كله و ليس هنا كذلك لأن أحد الأخوين عفا عن كل حقه فلماذا لم يسقط حق أخيه و يأتي تمام الكلام في ذلك عند قوله الشفعة موروثه

(قوله) (و لو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح)

كما في التحرير و جامع المقاصد لأنه لا يملك شيئاً و إذا ملك أن يملك

(قوله) (و لو باع شقصا من ثلاثة دفعه فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة و من اثنين و من واحد لأنه بمنزلة عقود متعددة)

كما صرح بذلك في المبسوط و غيره لأن الصفة تعدد بتعدد المشتري و متى تعددت العقود كان الخيار في الأخذ بالشفعة في الجميع و البعض

(قوله) (فإذا أخذ من واحد لم يكن للأخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة)

كما صرح به في المبسوط و غيره قال في المبسوط فإن أخذ من واحد و عفا عن الآخرين كان له ذلك فإن قال الآخر إن قد عفوت عنا فصرنا لك شريكين فعليك أن تشاركنا في شفعة الثالث لم يلزمه ذلك لأن الملك انتقل إليهم دفعه فلم يسبق ملك أحدهم صاحبه

(قوله) (و لو رتب للشفيع الأخذ من الجميع و من البعض فإن أخذ من السابق لم يكن للاحق المشاركة و إن أخذ من اللاحق شاركه السابق)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك فلا وجه لاقتصاره في الدروس على نسبة الأخير أعنى مشاركة السابق له إن أخذ من اللاحق إلى الفاضل و المراد بالشفيع هنا شريك البائع و وجه استحقاقه الأخذ من الجميع و من البعض تعدد الصفة و كونه شريكا عند كل بيع (و أما أنه ليس للاحق مشاركته) إن أخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة فلأنه لم يكن شريكا في وقت شراء الأول و ذلك كما لو أخذ من الأول خاصة فإن الثاني و الثالث لا يشار كأنه و كما لو أخذ من الأول و الثاني فإن الثالث لا يشاركه (و أما مشاركة السابق له إذا أخذ من اللاحق و عفا عن السابق) فلكونه شريكا في وقت شراء الثاني و قد صار ملكه مستقرا بالعفو

(قوله) (و يحتمل عدم المشاركة لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها)

هذا الاحتمال من متفرقات الكتاب بمعنى أنه لم يسبق به و معناه أنه يحتمل أن السابق لا يشارك الشفيع في الأخذ من اللاحق لأن ملك السابق أعنى المشتري الأول كان مستحقا للشفيع حال شراء الثاني أعنى اللاحق فلا يكون سببا في استحقاقه الشفعة و هو ضعيف جدا و لعله لذلك لم يذكره غيره لأن استحقاق أخذه بالشفعة لا يخرج عن كونه شريكا و المدار في الباب على الشركة لا على استقرار الملك كما لو كان ملك الشريك مشتملا على خيار لغيره فإنه لا يمنع من استحقاقه الشفعة على غيره قبل أن يفسخ ذو الخيار و قال في الإيضاح هذا مبني على أن الشفعة هل تتبع الملك اللازم أو مطلق الملك فعلى الثاني يشارك و على الأول فهل ترك الشفيع كاشف عن لزوم ملك المشتري العفو عنه أو سبب اللزوم فعلى الأول يستحق لا الثاني

(قوله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٧

و لو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد (١) و يحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني و مشاركة الشفيع الأول و الثاني في شفعة الثالث لأنه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث و لهذا يستحق لو عفا عنه فكذا إذا لم يعف لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه (٢) فحينئذ للشفيع سدس الأول و ثلاثة أرباع سدس الثاني و ثلاثة أخماس الثالث و للأول ربع سدس الثاني و خمس الثالث و للثاني خمس الثالث فتصح من مائة و عشرين للشفيع مائة و سبعة و للأول تسعة و للثاني أربعة (٣)

(و لو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد)

كما هو صريح التحرير وقضية كلام الباقيين سواء أخذ الجميع دفعة أو على الترتيب حيث لا ينافي الفورية أو لم نعتبرها لكن قبل أن يأخذ معه أحد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتبارا بشركته لخروجهم عن كونهم شركاء قبل أخذهم بالشفعة لأنه قد زال ملكهم فتزول شفعتهم

(قوله) (و يحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني و مشاركة الشفيع الأول و الثاني في شفعة الثالث لأنه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث و لهذا يستحق لو عفا عنه فكذا إذا لم يعف لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه) و قد احتل ذلك في التحرير و مثله بهذا النظر و هذا متجه على القول بأن زوال ملك الشفيع لا يبطل حقه من الشفعة كما يقوله الشيخ و لم يرجح المصنف في الكتاب و التحرير أحد القولين كما يأتي فلاحتمال مبنى على هذا القول و من ثم مثله بما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعة و حاصل هذا الاحتمال أنه على تقدير الأخذ من الجميع يشارك الأول الشفيع في شفعة الثاني و يشاركه الأول و الثاني في شفعة الثالث و إن زال ملكهما قبل أخذهما لأنه كان ملكا صحيحا للأول حال شراء الثاني و لهما حال شراء الثالث فيستحق به و إن زال و لهذا يستحق به لو عفا عنه فكذا إذا لم يعف لأنه حين العفو استحق الشفعة بالملك لا بالعفو و ضعفه في جامع المقاصد بأن الاستحقاق و إن كان بالملك إلا أن العفو عنه و عدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرره و أكد سببه و عدم العفو عنه و الأخذ منه أزال سببه فلا يستويان انتهى و مرجعه إلى أن بقاء الملك شرط في تمام السببية في الشفعة و هو أحد القولين في المسألة و قد عرفت أن القائل بالاحتمال لم ينبه على هذا القول و إنما بناه على القول الآخر و لذلك مثله بما عرفت فينبغي في الجواب و التضعيف رد ما بنى عليه لا- الرد عليه بالقول الآخر إلا- أن يكون أراد بذلك التنبيه على ذلك أعني رد ما بنى عليه و لذلك لم يتعرض للمثال لأنه علم فساده من ذلك و ما زاد في تضعيف هذا القول عند تعرض المصنف له على ما ذكره هنا في تضعيف هذا الاحتمال من أنه أخذ بلا سبب

(قوله) (فحينئذ للشفيع سدس الأول و ثلاثة أرباع سدس الثاني و ثلاثة أخماس الثالث و للأول ربع سدس الثاني و خمس الثالث و للثاني خمس الثالث فتصح من مائة و عشرين للشفيع مائة و سبعة و للأول تسعة و للثاني أربعة) أي حين إذ قلنا بمشاركة الأول و الثاني للشفيع و إن أخذ منهم للشفيع سدس الأول أي يأخذ سهمه الذي هو سدس الأصل الذي هو ثلث النصف من دون مشارك و ثلاثة أرباع سدس الثاني لأن الأول شريكه فيه و لما كان سهم الشفيع النصف و سهم الثاني السدس كانت سهامهما أربعة فإذا سقط على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباع و للشفيع أيضا ثلاثة أخماس سهم الثالث لأن له فيه شريكين الأول و الثاني و لكل منهما سدس فإذا جمعا إلى ماله و هو النصف كانت السهام خمسة فيصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس و تفصيل المقام أنه لو كان للشفيع نصف العقار و لشريكه الآخر نصفه فباع أحدهما نصيبه من ثلاثة لكل واحد منهم سدسا و قلنا بأن الشفعة تنقسم على حسب السهام فالشفيع تمام نصيب الأول و هو السدس و ثلاثة أرباع نصيب الثاني و للأول ربع نصيب الثاني لأن للشفيع نصف الأصل و هو ثلاثة أسداس و الأول يشاركه في نصيب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٨

و على الآخر للأول نصف سدس الثاني و ثلث الثالث و للثاني ثلث الثالث فتصح من ستة و ثلاثين للشفيع تسعة و عشرون و للأول خمسة و للثاني اثنان (١)

الخامس و لو باع أحد الأربعة و عفا الآخر فلآخرين أخذ المبيع (٢)

و لو باع ثلاثة في عقود ثلاثة و لم يعلم الرابع و لا بعضهم ببعض فالرابع الشفعة في الجميع (٣)

الثاني و ليس بيد الأول إلا سدس فكانت سهامها أربعة للأول منها ثلاثة و للثاني واحد فإذا وزع نصيب الثاني على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباع و قسط الأول ربعا و كذا الشفيع ثلاثة أخماس من سهم الثالث لأن الأول و الثاني يشاركانه فيه و لكل واحد منهما سهم واحد و للشفيع ثلاثة أسهم فيقسم سهم الثالث أخماسا فيكون للشفيع ثلاثة أخماسه فقد علم الحاصل للشفيع من الأول و الثاني و الثالث و أما الحاصل للأول فهو ربع سهم الثاني و خمس سهم الثالث و الحاصل للثاني خمس سهم الثالث فتصح المسألة من مائة و عشرين لأن أصل الفريضة ستة و نريد أن نقسم السدس تارة أربعا و تارة أخماسا فانكسر في المخرجين المتباينين فنضرب أحدهما في الآخر فالحاصل عشرون ثم نضرب العشرين في أصل الفريضة فالحاصل مائة و عشرون للشفيع نصفها ستون بالشركة و عشرون هي سدس الأول بتمامه و خمسة عشر هي ثلاثة أرباع سدس الثاني و اثنا عشر هي ثلاثة أخماس سدس الثالث و ذلك مائة و سبعة و للأول خمسة من سدس الثاني هي ربعة و أربعة من سدس الثالث هي خمسة و للثاني أربعة من الثالث و ذلك تمام الفريضة هذا و حيث نقول بمشاركة الأول و الثاني أو أحدهما للشفيع في فرض من الفروض هنا فعلى القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وجه المشاركة واضح و إن قلنا بعدم مشاركتها له كما لو أخذ من الجميع أو من الأول خاصة أو من الثاني فهل يصح الأخذ على القول باشتراط اتحاد الشريك أقوال (أحدها) أنه يصح الأخذ و إن قلنا باشتراط ذلك لأن الشريك المستحق للشفعة واحد (الثاني) أنه يختص ذلك بما إذا أخذ من الجميع (و الثالث) أنه لا يصح الأخذ مطلقا كما تقدم التنبيه على ذلك عند الكلام في اشتراط الشرط المذكور و يأتي بلطف الله تعالى تمام الكلام في أواخر الفروع

(قوله) (و على الآخر للأول نصف سدس الثاني و ثلث الثالث و للثاني ثلث الثالث فتصح من ستة و ثلاثين للشفيع تسعة و عشرون و للأول خمسة و للثاني اثنان)

يريد أنه على القول الآخر و هو إن الشفعة مع الكثرة على عدد الرؤوس يكون للشفيع تسعة و عشرون ثمانية عشر بالشركة و بالشفعة ستة هي سدس الأول جميعه و ثلاثة هي نصف سدس الثاني و اثنان و هما ثلث سدس الثالث و للأول خمسة ثلاثة منها نصف سدس الثاني و اثنان ثلث سدس الثالث و للثاني اثنان هما ثلث سدس الثالث فتصح المسألة من ستة و ثلاثين لأن الأصل ستة و نريد أن نقسم السدس تارة في مخرج النصف و أخرى في مخرج الثلث و هما متباينان فنضرب أحدهما في الآخر فالمرتفع ستة ثم نضربها في أصل الفريضة و هي ستة فالمرتفع ستة و ثلاثون و قسمتها على ما قد عرفت

(قوله) (و لو باع أحد الأربعة و عفا الآخر فلاخزين أخذ المبيع)

أي جميعه أو تركه جميعه لانحصار الحق فيهما و لو اقتصر في الأخذ على حقيهما لم يكن لهما كما تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى و لعله أعاده ليرتب عليه ما بعده

(قوله) (و لو باع ثلاثة في عقود ثلاثة و لم يعلم الرابع و لا بعضهم ببعض فالرابع الشفعة في الجميع)

لو كان الشفعاء أربعة و باع ثلاثة منهم في عقود ثلاثة بمعنى أنهم لم يبيعوا دفعه و لم يعلم بعض الثلاثة ببيع بعضهم و كذلك الرابع لم يعلم أيضا بالحال أو علم لكنه لم يمكنه الأخذ على الفور في الحال لبعده الدار أو غيره من الأعذار فحكم الرابع أن له الشفعة في الجميع و يأتي بيان الحال في أحكام شركائه الثلاثة و ظاهر العبارة أن عدم علم الرابع شرط و ليس كذلك لأنه لم يبيع نعم يشترط أن لا يكون له مسقط آخر من مخالفة الفورية و نحوها (و أما الثلاثة) فعدم علم بعضهم ببعض شرط في استحقاقهم الآتي لأن من باع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٤٩

و في استحقاق الثاني و الثالث فيما باعه الأول و استحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان (١) و في استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني و الثالث و استحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه (٢) الاستحقاق لأنهما مالكان حال البيع و عدمه لتزلزل الملك و ثبوته

للمعفو عنه (٣) فإن أوجبناه للجميع فللذى لم يبيع ثلث كل ربع لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فيكمل له النصف (٤) و للبايع الثالث و المشتري الأول الثلث لكل منهما سدس لأنه شريك في شفعة مبيعين (٥) و للبايع الثاني و المشتري الثاني سدس لكل منهما نصفه لأنه شريك في شفعة بيع واحد (٦) فتصح من اثني عشر (٧)

ملكه بعد علمه باستحقاقه الشفعة بطلت شفيعته

(قوله) (و في استحقاق الثاني و الثالث فيما باعه الأول و استحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان)

الاستحقاق لأن الثاني و الثالث كانا شريكين في وقت بيع الأول و كذا الثالث في وقت بيع الثاني و عدمه لزوال شركتهم الآن و هما الوجهان فيمن باع حقه من الشركة و قد استحق الشفعة و هو لا يعلم كما يأتي إن شاء الله تعالى و أما الأول فلا حق له لأنه قد باع ملكه قبل الجميع

(قوله) (و في استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني و الثالث و استحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه)

يريد أن من اشترى أولاً من أحد الثلاثة هل يستحق الشفعة فيما باعه الثاني و الثالث من الثلاثة و هل من اشترى من الثاني ثانياً هل يستحق الشفعة فيما باعه الثالث أوجه ثلاثة

(قوله) (الاستحقاق لأنهما مالكان حال البيع و عدمه لتزلزل الملك و ثبوته للمعفو عنه)

وجه الأول ما قاله المصنف من أنهما مالكان حال البيع و الاستحقاق يثبت بمجرد الملك و إن زال و وجه الثاني أن تزلزل الملك مانع لكونه في معرض الزوال لأن أخذ مستحق بالشفعة و وجه الثالث أن الشركة حال البيع ثابتة و ملكه مستقر فيستحق بها الشفعة و لا يضر تزلزل الملك و في جامع المقاصد أن فيه قوة و في الإيضاح أن جعلنا العفو كاشفاً استحق و إن جعلناه شرطاً لم يستحق لاستحالة تأخر الشرط عن المشروط

(قوله) (فإن أوجبناه للجميع فللذى لم يبيع ثلث كل ربع لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فيكمل له النصف)

أى إن أوجبنا الاستحقاق للجميع و المراد بالجميع هنا أربعة و إن كانوا ستة لأن المفروض أن الباعين ثلاثة و المشتريين ثلاثة خرج البايع الأول و المشتري الثالث لأنهما لا يتصور لهما شفعة هنا لخروج الأول عن الشركة قبل حدوث بيع من البيوع و تأخر تملك الثاني عن البيوع كلها فيبقى البايع الثاني و الثالث و المشتري الأول و الثاني فهم مراده بالجميع فلشريك الثلاثة و هو الرابع الذى لم يبيع ثلث كل ربع باعه الثلاثة لأن له في كل بيع شريكين ففى بيع الأول الذى ليس له شفعة شريكه البايع الثاني و الثالث و فى بيع الثاني شريكه اثنان الأول المشتري الذى اشترى من البايع الأول و الشريك الثاني المشتري الثالث و فى بيع الثالث شريكه المشتري الأول و المشتري الثاني فقد أخذ الربع الذى هو الشفيع الأصلى من كل ربع ثلثاً و هو ربع تام فإذا ضم هذا الربع إلى ملكه الأصلى و هو الربع كمل له النصف

(قوله) (و للبايع الثالث و المشتري الأول الثلث لكل منهما سدس لأنه شريك في شفعة مبيعين)

لأن البايع الثالث شريك حين البيع الأول و الثاني فيكون له شفعة فيهما و المشتري الأول شريك حين البيع الثاني و الثالث فنصيب كل منهما ثلث من الربعين و ثلث الربع نصف سدس الأصل فثلثاه سدس فيكون لهما ثلث الأصل

(قوله) (و للبايع الثاني و المشتري الثاني سدس لكل منهما نصفه لأنه شريك في شفعة بيع واحد)

لأن البايع الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الأول خاصة و المشتري الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الثالث فنصيب كل واحد منهما ثلث ربع و هو نصف سدس فيكون لهما سدس الأصل

(قوله) (فتصح من اثني عشر)

لأن أقل عدد يخرج منه نصف السدس صحيحاً اثنا عشر للربع الذى لم يبيع ستة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٠

فتصح من اثنى عشر

السادس لو كان الشفعاء الأربعة غيبا

فحضر أحدهم أخذ الجميع و سلم كل الثمن أو ترك فإن حضر الثانى أخذ من الأول النصف أو ترك فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك (١) فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك و لو قيل إن الأول يأخذ الجميع أو يترك أما الثانى فله أخذ حقه خاصة لأن المفسدة و هى تبعض الصفقة منتفية (٢) أو أخذ النصف و لو حضر الثانى بعد أخذ الأول فأخذ النصف (٣) و قاسم ثم حضر الآخر فقاسم و طالب فسخت القسمة (٤) و لو رده الأول بعيب فللثانى أخذ الجميع لأن الرد كالعفو (٥)

و للبائع الثالث و المشتري الأول أربعة و للبائع الثانى و المشتري و الثانى اثنان

(قوله) (لو كان الشفعاء الأربعة غيبا فحضر أحدهم أخذ الجميع و سلم كل الثمن أو ترك فإن حضر الثانى أخذ من الأول النصف أو ترك فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك)

كما صرح بذلك كله فى الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و قضية كلام الأولين كما هو صريح الآخر أنه ليس لأحدهم الاقتصار على مقدار حصته لأن الشفعة إنما تثبت لسوء المشاركة و مئونة القسمة و إزالة الضرر فإذا أراد أن يأخذ من المشتري بعض الشقص لم يزل الضرر الذى لأجله ثبتت الشفعة كذا قال فى التذكرة و نحوه ما فى الشرائع فى توجيه أخذ الأول الكل حيث قال لأنه لا شفيع الآن غيره و نحوه ما فى الإيضاح فى توجيه أخذ الأول و الثانى قال لأنه لم يوجد الآن غيره و جاز عفو الباقيين و يبقى هو المستحق لجميع نصف الشقص و ليس له أخذ بعض حقه و لأن المطالبة وجدت منهما أى الأول و الثانى دون الثالث انتهى و هذا بظاهره و ما فى التذكرة إنما يتم بالنسبة إلى الأول أما من بعده فاقتصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري لأن الشقص قد أخذ منه تاما على التقديرين ثم إن فى عبارة الشرائع مؤاخذه أخرى و فى عبارة الإيضاح أيضا حزاة و وجهه أى الحكم المذكور فى جامع المقاصد بأن كل واحد منهم عند المطالبة هو الشفيع مع من أخذ من شركائه لعدم العلم بأخذ الغائب فليس له أن يأخذ بعض استحقاقه لأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق و لا دليل على جواز أخذه بعض حصته و هو جيد جدا و لعله هو الذى عناه فى الإيضاح و إلا كان توجيهه كالمصادرة بل قد يكون هو المراد من توجيه الشرائع و التذكرة إلا أنه عند إمعان النظر لا يخلو عن تأمل لأنه يقضى بأن إزالة الضرر حكمه لا عله و ليس كذلك فإما أن لا شفعة أصلا أو تثبت بدون أخذ الجميع فتأمل و يشهد على ذلك احتمالهم الاحتمال الآتى إذ على ما فى جامع المقاصد لا يكون وجهها فليتأمل جيدا ثم إن قضية كلامهم جميعا أن القادم لا يكلف الصبر إلى حضور الغائب و لعله لأن به إضرارا بالمشتري بل به أيضا

(قوله) (و لو قيل إن الأول يأخذ الجميع أو يترك أما الثانى فله أخذ حقه خاصة لأن المفسدة و هى تبعض الصفقة منتفية)

هذا قد احتمله فى الدروس و المسالك لما ذكره المصنف و سكت عنه فى الإيضاح فيتخير حينئذ بين أن يأخذ النصف كما أشار إليه المصنف بقوله أو أخذ النصف أو يأخذ حقه خاصة فإذا قدم الثالث كان بالخيار كذلك (و قال) فى جامع المقاصد لقائل أن يقول إن تبعض الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بأن الغائبين يأخذون أم لا و لزوم تجزئة الثمن على تقدير أخذهم لا شبهة فى أنه محذور و مانع فكانت الشفعة منحصرة فيمن حضر و طالب و كما أن ثبوتها قهرى فكذلك تقسيطها أما على عدد الرؤوس أو السهام قهرى فلا خيار للحاضر انتهى (وقد) عرفت أن لا تبعض و تجزئة الثمن لازمة على تقدير أخذ الباقيين أو بعضهم على كل حال على

أن مثله آت فى حق الشفيع لعدم العلم بأخذ الغائب فتأمل

(قوله) (و لو أخذ النصف)

هو بالرفع معطوف على أخذ حقه و ما بينهما معترض

(قوله) (و لو حضر الثانى بعد أخذ الأول فأخذ النصف و قاسم ثم حضر الآخر فقاسم و طالب فسخت القسمة)

لأن حقه شائع فى المأخوذ لكل منهما

(قوله) (و لو رده الأول بعبى فللثانى أخذ الجميع لأن الرد كالعفو)

لأن الرد أبطل الأخذ من أصله فكان كما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥١

و يحتمل سقوط حقه من المردود لأن الأول لم يعف بل رد بالعبى فكان كما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة (١) و لو استغلها

الحاضر ثم حضر الثانى شاركه فى الشقص دون العلة (٢) و لو قال الحاضر لا أخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على إشكال

(٣) و إذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه المنصف فإن خرج المبيع مستحقا فدرى الثانى على المشتري دون الشفيع الأول

لأنه كالتائب (٤)

عفا عن حقه و هو خيرة الشرائع و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و لم يذكر فى الأولين الاحتمال الآتى

(قوله) (و يحتمل سقوط حقه من المردود لأن الأول لم يعف بل رد بالعبى فكان كما لو رجع ببيع أو هبة)

هذا مذهب محمد بن الحسن الشيبانى قال إنه لا يأخذ إلا حصته لأن الأول لم يعف و إنما رده بالعبى و رده به أحدث للمشتري ملكا

جديدا بعد أن خرج عنه فلم يتوفر نصيبه على الآخر و كان كما لو رجع إلى المشتري نصيب أحدهما ببيع أو هبة و فى جامع المقاصد

أنه لا- شبهة فى ضعفه لأن الأول و إن لم يعف إلا أن الرد بالعبى اقتضى سقوط حقه من الشفعة فجرى مجرى العفو و أيضا فالرد

بالعبى فسخ للأخذ قطعاً لإنشاء سبب جديد للملك فكيف يساوى العود إلى المشتري بالبيع أو الهبة و اقتصر فى التذكرة و المسالك

على الأخير و لعله لأن الأول غير حاسم للشبهة

(قوله) (و لو استغلها الحاضر ثم حضر الثانى شاركه فى الشقص دون الغلة)

كما جزم به فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و وجهها عدم مشاركتها فى الغلة بأن ملكه لا

يتحقق إلا بأخذه و قبله كان الملك منحصرا فى الأول فكان النماء له و بأن السابق ليس أخذه بالنيابة عمن بعده إذ لا وكالة له منه و

يأتى لهم فيما إذا خرج الشقص مستحقا فى توجيه أن دركه على المشتري دون الشفيع أن السابق كالتائب عن اللاحق فى الأخذ و

قضية ذلك أنه يشارك و هو أحد وجهى الشافعية و مما ذكر يعلم الحال فى الثالث بالنسبة إلى الأولين و معنى استغلها أخذ غلتها و

فى معناه ما إذا ظهرت الثمرة و صارت تابعة للأصل شرعا و إن لم تنفصل

(قوله) (و لو قال الحاضر لا أخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على إشكال)

ينشأ من أن له غرضا فى الترك و هو أن لا يأخذ ما يؤخذ منه و ما يحتاج إلى ثمن كثير ربما لا يقدر عليه فى تلك الحال ثم إنه قد لا

يتمكن من العمارة على ما يريد و ربما انتزع منه فتذهب متعته ضياعا فلا تسقط شفيعته و هو الذى قواه فى المبسوط و المسالك و قربه

فى التذكرة و فى الدروس أن فيه قوة فما فى المسالك من نسبته إلى الدروس على البيت غير جيد و من أنه متمكن من الأخذ فكان

مقصرا و نشك فى كون مثل ذلك عذرا فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري و الشفعة مبنية على القهر فينبغى أن يقتصر فيها على

موضع اليقين فلا شفيع له و هو الأشبه بأصول المذهب فى الباب و غيره و كأنه قال به أو مال إليه فى جامع المقاصد و لا ترجيح فى

الشرائع و التحرير و الإيضاح

(قوله) (و إذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف فإن خرج المبيع مستحقا فدرى الثانى على المشتري دون الشفيع الأول

لأنه كالنائب)

قال في المسالك هذا هو المشهور ونسبه في التذكرة إلى أكثر الشافعية والمصرح به المحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والمحقق الثاني ولا ترجيح في التذكرة وستسمع مختاره فيها ولا تعرض له في الدروس ومعناه أنه إذا خرج الشقص مستحقا بعد أخذ الشفعاء مترتين وقد دفع الشفيع الثاني الثمن للأول وقد أخذ صاحب المال منه أجره الدار مثلا وأرش ما انهدم منها فدرك ذلك كله على المشتري لا- على الشفيع الأول لاستحقاق الجميع الشفعة عليه فأخذ البعض قبل البعض لا- يغير الحكم فكان الآخذ أولا كالنائب عن المتأخر لاستواء الجميع في الاستحقاق وأنت خير بمنع كونه كالنائب كما تقدم لهم أنفا لأن أخذ الثاني مفتقر إلى أخذ جديد غير أخذ الأول وصيغته خاصة كأول ثم إنه كيف يرجع على المشتري بالثمن ولم يستلم من غير الأول شيئا قال في التذكرة قال بعض الشافعية هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجره مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٢

السابع) لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع

ثم قدم أحد الغائبين وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقسمه (و يقسمانه خ ل) صفيين (١) فتصح من ثمانية عشر لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة وليس للشفعاء نصف فنضرب اثنين في التسعة (تسعة خ ل) للثاني أربعة ولكل من الباقين سبعة لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعاء والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئا من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما (٢)

ونقص قيمة الشقص وأما الثمن فكل يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف قال في التذكرة وهو المعتمد واستجوده المحقق الثاني واستحسنه الشهيد الثاني

(قوله) (لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثم قدم أحد الغائبين وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقسمه نصفين)

كما في التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهذا على تقدير أن للثاني أن يقتصر على مقدار حقه وقد سبق للجماعة أنه لا يسوغ له ذلك وتفصيل المقام أنه إذا قدم الثاني كان على هذا مخيرا بين أن يأخذ النصف أو الثلث فإذا قدم الثالث وجددهما متساويين في الآخذ أخذ الثلث منهما على السوية وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخير بين أن يأخذ من الأول نصف ما في يده وهو تمام حقه ولا يتعرض للثاني وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده لأنه يقول ما من جزء إلا ولي فيه ثلثه فإن كان الثاني ترك للأول حقه ولم يشاطر الأول فلا- يلزمني أن أترك حقي ثم له أن يقول للأول ضم ما معك إلى ما أخذته من الثاني لنقسمه نصفين لأننا متساويان في الحق وقد احتمل فيما عدا الأولين أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئا بل يأخذ نصف ما في يد الأول فيقسم المشفوع أثلاثا بناء على أن فعل الثاني لا يعد عفو عن السدس بل اقتصارا على حقه وإلا لاتجه بطلان حقه لأن العفو عن البعض عفو عن الكل على قول وإنما هو كمال حقه وحكي في التذكرة عن بعض الشافعية أن يسقط حقه لكونه قد عفا عن بعضه (قوله) (فتصح من ثمانية عشر لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة وليس للشفعاء نصف فنضرب اثنين في التسعة للثاني أربعة ولكل من الباقين سبعة لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعاء والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئا من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما)

لأننا نطلب أقل عدد له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستة في يد الأول فيأخذ الثالث من الثاني واحدا و يضمه إلى الستة التي في يد الأول فتصير سبعة لا تنقسم نصفين فنضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر للثاني منها أربعة و لكل من الأول و الثالث سبعة و إن شئت قلت إن الثاني أخذ الثلث فيكون الشقص المبيع المشفوع ثلثه و الثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث و مخرجه مضروب أحد الكسرين في الآخر أعني مضروب ثلاثة في ثلاثة و ذلك تسعة إلى آخر ما تقدم و إنما قلنا إن للثاني أربعة و لكل من الآخرين سبعة لأن الثاني كان يستحق أخذ النصف و هو تسعة فترك سدسا و هو ثلاثة حقه منه ثلثاه و هو سهمان و أخذ حقه منها أربعة فيتوفر ثلثا السدس المتروك أعني التسع على شريكه و لم يترك أحدهما شيئا من حقه فيجمع ما معهما و يقسم بينهما و قول المصنف يتوفر على شريكه لا- يراد به الأول بل الجنس لأنه قال الأول و الثالث متساويان في الاستحقاق و ليعلم أن صحة المسألة من ثمانية عشر إنما هو بالنسبة إلى الربع و هو الجزء المشفوع لا بالنسبة إلى المجموع و أما بالنسبة إلى مجموع الدار فتصح من اثنين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٣

(الثامن) لو اشترى واحد من اثنين شقفا

فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر و إن تبعضت الصفقة على الثمرة و لا خيار له (١) و لو اشترى اثنان نصيب واحد للشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض و قبله (٢) و لو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فالثالث أخذ الشفعة منهما و من أحدهما (٣) و لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله أخذ الأول و الثاني و أحدهما فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني و إن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول (٤)

و سبعين

(قوله) (لو اشترى واحد من اثنين شقفا للشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر و إن تبعضت الصفقة و لا خيار له)

يريد أنه لو كانت الدار بين ثلاثة فباع اثنان من رجل دفعة واحدة فقال الشريك الثالث الشفيع أنا آخذ ما باعه فلان و أترك ما باعه فلان كان له لأن العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان كان بمنزلة العقدين ففي الحقيقة لا تبعض في الصفقة على المشتري و به صرح الشيخ و الجماعة من دون تأمل و المخالف أبو حنيفة حكاه في التذكرة و كأنه استند إلى أن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة و هو محتمل و لكن لم يذكره الأصحاب هنا و قد ذكروا في البيع ما يناسبه فينبغي تأمله و مما ذكر يعلم أنه لا خيار له لأن الأخذ بأحد العقدين ليس منافيا لما وقع عليه العقد الآخر إذ لا تبعض بحسب الواقع و مثله ما لو باع اثنان من ثلاثة صفقة أو اثنان من اثنين و لا شركة لبعض المشتريين في هذه المسائل لعدم تقدم ملك أحدهما على الآخر

(قوله) (و لو اشترى اثنان نصيب واحد للشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض و قبله)

ظاهر العبارة مع ما يأتي أن الشراء كان في صفقة واحدة كما هو صريح المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و لا فرق بين كون ذلك قبل قبض المبيع أو بعده و نبه بذلك على خلاف أبي حنيفة حيث قال يجوز بعد القبض و لا يجوز قبله لأنه قبله يكون تبعضا للصفقة على البائع بناء على أصله من أن الشفيع يأخذ من البائع و قال في جامع المقاصد إن شيخنا الشهيد قال إنه يمكن عدم إلحاق هذه بالكثره لأن الاستحقاق غير مسبوق بالكثره فلا تكون مانعة و تحمل الكثرة المانعة على الكثرة السابقة على العقد قال و يشكل بظاهر قوله (ع) فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة (قلت) هذا الظاهر يحمل على ما إذا صاروا ثلاثة قبل العقد لأنه هو المتبادر من الأخبار الأخر كما تقدم لكن خرطهم له في سلك فروع الكثرة يقتضى بعدم الفرق في منعها بين أن تكون لاحقة أو سابقة و الذي

يدل على أن الشراء هنا كان دفعة إن لم يحتمل فيه أن يكون للأول شفعة على أنه لو أريد به الترتيب لاتحد مع الفرع الأخير و هو قوله لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر لأن الشراء فيه أى الفرع الأخير مترتب لمكان العطف بتم ولأنه احتمل فيه أن يكون للأول شفعة وهذا الاحتمال لا يجيء إلا على الترتيب

(قوله) (و لو وكل أحد الثلاثة شريكه فى بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فالثالث أخذ الشفعة منهما و من أحدهما) يعنى أخذ نصيبهما أو نصيب أحدهما ففى العبارة تسامح لأن الأخذ إنما هو من المشتري و الوجه فى ذلك أن الصفقة مبعضة فى الواقع فلا مانع من أن يأخذ الثالث مجموع النصيبين أو أحدهما خلافا لبعض الشافعية لأن العاقد واحد و ليس للوكيل و لا للموكل شفعة على الآخر لأنهما بائعان فخرجا عن الشركة

(قوله) (و لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله أخذ الأول و الثانى و أحدهما فإن أخذ الأول لم يشاركه الثانى و إن أخذ الثانى احتمل مشاركة الأول)

لأنه وقت شراء الأول لم يكن للثانى ملك فلا تتصور شفעתه و أما احتمال مشاركة الأول فلكونه شريكا فى وقت بيع الثانى سواء أخذ منه أم لم يأخذ فإن احتمال المشاركة قائم على التقديرين كما تقدم بيانه لكن ظاهر العبارة هنا قد يؤذن بخلافه و الفرق بين هذا الفرع و الفرع السابق فى قوله و لو اشترى اثنان نصيب أحدهما إلخ أن الشراء فى الأول كان دفعة كما عرفت آنفا و قد قال فى التحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٤

و على ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع و تركه (١) «١»

(الفصل الثالث فى كيفية الأخذ)

يملك الشفيع الأخذ بالعقد و إن كان فى مدة الخيار على رأى (٢) و هو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع و يدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ (٣)

بعد أن ذكر ما ذكر من الفروع المترتبة على الكثرة هذه الفروع إنما تتأتى على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة ثم قال بعد ذلك بلا فاصلة السابع لو باع الشريك الواحد نصف حصته لواحد ثم باع الباقي عليه أو على غيره ثم علم الشفيع كان له أخذ الجميع و الأول خاصة و الثانى خاصة و كذا لو باعه من أكثر من اثنين انتهى و هو يقضى بأن المراد بالكثرة المانعة الكثرة السابقة (قوله) (و على ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع و تركه)

يريد أنه إذا كان هناك شريكان لا- غير فباع أحد الشريكين نصف حصته لزيد ثم باع بعد ذلك النصف الآخر لعمرو و لم يعلم شريكه بأحد البيعين فإن له الشفعة فى الجميع على القول باشتراط الاتحاد لأن منعه منها مع كونه شريكا متحدا يقضى يختلف الأثر عن المؤثر و لو كان مثل ذلك مسقطا للشفعة لما غفلوه و ليس هو مما يندر كما تقدم بيانه نعم إن اختار أخذ البعض سقطت شفעתه لأن الشارع أثبت له الشفعة فرارا من ضرر الشركة فإذا أخذ البعض خاصة يكون قد رضى بها فتسقط شفעתه كما هو واضح و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون أخذ من الأول فقط أو من الثانى كذلك فيجمع ما ذكره فى جامع المقاصد فى شرح العبارة سهو واضح قال فى توجيه العبارة أنه إذا أخذ الجميع لم تتكثر الشفعاء فلم يتحقق المنافى بخلاف ما إذا أخذ البعض قلت هذا التعليل غير صحيح بل الوجه فى ذلك ما عرفت قال و فيه نظر من وجوه الأول أنه إنما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثانى أما إذا أخذ من الأول فقط فعلى قوله لا يتكثر الشفعاء حينئذ إذ لا يشاركه الثانى فيما أخذه قطعا قلت هذا سهو قطعا إذ ليس المدار إلا على الرضا بالشركة فلا يفرق بين الأخذ من الأول و الثانى قال الثانى من وجهى النظر أنه لو أخذ الجميع فللأول الشفعة فى نصيب الثانى على ما سبق من الاحتمال لأن الأول كان شريكا و مستحقا فى وقت البيع للثانى فلا يزول استحقاقه بأخذ ملكه فلا يتم ما ذكره و أيضا فإنه فى وقت

البيع الثانى كان المشتري الأول مالكا قطعاً فإن استحق الشفعة بملكه تثبت مع تعدد الشركاء أو الشفعاء وإن لم يستحق مع كونه شريكا تخلف الأثر نعم على القول بأن كون ملكه مشفوعاً ينافى استحقاقه لا إشكال (قلت) لا يستحقها لإقدامه على الكثرة ورضاه بالشركة لأنه علم أن البائع شريكا وأن البائع أيضاً شريكه مضافاً إلى أن ملكه مشفوع قال ثم إن فى ثبوت الشفعة هاهنا على القول بالمنع مع الكثرة وإن لم نقل بالاحتمال وأخذ الجميع نظر لأن قوله (ع) فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة يقتضى ظاهره نفى الاستحقاق هنا قلت قد عرفت الحال فى الخبر آنفاً وفيما سلف

الفصل الثالث فى كيفية الأخذ (قوله) (يملك الشفع الأخذ بالعقد وإن كان فى مدة الخيار على رأى)

قد تقدم الكلام فيه وفى أواخر الفصل الأول

(قوله) (و هو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ)

كما فى التذكرة وجامع المقاصد وجمع البرهان وقد حكى فى مجمع البرهان أنه نسبه فى التذكرة إلى علمائنا ولم نجد ذلك فى التذكرة بل لم نجد أحداً منهم تعرض لذلك قبل المصنف وقال فى التحرير يملك الشفع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه ولم يتعرض فيه لدفع الثمن فيهما وقضيته أنه يملكه بمجرد الأخذ ولا يحتاج فى تملكه إلى دفع الثمن كما أن قضية كلام الدروس أنه لا يملكه إلا باللفظ ولا يكفى الأخذ الفعلى ودفع الثمن وهو الظاهر من المسالك وكذا الكفاية قال فى الدروس ولا يملك الشفع بالمطالبة ولا بدفع الثمن مجرداً عن قول انتهى فتأمل والواجب الرجوع إلى الأخبار والقواعد والظاهر من إطلاقات

(١) أو تركه خاصة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٥

ولفظاً كقوله أخذته أو تملكته وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر (١)

أخبار الباب الأخذ باللفظ كقوله (ع) وصى اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له بالشفعة وفى خبر على بن مهزيار ومرسل ابن محبوب ما يؤذن بأن الأخذ باللفظ وأنه يملك به حيث قيل فى السؤال فى الأول عن رجل طلب شفعة أرض وفى الثانى فطلب الشفعة من هذا إذا طلب الأخذ بها لا- الطلب بالمعنى المتعارف كما ستعرف وأما القواعد فالأصول تقضى بالوقوف على موضع الوفاق وهو الأخذ باللفظ مع دفع الثمن وقد أطبقوا على الظاهر أنه ليس للشفع أخذ الشقص المشفوع من المشتري إلا بعد دفع الثمن إليه جبراً لو هن قهره بتسليم الثمن إليه أو لا بخلاف البيع ونحوه فكان أخذ الشقص بدون دفع الثمن منهياً عنه فلا يكون سبباً فى حصول الملك وكذا أن تقول إن هذه القاعدة إنما تتم لك إذا كان مرادهم ليس له أخذه على سبيل التملك فيكونون موافقين للمصنف على أن التملك يحصل بالأخذ بالفعل ودفع الثمن وأما إذا كان مرادهم أنه ليس له أخذه بعد التملك باللفظ كما يأتى من أن كلامهم هذا يحتمل الأمرين فلا تنهض لذلك وإن اعتمد الأول فى جامع المقاصد وكيف كان فعند المصنف ومن وافقه أن الأخذ بالفعل لا يكون مملوكاً إلا- مع دفع الثمن أو رضا المشتري بالصبر فإذا دفعه وأخذه المشتري ملك الشقص وإلا خلى بينه وبينه أو رفع الأمر إلى الحاكم ليلزمه التسليم عملاً بالأصل من عدم اشتراط اللفظ وعند من ظهر منهم أنه لا بد فيه من اللفظ كما هو ظاهر الأكثر كما يأتى يحتمل أنهم أرادوا أنه لا- يفيد ملكاً أصلاً كما هو الظاهر ويحتمل أنه لا يفيد لزوم الملك بل يكون ذلك من باب معاطاة الشفعة بالنسبة إلى الشفع بمعنى أن له حينئذ أن يترك ولا- كذلك إذا أخذ باللفظ فإنه لا يجوز له الرد والترك وأما المعاطاة بالمعنى المتعارف فممنوعة فى المقام لأنها تتوقف على رضا الطرفين وليس رضا المشتري هنا شرطاً وأما أن يكفى رضا المشتري بالصبر فلائها معاوضة ولا يتوقف الملك فى المعاوضات على القبض وظاهر التذكرة الإجماع عليه

(قوله) (و لفظاً كقوله أخذته أو تملكته وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر)

كما صرح بذلك كله فى الإرشاد و موضع من التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و قد يظهر ذلك من كلام الدروس و قد سمعته و يأتى له ما هو صريح فى ذلك و نفى عنه البعد فى المسالك و فى جامع الشرائع أنه يملك ليقبض الثمن و دونه و ظاهره أنه لا يحتاج إلى لفظ و فى الغنية و السرائر ما نصه و اشترطنا عدم عجزه عن الثمن لأنه إنما يملك الأخذ إذا دفع المشتري ما بذله للبائع فإذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة و ظاهر الأول أو صريحه أنه لا خلاف فيه و ظاهرهما أن المراد بالأخذ الأخذ بالشفعة لا الأخذ بمعنى تسليم المبيع من المشتري و فى ذلك زيادة عما فى الكتاب لكنه بعيد فيكون المراد الثانى فيوافق الكتاب كما سيأتى بيانه و يشهد له قولهم فيما سلف فإن ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام فإن أحضره و إلا بطلت شفيعته و الذى فى المبسوط فى أواخر الباب أنه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن فى حصول الملك و به صرح فى التذكرة فى موضع آخر و هو الظاهر من التحرير و الروضة و مجمع البرهان فى موضع آخر منه و هو الذى استظهره فى المسالك بعد أن اختاره من قوله فى الشرائع و لا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذى وقع عليه العقد (قلت) قد وقعت هذه العبارة و نحوها فيما يأتى من الكتاب و الإرشاد و الدروس و غيرها و هو كثير كما ستعرف فيمكن أن نقول إن ذلك لا يتم إلا على القول باشتراط تسليم الثمن فى حصول الملك و إلا فالأصل عدم وجوب التقديم على واحد بخصوصه و حينئذ فلا تنافى بين عبارة هذه الكتب الثلاثة أصلاً و يمكن أن يكون ظاهرها كما قال فى المسالك و عدم لزوم ذلك على المشتري إنما كان جبراً لقهرة على الأخذ منه (و قد) تقدم لنا فى أوائل الفصل الثانى ما لا بد من مراجعته و قال فى جامع المقاصد إن اشتراط دفع الثمن فى حصول الملك لا دليل عليه و الأصل عدمه و الشفعة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٦

.....

فى معنى المعاوضة إذ هى من توابع البيع و دفع أحد العوضين غير شرط فى تملك الآخر و لأنه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فوراً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن و إمهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك و ليس فى النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور و الذى فى رواية ابن مهزيار إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام إن أتاه بالمال و إلا فليبيع و بطلت شفيعته فى الأرض و ليس كلام الأصحاب صريحاً فى اشتراط ذلك انتهى و نحن نقول الدليل الأصل و حسنة ابن مهزيار أما الأصل فبمعان أربعة إلا أن يقول إن إيجاب الشفعة عقد أو جار مجراه فيكون الأصل عدم الاشتراط كما قال و قد قال فى المبسوط إنها عقد قائم بنفسه أو يكون استند إلى عموماً الباب فإن وجد المخصص من الخبر قام أصلنا و انقطع ما أصله و أما الخبر فهو قال سألت أبا جعفر الثانى (ع) عن رجل طلب شفيعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أ يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام فإن أتاه بالمال و إلا فليبيع و بطلت شفيعته فى الأرض و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة و ينصرف و زيادة ثلاثة أيام إذا قدم فإن وافاه و إلا فلا شفيعه له لأن قول ابن مهزيار طلب شفيعه أرض يحتمل أنه أخذها بالشفعة لفظاً كأن قال أخذتها بالشفعة و تملكها أو أنه قال إنى أريد أن أتملكها بالشفعة إذا جئت بالمال و هذا بعيد جداً من وجوه ستسمع بعضها بل لا يكاد يصح و على التقديرين يتم الاستدلال لأن المستفاد من فحوى كلامه (ع) فى الجواب أنه يجب عليه دفع المال على الفور و منتهى الفورية ثلاثة أيام إن كان بالمصر فإن أتى بالمال و دفعه للمشتري كشف عن حصول الملك له من يوم الأخذ أو حصل له بذلك تمام جزء السبب المملك و إن لم يأت بطلت شفيعته لعدم حصول التملك له و معناه حينئذ على ما فى جامع المقاصد أنه إن أتاه بالمال لزمه التسليم و إن لم يأت به بطلت شفيعته بمعنى أنه يفسخ ملكه أو يفسخه بعد حصوله له و لزومه و هو كما ترى و لا يصح أن يكون قوله (ع) فى آخر الخبر فلا شفيعه له مثل قوله (ع) فى خيار التأخير و خيار ما يفسد ليومه فلا يبيع له لأن معناه هناك أنه لا يلزم البيع و معناه هنا أن الشفعة تبطل كما صرح به (ع) فى صدره و لا معنى لحمل قوله (ع) بطلت شفيعته على معنى كونها غير لازمة و لو بقى على معناه لم

تصح المقابلة بين القضيتين و لزم التفكيك الذى يمجّه الذوق هذا على التقدير الأول و على التقدير الثانى يصير المعنى فإن أتاه بالمال و أخذ بالقول ملكه و إن لم يأت به بالمال لم يملك و بطلت شفيعته أخذ بالقول أم لم يأخذ و على ما فى جامع المقاصد لم يكن له معنى محصل أصلاً إلا أن تقول إنه يقول إن أتاه بالمال و أخذ باللفظ ملك و إن لم يأت به بالمال لم يكن له الأخذ من رأس فيكون معنى قوله (ع) بطلت شفيعته أنه ليس له الأخذ بالشفعة و هو كما ترى ثم إن هذا الاحتمال بعيد لوجوه منها أنه (ع) قال إن أتاه بالمال و لم يشترط معه شيئاً آخر فتقدير أنه أتاه و أخذ باللفظ القولى خروج عن الظاهر جداً مضافاً إلى وجوه أخرى لا تخفى بل نقول أنه لا يصح لأن الطلب إن كان مع اجتماع شرائط الأخذ نافية الفورية و إن كان قبله لم يجب كما هو واضح كما سيأتى ثم إنه فى جامع المقاصد قد اعتمد على هذا الاحتمال عند شرح قوله و لو ادعى غيبة المال و يظهر منه هناك أن معنى قوله (ع) بطلت شفيعته أنها ليست لازمة مضافاً إلى ما يلزم هذا القول من تضرر المشتري بملكه بمجرد الأخذ القولى و عدم فورية الدفع و عدم تحديده بمدّة لمن فى المصر و لمن يأتى به من غيره فتأمل ثم إننا قد ندعى منع الملازمة التى ادعاها كما ذكر ذلك فى المسالك فيما إذا دفع الشفيع الثمن و ظهر مستحقاً و هو قضية كلام المصنف هناك و كيف كان ففى ما يظهر من الخبر غيبة لأن ظاهره فى صدره و عجزه الاشتراط مضافاً إلى فتوى من عرف

و إلى ما فى الغيبة فليتأمل فى ذلك كله ثم إنه يلزم القائل بالعدم أنه إذا أخذ بالقول يملك و إن جهلا مع الثمن و لعله لا قائل به كما يأتى بل كل من قال إن من مسقطات الشفعة جهلها بالثمن قائل بالشرط المذكور كما ستعرف و الظاهر أنهم مطبقون على ذلك كما يأتى و صاحب المسالك رجع هناك إلى القول بأنه لا بد من دفع الثمن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٧

و يشترط علم الشفيع بالثمن و المثمن معا فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ (١)

و على ما فى الكتاب فالظاهر أن دفع الثمن جزء من السبب المملك فالعقد قبله موقوف فالنماء قبله للمشتري و يمكن على بعد أن يكون كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولى فالعقد قبله مراعى لا موقوف فالنماء المتخلل للشفيع هذا و الظاهر اتفاقهم على أنه لا يملك بالمطالبة و إلا لم تسقط الشفعة بالعفو بعد المطالبة و لا بدفع الثمن مجرداً عن قول و فعل

(قوله) (و يشترط علم الشفيع بالثمن و المثمن معا فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ)

أما اشتراط علمه بالثمن لصحة الأخذ فقل من تعرض له و إنما ذكر فى التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و أما اشتراط علمه بالثمن فقد صرح به فى المبسوط و الكافى و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و المفاتيح و لم يذكر شىء منهما فى الوسيلة و الغنية فيما ذكر فيهما من الشرائط و قضيتهما أن علمه بهما غير شرط و لم يذكر هذا الشرط أيضاً فى المقنع و المقنعة و النهاية و المهذب و المراسم و فقه القرآن و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التبصرة و فى مجمع البرهان أنه لا دليل عليه من عقل و لا نقل إلا أن يكون إجماعاً (قلت) قد استدلت فى المسالك على اشتراط العلم به أن الأخذ بالشفعة فى معنى المعاوضة المحضه لأنه يأخذ الشقص بالثمن الذى بيع به فاشترط علمه به حين الأخذ حذراً من الغرر اللزوم على تقدير الجهل لأن الثمن يزيد و ينقص و الأغراض تختلف فيه قلة و كثرة و ربما زيد حيلة على زهد الشفيع فى الأخذ مع اتفاقهما على إسقاط بعضه فلا يكفي أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنساً و قدراً و وصفاً و إن رضى بأخذه بمهما كان الثمن لأن دخوله على تحمل الغرر لا يرفع حكمه المترتب عليه شرعاً من بطلان المعاوضة مع وجوده كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول و رضى به كيف كان و نحوه ما فى الروضة و هو إيضاح ما أوجز فى الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد من التعليل بالغرر لأنها فى معنى البيع و نحن نقول لا ريب أنه لا يشترط علم الشفيع بالثمن و لا بالشقص فى طلب الشفعة و إنما الكلام فى الأخذ و تحرير الكلام فى ذلك أن الجهالة على قسمين جهالة لا يمكن معها تسليم الثمن و أخرى يمكن معها ذلك و الأولى هى التى لا يصح معها الأخذ

كأن يشتريه الوكيل و يتعذر علم الشفيع به أو يقول المشتري أنسيته و يحلف على ذلك و بالجملة ما إذا جهلاه أى المشتري و الشفيع و الوجه فى عدم صحة الأخذ حينئذ أنه قد تقدم أن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد كمالا و به صرحت أخبار الباب و أنه لا يملك أو لا يتم ملكه إلا بتسليمه فلا بد من العلم بكميته و لو جهل لم يصح الأخذ لفقد الشرط و هو تسليم الثمن المعين و لا فرق فى ذلك بين أن يدفع قدر ما يعلم اشتماله على الثمن كأن يتبرع بالزائد و عدمه (لكنا) قد نقول إنه يجترئ فى صحة الأخذ باشمال القدر على الثمن لكن الأولى عدم الاجتزاء لأنه لا يمكن معرفة الأرش لو كان المبيع معيبا و لا معرفة الثمن ليرجع به لو كان أى المبيع مستحقا و هذه الجهالة هى التى عدوها من مسقطات الشفعة من غير تأمل و لا خلاف و ذلك يقضى بأنه لا بد فى التملك من دفع الثمن مع الأخذ باللفظ كما تقدم آنفا على أن بعض من اختار هناك أنه يملك بتجرد اللفظ اختار هنا أنه لا بد من دفع الثمن كصاحب المسالك كما تقدم و لما الجهالة الأخرى و هى ما إذا كان الشفيع جاهلا بالثمن حين الأخذ و البائع أو المشتري أو غيرهما عالما به فلما بلغه الخبر قال أخذته بما اشتراه كائنا ما كان فإنها لا تمنع من الأخذ لعدم الدليل على ذلك من عقل أو نقل أو نص أو إجماع إلا الحمل على البيع و نحوه و هو قياس مع الفارق لأن المدار فى الباب من الأخبار و الإجماع على إمكان تسليم الثمن الذى وقع عليه العقد كمالا و هو ممكن و تعلم كميته بأخبار المشتري أو غيره و منه يعلم حال الجهالة بالشقص بهذا المعنى و أما بالمعنى الأول فيتصور أن يكون الشفيع له شركة مع زيد مثلا فى دور متعددة و قد اشترى و كيل المشتري أو هو منه شقفا من بعض تلك الدور و مات الوكيل و زيد أو نحو ذلك من الفروض فإن الظاهر أنه لا شفعة فى مثل ذلك و إن استخرج المبيع بالقرعة و لعله لذلك قل من تعرض له فليلاحظ ذلك كله جيدا ثم إن الجهل المانع فى كلامهم لا بد و أن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٨

و له المطالبة بالشفعة (١) و لو قال أخذته بهما كان لم يصح مع الجهالة (٢) و يجب تسليم الثمن أولا (٣) فلا يجب على المشتري الدفع قبله (٤) و ليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع (٥)

يراد به الجهل الذى ظن أنه لا- يمكن معه الاستعلام كان يقال إن الوكيل مثلا- مات ثم يظهر أنه حى فعلى هذا يصح قولهم و له المطالبة بالشفعة لأن ذلك عذر و أما إذا أريد به الجهل الذى علم أنه لا يعلم معه الاستعلام فذلك مسقط للشفعة قطعا و كذلك الذى يمكن معه الاستعلام فتركه و أخذ بالشفعة فإنه أيضا مسقط للشفعة من حيث الإخلال بالفورية حيث اشتغل بالأخذ الفاسد عن الأخذ الصحيح و على هذين لا يصح قولهم و له المطالبة بالشفعة (قوله) (و له المطالبة بالشفعة)

كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأنه لا دليل على سقوط حقه بذلك الأخذ الفاسد و فى كلام المبسوط ما يدل على سقوطها و كأنه فى التحرير قصد بذلك الرد عليه و قد عرفت الحال فى ذلك

(قوله) (و لو قال أخذته بهما كان لم يصح مع الجهالة)

قد صرح بذلك فى المبسوط و غيره و قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (و يجب تسليم الثمن أولا)

كما هو صريح المبسوط و اللمعة و الروضة و قضية كلام الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و إن تسلمه المشتري قبل أداء الثمن كما هو صريح التذكرة و قضية إطلاق الباقيين لأنها معاوضة قهرية فجير و هن قهر المشتري بتسليم الثمن إليه أولا بخلاف البيع فإن مبناه على الاختيار فلم يكن أحد المتبايعين أولى بالبداة من الآخر و فى المسالك أنها علة مناسبة لا دلالة فى النصوص عليها فإثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال فلو قيل بأن المعبر التقابض كالبيع كان وجهها انتهى و فى جامع المقاصد أنها معاوضة يجب فيها التسليم و التسلم دفعة واحدة و الأصل عدم وجوب التقدم فى التسليم على أحد بخصوصه نعم إن تم له اشتراط تسليم الثمن فى

حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا (قلت) هذا ما أشرنا إليه هناك من أن هذه العبارة تقضى بالاشتراط المذكور وإن وقعت ممن صرح بعده أو ظهر منه ذلك ويستثنى من وجوب التسليم ما إذا رضى المشتري بكون الثمن في ذمته فللشفيع أن يتسلم المبيع أولاً كما تقدم

(قوله) (فلا يجب على المشتري الدفع قبله)

كما صرح به في المبسوط وأكثر ما ذكر بعده آنفاً

(قوله) (و ليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع)

كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح لأن العفو عن البعض يبطلها لأنها لا تنجزاً كالمقاصص لأن حقه في المجموع وللضرر على المشتري بتبعض الصفقة وهذه الأدلة كما ترى وفي بعض الأخبار إشعار به حيث قال (ع) هو أحق به يريد نصيبه المتقدم ذكره وقال (ع) هو أحق بها من غيره بالثمن وهو إشعار ضعيف جداً لأن كان مفهوم لقب ولا يصح الاستناد إلى الأصل بعد عمومات الباب وغيرها ولم يبق إلا أن يدعى أن المتبادر من أخبار الباب وإطلاق الفتاوى ولا سيما التعريف أخذ جميع ما باع وهو محل تأمل لعدم المنشأ له على أنه قد يقضى بأنه إذا باع شقصه لثلاثة دفعه مثلاً أن يجب على الشريك أخذ الجميع أو الترك مع أنه ليس كذلك وينبغي التأمل في كل ذلك ودعوى أنها كالمقاصص معارضة باحتمال أن تكون كالكذب وأما الضرر فهو الذى أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة ولعله لذلك خلا عن ذلك المقنع والمقنعة والإنصاف والنهائية والخلاف والمراسم وفقه الراوندى والكافى والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والنافع وشرحه والتبصرة وشرح الإرشاد للفخر والكفاية وغيرها مما تأخر مع التعرض لشرائطها ومسقطاتها ومبطلاتها مع العنوان وبدونه فلم يمكن أيضاً دعوى الإجماع ولو ممن تأخر لكنى لم أجد مصرحاً بجواز أخذ البعض إلا المصنف فى التذكرة وقد حكينا كلامه برمته فى شرح قوله إلا مع الشركة فى الطريق إلخ وهذا الفرع أول ما وقع النزاع فيه بين محمد بن الحسن الشيبانى وأبى يوسف فيما إذا قال أخذت نصف الشفعة فذهب الأول إلى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٥٩

فلو قال أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة (١) ويجب الطلب على الفور فلو أخر مع إمكانه بطلت شفيعته على رأى (٢)

سقوطها والثانى إلى عدمه كما يأتى

(قوله) (فلو قال أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة)

كما فى التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة لأنه لا يستحق المأخوذ وإنما يستحق المجموع من حيث هو مجموع فلا- يؤثر أخذه له بالنسبة إليه ولا- بالنسبة إلى الباقي أما بالنسبة إليه فلعدم استحقاقه وأما بالنسبة إلى الباقي فإن ظهر منه إسقاط حقه منه فظاهر وإلا فقد حصل التراخي بأخذه فتبطل الشفعة فى الجميع وغير الأقوى هو احتمال الصحة بالنسبة إلى الجميع قاله أبو يوسف لأن أخذ البعض يستلزم أخذ الجميع لعدم صحته أخذه وحده و ضعف بمنع الاستلزام وجواز تعلق الغرض بالبعض خاصة وقال فى الدروس لو قال أخذت نصف الشقص خاصة بطلت لأن العفو عن البعض يبطلها أو يحتمل أن يكون ذلك أخذاً للجميع ولو اقتصر على قوله أخذت نصفه فوجهان وأولى بالبقاء لأن أخذ البعض لا ينافى أخذ الكل إلا أن يؤدى إلى التراخي وهو تفصيل جيد لم يتعرض له الخاصة ولا العامة وإنما المفروض فى كلام الجميع ما إذا قال أخذت النصف كما سمعت

(قوله) (و يجب الطلب على الفور فلو أخر مع إمكانه بطلت شفيعته على رأى)

القول بأن أخذ الشفعة على الفور هو المشهور كما فى التذكرة والأشهر كما فى الروضة ومذهب الأكثر كما فى المفاتيح ومذهب الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخرين كما فى المسالك و عليه الفتوى كما فى التنقيح وإجماع الفرقه كما فى الخلاف وقد حكاه عنه

كاشف الرموز و المصنف في المختلف و الشهيدان في غاية المراد و الدروس و المسالك و غيرهم ساكتين عليه و في الرياض تارة أن الشهرة به عظيمة و أخرى أنه المشهور و عليه عامة المتأخرين و هو خيرة النهاية و الخلاف و المبسوط صرح به في عدة مواضع منه و الوسيلة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و غاية المراد و الدروس و اللعة و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و المفاتيح و هو المحكى عن أبي على ولد الشيخ و الطبرسى و عن والد المصنف و سديد الدين و نجيب الدين و القاضى و لعله في الكامل و إلا فلا تعرض له في المذهب كما لا تعرض له في المقنع و المقنعة و المراسم و فقه الراوندى و لا- ترجيح في التحرير و المذهب البارع كما هو عادته و مجمع البرهان و الكفاية و المخالفون القائلون بالتراخي و أنه لا تسقط إلا بالإسقاط أبو على و على بن الحسين الصدوق على ما حكى عنهما و علم الهدى و أبو المكارم و ابن إدريس و هو ظاهر أبي الصلاح و في الإنتصار الإجماع عليه و في السرائر أنه أظهر بين الطائفة و قد نسب هذا القول فخر الإسلام إلى سلال و ليس له في المراسم عين و لا أثر و ليعلم أن في أثناء كلام الإنتصار إماما بالفور كما فهمه منه في الدروس كما ستسمع هذه كلمات الأصحاب (و أما) الأخبار فقد قال في الدروس و نعم ما قال لم نظفر بنص قاطع من الجانبين ثم قال و لكن في رواية على بن مهزيار دلالة على الفور مع اعتضاها بنفى الضرر عن المشتري لأنه إن تصرف كان معرضا للنقض و إن أهمل انتفت فائدة الملك انتهى (قلت) قد استدل أيضا بالرواية على الفور المصنف في التذكرة و المختلف و ولده و الشهيدان في الحواشى و الروضة و المقداد و المحقق الثاني و يعضدها أيضا إن كانت فيها دلالة الأصل و إجماع الخلاف و الشهرة المعلومة و المنقولة و ما يظهر من التنقيح من دعوى الإجماع و الخبران العاميان إذ في أحدهما الشفعة لمن واثبها و فى الثاني الشفعة كحل العقال و قد وسم هذا فى الدروس بالاشتهار و قد استدلوا أيضا بأنها حق مبنى على التضييق لثبوتها فى بعض دون بعض و فى بعض العقود دون بعض و من استدل بالحسنة قال فى توجيه الاستدلال إنه حكم (ع) ببطان الشفعة بعد مضى ثلاثة أيام و لو كانت على التراخي لم تبطل بمضيها كما إذا لم يطالب إذ ليس للمطالبة أثر فى بطلانها لأنها سبب وجودها فلا يؤثر فى عدمها و زاد فى الإيضاح أنه لا قائل بالفرق فالقول به إحداه قول ثالث و هو باطل بإجماعنا و لعله أراد أن التعجيل يمثل ذلك و عدم إمهاله بما زاد عن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٠

.....

الثلاثة يقتضى فوريه الأخذ أما الزيادة على الثلاثة فظاهر و أما الثلاثة فلا قائل بها و لا بالأقل منها فينبغى التراخي مطلقا و زاد بعضهم أنها لو كانت على التراخي لم تبطل بمضى الثلاثة بل كانت تحتاج إلى تجديد الفسخ و هذا يقتضى بأن الطلب فى الخبر بمعنى الأخذ و قد أجاب المتوقفون من جهة القائلين بالتراخي بأن التأخير ثلاثة أيام أو دونها من دون عذر كما هو مورد الرواية ينافى الفورية العرفية التى اعتمدها (قلت) قد قال فى الإيضاح إن التأخير ثلاثة أيام للعذر و هو كذلك لأن تحصيل الثمن فى الحال يتعذر فى غالب العادات فلو شرط إحضاره فى الحال أدى إلى إسقاط الشفعة كما فى التذكرة ثم إن المقدس الأردبيلي استدل بآخرها على القول بالتراخي و أجاب عن الاستدلال بها للفور بما يرجع حاصله إلى أن الحكم ببطان الشفعة بعد الثلاثة لعله للعلم بعدم إرادة الشفع المطلبه بالشفعة عرفا و عادة و أجاب شيخنا فى الرياض بأن الحكم بالبطان لظهور عدم قدرته على أداء الثمن و قال إن لم نقل بظهورها فى ضد ما ذكره فلا ريب فى أنها على ما ذكره غير دالة (قلت) من العجيب غفلة المستدلين و المجيبين عن مورد الرواية لأنها إنما وردت فبين أخذ بالشفعة بقوله شفعت و نحوه و طلب الأنظار بالثمن و قد تسالمت الخصوم على العمل بمضمونها فى ذلك و محل النزاع هنا من آخر الأخذ بالشفعة مع علمه بها إذا المراد بالمطالبة و الطلب فى الرواية قول المصنف و غيره يجب الطلب و المطالبة على الفور فلو أخر بطل الأخذ بالشفعة لتضمنه الطلب كان يقول شفعت و نحوه و ليس المراد به فى الرواية الطلب المعروف لوجوه تقدم بيانها منها أنه إن كان مع اجتماع شرائط الأخذ نافية الفورية و إن كان قبله لم يجب فالاستدلال بالرواية على ما

نحن فيه من هؤلاء الأجلاء كالجواب عنه في غاية الغرابة إلا أن تقول إنهم يقولون إن المدار في بطلان الشفعة في الرواية على تأخير الثمن و إن كان بعد أخذه فإذا كان تأخير الثمن ثلاثة أيام بعد الأخذ يبطلها كان تأخير الأخذ و الثمن كذلك بل هو أولى لكنه إنما يتم على المختار من أن دفع الثمن جزء مملك و أما على القول بأنه يملك بالأخذ من دون دفع الثمن فلا لأنه قد يكون البطلان حينئذ مستندا للضرر اللاحق للمشتري بسبب رفع يده عن ملكه و عدم وصول ثمنه إليه لا لمكان الفوريه فيحتاج إلى تجديد الفسخ و جماعه ممن استدل بالحسنه قال إنه يملك بالصيغه من دون حاجه إلى دفع الثمن فليأمل جيدا و كيف كان ففي باقي الأدله بلاغ لكنها قد تضعف أما الأصل فبالعمومات و أما الضرر فإنه يجبر بضمان الشفيع الأرض إذا أمهله حتى بنى و زرع ثم أخذ و نقض و قلع و إن أريد به مجرد عدم الرغبة في التعمير فقد قال علم الهدى في جبرانه بأنه يعرض المبيع على الشفيع و يبذل تسليمه إليه فإما أن يتسلم أو يترك الشفعة فيزول الضرر عن المشتري فإن لم يفعل ذلك كان التفريط من قبله قيل و على تقدير عدم إمكان دفع هذا الضرر فالدليل أخص من المدعى إلا أن تقول إنه لا قائل بالفصل و لكن للخصم أن يقول إن ذلك إنما ينفع حيث لا يمكن العكس فتأمل جيدا و أما دعوى بنائها على التضييق فإن أريد بها العموم حتى فيما نحن فيه فأول ممنوع و إن أريد أنه ثابت في الجملة أو فيما عدا المسألة فغير نافع فيما نحن فيه و أما الخبران فعاميان كما في التذكرة و ما وصفه في الدروس بالشهرة فقد يكون حل العقال فيه كناية عن الانتقال بمجرد الأخذ و إن تأخر فلا دلالة فيه و أما الإجماع فإنه معارض بمثله قال في الرياض و اعتضاده بالشهرة غير نافع بعد ظهور انعقادها بعد الحكاية و مرجوحته بالموافقة للعامه و قال أيضا إن الشهرة معارضة بالموافقة للعامه (قلت) يدفع ذلك كله أن ثم الإجماع المعلوم من المتأخرين و المنقول في ظاهر التنقيح فضلا عن إجماع الخلاف المعتضد بشهرتي التذكرة و الروضة المطلقتين و كذا المسالك حيث نسبه إلى الشيخ و أتباعه و التابع يشهد بذلك إذا المخالفون الذين رأينا كتبهم إنما هم الذين لا يعلمون إلا بالقطعيات فهم معذرون على أصولهم و أما أبو علي و علي بن الحسين فإنما نقل ذلك لنا عنهم و ليس النقل كالعيان و ما في الرياض من أن الشهرة المتأخرة عن حكاية الإجماع لا تجبره و لا تعضده فغير مسلم لأنها كما توهمه إذا كانت مخالفة له فكذلك تجبره إذا وافقته كما حرر في

محله و قد تحرر في فنه أن الخبر العامي إذا نقله أصحابنا و استدلووا به أنه يصح لنا العمل به و لا سيما إذا شهد مثل الشهيد باشتهاره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦١

.....

و عساك تقول إن أكثر هؤلاء لم يلتفتوا إليه قلنا أقصاه أنهم لم يذكروه على أنا نحن لا - مانع لنا عن العمل به و مع اشتهاار القول بمضمونه عند المتقدمين و إطباق المتأخرين عليه و ما احتملناه في معناه خلاف الظاهر و تضعيف الشهرة بموافقة العامه ضعيف لأن ذلك إنما هو في الأخبار و الأقوال و الشهرة حيث تتعارض لاحتمال ورود الخبر مورد التقيء أو بناء القول أو الشهرة على ذلك الخبر الوارد مورد التقيء لا في نفس الشهرة حيث لا تعارضها أخرى كأن يقال هذه الشهرة ضعيفة لا تجبر سندنا و لا دلالة و لا تؤيد إجماعا لموافقتها العامه و إن لم يعارضها أخرى سلمنا أن إجماع الانتصار معارضها لكن الأولى به حينئذ تضعيف إجماع الخلاف فقط لموافقة العامه على أن العامه مختلفون في المسألة أشد اختلاف لأن القول بأنها على التراخي و لا تسقط إلا بالإسقاط و التصريح بالترك أحد أقوال الشافعية و قول مالك و في انقطاعه عنه روايتان إحداهما أنه يمتد إلى سنه فإن عفا و إلا كان للمشتري أن يرافعه إلى الحاكم و للشافعي قول آخر و هو إنما على التأييد كالفصاح و لا يملك مرافعته للحاكم و قد قال ابن المنذر هذا القول قول جماعة من أهل العلم و آخر و هو أنها تمتد ثلاثة أيام و الحاصل أن للشافعي خمسة أقوال و له في كل قول منها موافق و قد وافقه في أنها على الفور أبو حنيفة و ابن أبي ليلى و ابن شريك و حكى أبو الحسن عن أبي حنيفة أنها تمتد ثلاثة أيام و هو المحكى عن ابن أبي ليلى و حكى عنه أي أبو حنيفة محمد أنه على شفيعته أبدا بعد الإشهاد و قال محمد إذا تركها شهرا بطلت و قال أبو يوسف إذا

أمكنه أن يطالب عند القاضى فلم يفعل بطلت و عن الشعبى أن خياره يمتد يوما إلى غير ذلك مما حكى عنهم فى الإنتصار و المبسوط و الخلاف و التذكرة و أما حديث الضرر فالجواب عنه بالعرض عليه فإما أن يترك أو يأخذ ليس بجيد لأن إيجاب ذلك على المشتري لنفع الشفيع ليس بأولى من القول بالفورية و إسقاط حق الشفيع لنفع المشتري مع أن العرض إنما يثبت له أثر لو لم يعلم الشفيع أما إذا علم فالضرر اللاحق به حاصل من جهته على أن الشفعة إذا كانت على التراخى كان الشفيع أن يقول الحق لى متى شئت أخذته و لا يجب إلزامه بأخذه حالا فهذا من السيد إمام بالفور كما قاله الشهيد فى جوابه ثم إن أقوى ما يستدل به للقول الآخر إنما هو إجماع الإنتصار و عمومات أخبار الباب و الاستصحاب و الأول معارض بمثله موهون بمخالفة بعض من عاصره له و أكثر من تأخر عنه و فى المختلف و غاية المراد أن دعواه الإجماع ممنوعة على أنك قد عرفت ما فى كلامه من الإمام بالفور و هو الأصل فى هذا القول و الثانى يخصص بجميع أدلة القول الآخر و قد يعبر عنها أى العمومات بأصل عدم الفورية و أما الاستصحاب فقد قرره بأن البيع سبب فى استحقاق الشفعة و الأصل ثبوت الشىء على ما كان عملا بالاستصحاب و أوجب عنه فى المختلف و غاية المراد و التقيح و المذهب البار و كذا الإيضاح بأن المقتضى لثبوت الشفعة حدوث العلم بالبيع لأن نفسه و الحدوث يبطل فى زمان البقاء و إذا بطلت العلة بطل معلولها سلمنا لكن هل البيع سبب فى استحقاق الشفعة مطلقا أو فى استحقاقها على الفور الأول ممنوع و هو محل النزاع و الثانى مسلم و هو المطلوب سلمنا لكن الاستصحاب ضعيف الدلالة سلمنا لكن مع معارضة غيره لا يبقى دليلا و اقتصر فى الإيضاح فى رده على أن الاستصحاب إنما هو فيما يقبله و لعله أراد أن حق الشفعة ليس من الأعراض القابلة للبقاء و حاصله أنه فورى أو أراد ما قالوه من أن الحدوث يبطل فى زمن البقاء و الجميع كما ترى و قد قوى هذا القول فى الإنتصار بأن الحقوق فى أصول الشريعة و فى العقول لا تسقط بالإسك عن طلبها كالوديعة و أمثالها فكيف خرج حق الشفعة عن أصول الأحكام الشرعية و العقلية و أجابوا بأننا لا نسلم أن مطلق الحقوق لا تبطل بالترك بل ذلك مختص بما عدا الفورية و الفرق قائم بين الوديعة و الشفعة بحصول الضرر فى الثانى و أنت خبير بأن الظاهر أن غرضه أن أكثرها لا تسقط و المشتبه يلحق بالأعم الأغلب فىكون أصلا بمعنى الراجح و هو حجة لأن العقل حكم عليه بحكم عام و هو قبح ترجيح المرجوح على الراجح

فالجواب بمنع الغلبة غير صحيح لأنه غير موافق للواقع و لعلمهم على بعد أرادوه بقولهم إن مطلق الحقوق لا تبطل فيتعين الجواب بأن الأصل يعدل عنه للدليل و قد جعل فى الإرشاد المطالبة على الفور من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٢

و إن لم يفارق المجلس (١) و لا تجب مخالفة العادة فى المشى و لا قطع العبادة و إن كانت مندوبة و لا تقديمه على صلاة حضر وقتها (٢)

شروط الشفعة و فيه مسامحة لأن ذلك ليس من شرائط الاستحقاق الذى هو الشفعة بل هو من شرائط وقوعها و عدم بطلانها (قوله) (و إن لم يفارق المجلس)

هذا رد على أبى حنيفة حيث ذهب فى جملة ما حكى عنه إلى أنها على الفور إلا أنه يقدره بالمجلس بمعنى أنه إذا أخر لا لعذر لم تبطل شفيعته ما لم يفارق المجلس و قد تقول فى المسألة فيما حكى عنه أقاويل كما تقدم

(قوله) (و لا تجب مخالفة العادة فى المشى و لا تقطع العبادة و إن كانت مندوبة و لا تقديمه على صلاة حضر وقتها)

قال فى المبسوط إذا ثبت أن له المطالبة فهى على ما جرت العادة به فمتى بلغه وجوب الشفعة سار إلى المطالبة على حسب العرف و العادة فإن لم يكن مشغولا بشىء قام من وقته و إن كان مشغولا بشىء كالصلاة و الطهارة و الأكل فحتى يفرغ و إن كان وقت الصلاة قد دخل فحتى يؤذن و يقيم و يصلى و يتطهر إن كان على غير طهر و إن كان البلاغ ليلا فحتى يصبح و لا يلزمه أن يجد سيره بل يمشى على سجية مشيه و لا يستعجل فيه و إن كان قادرا على العجلة و إن كان راكبا فلا يركض و لا يعدو بل يسير على سجية مشيه

لأنه هو العرف والعادة ونحوه ما في الشرائع والتذكرة والإرشاد وكذا التحرير وغيرها مما اختير فيه الفورية قال في الشرائع تجب المبادرة إلى المطالبة عند العلم لكن على ما جرت العادة به فلو كان متشاغلا بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها و جاز له الصبر حتى يتمها إلى آخر ما قال وفي الإرشاد والتحرير لا يجب تجاوز العادة والمراد بالوجوب الشرطي واستظهر في جامع المقاصد أن من الأعذار التي يقضى بها العرف والعادة كالأكل والصلاة شهود تشييع المؤمن والجنائز وقضاء حاجته وطلب الحاجة و عيادة المريض وما جرى هذا المجرى مما لم تجر العادة بالإعراض عنه وربما كان الإعراض عنه موجبا للطعن واستظهر أيضا أن العجز عن التوكيل عند حصول هذه الأمور غير شرط لعدم السقوط لقصر الزمان وعدم عد ذلك في العادة منافيا للفور ونحوه ما في الروضة وستسمع ما فيه (هذا) ويستفاد من كلامهم في المقام أي في بيان العذر الذي لا تبطل معه الشفعة وأنه ضربان ضرب ينتظر زواله عن قرب وهو ما سمعته وضرب لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض والحبس والغيبه وهو ما سيأتى أمور (الأول) أنه يقبل منه دعوى وجود هذه الأعذار مع يمينه كما صرح به في جامع المقاصد في أثناء كلام له وأشار إليه في التذكرة في المرض والحبس والغيبه وينبغي الفرق بين ما لا يعرف إلا من قبله وبين ما يمكن إقامة البينة عليه إلا أن تقول إن الشفيع منكر لأنه موافق للأصل لأن الحق ثبت له والأصل بقاؤه فالبينة على المشتري (الثاني) أنه لا يشترط في الأخذ بحضور الشريك ولا الحاكم ولا العدلين للأصل وعدم الدليل بل قال في التذكرة إن ذلك غير شرط عند أصحابنا إلا ما ستسمع عن المبسوط والتذكرة (الثالث) أنه لا يجب عليه عند اشتغاله بهذه الأعذار أو حصولها له أن يقول أخذت بالشفعة ثم بعد زوالها يمضى إلى المشتري لأنهم لم يذكروا ذلك أصلا (الرابع) أن ظاهر جماعة وصريح آخرين أن هذا المشى الواجب عليه الذي لا يجوز التأخير عنه إنما هو للمشتري فالمصرح به المصنف في التذكرة والشهيد الثاني في المسالك (و يظهر) من الباقي ذلك لقولهم بعد ذلك إلا مع حضور المشتري عنده ولم يمنعه اشتغاله عن مطالبته فإنه إن ترك بطلت شفيعته بل قال في جامع المقاصد في الفصل الرابع الظاهر أنه إنما يملك مع حضور المشتري أو وكيله كما أن الطلب لا يعتد به إلا مع حضور المشتري أو وكيله ثم قال إن القوم مطبقون على وجوب السعى إلى المشتري والقائلون بالفورية جعلوه على الفور انتهى (و ستسمع) حال إجماعه هذا وقضية ذلك كله أنه لا يكفي في الضرب الأول الإشهاد ولا الحاكم ولا الأخذ بينه وبين الله عز وجل ولا التوكيل ولو كان الشفيع أجل جليل فإن تم الإجماع فيما ذكره فهو الحجة والأصل يقضى بذلك في جميع ما ذكر لكن قد يقال إن العمومات تقضى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٣

ولو أهمل المسافر بعد علمه السعى أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت ولو عجز لم تسقط (١)

بخلافه في الضربين بل في كلامهم في مقامات آخر تصريح بخلافه فقد قال في التذكرة قبل ذلك بثماني قولهم لا يشترط في تملك الشفيع الشفعة بالشقص حكم الحاكم ولا حضور الثمن أيضا ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا ثم أخذ في الاحتجاج على ذلك وقال إن الأخذ بالشفعة كالرد بالعيب لا يحتاج إلى حضور المشتري ورضاه وقال أيضا لو لم يمض إلى المشتري ومضى إلى الحاكم لم يكن مقصرا في الطلب وقال في المبسوط بعد ما حكيناه عنه بثلاث عشرة قائمة إذا وجبت له الشفعة فسار إلى المطالبة على العادة قال قوم إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفيعته وإن تركه ومضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفيعته عند قوم وقال قوم تبطل شفيعته فإن ترك الحاكم والمشتري معا ومضى فأشهد على نفسه أنه على المطالبة بطلت شفيعته وقال أبو حنيفة لا تبطل ويكون على المطالبة بها أبدا وقال من خالفه إنه غلط لأنه ترك المطالبة مع القدرة عليها وقول أبي حنيفة أقوى لأنه لا دليل على بطلانها انتهى (و حينئذ) فقد يقال إن الأشبه بأصول المذهب لا أصول الباب وبإطلاق أخبار الباب وما حكاها في التذكرة عن علمائنا أنه يكتفى بالأخذ فورا فيما بينه وبين ربه عز وجل لأن الملك إذا كان يكفي فيه القول أثر الملك أين ما وقع كالفسخ لذى الخيار ثم إنه يخير المشتري بعد ذلك في الضربين خصوصا مع العذر وإنه يقبل قوله في ذلك كما هو خيرة مولانا المقدس

الأردبيلى و قد نقيده ذلك بما إذا لم يحصل ضرر على المشتري و ليس بشىء لما سمعته من إجماع جامع المقاصد لأن الاستفادة منه أنه لا بد فى التملك من حضور المشتري أو وكيله و لأنه على تقدير التسليم لا بد له من الذهاب إليه بنفسه أو وكيله إن قلنا بكفاية التوكيل كما يقتضيه أصول المذهب ليدفع له الثمن فوراً إن كان علم بمقداره لأن دفعه واجب فوراً و به يتم الملك على المختار و إن لم يعلم بمقداره لا بد من الذهاب إليه كذلك لئلا يكون أخذه فاسداً عندهم و على هذا لا يتجه الجمع بين كلماتهم بأن يقال إن الشفيع إذا أراد الأخذ من المشتري ليدفع عن نفسه ضرر الأرش و عن المشتري ضرر نقض البنيان فى بعض الصور فليبادر على مجرى العرف و العادة كما ذكروا و إن اختار الأخذ فيما بينه و بين الله عز و جل كان له ذلك ما لم يتضرر المشتري بذلك فليلاحظ ذلك (و قد) عرفت المراد بالطلب فى كلامهم فى المسألة و نظائرها من أنه الأخذ بالشفعة قولاً أو فعلاً لكن لا بد من أن يفرق بين الطلب و التملك فى المقام و به تلتئم الكلمة بأن يقال إن التملك بمعنى إنشاء الصيغة لا يشترط فيه حضور المشتري و لكن لا بد له من الطلب أى السعى و الذهاب لدفع الثمن أو العلم بمقداره و قد يجمع بين كلاميه فى التذكرة بلا خلاف رأييه بأن دفع الثمن جزء مملك أولاً و لا- يخفى ما فى إجماع جامع المقاصد من أن القائلين بالتراخي و الفور مطبقون على وجوب السعى إلى المشتري لأن القائلين بالتراخي لم يأت واحد منهم بما يؤمى إلى ذلك أصلاً على أن الأمر إذا كان على التراخي كان للشفيع أن يقول لا أسعى إليه أصلاً و إنما إذا شاهدته أخذت بالشفعة (الخامس) أنه يستفاد من كثير مما ذكره فى المقام من أنه لا ينافى الفورية العرفية أن فورية الباب غير فورية غيره من الأبواب و غير فورية الأصوليين فضلاً عن الفورية اللغوية و لعلها غير الفورية الاستفادة من قوله (ص) الشفعة كحل العقال و الشفعة لمن واثبها إلا أن تقول إن الفورية فى الجميع واحدة و العذر لا ينافيها و إعدار كل فورية بحسب متعلقها و يأتى تمام الكلام عند شرح قوله و لو ترك لكثرة الثمن

(قوله) (و لو أهمل المسافر بعد علمه السعى أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت و لو عجز لم تسقط)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و هذا هو القسم الثانى من الأعدار و هى التى لا ينتظر زوالها عن قرب كالغيبه و المرض و الحبس و الاعتكاف و تريض المريض فإذا أهمل أحدهما السعى و التوكيل مع تمكنه من أحدهما بطلت شفيعته و لا- يكون سفره و لا مرضه و لا حبسه عذراً مع تمكنه من التوكيل فيه لمكان طول المدة و عدم المسامحة فى مثله و لو عجز عن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٤

و إن لم يشهد على المطالبة (١) ثم تجب المبادرة إلى أحدهما فى أول أوقات الإمكان (٢) و انتظار الصبح و دفع الجوع و العطش بالأكل و الشرب و إغلاق الباب و الخروج من الحمام و الأذان و الإقامة و سنن الصلاة و انتظار الجماعة أعدار (٣) إلا مع حضور المشتري و عدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء (٣) و يبدأ بالسلام و الدعاء (٥)

الأمرين معاً لم تسقط شفيعته لعدم التقصير و قال فى جامع المقاصد و لا يخفى أن قول المصنف لو أهمل السعى أو التوكيل ليس بجيد لأن البطلان يتحقق مع إهمالهما لا مع إهمال أحدهما (قلت) قوله بعد مع إمكان أحدهما يدفع ما أورده لأن مراده أنه إذا أهمل أحدهما مع إمكانه و امتناع الآخر بطلت شفيعته و لا ريب فى ذلك

(قوله) (و إن لم يشهد على المطالبة)

كما فى المبسوط و ما ذكر بعده آنفاً للأصل و عدم الدليل و لأن فائدة الإشهاد ثبوت العذر و هو يثبت بما يأتى بل ظاهر المسالك الإجماع عليه و قال فى الإيضاح فى الفصل الرابع أن الأصل البطلان إذ لم يشهد لأن الإشهاد قائم مقام الطلب فتركه و أن الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا و لا يعلم الأول إلا بالإشهاد و الشفعة على خلاف الأصل أى فىكون المشتري مدعياً و المقدمة الأولى ممنوعة سواء أراد بالطلب السعى أو الأخذ بالشفعة و يثبت العذر بإقرار المشتري أو يمين الشفيع لأن الأصل معه فلا أثر لتركه و

أصله معارض بالاستصحاب ومقطوع بعمومات الباب فيصير الشفيع منكراً فيقبل يمينه (نعم) لو قلنا بأن الأخذ بالشفعة لا يتوقف على دفع الثمن و لا- يتوقف التملك على حضور المشتري أمكن القول بوجود الإشهاد و في كلام التذكرة في موضع آخر ما يدل على اعتبار الإشهاد قال لو لم يتمكن من المصير إلى أحدهما يريد المشتري والقاضي و لا من الإشهاد فهل يؤمر أن يقول تملك الشقص أو أخذته الأقرب ذلك لأن الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري فإذا فات القيد لم يسقط الآخر و هذا منه بناء على ما سلف له في أحد قولي من أنه لا يتوقف التملك على حضور المشتري و لا على تسليم الثمن

(قوله) (ثم تجب المبادرة إلى أحدهما في أول أوقات الإمكان)

أى يجب الأخذ في الأخذ و مقدماته من سعى أو توكيل حيث يتوقف عليها على الوجه المعتاد لا المبادرة بكل وجه ممكن كما تقدم على المسافر و نحوه من أقسام القسم الثاني بعد زوال عذره و تمكنه من السعى أو التوكيل فإن أمكنه السعى تخير بينه و بين التوكيل و لو تمكن من التوكيل فقط تعين و لو قصر الوكيل في الأخذ لم يكن تقصيراً من الموكل (قوله) (و انتظار الصبح و دفع الجوع و العطش بالأكل و الشرب و إغلاق الباب و الخروج من الحمام و الأذان و الإقامة و سنن الصلاة و انتظار الجماعة أعمار)

و كذا انتظار الرقعة حيث يكون الطريق مخوفاً ليصحبها هو أو وكيله و زوال الحر و البرد المفرطين و لبس ثيابه و خفه و نحو ذلك مما هو من أقسام القسم الأول

(قوله) (إلا مع حضور المشتري و عدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء)

فإنها حينئذ لا تعد أعماراً فتسقط شفيعته و به صرح جماعة كما تقدم التنبيه عليه

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

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٦، ص: ٣٦٤

(قوله) (و يبدأ بالسلام و الدعاء)

كما في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك لما رواه في التذكرة من قوله (ص) من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبه و لعموم الأمر بالسلام و جريان العادة به و كذلك الدعاء المتعارف لأنه لو ابتدأ بالطلب قبلهما كان نقصاً في حقه (فروع ذكرت في المقام الأول) لو جهل استحقاق الشفعة ففي الدروس و جامع المقاصد أنه يبقى حقه و لا تبطل شفيعته لعدم الدليل و عدم التقصير و قيده في التذكرة و كذا الروضة بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بريبة بين قوم لا يعرفون الأحكام و تردد في التحرير و الأشبه بأصول المذهب ما في التذكرة كما ذكرناه غير مرة (الثاني) لو علم بثبوتها و جهل كونه على الفور ففي الدروس أنه عذر فيمن يمكن ذلك في حقه فيبقى حقه و نحوه ما في التذكرة و الروضة لما سمعت و في جامع المقاصد أن الظاهر السقوط و هو أوفق بالقواعد (الثالث) قال في الدروس و الروضة إن النسيان عذر و تردد في ذلك في التحرير سواء نسي البيع أو نسي المطالبة و الأصح أنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٥

و إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد (١) فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله (٢) و إن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى سواء كان مثل قيمة المشفوع أو لا (٥)

ليس عذرا لأن المشهور أنه مقدور كما بيناه فى باب الوديعه

(قوله) (و إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد)

هذا مما اتفق عليه الخاصه و العامه طفحت بذلك عباراتهم و صرحت به رواياتهم فقد روى العامه عن جابر أن النبى (ص) قال هو أحق به بالثمن و فى خبر الغنوى هو أحق بها من غيره بالثمن و لا- مخالفه فيه للاعتبار و قوانين الشريعه إلا- ما لعله يقال إن الشفيع استحقه بغير اختيار مالكة لحاجته إليه فكان يجب أن يستحقه بالقيمه كالمضطر إلى طعام غيره و فيه أن المضطر إنما استحقه لمكان الحاجه من دون سبق معامله مع المالك أو الحاكم فالمرجع فى بدله حينئذ إلى القيمه و الشفيع استحقه بسبب البيع الواقع على العوض المعلوم فوجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع و لو كان يستحقه به و بالهبة و الإرث و نحو ذلك لربما اتجه ذلك و الأصل فى ذلك الإجماع و الأخبار و هذا بيان موافقه الاعتبار (قوله) (فإن كان مثليا فعلى الشفيع مثله)

بلا خلاف كما فى الخلاف و المبسوط و غايه المراد و المسالك و المراد نفيه فى الأولين بين المسلمين و إجماعا كما فى المختلف و الإيضاح و غايه المراد أيضا و المهذب البار و التنقيح و جامع المقاصد و مجمع البرهان و غيرها و الأصل فى ذلك قبل ذلك الأخبار و الاعتبار لأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن كما صرحت به أخبار الطرفين كما سمعت و خصوصيات الشخص غير مراده غالبا قطعا فالمراد المثل لمساواته لما دفعه المشتري فى غالب الأوصاف و الخواص و ستسمع الكلام فى هذه الأخبار (قوله) (و إن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى سواء كان مثل قيمه المشفوع أو لا)

أخذه بقيمته إن كان قيميا خيره المقنعه و المبسوط و الكافى و الغنيه و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و الإرشاد و التبصره و الدروس و اللعمه و المقتصر و التنقيح و المسالك و الروضه و المفاتيح و فى السرائر أنه الأظهر بين الأصحاب و فى التحرير و المسالك أنه مذهب الأ-كثر و فى الرياض أنه أشهر و عليه عامه من تأخر و ستعرف ما فيه و فى الدروس أن القولين مشهوران و به قال أبو حنيفه و الشافعى و مالك و القول بسقوط الشفعه خيره الخلاف و الوسيله و المختلف و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الكفايه و هو ظاهر الإيضاح و ميل إليه فى التحرير و مجمع البرهان و هو المحكى عن الطبرسى و قد يشعر به كلام النهايه و المهذب و قد سمعت أنه قال فى الدروس إنه و الأول مشهوران و لعله أراد أنهما معروفان و إلا فما كان ليدعى مخالفه ما يشاهده بالعيان و دعوى أنه لعله وجد القول الآخر لجماعه لم نطلع عليهم لأنه كثيرا ما يأتى فى غايه المراد بأناس لم تصل إلينا كتبهم و لم نعرف أسماءهم إلا منه يدفعا أنه فى غايه المراد إنما نسب القول الآخر إلى الشيخ فى الخلاف و ابن حمزه و الطبرسى و المصنف فى المختلف و لو وجد غيرهم لذكره كما هو واضح و هذا ينفع فيما يأتى قريبا و فى الخلاف الإجماع عليه و فى جامع المقاصد أن الروايه نص فيه و نحوه ما فى التحرير و به قال سواد القاضى و الحسن البصرى و لا ترجيح فى جامع الشرائع و غايه المراد و لا يظهر من المراسم و فقه الراوندى شىء من القولين و لا ترجيح لأحدهما بموافقه العامه أو مخالفتها لأنه قد قال بكل قوم كما عرفت و نفى أبو على الشفعه إلا أن يأتى الشفيع بعين الثمن و قال فى الدروس إن فى روايه هارون الغنوى به إماما و فى الإيضاح أن الإجماع على خلافه (حجة) القول الأول عموم الأدله و قيام القيمه مقام العوض المدفوع غالبا و العله أو الحكمة التى استندوا إليها جميعا فى عدة مواضع على سبيل الحجة أو التقويه غالبا و يزيد بالنسبه إلينا اعتضاده بالشهره المعلومه و المنقوله مع فتوى المفيد به فى المقنعه التى هى متون أخبار و عمل من لا يعمل إلا بالقطعيات كأبى الصلاح و أبى المكارم و أبى عبد الله مع موافقه الاعتبار و إلا لذهبت الشفعه آخر الدهر لأنه يضاف إلى الثمن قل أو كثر بعض القيمى و بذلك يتقوى الظن بعموم الأدله مضافا إلى ما ستعرفه من حال الخبر الذى هو الأصل فى القول الآخر و وهن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٦

إجماع الخلاف بمخالفته هو له في المبسوط المتأخر عنه و مخالفته بعض من عاصره كالمفيد و التقى و أكثر من تأخر عنه له (و حجة) القول الثاني إجماع الخلاف و الأخبار المرسله فيه و ما رواه الفقيه في الصحيح و الشيخ في الموتق و ما حكى عن قرب الإسناد و في الصحيح عن أبي عبد الله (ع) في رجل اشترى دارا بريقق و متاع و بز و جوهر قال ليس لأحد فيها شفعه و استدل عليه في المختلف بقول الصادق (ع) في الحسن الشفعه في البيوع إن كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن (و ربما) استدل بالصحيح عن رجل تزوج امرأة على بيت في داره و له في تلك الدار شركاء قال جائز له و لها و لا شفعه لأحد من شركائها عليها و بأن الأصل عدم التسلط على مال الغير إلا في محل الاتفاق و بأنها معاوضته غير مرضى بها فتبطل و ما يقال إن التراضي في الشفعه غير شرط فجوابه أنه في المثل لا أثر للسخط و عدم الرضا لأنه يبذل ما يساويه في المصلحه بخلاف القيمي فإن المشتري إنما بذل عرضه بإزاء العين المطلوبة فإذا فات دفع عرضه إليه (قلت) أما إجماع الخلاف فقد عرفت الحال فيه و أما أخباره فلا جابر لها و شهرة الدروس قد عرفت حالها سلمنا لكن الوجه في خبر الشهرة أن العاملين بالخبر وجدوا قرائن دلتهم على صدقه و صحه العمل به و لما كان المشهور أيضا عدم العمل به مع رؤيتهم له و إعراضهم عنه إلى العمل بالعمومات قضى ذلك أنهم وجدوا قرائن ردتهم عن العمل به فحصل التعارض بالنسبة إلينا فإن أغضيا عن الترجيح قلنا تساقطا و رجع الأمر إلى أنهما كأن لم يكونا فلا جابر (و أما) الخبر الأول فقد رواه مرتين كاشف الرموز في رجل اشترى دراهم بريقق و متاع الخبر بل ظاهره أنه لا يعرف فيها لفظ الدار فيها أصلا قال في شرح قوله في النافع و قيل تسقط الشفعه استنادا إلى رواية فيها احتمال ما نصه قال فيها احتمال لأنها مقصورة على من اشترى دراهم بريقق و متاع و بز و جوهر فالتعدى إلى غير ذلك من المحتمل و كذا يحتمل أن تكون الشركة في الدراهم انتهى و كلامه كالصريح في أنه ليس هناك دار و إلا لما احتل هذين الاحتمالين لأنه لا مناص له عنهما لأن كان الخبر صحيحا ليس فيه فيما وجده لفظ دار و هو من العلماء المتقدمين الكبار ممن إذا قال يسمع فلا بد أن يكون قد تأمل و تتبع فقد حصل و هن في الخبر من هذه الجهة و فيه أيضا أنه ليس فيه تصريح بأن المانع من جهة القيمة فجاز أن يكون نفى الشفعه فيه إما عن الجار لأنه لم يذكر فيه أن للبائع في الدار شريكا أو لكونها غير قابلة القسمة و الحاصل أن المانع من الشفعه غير المذكور في الخبر و أسباب المنع كثيرة كما قاله الفاضل المقداد و جماعة (و أما) ما في مجمع البرهان مما حاصله من أن الظاهر أن السؤال فيها إنما هو من حيث الشراء بذلك الثمن و لو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لا شريك فيها و أن المراد نفى الشفعه بالجوار لما كان لذكر القيمة وجه و لكان حق السؤال التصريح بذلك بعبارة أخرى تؤدي ذلك ففيه أن الظاهر المتبادر من الدار جميعها و أن الظاهر من السؤال ما ذكرت و نفى الشفعه فيها يحتمل أن يكون مستندا إلى هذا و إلى هذا فيحتمل أن يكون تجوز بالدار اعتمادا على قرينه حاليه و يحتمل أن يكون أراد بيان حال المشتري في السؤال و أنه تكلف و دفع في ثمنها ما يقدر عليه و ما هو تحت يده و لذلك خلط في السؤال بين الخاص و العام معرضا بشكايه حاله و أن جاره يريد أن يشفع فيها أخذا بقول أبي حنيفه و الثوري و ابن شبرمه و ابن أبي ليلى الذين هم قضاء الكوفه في عصر على بن رثاب فقال (ع) لا شفعه لأحد عليها غير متق منهم لمخالفه عمر و عثمان و سعيد بن المسيب و يحيى بن سعد الأنصاري و ربيعه المشهور و غيرهم لهم و لعل هذا أظهر لأن الأصل عدم القرينه الحاليه على أن المراد بالدار بعضها سلمنا فلا أقل من أن يكون مجملا سلمنا الظهور لكنه لا يقوى على معارضه العمومات المعتضده بما عرفت على أنه لو كان كذلك ما أعرض عنه المعظم بل ما رأينا أحدا استدل به تصريحاً قبل المصنف في التحرير و المختلف و قد سمعت ما في النافع من

أن فيه احتمالا و كلام كاشف الرموز و الشيخ في الخلاف قد يكون أراد غيرها فالروايه التي هذا حالها من اختلاف المتن و إجمال الدلالة و إعراض معظم الأصحاب عنها مع صحه سندها تارة و قوته أخرى و تعددها في الجوامع العظام كيف يستند إليها و يدعى أنها نص في الباب و يعرض بها عن تلك الأدله

سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا (١) و لا يلزمه الدلالة و الوكالة و غيرهما من المؤمن (٢) و لو زاد المشتري فى الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة و إن كان فى مدة الخيار على رأى (٣)

و قد تقرر فى فنه أن الخبر إذا صح و تكرر فى الجوامع العظام بحيث يعلم أن الأصحاب رأوه و أعرضوا عنه لم يصح الاعتماد عليه و الاستناد إليه (و من ذلك) يعلم الحال فى الأصل و الدليل الاعتبارى الذى ذكرناه لهم أخيرا و أما الخبران الأخيران فقد استدل بأولهما فى المختلف بخيال أن الأحقية بالثمن إنما تتحقق فى المثلى لأن الحقيقة غير مرادة إجماعا و أقرب المجازات هو المثل فقد أجاب عنه فى مجمع البرهان بأجوبة أصحها أنها محمولة على الغالب من أن القيمة ثمن و أجاب فى المسالك بما هو محل نظر كبقية أجوبة مجمع البرهان و أما الثانى فليس مما نحن فيه لأن المفروض فيه انتقال المشفوع بما عدا البيع و لعله لم يبق بعد اليوم فى المسألة إشكال و قد جزم المصنف بأنه تلزمه قيمته يوم العقد و هو خيرة الخلاف و المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و غاية المراد و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأنه وقت استحقاق الثمن فحيث لا يمكن الأخذ به تعتبر قيمته حينئذ و حكى القول بأنه يلزمه قيمته وقت الأخذ و لم نجد القائل به و لعله قول مالك حيث قال بلزومها وقت المحاكمة لوجوبه حينئذ على الشفيع فتعتبر قيمته وقت الوجوب حيث تتعذر العين و فى غاية المراد أنه لا وجه له و رماه غيره بالضعف و قوى فى الإيضاح لزوم أعلى القيم من يوم العقد إلى يوم الدفع و هو خلاف ما حكاه عنه المحقق الثانى و غيره من أنه الأعلى من وقت العقد إلى وقت الأخذ إن أرادوا الأخذ بالشفعة فتأمل و احتج عليه فى الإيضاح بأنه أخذ قهري كالغصب و فى غاية المراد أنه لا وجه له و رماه غيره بالضعف (قوله) (سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا)

أى سواء كان الثمن الذى جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع أى مثل قيمته أم ناقصا أم زائدا لتناول إطلاق الثمن له فى النص (قوله) (و لا يلزمه الدلالة و الوكالة و غيرهما من المؤمن)

كما فى الشرائع و الإرشاد و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها لأنها ليست من الثمن و إن كانت من توابعه و أشار بقوله و غيرهما إلى أجرة النقاد و الوزن و غير ذلك

(قوله) (و لو زاد المشتري فى الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة و إن كان فى مدة الخيار على رأى)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر التذكرة الإجماع عليه لأن المشتري يملكه بمجرد العقد فلا عبرة بما يزداد و ينقص بعده و المخالف الشيخ فى المبسوط حيث حكم بالحقاق الزيادة و النقصان بالثمن فى مدة الخيار محتجا بأنه بمنزلة ما يفعل حال العقد لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذى يستقر عليه العقد و معناه أن هذا هو الذى استقر عليه و هذا التعليل لا يدل على أن حكمه هنا بالإلحاق مبنى على ظاهر مذهبه فى البيع من أن الملك لا ينتقل إلى المشتري إلا بانقضاء الخيار لأنه أعم منه لكن الجماعة فهموا منه أنه بنى الحكم فيما هنا على ما هنالك و لو كان كذلك لخص الحكم بما إذا كان الخيار للبائع أو لهما لأننا قد حكينا عنه فى الباب عند شرح قوله فى آخر الفصل الأول و الأقرب عدم اشتراط اللزوم أن الخيار إن كان للمشتري وحده ينتقل إليه الملك و إن كنا قد تأولناه له فى باب الخيار نعم فى خيار الخلاف أن الملك يزول عن البائع إذا كان الخيار للمشتري و لا ينتقل إلى المشتري إلا بعد انقضاء الخيار و لعله إلى ما فى المبسوط أشار فى الشرائع بقوله و قال الشيخ يلحق بالعقد لأنه بمنزلة ما يفعل فى العقد و هو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد إذ الظاهر أن مراده أن إطلاق الشيخ إلحاق الزيادة و النقصان بالثمن فى زمن الخيار لا يتم على تفصيله مطلقا لأنه يتمشى على تقدير كون الخيار للبائع أو لهما لعدم الانتقال أما على تقدير كون الخيار للمشتري فيشكل على مذهبه من انتقال الملك إليه هذا و ينسحب على قول الشيخ أنه لو كان الثمن غير مثلى وجوب القيمة يوم انقضاء الخيار (و لا يخفى) أنه يلزم على قول الشيخ إن كل زيادة فى زمن الخيار بعد العقد تصير ثمنا و تدخل فى العقد من دون صيغته و لا عقد و إن لم تفد هذه الزيادة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٨

و لا- يسقط عنه ما يحطه البائع و إن كان في مدة الخيار (١) و يسقط أرش العيب إن أخذه المشتري (٢) و لو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن مليا (٣)

فائدة في حال التعلق حيث يكون البائع خيار و لا في حال التزلزل حيث يكون الخيار للمشتري على ما في الخلاف

(قوله) (و لا يسقط عنه ما يحطه البائع و إن كان في مدة الخيار)

كما في السرائر و الشرائع و جميع ما ذكر بعدها في المسألة المتقدمة ما عدا الإرشاد فإنه لم يتعرض فيه لهذه و ظاهر الإيضاح الإجماع عليه حيث قال عندنا و المخالف في هذه أيضا الشيخ كما عرفت

(قوله) (و يسقط أرش العيب إن أخذه المشتري)

كما في التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و المراد أن أرش العيب يسقط من الثمن عن الشفيع إذا أخذه المشتري من البائع و وجهه أنه جزء من الثمن فإذا أخذه المشتري كان الثمن هو ما يبقى بعده و أما إذا أسقطه و لم يأخذ الأرش فله الأخذ بجميع الثمن لا يحذف الأرش أو الترك بالكليّة لأن الثمن حينئذ قد صار ما وقع عليه العقد من غير نقصان و به صرح في الإرشاد و غيره و لا يفرق في ذلك بين كون الثمن في مقابلة الأجزاء أو في مقابلة المجموع لأنه بعد رضاه بالعيب يصير الكل ثمنا و هو مما لا خلاف فيه

(قوله) (و لو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن مليا)

كما في المقنعة و النهاية و المهذب و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الدروس و المقتصر و جامع المقاصد و كذا مجمع البرهان و لعله قد يظهر من التنقيح و المهذب البارع و المسالك و هو قول الأكثر كما في جامع المقاصد و الأشهر كما في المسالك و عليه عامّة من تأخر كما في الرياض و قد يلوح من جامع المقاصد الإجماع حيث قال و الذي صرحوا به و في الخلاف نسبه إلى قوم من أصحابنا و هو يرشد أن به قائلًا غير المفيد ممن تقدم عليه و بهذا القول قال أحمد و مالك و الشافعي في القديم و في المقنعة تقييد الشفيع الملي بكونه موثوقا به و عبارة المختلف في جوابه عن حجة الشيخ كما ستسمع قد تعطى أنه متى كان ثقة و في التذكرة تقييد الشفيع الملي بكونه موثوقا به و عبارة المختلف في جوابه عن حجة الشيخ كما ستسمع قد تعطى أنه متى طلب المشتري من الشفيع ضمينا أوجب إليه و استوجهه في جامع المقاصد لو كان به مصرح و في الغنية أن هذا لا يتفرع على مذهب من قال من أصحابنا إن حق الشفعة لا- يسقط بالتأخير و هو ممن قال به و المخالف الشيخ في الخلاف و المبسوط و أبو على و الطبرسي فيما حكى عنهما فقالوا إن الشفيع يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالا أو يصبر إلى انقضاء الأجل أو يأخذ بالثمن في وقت حلوله و به قال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد و قال في الخلاف أيضا إن ما ذكره في النهاية قوى و لا ترجيح في الكفاية و ذهب في الرياض إلى أنه يخير بين الأمور الثلاثة إن لم يكن إحداث قول ثلث و ستعرف أنه ليس بشيء و لأنه إحداث قول ثالث حجة الأولين أن الشفيع بمنزلة المشتري و ليس للمشتري أكثر من حقه لا قدرا و لا أجلا و لكن إن لم يكن الشفيع مليا كان له أن يطلب منه إقامة ضمين و إن لم يمكن البائع قد أخذ منه ضمينا لمكان قهره و خوف ضرره و نظرهم في ذلك إلى حسنة الغنوى فإنها قد دلت على استحقاق الشفعة بالثمن و المراد المماثل قطعا و لنا تتحقق المماثلة بالمساواة في الأجل لأنه له قسط من الثمن و هذا يدل على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع هنا للعدر (و أما) الفورية في أخذ الشقص فإنما صارت من أدلة الفور و احتمال أن مراعاة مال المشتري و ثمنه عن الذهاب عذر يوجب الإخلال بالفور و لهذا لم يجعل الشيخ في الخلاف و المبسوط الإخلال بالفورية هنا موجبا لسقوط الشفعة و هو ممن يرى فيها أنها على الفور فمدفوع بأننا نجتمع بين الحقين فنراعي الفورية بإلزامه بأخذ الشقص فورا و نراعي حفظ مال المشتري عن الذهاب بأخذ الكفيل منه مطلقا أو مع عدم الملائة فكان مذهب الأصحاب متوجها على القول بالفورية و يجب

على القائمين بالتراخي كصاحب الغنية و صاحب السرائر أن يقولوا بمقالة الشيخ و بذلك يظهر لك ما احتج به في المختلف و تبعه الجماعة بقوله إن حق الشفعة على الفور فترك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٦٩

و لبس له الأخذ عند الأجل على رأى (١) و لو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع (٢)

الطلب إلى الأجل تأخير للطلب و هو مسقط للشفعة و أداء الثمن في الحال زيادة صفة في الثمن و هي غير واجبة على الشفيع فالقول الثاني يستلزم أحد المحذورين أما إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها أو التزام الشفيع بزيادة لا موجب لها و كلاهما باطل بيان الملازمة أنا إن جوزنا له لتأخير لزم الأول و هو باطل لما تقدم من أنها على الفور و إن لم نجوز له ذلك ألزماه بزيادة صفة هي تعجيل الثمن من غير موجب انتهى إذ فيه أن تجوز أحد الأمرين على التعيين غير تجويزهما على التخيير و الخصم قائل بالتخيير فله عنده أن يأخذ عند الأجل مراعاة للمشتري فهي عذر و أن يأخذ حالا و يكون هو أسقط حقه من التأجيل و ليس تلك إلا أن تقول له خيره بين ما نقول أيضا أو ألزمه به و هو قائل بأنه مخير بين ما تقوله و بين الأمرين الآخرين لأنه إذا أباح له تعجيل الأخذ و تعجيل الثمن أباح له قطعا تعجيل الأخذ و إقامة الكفيل و بذلك يظهر لك ما في الرياض من احتمال كونه قولاً خطأ إلا أن تتأمل في الملازمة التي قطعنا بها و أما إلزامه بما يقول فإنه يقول لا يلزمني ذلك لأن التأخير هنا لعذر و هو حفظ مال المشتري و الإعذار لا تنافي الفورية فهو مخير عنده بين الأمور الثلاثة و حجتك و إلزامك لم تتعرض فيهما لبيان الوجه في الكفيل فكان الكفيل كتعجيل الثمن فلا بد لتمامية الحجة و الإلزام من بيان أن في إقامة الكفيل جمعا بين الحقين كما ذكرناه و لا كذلك تعجيل الثمن إلا أن تقول إن ذلك مراده في المختلف لأنه أشار إلى ذلك في جواب حجة الشيخ حيث (قال) احتج في الخلاف بأن الشفعة قد وجبت بنفس الشراء و الذمم لا تتساوى فوجب عليه الثمن حالا- أو يصبر إلى وقت الحلول فيطالبه بالشفعة مع الثمن و الجواب لا يلزم من عدم تساوى الذمم ثبوت أحد الأمرين لإمكان التخلص بالضمين انتهى فتأمل (و بعد) ذلك كله فقد يقال إن الذي يقتضيه النظر إذا لحظ قواعد الباب أن قول الشيخ أقرب للصواب لأن الشفيع إذا كان لا يملك إلا بالصيغة و دفع الثمن معا و يجب عليه النور فيهما و أنه لا يجب على المشتري التسليم إلا- بعد تسلمه الثمن كان لنا أن نقول الشفيع إذا أردت التملك في الحال فادفع الثمن الآن و إن قلت لا يلزمني ذلك لأنه زيادة و التأجيل عذر فانتظر حتى ينقضى الأجل و لا ضرر على المشتري في شيء من ذلك و قد نبه على هذا السؤال من فاق بحسن نظره على صغر سنه على المشايخ الكبار من فحول الرجال و ذلك من منح ذى المنن في كل زمن (و الجواب) بأن الشفعة إنما شرعت للإرفاق بالشفيع خوفا من ضرر القسمة لاحتياجه في بعض الوجوه إلى الخسارة لتجديد المرافق و نحوها و في هذا تسجيل عليه و توضيق أشد من ضرر القسمة و ما يتعلق بها من المرافق لأنه إما أن يلزم بأن يدفع ألفا حالة في شقص قيمته مائة قد اشترى إلى أحوال بألف أو يمنع عن التصرف في شقصه و المشفوع معا أحوالا على بعض الوجوه و في هذين من الضرر الذي لا يكاد يحتمل و هو يخالف مشروعية الشفعة فنظر المشهور إلى الخبر المشهور ما لا يدرك كله لا يترك كله و قد استدلوا به في عدة مواضع ففورية الأخذ بالصيغة ممكن و الأخذ بالثمن الكثير إلى أجل حالا بمنعه مشروعية الشفعة فأخذوا بما أمكن و تركوا ما لا يمكن جامعين بين الحقين و عاملين بالقاعدتين و لا ضرر على أحد في البين و المراد بالملاءة كونه بحيث يقدر على أداء الثمن بحسب حاله و حاصله أن المدار على العرف كما هو المختار في ملاءة ولى الطفل في باب الزكاة و قال جماعة هناك كالفاضل الميسي و تلميذه أى الشهيد الثاني أن يكون له مال بقدر ما أخذ من مال الطفل فاضلا عن المستثنيات في الدين و عن قوت يوم و ليلة و لعيله الواجبي النفقة و قد تأملنا فيه بأن قوت اليوم يتجدد يوما فيوما لكنه لا يرد هنا و قد تحدث أمور أخر من الضمانات إلا أن يشترط بقاء ذلك دائما و مع ذلك قد يلزم مال في ذمته دفعة واحدة بحيث يستغرق ماله

(قوله) (و ليس له الأخذ عند الأجل على رأى)

أشار بذلك إلى خلاف الشيخ و من وافقه كما عرفت

(قوله) (و لو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع)

يعنى لو مات المشتري فى المسألة يعنى حيث يكون الثمن عليه مؤجلا فإن الثمن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٠

و لو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك أخذ شفيعته خاصة (١) و لو اتحد الشريك فله أخذ الجميع و أحدهما (٢) و لو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا- أو لتوهم جنسا فبان غيره إن كان محبوسا بحق هو عاجز عنه أو يبطل مطلقا و عجز عن الوكالة أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبان كثيرة أو بالعكس أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لشخص فبان أنه لآخر و أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس لم تبطل شفيعته (٣)

يحل عليه لأن الميت إذا مات حلت ديونه فيبقى دين الشفيع للمشتري مؤجلا- و به صرح فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد كل على مختاره ففى المبسوط إذا مات المشتري حل الثمن عليه و كان الشفيع مع وارث المشتري بالخيار انتهى و يحتمل حلوله على الشفيع لأن تأجيله مسبب عن تأجيل ما على المشتري و فى جامع المقاصد أنه ليس بشيء و إذا مات الشفيع حل الدين الذى عليه و قد نص عليه فى التذكرة و التحرير و الدروس

(قوله) (و لو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك أخذ شفيعته خاصة)

لأن الشقص الآخر بالنسبة إليه غير مشفوع فكان كما لو ضم المشفوع إلى غير المشفوع

(قوله) (و لو اتحد الشريك فله أخذ الجميع و أحدهما)

يريد أنه إذا باع شقصين من دارين و كان الشريك واحدا فيهما فله أخذ الجميع و أحدهما لأن الشركة فى كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة فى الآخر فلا تكون الشركة فيهما واحدة و لا أثر لاتحاد الصفقة فى ذلك فإن حقه فى أحدهما غير شائع فى حق الآخر من الآخر بخلاف الدار الواحدة فإن سبب الشركة فيها واحد و حقه فيها شائع و بما فى الكتاب صرح فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و حكى فى المبسوط عن العامة قولاً أن فى المسألة وجهين (أحدهما) ما عرفت (و الثانى) أنه ليس له ذلك لأنه أخذ بالشفعة بعض ما وجب له بها فلم يصح كما لو كان الشقص واحدا فأخذ بعضه و ترك بعضه فإنه لم يصح و الأصحاب لشدة ضعفه لم يذكروه احتمالا و لو على بعد

(قوله) (و لو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا- أو لتوهم جنسا فبان غيره أو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه أو يبطل مطلقا و عجز عن الوكالة أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبان كثيرة أو بالعكس أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لشخص فبان أنه لآخر و أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس لم تبطل شفيعته)

هذه المثل قد ذكرت كلها فى التذكرة و جامع المقاصد و ذكر بعضها فى موضع من المبسوط و الشرائع و بعضها فى موضع آخر و ذكر بعضها فى التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و قد عقد لها ضابطا فى المبسوط قال و جملته أن الشفيع متى بلغت الشفعة و لم يأخذ لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفيعته و بمعناه ضابط جامع المقاصد قال كل أمر لو ظهر له وقوع البيع عليه و الغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفعة بحالها لا تبطل للعدو و فى المسالك أن مرجع الجميع إلى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لا يخل بالفورية المعترية انتهى فتأمل (قلت) حاصل مراد الجميع أن التأخير فى الأخذ بالشفعة لا يضر بالفورية حيث يكون لعذر واضح كالحبس و نحوه أو يكون لعذر ليس بتلك المكانة من الوضوح كالجهد بخصوص البيع

الواقع على وجه قد يتعلق غرض الشفيع بغيره و يكون ذلك الغرض أمرا مقصود العقلاء فإن الجهل بذلك عذر و العذر مستثنى من أدلة القول بالإجماع و العقل و إن تناولته إذ الأصل فيها الأصل و الإجماع و الخبران النبويان كما تقدم فلو ترك الشفعة لتوهم كثرة الثمن لوجود أماره توهم ذلك فبان قليلا فالشفعة باقية لأن قلة الثمن مقصودة فى المعاوضة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧١

و لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به ببعضه بطلت شفيعته (١) و تصرف المشتري قبل الأخذ صحيح (٢) فإن أخذه الشفيع بطل (٣) فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع فى الأخذ بالأول أو الثانى (٤)

و كذا لو اعتقده دنائير فظهر دراهم فترك أو بالعكس لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون جنس آخر لسهولة حصوله بالنسبة إليه و نحو ذلك و كذا لو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه لأنه معذور فى ترك السعى بخلاف القادر فإن التأخير من قبله إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس أو كان الحبس بسبب باطل و إن كان قادرا عليه لكن يشترط فى الحبسين عجزه عن الوكالة فإن قصر فى الوكالة فلا شفعة له و لو وكل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشفعة بحالها إذ لا تقصير و كذا لو أظهر له مظهر أن المبيع قليل فظهر خلافه لأن الغرض قد يتعلق بالكثير و كذا عكسه و كذا لو أظهر أنه اشترى الشقص لنفسه فبان أنه اشتراه لغيره فكذلك لأن الغرض قد يتعلق بالأخذ من شقص دون آخر و مثله العكس و لو أظهر أنه اشترى الشقص وحده بالثمن فبان أنه اشتراه مع غيره فكذلك لأن الثمن حينئذ قد يكون أقل و الغرض قد يتعلق بذلك و مثل ذلك ما لو أظهر أنه باعه بثمن حال فترك ثم بان أنه مؤجل دون العكس لما يأتى أو أنه باعه إلى شهر فترك فظهر أنه إلى شهرين و هكذا لاختلاف الغرض بذلك أيضا

(قوله) (و لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به ببعضه بطلت شفيعته)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بل فى التذكرة أنها تبطل قطعا و هو كذلك و كذلك لو قال اشتريته بمائة إلى سنة فتركه فظهر أنه اشتراه بها حالا كما فى المبسوط و التذكرة

(قوله) (و تصرف المشتري قبل الأخذ صحيح)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو قضية كلام المهذب و غيره بل الظاهر اتفاق الخاصة و العامة على ذلك كما يفهم من التذكرة و المسالك و لم يحك الخلاف إلا عن ابن شريح لأنه واقع فى ملكه لأنه مالك مستقل و ثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف كما أن حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع المتبى من التصرف و كما أن حق التملك للزوج بالطلاق لا يمنع الزوجه من التصرف و نظر ابن شريح إلى أن للشفيع حقا لا سبيل إلى إبطاله فأشبهه حق المرتهن و هو قياس مع الفارق

(قوله) (فإن أخذه الشفيع بطل)

كما هو قضية كلام جميع الكتب المتقدمة بل هو صريحها كما ستسمع بل لم يحك الخلاف هنا إلا عن المروزي لأن حق الشفيع ثبت بأصل العقد فلا يتمكن المشتري من إبطاله ثم إن تصرفه يقع على نوعين أحدهما ما تثبت فيه الشفعة كالبيع و الثانى ما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف و نحوه كما يأتى بيان الحال فيهما و نظر المروزي إلى أن التصرف إذا كان صحيحا كانت الشفعة باطلة لمنافاة صحته لبقائها ثم لا تتجدد لأنه تصرف مبطل الشفعة فلا يثبتها و قد ضعفهما أصحابه و أصحابنا لسبق الحق و وجود المقتضى

(قوله) (فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع فى الأخذ بالأول أو الثانى)

كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و معناه أنه إذا باعه المشتري قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة تخير فى الأخذ بالبيع الأول أو الثانى لأن كلا منهما سبب تام فى ثبوت الشفعة فالتعيين إلى اختياره و كذلك الحال لو زادت العقود عن الاثنين فإن أخذ بالشراء الأول دفع الثمن و بطل المتأخر مطلقا

و إن أخذ بالأخير أخذ بثمانه و صح السابق مطلقاً لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه و إن أخذ بالمتوسط أخذ بثمانه و صح ما تقدمه و بطل ما تأخر عنه و لو لا- ما يظهر من عدم تأملهم فيه لكان الاقتصار على الأخذ بالبيع الأول أوفق بالأصل فتأمل و تصوير ذلك و تفصيله فى كلام المصنف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٢

فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشرة و رجع الثالث على الثانى بثلاثين (١) و الثانى على الأول بعشرين لأن الشقص يؤخذ من الثالث و قد انفسخ عقده و كذا الثانى و لو أخذ من الثانى صح الأول و دفع عشرين و بطل الثالث فيرجع بثلاثين و لو أخذ من الثالث صحت العقود و دفع ثلاثين و لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله (٢) و الثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة (٣)

(قوله) (فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشرة و رجع الثالث على الثانى بثلاثين و الثانى على الأول بعشرين لأن الشقص يؤخذ من الثالث و قد انفسخ عقده و كذا الثانى و لو أخذ من الثانى صح الأول و دفع عشرين و بطل الثالث فيرجع بثلاثين و لو أخذ من الثالث صحت العقود و دفع ثلاثين)

هذا كله فى نفسه ظاهر لا يحتاج إلى بيان و ستمتع ما فيه و قوله بعشرة متعلق بالمشتري و قوله بعشرين متعلق بباعه

(قوله) (و لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله)

(كما صرح بذلك كله فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قضية إطلاق الدروس و اللمعة و الكفاية و المفاتيح و فى المبسوط الإجماع على أنه له نقض المسجد إن كان قد بناه مسجداً أو أخذه بالشفعة و اقتصر فى الخلاف و الشرائع على إبطال وقفه و جعله مسجداً و لم يذكر الهبة قال فى المسالك إنه فى الشرائع أراد التنبيه بذلك على خلاف بعض العامة حيث حكم بعدم نقض الوقف و آخرين حيث حكموا ببطلان تصرف المشتري و مستند الأصحاب فى ذلك إلى أن حقه أسبق فكان أحق كما سبق

(قوله) (و الثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة)

يريد أن للواهب أن يأخذ الثمن لأن له أن يرجع فى أصل الهبة إن لم تكن لازمة فله أن يرجع فى ثمن الموهوب قال فى جامع المقاصد و مقتضى كلامه هذا أنه إن لم يرجع كان الثمن للمتهب (قلت) هو خلاف ظاهر الأكثر و خلاف صريح التحرير و المسالك و الروضة فإن فيها الجزم بأن الثمن للمشتري الواهب لا للموهوب و صرح فى الآخرين أيضاً بأنه لا فرق فى بطلان الهبة بين اللازمة و غيرها و لا- بين المعوض عنها و غيرها و قال فى جامع المقاصد أيضاً إن كلام المصنف هنا إنما يتم على تقدير و أن يكون الأخذ بالشفعة غير مبطل للهبة لأن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق و متى كان الأخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطارئ عليه و لهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكماً بأنه إن أخذ بالبيع الأول بطل الثانى و استرد المشتري الثانى الثمن (قلت) لنا أن نقول بعدم الجزم بصحة العقد ينبغى أن نجرى على القواعد و أن نقتصر فى الإبطال على محل الحاجة و ما يجمع به بين الحقين فى الواقع لا بد من إبطاله بالكلية و الإبطال فى غيره كالبيع و الهبة إبطال اختصاص المشتري الثانى و المتبهم بالعين لا الثمن و الفائدة فى المتبهم واضحة و تظهر الفائدة فى البيع فيما إذا كان اشترى الشقص بعشرين و باعه بعشرة ثم فسخ الشفيع فإن العشرين تكون المشتري الثانى و المتبهم كما يأتى و كلام الجماعة ما عدا المصنف هنا و فى التحرير لا يأتى ذلك ثم إننا لا نجد فرقا بين الهبة و البيع فلا وجه لتفرقة المصنف هنا بينهما و مقتضى القواعد و الجمع بين الحقوق هو ما قلناه و قال فى جامع المقاصد ثم إنه كيف يتصور كون الأخذ من المشتري و الدرك عليه مع بقاء الهبة و ثبوت ملك المتبهم (قلت) هذا كما يكون منافياً كما ذكره فى الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الإشكال فى الهبة اللازمة و قد يقال إن ما استبعده قد وقع له نظائر كالثمن إذا تصدق بها بعد الحول قال و لو قيل بأن النسخ

من أحد الجانبين خاصة و هو جانب الشفيع دفعناه بما قلناه من اقتضائه زوال الدرك عن المشتري و هو باطل و لأن الفسخ نسبة فلا تعقل من أحد الجانبين (قلت) سيأتى مثله عن الشهيد فى الإقالة قال و فيه مناقشة أخرى و هى أنه على ما ذكره فى الهبة الجائزة من أن له الرجوع بالثمن نظرا إلى أنه له أن يرجع فى الأصل يجب أن لا يكون له الرجوع بالثمن فى الهبة اللازمة لانقطاع حقه منها (قلت) ستسمع استشكله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٣

و إلا فإشكال (١) فإن قلنا به رجوع المتهم بما دفعه عوضا و إلا تخير بينه و بين الثمن (٢) فإن تقابل المتبايعان أورد بسبب للشفيع فسخ الإقالة و الرد و الدرك باق على المشتري (٣)

فى ذلك قال و الحاصل أن الأخذ بالشفعة إما أن يقتضى إبطال الهبة فالثمن للواهب و وجهها واحدا أو لا فالثمن للمتهب مع اللزوم و وجهها واحدا و بدونه يتخير (قوله) (و إلا فإشكال)

أى و إن كانت الهبة لازمة ففى كون الثمن للواهب أو للمتهب إشكال ينشأ من بطلان الهبة بالأخذ لسبق حق الشفيع و من أنها قد لزم من جهة الواهب فيمكن الجمع بين الحقين إذ حق الشفيع إنما هو فى العين و لا شغل له بإبطال الهبة من رأس فإخذ العين و تبقى الهبة بحالها و يكون الثمن للمتهب و يكون المراد من الإبطال إبطال اختصاص المتهم بالعين لا إبطال أصل الهبة و هو خيرة التذكرة و الإيضاح و فى الحواشى أن المنقول أن الهبة إن كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقا و كذا إذا تصرف لأنها قد صارت لازمة انتهى و فى جامع المقاصد أنه ليس بشيء و أن الأصح أن الهبة تبطل فى الموضعين و يرجع الأمر كما كان لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري و الدرك عليه و الثمن حق له و هذه حقوق للشفيع ثابتة تنافى بقاء الهبة و هذا الإشكال ضعيف جدا انتهى قلت ليس هناك إلا حق واحد و هو كون الدرك عليه و قد جعله مستمسكا فى هذه المقامات مع أنه يمكن أن يقال إن الشارع أثبت له عليه عقوبة كما أثبت له الأخذ منه قهرا حيث لم يستأذنه و لم يستأمره أو لم يسأل و يستفصل و إلا فقد يقضى الأخذ منه قهرا أن يكون الدرك على البائع و الغرض أن الأمر ليس بتلك المكانة من الضعف بعد ما سمعته عن الفخر و الشهيد (قوله) (فإن قلنا به رجوع المتهم بما دفعه عوضا و إلا تخير بينه و بين الثمن)

(يريد أنا إن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتهم قد دفع عوضا للهبة فقد فات المعوض فيرجع به و إن قلنا بكونه للمتهب تخير أى المتهم بينه أى بين العوض و بين الثمن بأن يفسخ الهبة و يرجع بالعوض لفوات الموهوب الذى هو بدل العوض أو يبقيها فإخذ الثمن لأنه حقه للزوم الهبة من طرف الواهب و ينبغى أن يتأمل فى الأول إذا كان عالما بأنه يؤخذ بالشفعة بل إذا كان جاهلا و لم يغره البائع إلا أن تقول إن الجهل عذر قال فى جامع المقاصد و قد عرفت ضعف ذلك كله و ما زاد فى الإيضاح على تفسير العبارة و قد عرفت الأصح عنده

(قوله) (فإن تقابل المتبايعان أورد بعيب للشفيع فسخ الإقالة و الرد و الدرك باق على المشتري)

أما أنه له فسخ الإقالة إذا تقابل المتبايعان فقد صرح به فى المبسوط و المهذب و الوسيلة و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح لسبق حق الشفيع على حق البائع من حيث إن الشفعة استحققت بالشراء و التقابل لاحق للعقد فتقدم الشفعة فله فسخ الإقالة و الأخذ من المشتري على قاعدة الشفعة و يعود الدرك على المشتري و قد يقال بتقديم الإقالة و ليس تخصيص دليلها بغير صورة الشفعة بأولى من العكس بل العكس أولى لعدم الخلاف فى الإقالة إلا أن يقال بجواز الأخذ من البائع بعد الإقالة لثبوت الشفعة و عدم المنافاة بينها و بين الإقالة فكان البائع قد ارتكب استحقاق الأخذ منه بالإقالة و لا يضر ثبوت أخذ الشفعة عندهم من المشتري فى غير هذه الصورة بل الأخبار

خالية من الأخذ من المشتري بل هى ظاهرة فى الأخذ من البائع و سياتى للمصنف الجزم بأن الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن و تحالفا و قال الشيخ فى الخلاف إن الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا ادعى المالك البيع و أنكر المشتري و حلف فالأخذ من البائع ليس ببدع كما يأتى و مع ذلك فقد يقال إن الشفعة تبطل و قضية المسجد بالإجماع و غيرها كما تقدم لسبقها فكيف لا تقدم على الإقالة مع وجود العلة ثم إن الأخذ من المشتري واضح قد ادعى عليه الإجماع فى الغنية و السرائر لأنه المالك فلا يحتاج إلى التنبيه عليه فى الأخبار (و ستمع) ما فى هذا الإجماع و قال الشهيد فى حواشيه أنه يفهم من مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٤

.....

فسخ الإقالة و الرد أمران (الأول) الفسخ مطلقا أى بالنسبة إلى الجميع فتكون الإقالة و الرد نسيان منسيا (الثانى) أنه بالنسبة إلى الشفيع خاصة لأنهما مالكان حال التصرف فيترب أثر تصرفهما عليه قال و تظهر الفائدة فى النماء فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقالة و الرد للبائع و نماء البيع للمشتري و على الثانى بالعكس و قال فى جامع المقاصد فى مناقشته إن الإقالة و الرد يقتضيان الفسخ و الفسخ لا يتجزأ فإما الصحة مطلقا أو البطلان مطلقا و حيث كان الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقا انتهى (قلت) فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ و لا يبطلها من أصلها كما هى قاعدة الفسوخ لنظائرها فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقالة و فسخها للبائع و نماء الثمن للمشتري فالوجه الأول من وجهى الشهيد لا وجه له أيضا لعدم المقتضى لرفع الإقالة من رأس بعد وقوعها من مالك يحتمل أن يؤخذ منه و أن لا يؤخذ فكانت كالفسخ بالغيب لا يبطل إلا من حينه فإن كان المحقق الثانى يوفق الشهيد فى اختيار الشق الأول فقد علمت ما فيه من الفساد لأنه يقضى بأن يكون تصرف المشتري غير صحيح جزما بل مراعى موقوف كالفصولى و هو خلاف ما صرحوا به و انعقد عليه الإجماع بل كاد يكون هذا موافقا لابن شريح و ليس به بل هو ثالث مخالف للإجماع البسيط و المركب و إن كان مراد المحقق الثانى أنها تفسخ من حينها و حين الفسخ تدخل فى ملك المشتري أنا ما فىكون أخذ الشفيع من المشتري كما قالوه فيما إذا تلف المبيع قبل قبضه فإنه عند أول أنه لتلف يدخل فى ملك البائع أنا ما فىكون التلف من ماله لكنهم إنما التزموا ذلك هناك لمكان الخبر و الإجماع على الأخذ من المشتري و الأخبار هنا قد يدعى ظهورها فى خلافه كما سمعت فلم يبق إلا دعوى الإجماع المحصل و المنقول فى الغنية و السرائر و يمكن تنزيل المنقول على ما إذا لم يتصرف المشتري لأن ذلك هو المعلوم المحصل و ما عداه مشكوك فيه مخالف للقواعد و الأصول فما المانع من أن يقال فيما إذا تصرف فيه المشتري بإقالة أنه يأخذ من البائع و ما إذا تصرف بهبه أو بيع من المتبوع و المشتري الثانى و إذا تصرف بوقف من المشتري جريا على قواعد الباب و غيره أما قواعد الباب فلاجماعهم على أن تصرف المشتري صحيح غير موقوف و أما قواعد غيره فإن من انتقل إليه الشقص يكون مالكا له فىكون الأخذ منه و ليس ينافيه إلا أن الإجماع منعقد على أن الدرك على المشتري و قد قلنا إنه عقوبة و قد قدمنا أن كلام القوم لا ينافى ذلك ما عدا التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة فإنها لا تقبل التأويل فليحظ ذلك بل فى كلام القوم ما يدل على ذلك حيث يقولون فى توجيه أخذه من المشتري لأنه المالك الآن و قد انقطع سلطان البائع و أما أنه له فسخ الرد بالغيب فقد صرح به فى المبسوط و الوسيلة و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأن استحقاق الفسخ بالغيب فرع دخول العيب فى ملكه و دخوله فى ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا و فى هذا الوقت تثبت الشفعة فيقتربان لأخذ الأخذ بالشفعة و الفسخ بالغيب متساويان فى الثبوت لأنهما فرع العقد فكان الرد بالغيب كالهبة و البيع و الوقف و الإقالة فرع الملك و العقد و لكن يفرق بين هذه و بين الرد بالغيب و الأخذ بالشفعة أنهما يشبان قهرا من دون توقف على رضا البائع فى الأول و رضا المشتري فى الثانى بخلاف الهبة و البيع و نحوها فإنهما يتوقفان على رضا الطرفين و لهذا قالوا إن الأخذ بالشفعة أسبق منها لكن ذلك يقضى بأنه أقوى و اختلفوا فى أنه أسبق من الرد بالغيب أو هو مقارن له و كيف كان فحق الشفيع هنا مقدم بمعنى أن له إبطاله إن وقع

و المنع منه إن لم يقع لعموم أدلة الشفعة الذى هو عندهم كالأخص بالنسبة إلى عمومات تلك مع استصحاب الحال لأن فيه جمعا بين الحقيقين لأن العيب إن كان فى الثمن المعين و فسخ البائع فإنه لا- يمكنه الرجوع إلى المبيع لأخذ الشفع له فتعين الرجوع إلى قيمة الشقص المبيع حين الرد لأنه فى حكم التالف و إن زادت عن قيمة الثمن و لا يرجع المشتري على الشفع بالزيادة لأنه يستحق الأخذ منه بالثمن كما أن الشفع لا يرجع بالتفاوت على المشتري لو نقصت فلا ضرر على المشتري ففى تقديم الشفع و أخذ الثمن منه يعود حق كل واحد منهما إليه و تمام الكلام عند تعرض المصنف لهذا الفرع لأن الظاهر من كلامه هنا إنما هو فيما إذا رد المشتري بالعيب فى الشقص و إن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٥

و لو رضى بالشراء لم يكن له الشفعة بالإقالة (١) و لو قلنا بالتحالف عند التخالف فى قدر الثمن و فسخنا البيع فلشفع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا (٢)

كان العيب فى الشقص فالمشتري يطلب الثمن و هو حاصل له من الشفع و ليس هناك سوى الدرك و أمره سهل بخلاف ما إذا قدمنا البائع فى الأول فإنه يقتضى سقوط حق الشفع من الشقص عينا و قيمة و كذا لو قدمنا المشتري على الشفع بالفسخ حتى يرجع المبيع إلى البائع فى الثانى لفوات حق الشفع من الشقص عينا و قيمة أيضا أما سقوطه من العين فى صورتين فظاهر و أما سقوطه بالنسبة إلى القيمة فلاحتمال زيادة مثل الشقص عن الثمن المعقود به أو تزايد قيمته من حين العقد إلى وقت الأخذ بحسب السوق لا يقال بناء على تقديم الشفع على البائع يستحق البائع هذه الزيادة و تفوت منه حينئذ و هو مناف للجمع بين الحقوق لأن المفروض أنه لم يفسخ لأجلها بل بسبب العيب فى الثمن و مع انجباره بالعوض حصل الرضا منه بإسقاطها بخلاف الشفع و قد استدل فى المبسوط و السرائر و التذكرة و جامع المقاصد و غيرها على تقديم الشفع على المشتري بأن حق الشفع أسبق قال فى المبسوط لأنه وجب بالعقد و حق الرد بالعيب بعده لأنه وجب حين العلم و إذا كان أسبق كان أحق و نحوه ما فى السرائر و فيه أنه يمكن أن يقال إن فسخ المشتري إنما يستند إلى العيب المقارن للعقد و الشفعة تثبت بعده فيكون العيب أسبق و أقصى ما يمكن أن يقال فى الجواب هو ما أشرنا إليه آنفا من أن مجرد وجود العيب غير كاف فى السببية بل هو مع العقد كما أن الشركة غير كافية فى سببية الشفعة بل هى مع العقد فهما متساويان من هذا الوجه و إن كان قد يقال إن جانب العيب لا يخلو من قوة لمقارنته العيب العقد دون الشفعة لأنها بعده على تأمل فى ذلك ثم إنا وجدناه فى جامع المقاصد بعد عدة أوراق اعترف بعدم السبق عند شرح قول المصنف فيما يأتى بعد قائمته و يحتمل تقدم حق البائع إلخ (و أما) أن الدرك باق على المشتري فى صورتين فلأنه حق يثبت عليه للشفع من الشارع لعقوبة أو غيرها فلا- يملك إبطاله و ليعلم أن الإبطال فى الرد بالعيب يتقدر بقدره كغيره على المختار فلنا أن نقول إنه يأخذ من البائع و ليعلم أيضا أننا قلنا إن الضرر بالقسمة علة كانت هذه المواضع و ما يأتى بعدها من المخصصات لها لأنها مما تخصص و إن كان حكمة فالأمر واضح و بقى هنا شىء و هو أنه كيف اختار المتأخرون فى غير خيار العيب من الخيارات أنه إذا اختار ذو الخيار إذا كان للبائع الفسخ انفسخ البيع و بطلت الشفعة و اختاروا هنا أو جماعة من المتقدمين تقديم حق الشفع و إبطال الرد بالعيب للمشتري مع أنه له الخيار أيضا و قد أجبنا هناك بأن الخيار إنما يثبت للمشتري إذا كان عيب فى المبيع و للبائع إذا كان عيب فى الثمن لمكان ظلامته و لم يتعلق غرض لواحد منهما بغير ذلك و ذلك يزول فى المبيع بأخذ الشفع و فى البائع بالرجوع إلى قيمة الشقص إذ لا غرض له فى الشقص سوى رد الظلمة و لا كذلك البائع إذا شرط لنفسه خيارا فى ماله و لذلك قدموا هناك حق الشفع إذا كان الخيار للمشتري إذ لا تعلق له بغير الثمن و هو حاصل من الشفع

(قوله) (و لو رضى بالشراء لم يكن له الشفعة بالإقالة)

إذا تقابل المتبايعان بعد رضا المشتري بالشراء و عفو عن الشفعة لم تتجدد له بالإقالة عندنا كما تقدم فى خاتمة البيع لأنها ليست بيعا

مطلقا فى حق الشفيع و لا فى غيره كما لا تتجدد له بالرد بالعيب لو كان قد رضى بالشراء أيضا و من قال إنها بيع مطلقا كأبى حنيفة أو فى حق الشفيع قال إنها تتجدد بها و قد حكى عن أبى حنيفة أيضا أنها تتجدد بالرد بالعيب أيضا (قوله) (و لو قلنا بالتخالف عند التخالف فى قدر الثمن و فسخنا البيع للشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا) يريد كما أن للشفيع أن يفسخ الإقالة و الرد بالعيب كذلك له أن يفسخ الفسخ الحاصل بالتخالف و قد ذكر هذا الفرع فى المبسوط لبعض العامة القائلين بالتخالف إذا أقام كل من المتبايعين بينه بما ادعاه من الثمن و ذكر مثل ذلك فى التذكرة و قد ذكره فى الكتاب مرة أخرى فى أواخر الفصل الخامس و حاصله أنه لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن و لم نقل بالمعروف بين أكثر الأصحاب من تقديم قول البائع يمينه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٦

و الشفيع يأخذ من المشتري و دركه عليه (١)

مع بقاء العين بل قلنا بما قاله الشافعى من التحالف حيث لا بينه أو به مع قيامها لكل منهما أيضا و أنه يفسخ البيع حينئذ بنفسه أو يتسلط البائع على فسحه كان حق الشفيع باقيا و يأخذ الشقص بما حلف عليه المشتري أما بقاؤه و أخذه بالشفعة فلأنها تثبت بالبيع و قد استحقها الشفيع فلا تسقط بما يطرأ بين المتبايعين مما يقتضى الفسخ كما تقدم غير مرة و أما أخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري فلأن البائع يفسخ البيع أو هو يفسخ بنفسه فيرجع المبيع إليه فيكون الأخذ منه و لو حكمنا بأخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري لوجب المنع من الفسخ لانتفاء فائدته حينئذ (قال) فى جامع المقاصد لأنه ما كان ذلك إلا حذرا من دفع المبيع بما قاله المشتري ثم إنه استشكل فى ذلك من وجهين (الأول) أنه كيف يثبت ما حلف عليه البائع فى حق الشفيع مع تكذيبه و الفسخ الواقع فرع التحالف و هو فى حق المتبايعين خاصة دون الشفيع (الثانى) أن البائع إنما يحلف لنفى ما يدعيه المشتري لا لإثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع ثم قال نعم لو قلنا بأنه يحلف يميناً جامعةً للنفى و الإثبات اندفع الإشكال ثم اعترض على قوله و ما كان ذلك إلا حذرا إلخ بأن فائدة اليمين و الفسخ يجوز أن تكون دفع استحقاق المشتري أخذ المبيع بما قاله و هو المحقق (و نحن) نقول لا يجوز أن يكون ذلك لذلك فقط بل الغرض الأقصى له أن لا يؤخذ منه بالثمن الأقل فإذا أخذه الشفيع بما قاله المشتري فقد أخذ منه بالثمن الأقل و إنما جاء الفسخ بالتحالف من قبل الشارع كما هو المعروف من مذهب أكثر الأصحاب فى غير ما نحن فيه و الوجه فيه انتفاء كل من دعوى أحدهما بيمين صاحبه و لا سبيل إلى الجرى على وفق اليمين و تقديم أحدهما تحكماً (و لما) رجع المبيع إلى البائع وجب الأخذ بقوله أما اشتماله على ما يدعيه المشتري و زيادةً فيكون الثمن معلوماً إن قلنا بكفايةً مثل ذلك فى تشخيصه و العلم به أو لأن الأصل فيه أن لا يخرج عن يده إلا بقوله و الوجه الثانى من الإشكال لا وجه له أصلاً لأن المفروض أنهما تحالفاً فانفسخ العقد و إنما قالوا ذلك فيما إذا قدمنا قول البائع يمينه فإنهم قالوا إنه يحلف أنه ما باعه بالأقل و اعترضوه بأن عدم بيعه بالأقل لا يقتضى صحة دعواه و إثباتها بيمينه إلا أن يعترف المشتري بأن العقد وقع على أحد الثمنين لا غير إلا حلف يميناً جامعةً نعم لك أن تقول إنهم حكموا فى سائر المواضع التى طرأ فيها الفسخ بأن الأخذ فيها من المشتري و الدرك عليه و أوجبوا عليه فى بعضها قيمة الشقص للبائع و كان حقه أن يكون هنا كذلك عملاً بما ثبت و حينئذ فيكون الأخذ بما قال المشتري و أى فرق بين هذه و بين ما إذا ظهر عيب فى الثمن المعين ففسخ البائع إلا أن تقول إن الفسخ فى هذه كان بحكم الشارع و فى تلك المواضع من جهة البائع أو المشتري أو من جهتهما فتأمل و الثمن الذى ادعاه المشتري صار كالمعدوم بيمين البائع فتأمل جيداً و هذا على ما يظهر منهم و إلا فقد عرفت أنا لا نوافقهم على ذلك و نصح الأخذ من البائع و نقدر الإبطال بقدره و بعد فالأمر فى ذلك سهل لأن القول بالتحالف فى مثل ذلك خلاف ما عليه معظم الأصحاب و فى جامع المقاصد أن المتجه على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع و البائع و تكون كالدعوى بين الشفيع و المشتري (قلت) هو كذلك إذ أكثر أدلة تقديم قول

المشترى هناك جارية هنا وقد أسبغنا الكلام فى ذلك عند تعرض المصنف له كما أسبغناه فى مسألتنا على مختار أصحابنا من تقديم قول البائع بيمينه مع بقاء العين و تمام الكلام فى أواخر الباب و بيان عدم ذكرهم التحالف بين الشفيع و المشترى فليلاحظ آخر الباب فى المسألة انتهى فليتأمل جيدا
(قوله) (و الشفيع يأخذ من المشترى و دركه عليه)

كما صرح بهما فى المقنعة و النهاية و الخلاف و المبسوط و الكافى و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و سائر ما تأخر عنها إلى الرياض إلا ما قل كشروح النافع الأربعة و فى الأخيرين أعنى الغنية و السرائر الإجماع على الحكمين لأنه استحق الأخذ بالبيع و بعده انتقل الملك إليه و انقطع سلطان البائع عنه فالأخذ منه و الدرك عليه لو ظهر استحقاق الشقص فيرجع عليه بالثمن و غيره على مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٧

و لو كان فى يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك (١) و لا يكلف المشترى القبض و التسليم (٢) و يقوم قبض الشفيع مقام قبض المشترى (٣) و الدرك مع ذلك على المشترى (٤) و ليس للشفيع فسخ البيع و الأخذ من البائع (٥) و لا تصح الإقالة من الشفيع و البائع (٦) و لو انهدم أو تعيب بفعل المشترى قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك (٧)

ما فصل

(قوله) (و لو كان فى يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك)

كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و هو قضية كلامهم فى المسألة الآتية كما ستسمع
(قوله) (و لا يكلف المشترى القبض و التسليم)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و هو قضية كلام الكتب المذكورة فى السابقة و فى الكفاية أنه المشهور و إنما الواجب عليه أن يخلى بينه و بينه بمعنى رفع يد نفسه عنه للأصل و للشافعية قول بأن له أن يكلفه ذلك لأن الشفيع بمنزلة المشترى من المشترى فالتخليه هنا غير التخليه فى البيع لأنه يؤخذ منه قهرا

(قوله) (و يقوم قبض الشفيع مقام قبض المشترى)

كما فى الخلاف و الشرائع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و المفاتيح
(قوله) (و الدرك مع ذلك على المشترى)

كما فى الخلاف و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك و هو قضية كلام المبسوط و المهذب
(قوله) (و ليس للشفيع فسخ البيع و الأخذ من البائع)

كما فى المبسوط و المهذب و الشرائع و التحرير و الدروس و المسالك و الكفاية و المفاتيح لأن العقد لم يقع معه فكيف يتسلط على فسخه بغير سبب شرعى يوجهه و حقه منحصر فى الأخذ من المشترى فعلى هذا لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته لاشتغاله بما ينافى الفورية لأنه ليس له ذلك و لا كذلك لو كان المشترى قد باعه أو وقفه فإن الشفيع أن يقول فسخت البيع و أخذت بالشفعة و يحتمل أنه يجب عليه تقديم الأخذ على الفسخ و فى الشرائع و التحرير و تبعهما صاحب الكفاية أنه لو نوى الفسخ و الأخذ من البائع لم يصح و لعلهما أرادا تحرير ما فى المبسوط و المهذب من أنه إذا أخذها من يد البائع لم يكن الأخذ منه فسحا للبيع و أن الأولى بهما التنبية على هذا و هو أنه لو نوى بأخذه بالشفعة الفسخ و أخذه من البائع لم يصح الأخذ لأنه غير ممكن فى الشرع فتبطل الشفعة لمنافاتها الفورية فتأمل و قضية ذلك كما هو مقتضى الأصل أنه لا بد من نية التملك من المشترى و أن نية التملك من البائع

وحده يبطلها و يبقى الكلام فيما إذا نوى التملك منهما أو أطلق نية التملك من دون تقييد أصلا

(قوله) (و لا تصح الإقالة من الشفيع و البائع)

كما فى الشرائع و جامع المقاصد و المسالك بل هو واضح لا يحتاج إلى التنبيه عليه لأن الإقالة إنما تصح ممن صدر العقد له

(قوله) (و لو انهدم أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك)

إذ اشترى شقصا من دار فاستهدهم أو تعيب فله أحوال أحدهما أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل المطالبة الشفيع بالشفعة و لا يحصل معه تلف شىء من العين كان ينشق الجدار بفعله أو ينكسر الجذع و نحو ذلك كما هو صريح جماعة منهم المصنف هنا كما ستعرف و ظاهر آخرين من قصر العنوان على التعيب و لانهدام من دون ذكر تلف شىء من الأعيان إلا- أن تقول بالاستلزام و لو فى بعض الأحوال أو حصل تلف شىء منها كما هو صريح بعض قليل و يأتى فى جامع المقاصد أن أحدا لم يفرق فى الضمان إذا تلف شىء من الأعيان بين كونه قبل المطالبة أو بعدها كما يأتى تأملنا فيه و كيف كان فنقول فى العنوان أنه إذا تعيب الشقص أو استهدهم قبل المطالبة ففى صريح المبسوط و جامع الشرائع على تفصيل فيما تسمعه و الكافى و الغنية و السرائر و الشرائع و الإرشاد و المختلف و المسالك و كذلك التذكرة بقرينة العنوان و الإطلاع و الدروس بقرينة الإطلاع أن الشفيع بالخيار بين الأخذ بالثمن و بين الترك و فى الغنية الإجماع عليه و فى المسالك و الكفاية و المفاتيح أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٨

.....

المشهور و فى الرياض أنه الأشهر لأنه تصرف فى ملكه تصرفا سابقا فلا يكون مضمونا عليه و الفاتئ لا يقابل بشىء من الثمن فلا يستحق الشفيع فى مقابلته شيئا كما لو تعيب فى يد البائع فإن المشتري يتخير بين الفسخ و الإمضاء بجميع الثمن و فى جامع المقاصد أن فيه نظرا لأن المشتري و إن تصرف فى ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلق به فيكون ما فات منه محسوبا عليه كما يحسب عليه عين المبيع و لا استبعاد فى تضمين المالك ما يجنى على ملكه إذا تعلق به حق الغير كالرهن إذا جنى عليه الراهن و قد سبق فى كتاب البيع و جوب الأرش على البائع إذا تعيب المبيع فى يده فينبغى أن يكون هنا كذلك و قد نبه عليه فى التذكرة انتهى و الضمان ظاهر النافع و فصل فى الخلاف قال إن أصابها هدم أو غرق و ما أشبه ذلك فإن كان ذلك بأمر سماوى فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك و إن كان ذلك بفعل آدمى كان له أن يأخذ العرصه بحصتها من الثمن و ظاهره عدم الفرق بين كونه قبل المطالبة أو بعدها و لا- ظهور له فى الأول بقوله يأخذ أو يترك (و يرد) ما فى جامع المقاصد و منه يعلم حال ما فى الخلاف أنه إن أراد بالحق المتعلق بالشقص حق المطالبة فمسلم و لكنه بمجرد لا- يوجب الضمان على المشتري فلا- بد من دليل يقطع الأصل و إن أراد به الملكية فممنوع إذ لا ملك له قبل الطلب و الأخذ و منه يظهر ما فى الخلاف فى الشقص الثانى على أن هذا التوجيه إن تم شمل صورة التلف بأمر سماوى أيضا إلا أن يقول باستثنائها بما رواه ابن محبوب عن رجل قال كتبت إلى الفقيه (ع) فى رجل اشترى من رجل دارا مشاعا غير مقسوم و كان شريكه الذى له النصف الآخر غائبا فلما قبضها و تحول عنها انهدمت الدار و جاء سيل حارق فهدمها و ذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كملا الذى نقد فى ثمنها فقال ضع عنى قيمة البناء فإن البناء قد انهدم و ذهب به السيل و ما الذى يجب فى ذلك فوقع عليه السلام ليس له إلا الشراء و البيع الأول إن شاء الله تعالى لكن الذى استقر عليه رأيه الضمان مطلقا كما يأتى فلا- يكون عاملا- بالخبر و الحارق بالمهملتين كأنه بمعنى الشديد و إن كان بالخاء المعجمة كان بمعنى الحارق العادة و الشيخ رحمه الله ترك هذا الخبر (و استدلل) بالخبر العامى النبوى الذى فيه فشرىه أحق بالثمن قال فثبت أنه يأخذه بذلك الثمن فمن قال ببعضه فقد ترك الخبر و لعله أراد الرد على العامة بما رووه و إلا فهذا المتن موجود فى حسنة الغنوى ثم إن إطلاق آدمى فى كلام الخلاف يشمل المشتري و غيره و لعله لا يقول به فى غيره و التنظير فى جامع المقاصد

بالمبيع الذي حدث فيه العيب بعد العقد وقبل القبض تقريبي وإلا- ففرق تام بين الشفيع والمشتري وما سبق في كتاب البيع من وجوب الأرش على البائع ليس محل وفاق بل هو مشهور بين المتأخرين في باب البيع والإجماع في الخلاف والمبسوط منقول على خلافه والظاهر أن المشهور خلافه أيضا في باب الغصب ولم تحضرني كتابتي فيه الآن وكيف كان ففي إجماع الغنية فيما نحن فيه المعتضد بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل من لا يعمل إلا بالقطعيات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبد الله مع موافقة القواعد والأصل المؤيد بإطلاق ما دل على لزوم الأخذ بالشفعة بالثمن وندرة المخالف غنية وبلاغ ولك أن تقول إن قواعد الشفعة إنما هي أخذ جميع البيع بجميع الثمن إلا ما كان بدون تقصير من المشتري ولا بفعله وقد اخترت في باب البيع أن الأجزاء تقابل بالأجزاء والأوصاف لمكان الخبر المنجبر بالشهرة (وقضية) ذلك موافقة جامع المقاصد لو لا ما عرفت ويأتي بيان المراد من المطالبة والضمان في الثالث من الأحوال لكنه يبقى شيء وهو أنه لو علم المشتري أنه لا ضمان عليه لهدم الدار المشاركة الشفيع في الطريق أو قسمها بإذن الحاكم إذا كان الشفيع غائبا أو صغيرا ولم يبق فيها حجر على حجر وأكثر فيها من الحفر بحيث لا يقدم عاقل على أخذها بالثمن والشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الشريك وذلك مناف له فيمكن حمل كلام الأصحاب على ما إذا كان جاهلا بالشفعة أو تقول إنه لا يفعل ذلك ولو علم بالشفعة إذا كان عاقلا لأنه إضرار بنفسه أيضا إذا لم يأخذها الثاني أن يتعيب كذلك بغير فعله مطلقا سواء كان قد طالب الشفيع أم لا بأمر سماوي أم بفعل آدمي ففي المبسوط وجميع ما ذكر بعده على نحو ما عرفت مع زيادة النافع أن الشفيع يتخير أيضا بين الأخذ بالجميع أو الترك وفي الغنية الإجماع عليه وفي الكفاية أنه المشهور وفي مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٧٩

و الإنقاض للشفيع وإن كانت منقولة (١) وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأى (٢)

جامع المقاصد التأمّل في ذلك أيضا مستندا إلى ما تقدم له من الاستدلال وقال إن الذي يقتضيه النظر ثبوت الأرش في صورتين و ستمع أن مراد جماعة بالضمان غيره ولم يحك عنه ذلك هنا في المسالك وإنما حكاها في الصورة الأولى ولذلك نسب إليه شيخنا في الرياض الوفاق هنا وينبغي أنه يكون الشيخ في الخلاف مخالفا هنا أيضا كما يقتضيه إطلاق الآدمي في كلامه كما نبهنا عليه آنفا حجة الأصحاب بعد ما عرفت فيما تقدم المرسل المنجبر بالعمل وقد أسمعناكه آنفا إذ العموم فيه لغوى وهو مما يستقل وإن اتصل فلا يخصه المورد وينبغي أن يحمله جماعة على عدم تلف شيء من الأعيان لكنه خلص فيما تسل المطالبة ويأتي الحال الثالث

(قوله) (و الإنقاض الشفيع وإن كانت منقولة)

عنده كما في المسالك وبذلك صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس و جامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان وغيرها لأنها جزء المبيع ولا يضر كونها منقولة الآن إذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعا كما تقدم

(قوله) (و إن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأى)

هو خيرة الكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع و جامع المقاصد والشرائع والتحرير والإرشاد و شرحه لولده والمختلف و الدروس و جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وفي المختلف و جامع المقاصد والرياض أنه المشهور وفي المسالك والكفاية أنه أشهر وفي الغنية الإجماع عليه مع التقييد فيها وفي الكافي والسرائر بالعلم بالمطالبة ولا يفهم من التذكرة في ذلك شيء وقد اختلفت هذه الكتب في معنى الضمان ففي الكافي والغنية والسرائر أنه يجب رده إلى أصله وما كان عليه وهذا إنما يتم فيما إذا كان الهدم قليلا- كما تقدم في باب الغصب وفي الشرائع والتحرير أنه يضمن الإنقاض ومعناه أنه يسقط ما قابلها من الثمن كما في المسالك والكفاية ولعل مرادهما في الشرائع والتحرير أنه يضمن الأرش كما فهمه في الإيضاح من الشرائع و كما صرح به في جامع

المقاصد و فى مثله فى التذكرة و عليه نبه فى مجمع البرهان بقوله إنه يضمن التخريب و التعيب و كل ما ينقص و له عوض و على ما فهموه من الشرائع ينبغى أن يحمل قوله فى النافع أخذ بحصته من الثمن جمعا و إن كان خلاف الظاهر و الأولى بقاؤه على ظاهره و اقتصر فى البقية على ذكر ضمان المشتري (و قد) قال فى جامع المقاصد إن كلامهم هذا يشعر بأن المشتري يضمن قيمة التالف (و قال) فى الرياض فى شرح كلام النافع و إن كان الهدم بفعل المشتري بعد مطالبة الشفيع بالشفعة فالمشهور ضمان المشتري بمعنى أخذ الشفيع الباقي بعد التلف بحصته من الثمن و سقوط ما قابل التالف منه انتهى و هذا يقضى بأنه قد تلف من الشقص شىء يقابل بشىء من الثمن و المفروض فى كلام جماعة و كلامه فى الرياض كما يظهر لمن لحظ آخره أن المسألة فيما إذا لم يحصل تلف شىء من العين يقابل بشىء من الثمن و لعل اختلافهم فى الضمان إنما كان لأن التعيب و الانهدام قد يكون بدون تلف شىء من الآلات و قد يكون بتلف بعضها كان يحرق المشتري سقف البيت ثم إن الآلات تجرى عند جماعة منهم مجرى أطراف العبد و صفاته فتكون من قبيل انشقاق الجدار لا يتسقط عليها الثمن و عند جماعة أنها يقسط عليها الثمن كأحد العبدین فتأمل و قد نسب جماعة كالمحقق الثانى و الشهيد الثانى الخلاف فى المسألة إلى ظاهر كلام الشيخ و قيده الثانى بالمبسوط و فى المفاتيح إليه على البت و قال فى الشرائع قيل لا يضمن لأنه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ و نسب فى الإيضاح الخلاف إليه فى الخلاف و الموجود فى المبسوط إذا اشترى شقصا فوجب للشفيع فيه الشفعة فأصابه نقض [نقض خ ل] أو هدم قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصا بكل الثمن أو يدع سواء فى ذلك كان هدمها المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد و كذلك إن احترق بعضها أو كانت أرضا فغرق بعضها فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٠

.....

لأنه إن هلك بأمر سماوى فما فرط فيه و إن هدمه هو فإنما هدم ملك نفسه و إذا أخذه بالشفعة أخذ ما اتصل به و ما انفصل عنه من آلاته لأنه جميع المبيع و قيل إنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصه من الثمن أو يدع و الذى يقوى فى نفسى أنها إذا انهدمت و كانت آلتها باقية فإنه يأخذها و آلتها بجميع الثمن أو يتركها و إن كان قد استعمل آلتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة و إن احترقت أخذ العرصة بحصتها الثمن أو يترك فالذى استقر عليه رأيه أنه حيث تتلف الآلات باستعمال المشتري أخذ العرصة بحصتها من الثمن و إن لم يكن بفعله أخذ بالجميع أو يترك و حيث تبقى الآلات يأخذ بجميع الثمن أو يترك سواء كان ذلك بأمر سماوى أو من المشتري أو غيره و بهذا التفصيل أفتى فى جامع الشرائع و هو من أتباعه دائما إلا ما قل و قضية كلام المبسوط أن ذلك كله إذا لم يأخذ الشفيع بالشفعة لمكان التقييد بذلك فى أول كلامه و قضيته فى بعض مفاهيم الشرط أنه إن أخذ بالشفعة ضمن المشتري بقرينه القيد و معنى عدم أخذه بالشفعة أنه ما تعرض لها لعدم علمه أو لغيره لا أنه قال إنى مطالب و أريد بعد لحظة أو ساعة مثلا أن أشفع لأن ذلك يسقطها عنده لمنافاته الفورية و مذهبه فى كتبه الثلاثة أنها على الفور فالقول الذى حكاه المحقق فى الشرائع و دليله ليس للشيخ فى كتابيه و قد تبعه الجماعة و لعلمهم إنما لحظوا أول كلامه و قالوا إن قوله قيل أن يأخذ بالشفعة إلخ و يشمل ما إذا كان قبل المطالبة و بعدها فالحاصل أن الشيخ فى المبسوط ليس مخالفا و لا وجه لما فى المختلف و جامع المقاصد و المسالك من أن قوله فى المبسوط أخذ العرصة بالقيمة يحتمل أخذها بجميع القيمة و حصتها من الثمن بعد مقابلتها بقوله و إن احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن بل يتعين الثانى بقرينه المقابلة و التفصيل فلا أقل من أن يسكتوا عن الشيخ و لا ينسبوا إليه فى المسألة وفاقا و لا خلافا و العبرة بآخر كلامه و كلامه الأخير نص فى تلف شىء من الشقص يقابل بشىء من الثمن و هو خلاف المفروض فى كلام هؤلاء و إن لحظوا آخره و المفيد فى أوله كان موافقا عملا بإطلاق المفهوم و الذى أوقع من تأخر عن المختلف فيما نسبوه إلى المبسوط ما حكاه عنه فيه فإنه لم يحكه بتمامه و لا على وجهه و أما الخلاف فالظاهر من إطلاق كلامه فيما نحن فيه عدم الخلاف قال كما سمعت و إن

كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن فيكون كلامه هذا ككلامه في النافع في هذا قال و إن كان بفعل المشتري أخذ بحصته من الثمن فكان الضمان في الجملة محل وفاق و انحصر الخلاف أو الميل إليه في شيخنا صاحب الرياض كما ستسمع كلامه و كيف كان فالحجة للأصحاب أن الشفيع استحق المبيع بالمطالبة أعنى الأخذ بالشفعة و دخل في ملكه فإذا انتقض بفعل المشتري ضمنه و وجهه في جامع المقاصد و تبعه جماعة بأن الشفيع استحق بالمسالبة أخذ المبيع كاملا و تعلق حقه به فإذا انتقض بفعل المشتري ضمنه و لم أجد أحدا استدل به قبله و هو غير جيد إذ المراد بالمطالبة في الباب عند من يقول بالفورية الأخذ بالشفعة كما نبه عليه في المبسوط و كما أرادوا ذلك من هذه الكلمة فيما تقدم كما تقدم و يأتي بل قال المحقق الثاني و الشهيد الثاني فيما سلف أنه لو اشتغل بالمطالبة عن الأخذ بطلت شفيعته فما حكياه و غيرهما عن ظاهر المبسوط أو عن الخلاف من أنه لا ضمان لأن الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفا صحيحا و هم في وهم لأنك قد علمت أن ظاهره في الكتابين الضمان في الأول بالمفهوم مع ملاحظة آخر كلامه و الذي قوى في نفسه و في الثاني بالإطلاق و أنه لم يذكر فيهما المطالبة بل هي عنده بالمعنى الذي أرادوه تخل بالفورية كما عرفت و صاحب الرياض بعد أن نقل حكاية ذلك عن الشيخ و أن الأصل يوافقه لأنه يقضى بالمصير إلى التملك بالأخذ لا بالمطالبة قال و هو في غاية القوة سيما بعد اعتضاده بإطلاق ما دل على استحقاق الشفعة بتمام الثمن و نحن نقول إنه على ما فهمه منه في غاية الضعف لما عرفته من أن المراد بالمطالبة الأخذ بالشفعة و قوة دليله و انطباقه عليه مع أنه لا وجه لأخذه الثمن كله في مقابلة ما

بذل فيه بعضه مع استعمال المشتري له و انتفاعه به و هو في ملك الشفيع إن هو إلا ظلم و ضرر و خروج عن مقتضى قواعد الشفعة إذ هي أخذ جميع المبيع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨١

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن و إن لم يكن بفعل المشتري (١)

□

بجميع الثمن مع عدم الإضرار إلا- إذا قلنا إن التالف لا قسط له من الثمن و هو خلاف المفروض في كلامه حرسه الله تعالى و مسألتنا هذه هي الثالث من الأحوال و ليعلم أن كلام الأصحاب في هذه المسائل غير محرر على ما يظهر لأنهم إن أرادوا بالمطالبة في هذه المسائل معناها الحقيقي لم يتضح ضمان المشتري في الحال الثالث لأن المفروض أنه لم يتلف منه شيء و إن المطالبة لم تؤثر ملكا فحاله كحاله قبل المطالبة و إن كان المراد بها الأخذ و التملك اتجه الحال الثالث و أشكال الحال الثاني لأنه بعد صار ملكا للشفيع و قد تعيب المبيع بأمر سماوى أو غيره كيف يتسلط الشفيع على التخيير بين الترك و الأخذ بالجميع و أنه يحتاج إلى دليل قوى و المرسل ظاهر في التلف و كأنه صريح فيما قبل الأخذ فليلاحظ أقصى ما يمكن أن يقال إن الشفيع لم يقبضه فأشبه المبيع فليتأمل جيدا و ستعرف حال ما إذا تلف قبل المطالبة أو بعدها

(قوله) (أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن و إن لم يكن بفعل المشتري)

كما في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و ظاهر الإيضاح و في الكفاية أنه أشهر و المخالف الشيخ في كتبه الثلاثة أما الخلاف و المبسوط فقد سمعت ما فصله فيهما و إن في كل منهما تفصيلا غير الآخر و المصنف في المختلف إن كان موافقا للمبسوط في جميع ما قال على ما هو الظاهر منه كان مخالفا (و قد) عرفت أنه لم يحكه على وجهه و أنه لا معنى لاحتماله في قوله أخذ العرصة بالقيمة الوجهين (و قد) عرفت أن صاحب جامع الشرائع وافق المبسوط و أما النهاية فقد قال فيها إن كان المبيع قد هلك بأفة من جهة الله أو جهة من غير جهة المشتري أو هلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع و لزمه توفية الثمن على الكمال و قال في التحرير و لو تلف بعضه كانهدام المبيع أو تعيبه فإن كان بغير فعل المشتري أو بفعله قبل المطالبة تخير الشفيع بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك لا بحصة الموجود من الثمن و إن كان بفعل المشتري بعد المطالبة

ضمن المشتري النقص و يحتمل ضمانه إذا فعل ذلك قبل المطالبة و كذا إن كان بفعل آدمى غير المشتري لأنه يرجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر انتهى (و قضيته) أنه إن كان بأمر سماوى لا يضمن و قد عمم التلف بحيث يشمل الانهدام و التعيب و تلف بعض الأعيان أو أجمله و فصل بما قبل المطالبة و بعدها و اقتضى كلامه الفرق بين السماوى و غيره بل قد يقال إن الخلاف و التفصيل بما قبل المطالبة و بعدها قد يظهر من النافع بل و الشرائع بل و غيرهما عند إمعان النظر فى كلامهم لكن قال فى جامع المقاصد لم يفرق أحد هنا و هو فيما إذا كان التالف بعض العين بين كونه قبل المطالبة و بعدها و ظاهر أن هذا الفرق فى الأولى غير واضح انتهى فتأمل (و لعله) لم يلحظ كلام التحرير أو بتأوله و كذلك ما يحتمل أن يكون مثله فتأمل و كيف كان فالدليل على مختار الكتاب و ما وافقه فى ما نحن فيه و هو ما إذا تلف بعض العرصة بسيل و نحوه أو احترق سقف البيت أو حرقه على القول بأن الأبنية كأحد العبدین المبيعين أن إيجاب الثمن كاملا فى مقابله بعض المبيع يستدعى دفع أحد العوضين لا فى مقابلة العوض و ذلك أكل مال بالباطل و نحن نقول إن كان التلف المذكور بفعل المشتري بعد أخذ الشفيع بالشفعة فلا ريب فى الضمان و ما عدا ذلك ففضية ما تقدم لنا غير مرة أن قواعد الشفعة تقضى بأخذ جميع المبيع بجميع الثمن و إن الأجزاء تقابل بالأجزاء و الأوصاف إن توافقت الكتاب إلا فيما إذا لم يكن التلف بفعل المشتري و لا بتقصيره لمكان المرسل و غيره فلا يصح على المختار الاستدلال على عدم الضمان بإطلاق ما دل على استحقاق الشفعة بتمام الثمن و بأنه يدفعه فى بعض الصور إطلاق الخبر المعبر المرسل المتقدم و لم يعم إجماع فى المقام كما قام فى مسألة الاستهدام أم بفعل المشتري قبل المطالبة حتى نوجهه بذلك كما تقدم و ليعلم أن كلام الأصحاب هنا أيضا غير محرر لأنهم حكموا بعدم ضمان المشتري فى الحال الأول و الثانى بناء على أن الفاتئ من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن و هو مبنى على أن العقد لا يوجب ضمان الأجزاء أو الصفات لعدم مقابلتها بالثمن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٢

و لو بنى المشتري أو غرس بأن كان غائبا أو صغيرا أو طلب من الحاكم القسمة للمشتري قلع غرسه و بناءه (١) و ليس عليه طم الحفر (٢) و يحتمل وجوبه لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه (٣)

و إنما المقابل به هو الجملة و هو اختيار لأحد القولين فى المسألة و القول الآخر أن العقد أوجب ضمان الأجزاء و الصفات و إن الثمن يقابل بها و على القولين وقع الخلاف فى لزوم الأرش و عدمه إذا اختار المشتري الإمساك فيما إذا تعيب المبيع بعد العقد و قبل القبض و فيما إذا تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري فى زمن خياره و فيما إذا تعيب المبيع فى يد المشتري من الغاصب جاهلا فرجع عليه به المالك فإنه يرجع به على الغاصب إن كانت الجملة مضمونة فقط و إن كانت الأجزاء و الصفات مضمونة بالعقد لا يرجع إلى غير ذلك و بنوا عليه هنا أيضا مسألة عدم وجوب طم الحفر كما يأتى بعد مسألتنا بلا فاصلة و كلامهم فى مسألتنا بضممان المشتري ما إذا تلف بعض المبيع مبنى على أن الأجزاء تقابل بالأجزاء فكانت هذه المسائل مختلفة فى المبنى من دون تقادم عهد و لم يتبع ذلك لواحد بل لجماعة كما عرفت و ستعرف و عساک تقول كيف اختلفوا فى أن الأجزاء و الصفات مضمونة أو غير مضمونة و اتفقوا فى باب العيب على أنهما معا مضمونتان (قلت) سبب هذا الاتفاق جهل المشتري بالعيب السابق على العقد و هو إنما اشترى على الأصل و الغالب و هو السلامة فإن كان البائع عالما كان مغرورا أيضا فأثبت له الشارع لمكان جهله الرد إن لم يتصرف و الأرش إن تصرف و المسائل التى اختلفوا فيها حدث العيب فيها بعد العقد

(قوله) (و لو بنى المشتري أو غرس بأن كان غائبا أو صغيرا أو طلب من الحاكم القسمة للمشتري قلع غرسه و بناءه)

كما فى المبسوط و غيره بلا خلاف أجده و وجهه ظاهر لأنه ملكه فله أن يفعل فيه ما يشاء و من صور التسلط غير ما ذكره المصنف هنا و فى التذكرة من كذبه فى الإخبار فعفا أو فى الاتهاب فظهر البيع أو قاسمه و كيله و خفى عنه وجه الحظ فى الأخذ بالشفعة فيجىء الموكل فيظهر له الوجه ما إذا كان الملك مشفوعا مقسوما و قد اشتركا فى النهر أو الطريق

(قوله) (و ليس عليه طم الحفر)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة فى أول كلامه لأنه لا يضمن العيب الذى فعله قبل الطلب لأنه إنما تصرف فى ملكه و ما حدث فإنما حدث فيه مما لا يقابل بالثمن و إنما يقابل الثمن سهام الأرض من نصف و ثلث و ربع و هكذا على أن فى القلع مصلحة الشفيع لأن فيه تفرغ الشقص لأجله و هذا ما أشرنا إليه آنفاً

(قوله) (و يحتمل وجوبه لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه)

هو خيرة أبى على و هو قوى متين إن لم يجمع إجماع على خلافه و الظاهر عدمه و قد مال إليه أو قال به فى مجمع البرهان و استظهر أيضاً أنه يجب الأرش على المشتري لو حصل فى الأرض نقص بالقلع سواء طالبه الشفيع بالقلع أو كان الطالب له المشتري لما ذكر و لأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الشفيع و تجوز أمثال ذلك مناف له إذ له حينئذ أن يكتر من البناء و الغرس بحيث يستلزم قلع ذلك إن تكثر الحفر و يعظم الضرر الذى لا- يقدم عليه عاقل ثم قال نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة ثم أمر بالتأمل لأن وجدانه لا يعنى من جوع نفسه فكيف يعنى من جوع غيره (قلت) قد تقدم لنا نحو ذلك و قلنا إن المشتري لا يكتر من ذلك إذا كان عاقلاً- لكن يؤيده أنه قد حكى فى التذكرة عن أبى حنيفة و الثورى أنه إن لم يقلع المشتري أنه يجبره الشفيع على قلعه و لا- يعطيه أرش ما نقص بالقلع و قد نفى عنه البأس فى التذكرة و قضيته أن يكون عليه طم الحفر و أرش نقص الأرض و إن لا شىء له على الشفيع و إن انكسر بالقلع و خرج عن الانتفاع به بشرط عدم التعدى و التفريط كما إذا ظهرت الأرض مستحقة و حكى فى جامع المقاصد و المسالك من المختلف أنه فصل بأنه إن كان القلع لطلب الشفيع لم يجب الطم لأن طلبه القلع يتضمن الإذن فى الحفر و ليس هو كالمغاصب لأنه غير عاد بفعله و إن كان القلع من المشتري ابتداءً و جب لأن النقص قد حدث فى ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذن من الغير فيجب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٣

أما نقص الأرض الحاصل بالغرأس [الغرس خ ل] و البناء فإنه غير مضمون لأنه لم يصادف ملك الشفيع و يأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك (١) و لو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال (٢)

إصلاحه و قوياه بل قال فى الأول إنه صرح به فى التذكرة و قد سمعت ما فى التذكرة و المورد فى المختلف ما نصه و المختار أن نقول إن اختار المشتري القلع كان له ذلك و عليه أرش ما نقص من الأرض بذلك و علم الحفر لأنه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره قوله إنه تصرف فى ملكه قلنا إنه ممنوع بل تصرف بالقلع فى ملك الشفيع فكان عليه أرشه نعم تصرفه بالغرأس صادف ملكه فلم يكن عليه غرم من أجره و غيرها و لو اختار الشفيع القلع فالأقرب عدم وجوب الأرش أى أرش الغرس عليه لأن التفريط حصل من المشتري حيث غرس فى أرض متزلزلة الملك و لأنه غرس فى حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانث الأرض مستحقة و قوله (ع) لا ضرر و لا ضرار مشترك بين الشفيع و المشتري فلا يختص به أحدهما انتهى و لم يتعرض فيما إذا اختار الشفيع القلع لطم الحفر بنفى و لا إثبات فكلاهما محتمل بل قد يظهر منه أن له إلزام المشتري بطم الحفر فتدبر و لا ترجيح فى الإيضاح و الدروس و قد تقدم فى مثله فى العارية و يأتى فى مثله فى الإجارة ما له نفع تام فى المقام و قد أسبغنا الكلام فى البابين

(قوله) (أما نقص الأرض الحاصل بالغرأس و البناء فإنه غير مضمون لأنه لم يصادف ملك الشفيع و يأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك) كما فى جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلام المختلف و قد سمعته آنفاً (و قال) فى التحرير ليس عليه أرش النقص و هو يحتمل أرش نقص الأرض بالغرأس و يحتمل بالقلع و فى المسالك أن فيه قولين و أن هذا أشهر فلعلة أخذ الأشهرية من إطلاقاتهم (و أما القول الآخر فلم نجده و لعله أخذه من الخلاف فى مسألة التعيب و الاستهدام لأن حجته على ما نحن فيه أن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستهدام و أنه تصرف فى ملك نفسه فلا يتعقبه ضمان نعم لو كان ذلك بعد المطالبة

اتجه القول بضمانه على ما سبق فى مسألة الاستهدام و التعيب و يلزم على مختارنا الضمان إذ الإجماع يخرج عنه كما فى مسألة الاستهدام و الواجب عليه فى جامع المقاصد النظر فى ذلك كما نظر فيه هنا لك (و أما) نقص الأرض الحاصل بالقلع فالشيخ فى المبسوط على عدم ضمان الأرش و نسبه فى جامع المقاصد إليه و إلى جماعة و فى المسالك إلى ظاهر الشرائع و قال و به صرح الأ-كثر و لم نجد مصرحا به غير الشيخ فى المبسوط بعد فضل التتبع نعم قد يظهر ذلك من إطلاق قولهم إن الشفيع يملك إجبار المشتري على القلع بعد بذل الأرش حيث لم يتعرض و الأرش نقص الأرض بالقلع فتأمل أو لأنه كنفصها بالغرس و يشهد لذلك أنه اقتصر فى الدروس فى حكاية ذلك على الشيخ و عبارة التحرير محتملة كما عرفت و قد سمعت ما فى المختلف من وجوب الأرش إن كان ذلك باختيار المشتري و هو خيرة جامع المقاصد و قد سمعت ما فى التذكرة عن أبي حنيفة و ما يلزمه و ما فى مجمع البرهان و هو الأقوى لما عرفت غير مرة و لا ترجيح فى الدروس

(قوله) (و لو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال)

قال فى الإيضاح الإشكال هنا فى موضعين (الأول) فى القلع و ينشأ من أن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب و من أن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص و لهذا ملك النماء و من بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعة عليه و جواز انتزاعه من يده ليس موجبا لتعديته و نقض بنائه و إلا- لثبت فى الموهوب إذا غرس أو بنى و رجح الواهب و مراده أنه يقيهما إجماعا على القول بالجواز و لأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلا يزال بالضرر انتهى و حاصله أن الشفيع لا يملك قلعه هو الذى حكاه الشهيد عن الشيخ كما ستسمع فى آخر المسألة و قال إنه يجاب إلى التملك بالقيمة (الثانى) فى وجوب الأرش مع القلع و ينشأ من أنه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع و إلى هذا ذهب الشيخ فى المبسوط و من أن التفريط حصل من المشتري حيث غرس فى أرض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٤

و بين بذل قيمة البناء و الغراس إن رضى المشتري (١) و مع عدمه نظر (٢)

متزلزلة الملك و اختاره فى المختلف انتهى و قال فى جامع المقاصد للظاهر أنه لا- إشكال فى القلع و حكى عن ولد المصنف الاستشكال فيه و قال الظاهر أنه وهم إذ لا يتصور وجوب إبقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجرة على الشفيع أو وجوب دفع القيمة عليه و إن لم يرض و بطلان هذا أظهر من أن يحتاج إلى بيان انتهى (قلت) أما ثبوت حق القلع للشفيع فظاهر إذ لولاه لزم الضرر العظيم هذا بدفع الثمن و ذلك يستحق المنفعة على الدوام بل هو أعظم من نفي الشفعة بالكلية لكن لا مانع من وجوب قبول الأجرة كما فى المتهب إذا غرس و بنى و رجح الواهب و لعل نظره فى الإيضاح فى الإبقاء بالأجرة إلى ما فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر و التذكرة من أنه له إجباره على القلع إذا رد عليه ما نقص لأنه حينئذ لا- خلاف فى أنه له مطالبته بالقلع و إن لم يرد له ذلك كما فى المبسوط و التذكرة و ليس على وجوب القلع حينئذ دليل كما فى الثلاثة الأخر و قضيته أنه إن لم يرد له القلع و هو قضية مفهوم عبارات المتأخرين كما ستسمع و لا بد من أن يقول هؤلاء جميعا أنه يجب حينئذ على الشفيع إبقاؤه بالأجرة إذ من البعيد جدا أن يقولوا يجب عليه إبقاؤه مجانا إلا أن تقول إن تخييرهم الشفيع بين الأمور الثلاثة يقضى أنه يلزم بالإبقاء من دون أجرة و إلا لذكروا ذلك (رابعاً) و لعل الوجه فى ذلك أنه على القول بأن الشفيع يجب عليه أرش النقص بالقلع أنه يلزم أنه لا يملك طلب الأجرة على الإبقاء لأن القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرش فما دام لا يبذله بالإبقاء واجب عليه و قد نمنع الملازمة و فى إلزامهما على الإبقاء بالأجرة حيث يحصل الامتناع من الأمور الثلاثة جمع بين الحقين و فى قول المصنف فيما سياتى أو يقوم الغرس مستحقا للترك بأجرة يرشد إلى ذلك بل قد نقول إنه يقدم على بعض الثلاثة كما يأتى فى الزرع فليتأمل إذ لعلك تقول إنه ليس فى ذلك كله شهادة على ما يدعيه فى الإيضاح فتدبر و نظره فى الوجه الثانى من وجهى الإشكال الأول إلى ما حكاه قولاً فى التذكرة من أن عليه أن يبقيه فى الأرض بأجرة و معناه أنه لا يجوز له إجباره

على القلع بأرش و لا بدونه ثم إن إيجاب قبول الأجرة أو دفع القيمة كما فى الشق الثانى على الشفيع و إن لم يرض ليس بأعظم من إيجاب قبول القيمة على المشتري و إن لم يرض كما يأتى من نسبه إلى الأ-كثر على أنه إنما يقول بالإبقاء مع الأجرة فنسبه فخر الإسلام و المحققين إلى الوهم كما ترى و كيف كان فمما اختبر فيه أن الشفيع يملك إجبار المشتري على القلع إذا بذل أرش نقص الغرس إذا امتنع المشتري من القلع الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر كما عرفت و الشرائع و جامع الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة فى أول كلامه و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و قد يظهر ذلك من كلام أبى على و فى الأخير أنه أشهر و نفاه أى الأرش فى المختلف كما عرفت و نفى عنه البأس فى التذكرة كما سمعت و قال فى التحرير لو قيل به كان وجهها و قد سمعت ما فى مجمع البرهان و لا- ترجيح فى الإيضاح و خيرة المختلف أشبه بأصول المذهب لأن المشتري قد أقدم على الغرس و البناء و أخفى ذلك عن الشفيع مع علمه باستحقاقه فقد أقدم على إضرار نفسه و ما ضره أحد و لا وجه للتنظير بالمستعير كما صنع جماعة فإنه ما بنى و لا غرس إلا بإذن المعير فتأمل جيدا على أنه قد استشكل فيه هناك المصنف و ولده و الشهيد كما تقدم ثم إن هذا القول أى القلع بلا أرش قول قديم حكاه يحيى بن سعيد فى الجامع

(قوله) (و بين بذل قيمة البناء و الغرس إن رضى المشتري)

كما فى التحرير و الشرائع و التذكرة و لا بحث فى ذلك كما فى جامع المقاصد (قوله) (و مع عدمه نظر)

يريد أنه مع عدم رضى المشتري بالقيمة فهل يملك أخذه بالقيمة و يجب على المشتري قبولها فيه نظر ينشأ من أنها معاوضة فتفتقر إلى رضا للمتعاضين و من أن ذلك أقرب إلى مصلحة كل منهما لأن فيه جمعا بين الحقين و دفعا للضرر العظيم اللازم لكل منهما بقلع البناء و الغرس و الأول أصح كما فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٥

و بين النزول عن الشفعة (١) فإن اتفقا على بذل القيمة أو أوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء فى الأرض و لا مقلوعا لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش بل إما أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع و ما نقص منه إن اختار القلع أو يقوم الغرس مستحقا للترك بأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه (٢)

الإيضاح و أقوى كما فى جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلام الشرائع و التذكرة و التحرير حيث لم يذكر إلا بذل القيمة مع الرضا و كأنه مال إليه أو قال به فى الدروس حيث قال إن قول الشيخ مشكل و قد نسب الثانى فى الإيضاح إلى جمهور أصحابنا و فى جامع المقاصد إلى أكثرهم و لم نجد لذلك ذكرا فى غير ما ذكر إلا فى المبسوط و قد يظهر ذلك من أبى على قال فى المبسوط قلنا للشفيع أنت بالخيار بين ثلاثة أشياء بين أن تدع الشفعة أو تأخذ و تعطيه قيمة الغرس و البناء أو تجبره على القلع و عليك قيمة ما نقص و هو بإطلاقه يتناول صورة الرضا و عدمه و إن كان قد يدعى تبادر الأولى لا سيما مع ملاحظة أصول المذهب و لكنهم فهموا منه شمول الصورتين و قد صرح بعدم التوقف على الرضا فى مثله فى مزارعة الخلاف و المبسوط و ادعى عليه فى الأول إجماع الفرق و أخبارهم كما أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب الإجارة و تقدم لنا مثله فى باب العارية و قال أبو على فيما حكى كان الشفيع مخيرا بين أن يعطى قيمة ما أحدثه المشتري و بين أن يترك الشفعة إلخ و لم يتعرض لشيء من ذلك فى المقنع و المقنعة و الانتصار و النهاية و المراسم و الكافى و المهذب و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الإرشاد و قد سمعت ما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و هؤلاء المتقدمون على الإيضاح فأين ما نسبه فيه إلى جمهورهم (و أما) الشهيد المتقدم على جامع المقاصد فقد عرفت أنه مال أو قال إنما ذلك فى صورة الرضا مع أنه قد قصر الحكم بذلك أى أنه يجب إذا بذل القيمة على الشيخ و لو وافقه غيره لربما ذكره و هو مما يشهد على صحته تتبعنا فيه

(قوله) (و بين النزول عن الشفعة)

هذا مما لا كلام فيه كما في المبسوط و لا بحث كما في جامع المقاصد و هو واضح كما في المسالك و ظاهرهم أن ذلك له و إن كان بعد أخذه بالشفعة لأنه له أن يتمتع من القلع و بذل الأرض و من بذل القيمة نعم إن بذل له المشتري الغرس مجانا كان له أن يمنع من الفسخ و النزول عن الأجرة

(قوله) (فإن اتفقا على بذل القيمة أو أوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الأرض و لا مقلوعا لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض بل إما أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه أو ما نقص منه إن اختار القلع أو يقوم الغرس مستحقا للترك بأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه)

كما صرح بذلك كله في التحرير و كذا الدروس و لعل غرضهما بيان ذلك التعريض بما في المبسوط قال فيه إن اختار الأخذ و دفع القيمة أخذ الشقص بالثمن المسمى و يأخذ ما أحدثه المشتري بقيمته حين الأخذ سواء كانت القيمة ما أنفقه المشتري أو أقل لأنه إذا كان الأخذ بالقيمة كان اعتبار القيمة حين الأخذ انتهى فيكون غرض المصنف أن المراد معرفة قيمته السوقية حين الأخذ لأن المرجع فيها إلى الصفات الثابتة للغرس حين الأخذ لأنها مناط الشرعيات فلا يقوم مستحقا للبقاء في الأرض إذ لا يستحق ذلك و لا مقلوعا لأن الشفيع لا يملك القلع إلا بالأرض بالطريق عنده إلى ذلك أمران (الأول) أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع و أورد عليه في جامع المقاصد و المسالك بأنه قد يكون بضميمة كل من الغرس و الأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة و ذلك بتمامه لا يستحقه المشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية حقا للمشتري و فيه أن الشفيع إنما يستحق الأرض فقط و الهيئة الاجتماعية كلها للمشتري لأنها إنما حدثت في ملكه و لأنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٦

و لو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر فله ذلك (١) و لو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك (٢)

لا يضمناها لو قلع قطعاً و لو كان للشفيع فيها نصيب لضمناها ثم قال المورد فالوجه [فالأوجه خ] الأسلم أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم يقوم كل منهما منفرداً فإن بقي من مجموع القيمتين بقيه قسمت عليهما على نسبة كل من القيمتين فإذا كانت قيمة المجموع مائة و الأرض أربعين و الغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة للأرض أربعة أتساعها و الغرس خمسة أتساعها أو تقوم الغرس قائماً غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرض و ما ينقص عن هذه القيمة بالقلع أرشه لكن حيث تقوم و الغرس فيها لم يبينوا لنا ما ذا يلحظ في الغرس فإن له أحوالاً (الثاني) أن يقوم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة حال كونهما ممتنعين من قلعه بمعنى أنه ينظر فيه إلى هذين الوصفين فيقول كم قيمة هذا الغرس الذي يستحق الإبقاء في أرض الغير بالأجرة و يستحق صاحب الأرض أخذه بالقيمة قهراً عند امتناع كل من مالكة و مالك الأرض من قلعه و كل من الوصفين موجب لنقصان القيمة فإن ما لا يبقى إلا بالأجرة قيمته أنقص من قيمة ما يبقى مجاناً و كذا ما يستحق أخذه قهراً و قد يناقش في كون الوصف الأخير موجبا لنقصان القيمة بالنسبة إلى الشفيع لأن الظاهر أن المراد بالقيمة في قولهم مستحقاً لأخذه بالقيمة القيمة الواقعية لا القيمة التي أوجب القهر نقصها سلمنا لكن يرد عليهم مثله في الأرض إذ أرش ما يستحق قلعه بالأرض أنقص من أرش ما لا يستحق قلعه فهلا لحظوه و إن قلت إن المراد أنه يقوم مستحقاً أخذه بالقيمة الواقعية قهراً و هذا يوجب نقصاً في قيمته (قلنا) هذا لا يوجب نقصاً بالنسبة إلى الشفيع بل بالنسبة إلى الأجنبي لو أتلفه إن سلمناه و إلا فهو محل نظر و له نظائر و قال في الدروس هذا لا يتم إلا على قول الشيخ بأن الشفيع لا يملك قلعه و أنه يجاب إلى القيمة لو طلب تملكه و هو مشكل انتهى و معناه أنه لو لم يكن مبنياً على ذلك لقال أو مستحقاً لقلعه مع الأرض لأنه وصف تنقص به القيمة و لا دخل لامتناع الشفيع من القلع هنا لأن امتناعه منه لا يرفع استحقاقه له و في

جامع المقاصد أنه إنما يتأتى أيضا على القول بأن الشفيع لا يجب عليه أرش النقص بالقلع أما على القول به فإنه لا يملك طلب الأجرة على الإبقاء لأن القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرش فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب عليه (قلت) قد عرفت الحال فى ذلك و لعل الأوجه أن يقال إنه يقوم قائما غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرش أو باقيا فى الأرض بأجرة إن رضى المالك و يترك قولهم أو مستحقا لأخذه بالقيمة لما عرفته و قول المصنف إذا امتنعا من قلعه ليس شرطا ليقوم بل هو من تتمه الوصف (و قوله) أو ما نقص منه إن اختار القلع يريد به بيان طريق معرفة الأرش على القول بوجوب بذله فيكون ما نقص معطوفا على الضمير المنصوب فى قوله فيدفعه و يجوز أن يكون معطوفا على مفعول يقوم و هو الأرض و المعنى لا- يختلف قال فى المبسوط و عليه ما نقص بالقلع فيقال كم يساوى غير مقلوع فإذا قالوا مائة قلنا كم يساوى مقلوعا فإذا قالوا خمسين قلنا فأعطه خمسين و لا يخفى ما فى العبارة من عدم الجزالة مع رجوعه عن الإشكال السابق فى رد الأرش مع القلع إلى الجزم به فتأمل

(قوله) (و لو اختلف الوقت فاختر الشفيع قلعه فى وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه فى آخره ذلك)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و المراد أنه اختار ذلك ليخف الأرش فله ذلك إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذى تكثر فيه قيمته قطعا كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله فى المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك)

و كذلك ما فى التحرير و جامع المقاصد و مراده أن المشتري غرس و بنى فى الجزء المشفوع حال الإشاعة مع الشفيع أو وكيله بحيث يكون الغرس و البناء بالإذن المعتبر و يتصور ذلك بأن يعتقد الشفيع أن لا شفعة له أو يتوهم كثرة الثمن ثم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٧

و لو زرع المشتري للشفيع أخذه و عليه إبقاء الزرع إلى أوان الحصاد مجانا (١) و النماء المنفصل المتجدد بين العقد و الأخذ للمشتري (٢) و إن كان نخلا لم يؤثر على رأى (٣)

يتبين الخلاف فإنه إذا أخذ بالشفعة يكون الحكم فى الغرس و البناء كالحكم فيهما إذا حصلت القسمة ثم غرس أو بنى فى حصته ثم أخذه الشفيع كما ذكر ذلك كله فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو زرع المشتري للشفيع أخذه و عليه إبقاء الزرع إلى أوان الحصاد مجانا)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و قال فى جامع الشرائع إنه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الأرش كالغرس (حجة) الجماعة أنه تصرف بحق إذ المفروض أنه تصرف بعد القسمة الشرعية أو بالإذن مع الإشاعة و له أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفاة للمشتري و لا كذلك الغرس و البناء فإنهما لا أمد لهما ينتظر فيه القلع و قد عرفت أننا الوجه فى ثبوت حق القلع للشفيع و هذا إذا أخذه الشفيع فى الحال و لكن هل له تأخير الأخذ إلى أن يحصد الزرع و لأنه لا ينتفع الآن بالشقص لو أخذه فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل فله أن يقول لا أشفع الآن و لا أدفع الثمن لأن تأخير بذل المال الذى لم يحصل فائدة لبذله له غرض مطلوب للعقلاء و أن ذلك جاء من قبل المشتري و لمصلحته فكان ذلك عذرا مسبوغا للتأخير كما هو خيرة المبسوط و الإرشاد و شرحه لولده و كذا الدروس و اختيار فى التذكرة و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد أنه لا يجوز له التأخير و هو ظاهر التحرير و فى المسالك أنه لا يخلو من قوة لأن الشفعة على الفور و مثل ذلك لا يثبت عذرا كما لو بيعت الأرض فى غير وقت الانتفاع فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعا و تردد فى الشرائع و فيما يأتى من الكتاب و لا ترجيح فى الكفاية و كأنه قال بالثانى فى مجمع البرهان و هو الأقوى للأصل لأن كانت على خلاف الأصل و مثله ما لو كان فى المشفوع ثمرة فإنه يجب عليه الأخذ على الفور كما يجب عليه الإبقاء إلى القطاف (فرع) ذكره فى جامع المقاصد قال لو أجر المشتري إلى مدة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجارة انتهى كلامه من دون ترجيح و الظاهر عندنا أن له ذلك و إلا لزم الضرر على الشفيع و لا سيما إذا كانت المدة

طويلة تزيد عن أمد الزرع و الثمرة و لا ضرر في الفسخ على المشتري و لما كان في قلع الزرع ضرر عليه أوجبنا عليه الإبقاء

(قوله) (و النماء المنفصل المتجدد بين العقد و الأخذ للمشتري)

هذا مما لا خلاف فيه في غير ثمرة النخل الذي لم يؤبر كما ستسمع و قال في المسالك لا خلاف في أن الثمرة إذا ظهرت في ملك المشتري قبل الأخذ بالشفعة تكون للمشتري و إن بقيت على الشجرة لأنها بحكم المنفصل انتهى و وجهه أنه نماء ملكه فإنه حينئذ مالك بالاستقلال و تزلزل الملك لا ينافي ملك النماء

(قوله) (و إن كان نخلا لم يؤبر على رأى)

أى النماء الحاصل بين عقد البيع و بين أخذ الشفعة للمشتري و إن كان المبيع نخلا- لم يؤبر قد بيع مع أرض فإن ثمرته المتجددة بعد البيع للمشتري و لا يكون عدم تأبيرها موجبا لتبعيتها للشقص في الشفعة فأخذها الشفيع فتأمل و الأولى أن تقول و إن كان النماء ثمرة نخل لم يؤبر وقت الأخذ و ذلك خيرة الشرائع و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و قال في المبسوط فيما إذا ظهر الطلع بعد الابتاع و لم يؤبر و أخذ الشفيع بالشفعة هل يتبع الأصل فأخذه الشفيع فيه قولان أولاها أنه يتبع لعموم الأخبار و أراد عموم الأخبار الواردة في وجوب الشفعة في المبيع و لعله أراد أن الطلع قبل التأبير ليس مما ينقل و يحول حتى يخصص به العموم بل قال فيه و في الخلاف إذا باع النخل منضمًا إلى الأرض و هو مثمر و شرط الثمرة في البيع كان للشفيع أخذ ذلك أجمع مستدلا بالعموم المذكور و لم يستدل على ما نحن فيه بما لفظه موجودة في بعض النسخ بما في الدروس و جامع المقاصد و المسالك بالقياس على البيع حتى يجاب بأن الحكم ثبت في البيع على خلاف الأصل فالحاق الشفعة به قياس على أنه قد يكون أراد أن الطلع بعد ظهوره و قبل تأبيره لما أدخله الشارع في المبيع دون سائر الثمار علمنا أنه عنده جزء منه كما أشار إليه في الشرائع بقوله لأنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٨

و على الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجانًا (١) أما المتصل للشفيع (٢) و لو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري و إن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض و النخل دون الثمرة بحصتها من الثمن (٣) و لو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معينًا فالاستحقاق باق و إلا بطلت الشفعة (٤) و لا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقًا (٥)

بحكم الشفيع فليتأمل و ليس هو عين الأول فيصير الحاصل أن الشيخ يذهب إلى أنه جزء أو كالجاء فلا يكون مما ينقل و يحول فيتناوله العموم و لا- مخصص و الجماعة يقولون إنه خارج عن المبيع و أنه مما ينقل و يحول و لا يجري مجرى الجزء إلا في البيع فيتناوله التخصيص فتأمل ثم إن المصنف في التذكرة يلزمه القول بقول الشيخ لأنه قوى في التذكرة فيما إذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم أخذه الشفيع قبل التأبير دخوله في الشفعة، إلا أن تفرق بين الطلع الموجود وقت البيع و بين الحادث في ملك المشتري فإن الأول يتبع النخل كما يتبع النخل الأرض فتأمل

(قوله) (و على الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجانًا)

لأن له أمدًا ينتظر فيه القطع فكان كالزرع

(قوله) (أما المتصل للشفيع)

بلا خلاف كما في المبسوط و مراده كما هو عادة نفيه بين المسلمين و ذلك ككبر الودي و زيادة أغصان النخل و نحو ذلك

(قوله) (و لو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري و إن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض و النخل دون الثمرة بحصتها من الثمن)

كما في التذكرة و التحرير و المسالك و جامع المقاصد و قال في الأخير إنه إذا أخذه الشفيع بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعًا فيجب

أن يسقط من الثمن حصه الطلع منه لأنه قد ضم غير المشفوع إلى المشفوع وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع و تنسب قيمته إلى قيمة المجموع ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة و لم يتعرض المصنف في هذا الفرض لما إذا أخذ الشفيع بالشفعة قبل التأبير و قد قوى في التذكرة كما سمعت حكايته أنفا دخوله في الشفعة كما دخل في المبيع فصار بمنزلة النخل في الأرض (قوله) (و لو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معينا فالاستحقاق باق و إلا بطلت الشفعة)

كما نص على الحكم الثاني في المبسوط و عليه و على الأول في السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و نص الخراساني على الثاني و الوجه في الحكمين واضح لأن استحقاق أحد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع لبقاء الآخر بغير عوض في مقابله بخلاف ما في الذمة فإن المدفوع عنه لا يتعين ثمننا على تقدير ظهوره مستحقا بل الثمن أمر كلي في الذمة فلا يبطل البيع كما لو لم يكن دفعه بعد و لو أجاز مالك الثمن الشراء صح البيع و ثبتت الشفعة

(قوله) (و لا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا)

كما في الشرائع و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك لأن استحقاقه لها ثبت بالبيع و هو صحيح سواء كان ما جعله الشارع عوضا معينا كقوله أخذت الشقص بهذه الدراهم أو مطلقا كقوله تملكيت أو أخذت بعشرة دراهم و هي مقدار الثمن و هو معنى قوله في الشرائع لم تبطل شفيعته على التقديرين و في الدروس أنها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فورية انتهى و هذا منه مبنى على أن الملك لا يحصل إلا باللفظ و دفع الثمن كما هو مختاره و مختار المصنف كما سلف و على أنه يجب الفور بدفع الثمن كما يجب الفور بالأخذ باللفظ و هذه الملازمة هي التي يقتضيها النظر و قد ادعاها في جامع المقاصد كما سلف و نحن قد تأملنا فيها هناك لأن الذي تعتبر فوريته إنما هو الصيغة و أما دفع الثمن فالأصل عدم اعتباره و على ذلك نبه في المسالك و يشهد على ذلك تناول إطلاق العبارة لذلك لكن مقتضى النظر خلاف ذلك و ربما فرق مع العلم بين كون الثمن معينا و مطلقا لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينا في الفورية بخلاف المطلق فإن الأخذ صحيح ثم يدفع الواجب بعد ذلك فليتأمل فيه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٨٩

و لو ظهر عيب في الثمن المعين فرده قدم حق الشفيع (١) فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد (٢) و بالأرش إن حدث و لا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح (٣) و لو عاد إلى المشتري بهبه و شبهها لم يملك رده على البائع و لو طلبه البائع لم تجب إجابته (٤) و لو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت (٥)

(قوله) (و لو ظهر عيب في الثمن المعين فرده البائع قدم حق الشفيع)

إذا اشترى شقصا من دار بعبد مثلا فأصاب البائع بالعبد عيبا فإما أن يكون العلم بالعيب قبل أن يحدث به عنده ما يمنع الرد أو بعده و على التقدير الأول إما أن يكون قد رد العبد بالعيب أو لم يرد و على التقادير الثلاثة إما أن يكون قد أخذ الشفيع بالشفعة أو لا و الظاهر أن المراد من العبارة أنه لم يعلم بالعيب و لم يرد إلا بعد أخذ الشفيع بالشفعة إذ لو لم يكن المراد منها ذلك لكان قوله فيما يأتي أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع إلخ تكرارا كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى فكان الحاصل أنه لو ظهر عيب في الثمن المعين قبل حدوث حدث فيه فللبائع رده لأن ذلك حق له فلا يسقط لكن حق الشفيع أيضا لا يسقط لأنه قد ثبتت صحة البيع فثبتت الشفعة و قد أخذ بها و لا ينفىها الفسخ كما تقدم بيان ذلك مسبقا عند شرح قوله فإن تقابل المتبايعان أو رد بعيب

(قوله) (فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد)

أى إذا قدمنا حق الشفيع و أخذ الشقص فالبائع يطالب المشتري بقيمة الشقص حين الرد أما الأول فلأنه في حكم التالف و إن المتلف المشتري و أما الثاني فلأنه حين انفساخ البيع و لا فرق في ذلك بين أن تريد قيمة الشقص عن قيمة الثمن أو تنقص لكنه إنما يثبت له

الرد إذا لم يحدث عنده في الثمن عيب يمنع الرد كما تقدم في محله

(قوله) (و بالأرث إن حدث و لا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان أما الأول فلتعذر الرد حينئذ و لا يجوز أن يذهب عليه ما فات من الثمن بالعيب و أما الثاني فلأن الشفيع إذا كان قد أخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحا إن كان مثلا و بقيته كذلك إن كان قيميا فلا سبيل عليه لأنه قد استدرك الظلامة نعم إن لم يكن أخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح أو بباقي قيمة الصحيح لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر على المشتري و الذي استقر عليه عبد و أرش نقص ذلك العبد على أن وجوب الأرث من مقتضيات العقد لاقتضائه السلامة و ربما قيل إنه لا يرجع لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد و كذلك الحال فيما إذا رضى البائع به معينا و لم يرده مع عدم المانع من رده و اختار الأرث

(قوله) (و لو عاد إلى المشتري بهبه و شبهها لم يملك رده على البائع و لو طلبه البائع لم تجب إجابته)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك لأن العلقه قد انقطعت بين البائع و المشتري فلو عاد الشقص إلى المشتري بهبه و نحوها لم يكن للمشتري رده و المطالبة بالقيمة و لا للبائع رد القيمة و أخذه لأن المشتري قد برئت ذمته بدفع القيمة للبائع و هو قد ملكها ملكا مستقرا فليس لأحدهما إبطال ذلك و ذلك بخلاف الغاصب إذا دفع القيمة لتعذر رد المغصوب و احتمال الوجهين بناء على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد لا وجه له لأنه يتبع في ذلك الأدلة

(قوله) (و لو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت)

قال في المبسوط فإن عاد الشقص إلى ملك المشتري بشراء أو هبة أو ميراث لم يكن له رده على البائع و لا عليه رده عليه إن طالبه به فإذا لم يعد إليه فقد استقر الشقص على المشتري بقيته و على الشفيع قيمة العبد و انقطعت العلقه بين المشتري و بين البائع و هل بين الشفيع و بين المشتري تراجع أم لا قيل فيه وجهان (أحدهما) لا تراجع بينهما لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر العقد عليه و الذي استقر عليه العقد هو الثمن (و الثاني) بينهما تراجع لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر على المشتري

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٠

و لو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه و يأخذه بقيمة الثمن و للبائع قيمة الشقص و إن زادت عن قيمة الثمن و لا- يرجع المشتري بالزيادة (١) و يحتمل تقديم حق البائع لأن حقه استند إلى وجود العيب الثابت حالة البيع و الشفعة تثبت بعده (٢)

و الثمن الذي استقر على المشتري قيمة الشقص فوجب أن يكون بينهما تراجع فإن قلنا لا تراجع فلا كلام و إن قلنا بينهما تراجع قابلت بين قيمة العبد و قيمة الشقص فإن كانت القيمتان سواء فلا كلام و إن كان بينهما فضل تراجعاً فإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد رجح المشتري على الشفيع بتمام قيمة الشقص و إن كانت قيمة الشقص أقل رجح الشفيع على المشتري بما بينهما من الفضل انتهى كلامه برمته و هو كما سمعت لا ترجيح فيه لواحد من الوجهين كما لا ترجيح في التحرير و الإيضاح فما في الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك من أن الشيخ قال يرجع لأن العقد قد بطل فلم يعتبر ما وقع عليه بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري لم يصادف مخره في النسبة و الدليل و يرشد إلى ذلك أنه لم يذكر ذلك في المختلف و لا الدروس و كيف كان فعدم رجوع الشفيع بالتفاوت خيرة الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و وجهه ما سمعته في كلام الشيخ و الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن أو لا فإن لم يكن دفع و جب عليه الدفع كما في جامع المقاصد و يأتي ما يدل عليه و قد يظهر الفرق من عبارة المبسوط و التحرير و الشرائع و الكتاب حيث فرضوا المسألة فيما إذا كان قد دفعه و حكم في الأخيرين بعدم رجوعه و تردد في الأولين و يمكن

أن يكونوا أرادوا برجوعه به استثناء التفاوت مما وجب عليه العقد و سموه رجوعا على تقدير عدم دفعه نظرا إلى ثبوته عليه أولا فيشمل القسامين فتأمل

(قوله) (و لو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه و يأخذه بقيمة الثمن و للبائع قيمة الشقص و إن زادت عن قيمة الثمن و لا يرجع المشتري بالزيادة)

كما في الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و هو خلاصة كلام المبسوط و التذكرة و في هذا تنبيه على أن الشفيع إنما يأخذ من المشتري و إن كان أخذه البائع كما يعطيه إطلاق هذه العبارات و هو خلاف ما تقدم لنا فيه و في مثله من أنه إذا كان في يد البائع كان الأخذ منه و على أنه لا فرق في تقديم حق الشفيع بين أن يكون قد أخذ بالشفعة أو لا و لا بين أن يكون الشقص في يد المشتري أو لا لا اشتراك الجميع في المقتضى لترجيح الشفيع و قد تقدم بيانه و حينئذ يأخذه بقيمة الثمن سليما ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص و إن زادت على قيمة الثمن و لا يرجع المشتري على الشفيع لا يرجع بالزيادة قيمة الشقص على الثمن لأنه إنما يستحق عليه الثمن الذي وقع العقد و لعل الغرض هنا بيان أن المشتري لا يرجع بالزيادة جزما و أما النقيصة فالحكم فيها ما تقدم من الأقربىة و الجزم و التوقف فتأمل

(قوله) (و يحتمل تقديم حق البائع لأن حقه استند إلى وجود العيب الثابت حالة البيع و الشفعة تثبت بعده)

و لأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر فلا نبتتها حيث يتضرر البائع بإثباتها لأن قيمة الشقص قد تكون أقل مما يأخذه الشفيع بقيمة الثمن و الضرر لا يزال بالضرر كذا قال بعض الشافعية و هو المذكور في توجيه هذا الاحتمال في المبسوط و التذكرة و نحوه ما في الدروس لكنه فسر الضرر الداخلى على البائع بفوات الشقص و هو أجود من الأول و لأن الشفيع بمنزلة المشتري و رد البائع يتضمن نقض ملكه كما تضمن نقض ملك المشتري و الأولى توجيهه بما ستسمعه فيما بعده بلا فاصله و كيف كان فهذا الاحتمال لبعض الشافعية و قد ضعفه جماعة من أصحابنا و قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى عند شرح قوله و إن تقايل المتبايعان و قد ذكر هذا الاحتمال في المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس كالكتاب في صورة ما إذا رد البائع الثمن و الشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع و صريح كلامهم جميعا أنه إذا كان قد أخذ الشفيع قبل أن يرد البائع فلا مجال لهذا الاحتمال و التوجيه الأول بل و غيره يقتضى الاطراد فى الأقسام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩١

بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا لأن حقه استرجاع الثمن و قد حصل من الشفيع فلا فائدة فى الرد (١) أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن و ليس له استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبى (٢) و لو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته و إلا بطلت الشفعة على إشكال (٣)

كلها و يأتى تمام الكلام قريبا

(قوله) (بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا لأن حقه استرجاع الثمن و قد حصل من الشفيع فلا فائدة فى الرد)

هذا جرى مجرى سؤال مقدر و هو أن هذا التوجيه يقتضى تقديم حق المشتري فيما إذا وجد المبيع معيبا و أراد رده و إبطال حق الشفيع فأجاب بأن هذا بخلاف حكم المشتري فى الفرض المذكور لأن حق الشفيع لا ينافى حق المشتري لأن حق المشتري استرجاع الثمن و قد حصل من الشفيع فلا فائدة فى الرد و اعترضه فى جامع المقاصد بأن لا نسلم انحصار فائدة المشتري إذا رد فى استرجاع الثمن بل من فوائده أيضا السلامة من درك المبيع لو ظهر مستحقا فحينئذ يستوى البائع و المشتري فى تطرق الاحتمال إلى تقديم حق كل منهما على حق الشفعة و بالعكس انتهى و قد تقدم أن من المعلوم أن المشتري لم يفسخ من جهة خوف درك المبيع لو أخذه الشفيع و إنما فسخ من جهة العيب و ذهب بعض الثمن عليه فإذا رجع إليه الثمن كملا اندفعت مظلمته و لا كذلك البائع فإن له غرضا

بالعين و لذلك اشترطها فإذا قدم حق الشفيع عليه يكون قد ذهب منه الشقص و العين التي قد اشترطها معا على أن قيمة الشقص قد تكون أقل من قيمة العين بل يمكن أن يجب عن ذلك بأن درك المبيع لم يلتفتوا إليه فى عدة مسائل كما يأتى لأنه قل ما يلتفت إليه و لعلهم لو استندوا فى توجيه الاحتمال لما ذكرناه كان أسد و أجود و به يتضح الفرق بين البائع و المشتري إذ الغالب الشراء بالأثمان بل يكفى عدم التعيين فيه

(قوله) (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن و ليس له استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبى)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و صرح بذلك بدون التنظير بالأجنبى فى الشرائع و التحرير و الدروس كما عرفته آنفا و عبارات هذه الكتب بإطلاقها شاملة لما إذا علم البائع و لم يرد حتى أخذه الشفيع و لما إذا لم يعلم فلم يرد حتى أخذ و فرض ما نحن فيه فى التذكرة فيما إذا علم البائع بالعيب بعد أخذ الشفيع و قضية ذلك بالأولوية أنه إذا علم بالعيب قبل أخذ الشفيع و لم يرده حتى أخذ أنه ليس له استرجاع المبيع فتكون موافقة للمبسوط و ما وافقه و يجب أن تحمل عبارة الكتاب هنا على هذا الشق الأخير و هو ما إذا علم قبل الأخذ و لم يرد حتى أخذ لأنه لو لا ذلك لكان ما ذكره هنا مستدركا لسبق ذكره فإنه بعينه هو ما ذكره أولا و إذا حمل هذا على ما ذكرنا و الأول على ما إذا لم يعلم كما بيناه زال الاستدراك و كذلك العكس و الحكم واحد لأن الشفيع إذا ملكه بالأخذ فليس للبائع إبطال ملكه كما إذا باعه المشتري لأجنبى و قد ظهر عيب فى الثمن المعين فإن البائع لا يملك إبطال ملك الأجنبى قطعا فكذا فى حق الشفيع و مثله ما لو قبض أحد المتبايعين و باع ثم تلفت العين قبل القبض فإن البيع الثانى لا يبطل و يرجع صاحب العين المبيعة ثانيا بقيمتها كما نبه على ذلك كله فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته و إلا بطلت الشفعة على إشكال) قال فى المبسوط لو باع شقصا بعبد فتلف العبد قبل القبض بطل البيع و بطلت الشفعة ببطلانه فقد حكم ببطلانها مطلقا و هو خيرة التذكرة و تردد فى ذلك فى الشرائع و التحرير و كذا الدروس و فصل المصنف هنا فقال إن أخذ الشفيع قبل تلف الثمن لم تبطل الشفعة و رجع البائع بقيمة الشقص و استشكل فيما إذا تلف قبل أخذه و كذلك ما فى جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٢

و لو ظهر العيب فى الشقص فإن كان المشتري و الشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما (١) و إن كانا جاهلين فإن رد الشفيع تخير المشتري بين الرد و الأرش و إن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ (٢) و هل له الأرش قيل لا لأنه استدرك ظللمته و يرجع و «١» إليه جميع ثمنه و كان كالرد (٣) و يحتمل ثبوته لأنه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره (٤)

و يأتى للمصنف فى الفصل الرابع الإشكال فيه أيضا فيما إذا اعترف الشفيع بتلفه و الأصح بقاء الشفعة فى الشق الثانى أيضا كما فى المختلف و التحرير فى موضع آخر منه و الإيضاح و الحواشى و المسالك و الروضة لأن البطلان كالتقاييل طار على استحقاقها لأنه يحصل من حين التلف لا من أصله و وجه البطلان ينشأ من وجود المبطل قهرا و هو التلف فعدمه شرط فى صحة البيع و شرط السبب شرط فى المسبب أى الشفعة فعاد الأمر كما كان أى عاد الشقص للشريك الأول و الضرر إنما حصل بالشريك الحادث و قد زال و الجواب يعلم مما مر من أن عدم التلف قبل القبض شرط لبقاء صحة البيع و السبب فى الشفعة حدوث البيع لا بقاءه فهو شرط بقاء صحة السبب و لا- تغفل عن الحال فى الضرر و إن قلنا إن تلف الثمن المعين قبل قبضه من مال البائع كما هو ظاهر العبارات فى باب البيع و مقتضى القواعد و الخبر النبوى لا- إشكال فى المقام لكن كلامهم فى الباب صريح أو كالصريح فى أنه من مال المشتري كالمبيع حيث يتلف قبل قبضه فإنه من مال البائع قولوا واحدا و إن العقد يفسخ من حينه لكنه يقدر دخوله فى ملك البائع قبل التلف

آنا ما وقد قلنا هناك إن ظاهرهم هنا الاتفاق على أن تلف الثمن كذلك من مال المشتري وكيف كان فما في المسالك والروضة من أن بعضهم قال إن أخذ قبل تلف الثمن لم تبطل وإلا بطلت لم نجد القائل به منا ولا من العامة وإلا لذكره في التذكرة أو أشار إليه في المبسوط

(قوله) (و لو ظهر العيب في الشقص فإن كان المشتري و الشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما)

كما في المبسوط وغيره ولا أرش كما هو ظاهر كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه نص في التحرير

(قوله) (و إن كانا جاهلين فإن رد الشفيع تخير المشتري بين الرد والأرش و إن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ)

كما في الشرائع والتحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط و التذكرة و تفصيل الكلام في ذلك أنهما إن اتفقا على رده أو أخذه بالأرش أو بدونه فلا بحث و إن اختلفا في الإرادة فأراد الشفيع رده فالمشتري مخير بين الرد والأرش فإن اختار إبقاءه تخير بين أخذ أرشه و عدمه و إن انعكس فأراد الشفيع أخذه دون المشتري قدم الشفيع كما تقدم و لم يكن للمشتري الفسخ

(قوله) (و هل له الأرش قيل لا لأنه استدرك ظلامته و يرجع و [ترجع خ ل] إليه جميع ثمنه و كان كالرد)

هذا القول للشيخ في المبسوط في مسألة ما إذا كان الشفيع عالما و المشتري جاهلا قال ليس للمشتري أن يطالب بأرش العيب قولاً واحداً و الجماعة حكوا خلافه في المسألة مع أنه لم يتعرض فيها للأرش لأن المسألتين من سنخ واحد و ما نسبوه إليه من الاستدلال عليه بما في الكتاب لم يذكره في المبسوط أصلاً و لا في غيره و إنما هو لبعض الشافعية و معناه أنه كما لا يجمع بين الرد والأرش فكذلك لا يجمع بين أخذ الشفيع والأرش و يشكل بمنع كون استرداد الثمن كالرد لانتقاضه بما إذا باع المشتري بأضعاف الثمن و إنما استدلل الشيخ عليه بالإجماع كما سمعت و ستعرف وجهه

(قوله) (و يحتمل ثبوته لأنه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره)

هذا الاحتمال أول من ذكره منا احتمالاً المحقق في الشرائع قال لو قيل به كان حسناً و قد احتمل أيضاً في التحرير و الإيضاح من دون ترجيح كالكتاب و قد فهم في المسالك من عبارة الشرائع اختياره و اختاره و فاقاً للمصنف في التذكرة و الشهيد في الدروس و صاحب جامع المقاصد فيه مستندين إلى ما ذكره المصنف و إن

(١) رجع خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٣

و كذا لو علم الشفيع خاصة (١) و لو علم المشتري خاصة للشفيع رده (٢) و ليس له الأرش (٣) و لو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب فإن علم الشفيع بالشرط فكالمشتري و إلا فله الرد (٤)

(الفصل الرابع في مسقطات الشفعة)

و تسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً على رأى (٥)

و إن الواقع بين البائع و المشتري معاوضة مستقلة مغايرة لما وقع بينه و بين الشفيع فلا يجب قبول أخذ هذا العوض من الآخر و حينئذ فله الرجوع على البائع بالأرش فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الثمن هو ما بقى بعد أخذ الأرش (قلت) هذا مبني على أن الشفيع ذو معاوضة جديدة و لهذا كان الدرك و مؤنثة المبيع على المشتري و لو قلنا إنه كالنائب عنه فكان كأن العقد وقع للشفيع تعين الاحتمال الأول و كذا قال الشهيد في حواشيه و الحق أنه إنما ينزل منزلته في قدر الثمن المستقر لا غير و الشيخ لم يبين ذلك على شيء من ذلك و الظاهر أنه إنما بناه على أمر آخر و هو أنه لا ريب أن معرفة ما يستقر على المشتري من الثمن متوقفة على معرفة

الأرش المتوقفة على تقويم أهل الخبرة المحتاج إلى زمان يخل بالفورية فإذا قلنا إن المشتري يرجع بالأرش كان أمر الشفيع دائرا بين أخذ فاسد لأنه لم يعرف الثمن وقد تقدم لهم أنه إذا جهله كان أخذه فاسدا و يحتاج بعد ذلك إلى عقد جديد و بين تأخير ينافى الفورية كما قالوه فيما إذا كان الثمن مؤجلا فقد قال الأكثر إنه ليس له الأخذ عند الأجل لأنه ينافى الفورية فيبطل لو أخر فوجب أن يسقط حق المشتري من الأرش كما أسقطوه من الرد و قدموا حق الشفيع عليه مع ما يلزمه من الدرك فنظر الشيخ فى دعوى الإجماع إلى هاتين المقدمتين المسلمتين عندهم فكان قول الشيخ أشبه بأصول الباب مضافا إلى الإجماع المحصل له من السيرة أو المستنبط من قواعد الشفعة و قوله لا يسقط فليأمل

(قوله) (و كذا لو علم الشفيع خاصة)

أى لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق فيما إذا كانا جاهلين و اختار الشفيع الأخذ لا رد للشفيع لعلمه و لا للمشتري حق الشفيع و هل له الأرش فيه القولان و قد سمعت أنه قال فى المبسوط ليس له أن يطالب بأرش العيب قولاً واحداً (قوله) (و لو علم المشتري خاصة للشفيع رده)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لوجود العيب مع كونه جاهلا به (قوله) (و ليس له الأرش)

لأنه إنما يأخذ بالثمن الذى جرى عليه العقد و لا أرش للمشتري لعلمه فلا أرش للشفيع لأن استحقاقه له فرع أخذ المشتري له و قد ذكر فى جامع المقاصد هنا فرعا و هو ما إذا كان فى المبيع غيب فاحش قال لم يبعد القول باستحقاق الشفيع رده أما المشتري فلا بحث فى أن له ذلك

(قوله) (و لو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب فإن علم الشفيع بالشرط فكالشفتري و إلا فله الرد)

كما فى التحرير و جامع المقاصد أما الأول فلأنه إذا علم بالشرط ثم أخذ فقد رضى به و احتمل فى جامع المقاصد أن لا يلزمه حكم الشرط فإذا وجد عيبا رد به قال و لا يبعد أنه إنما يأخذ بالبيع الذى وقع من المشتري و أما الثانى فللعيب مع كونه جاهلا و قال فى جامع المقاصد الظاهر أن المراد جواز الرد و إن لم يظهر عيب لأن الشرط المذكور فى حكم العيب (قلت) لكنه لا يكاد يظهر من عبارة التحرير لأنه قال و إلا فحكمه كما لو علم المشتري دون الشفيع

الفصل الرابع فى مسقطات الشفعة (قوله) (و تسقط بكل ما يعد تقصيرا أو توانيا على رأى)

أشار بذلك إلى خلاف من قال إن الشفعة ليست على الفور و قد تقدم الكلام فيه مسبقا و لعله أراد بالتقصير ما يعد تقصيرا فى العادة كعدم التوكيل عند المرض و الحبس و بالتوانى ما كان توانيا فى الطلب كان يشتغل عنه بما لا يعنيه (قوله)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٤

فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب (١) فإن منع بمرض أو حبس فى باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنثه و منه ثقيلة (٢) فإن لم يجد فليشهد فإن ترك فالأقرب عدم البطلان (٣) فإن بلغه الخبر متواترا أو بشهادة عدلين فقال لم أصدق بطلت شفيعته (٤) و يقبل عذره لو أخبره صبي أو فاسق (٥)

(فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب)

بمعنى أنه يمضى إلى المشتري على الفور فإن أخر الطلب مع عدم العذر بطلت شفيعته كما تقدم الكلام فيه و قد تقدم أنه قال فى التذكرة إنه لا يشترط فى تملك الشفيع الشفعة حكم الحاكم و لا حضور الثمن و لا حضور المشتري و رضاه عند علمائنا كما تقدم عن جامع المقاصد أنه إنما يملك مع حضور المشتري و أن الطلب لا يعتد به إلا مع حضوره و أن القوم مطبقون على وجوب السعى إلى المشتري فالقائلون بالفورية جعلوه على الفور و قد جمعنا بين الكلامين فيما تقدم بأنه إذا أراد الأخذ من المشتري و التملك منه

فليمض إليه و إلا فلا و قلنا إنه ليس بشيء كالفارق بين الطلب و التملك إذ الظاهر أنهما بمعنى كما تقدم غير مرة إلا أن تفرق هنا بأن التملك لا يشترط فيه حضور المشتري بل له أن يقول لما يبلغه الخبر و يعرف الثمن أخذت بالشفعة و لكن لا بد له من الذهاب إليه فوراً ليدفع له الثمن لأن دفعه واجب فوراً أيضاً و به يتم الملك إلا أن يرضى ببقائه فى ذمته أو يدعى غيبته و هو فى المصر أو أنه يريد أن يحمله من بلد آخر و كذا إذا بلغه الخبر و لم يعرف مقدار الثمن لا بد من المضى إليه ليعرف مقداره لئلا يكون أخذه و تملكه فاسداً فالمضى إليه على الفور الذى هو غير التملك لا بد منه و قد تأملنا فى إجماع جامع المقاصد فيما سبق فليتأمل فى ذلك كله و ليلحظ ما تقدم

(قوله) (فإن منع بمرض أو حبس فى باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنثة و منه ثقيلة)

قد تقدم أنه يستفاد من كلامهم هذا و غيره أنه لا يكفى التوكيل فى غير المعذور و لو كان الشفيع أجل جليل و قد تقدم الكلام فيه فى أوائل الفصل الثالث و لا يفرق فى المرض بين أن يكون عارضا له أو لمن لا يستطيع مفارقتها و مثل الحبس فى الباطل الحبس فى الدين مع العجز و كذلك الغائب كما تقدم بيان ذلك و ليس بعيد أن تجعل ثقيلة صفة لكل من المؤنثة و المنة على طريق البدل فلا أثر للمنة القليلة عرفاً و كذلك المنة اليسيرة فإن أحل بذلك مع الإمكان بطلت شفيعته كما فى جامع المقاصد و على التقديرين هو خلاف ما اختاره فى التذكرة من أنه إذا آخر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفيعته و حكى التقييد بعدم لحوق المنة و المؤنثة عن الشافعى فى أحد أقواله

(قوله) (فإن لم يجد فليشهد فإن ترك فالأقرب عدم البطلان)

أى فإن لم يجد إلى التوكيل سيلا فينبغى الإشهاد فإن ترك ففى البطلان قولان تقدم الكلام فيهما مسبقاً فى أوائل الفصل الثالث (قوله) (فإن بلغه الخبر متواتراً أو بشهادة عدلين فقال لم أصدق بطلت شفيعته)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و لم يذكر التواتر فى التحرير و الدروس لوضوحه و إنما ذكر فيهما شهادة العدلين و زيد فى الأخير و التذكرة إخبار المعصوم (ع) و الوجه فى الجميع ظاهر لأن عدم تصديقه حينئذ مكابرة إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام فقال لا أعرف حال المعصوم (ع) و لا أعرف أن شهادة العدلين تورث اليقين شرعاً فله يمكن القبول و مثل العدلين الرجل العدل و الامراتان (قوله) (و يقبل عذره لو أخبره صبى أو فاسق)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و قضية كلام المبسوط أنه لا خلاف فى ذلك لأنه إنما حكاه فى العدل كما ستعرف لأنه لا يثمر خبر أحد هذين اليقين عقلاً و لا شرعاً و هو قضية كلام الدروس حيث قال فلو أخبره مخبر لا يعمل بقوله فهو عذر (قلت) فتدخل المرأة الواحدة مطلقاً و الرجل الغير العدل بل و الجماعة الذين ليسوا بعدول إن لم يبلغوا حد الاستفاضة فلو حصل بهم الاستفاضة و أفادت الظن المتأخم للعلم و لم يصدقهم فى المسالك فى بطلانها و جهان مبنيان على أن مثل مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٥

أو عدل واحد (١) و لو أخبره مخبر فصدقه و لم يطالب بالشفعة بطلت و إن لم يكن عدلاً لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن (٢) و لو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط (٣)

هذا الحق هل يثبت بالاستفاضة أم لا و أثبت بها فى الروضة من دون توقف و لعله ظن أن الاستفاضة المتأخمة للعلم علم عرفاً و الشارع لا يطلب أكثر من ذلك و إنما الخلاف فيما إذا أفادت الظن الراجح فى النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق و الرق و الولاية و الولادة لكثرة الاستفاضة فيها و عسر إقامة البينة عليها غالباً و ليس كذلك فإن الخلاف واقع فى أنه يشترط فى الاستفاضة فى هذه الأمور العلم أو يكتفى فيها بالظن المتأخم له أو الراجح مطلقاً و قد رجحنا فى باب الاكتفاء فى هذه بالظن الراجح

خصوصا الوقف و النكاح إذ لو اشترط العلم لم تختص بهذه الأمور و لا نكتفى بها في غيرها و تمام الكلام في محله (قوله) (أو عدل واحد)

قال في المبسوط و إن أخبره بذلك شاهد عدل قيل فيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله لأن الشاهد الواحد ليس بحجة عند قوم (و الثاني) لا يقبل قوله لأنه حجة مع يمين المدعى و الأول أقوى انتهى و ما قواه خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و جعله في الروضة وجهها و اكتفى به في الدروس مع القرينة

(قوله) (و لو أخبره مخبر و صدقه و لم يطالب بالشفعة بطلت و إن لم يكن عدلا لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن)

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و يعلم تصديقه باعترافه لعدم إمكان الاطلاع عليه إلا من قبله (قوله) (و لو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط)

قد اختلف الأصحاب في مسائل هل هي مسقطه للشفعة أم لا سواء قلنا إنها على الفور أو التراخي (الأولى) أن ينزل عن الشفعة قبل البيع بمعنى أنه يتركها و يعفو عنها و في سقوطها حيثنذ قولان (الأول) عدم السقوط كما هو خيرة أبي على فيما حكى من كلامه و المبسوط و السرائر و النافع و التذكرة و التحرير و التبصرة و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و هو ظاهر الحواشي و في التنقيح أن عليه الفتوى (الثاني) السقوط كما هو خيرة الإرشاد و ظاهر مجمع البرهان و كذا غاية المراد و تردد في الشرائع و هو ظاهر الدروس حيث لا ترجيح فيه لكنه قد يلوح منه الميل إلى السقوط و قد نسب فيه التردد إلى المختلف لأنه قال فيه بعد أن اختار قول ابن إدريس في قول الشيخين قوة و في المقنعة و النهاية و الوسيلة و جامع الشرائع أنه متى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرد فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائدا عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة و إن باع بأقل من الذي عرض عليه كان له المطالبة بها هذه عبارة النهاية و البقية بمعناها فإن كان هذا الإباء و عدم الإرادة بعد العرض بمعنى النزول عن الشفعة و الترك و العفو كما هو ظاهر السرائر و غيرها كان هؤلاء الأربعة مخالفين أيضا و لكن قد يلوح من الدروس و غاية المراد أنهما مسألتان قال في غاية المراد إن بطلانها بالنزول عن الشفعة قبل البيع يلوح من كلام الشيخين و كيف كان فالخلاف منهم متحقق و إن كان الحضور مع السكوت و عدم الإنكار بمعنى النزول و ليس شيئا مما يأتي من المسائل الأخر كأن السقوط مذهب ابن بابويه أيضا على ما حكاه كاشف الرموز حيث قال و الوجه السقوط لأن الشفعة لدفع الضرر بالحضور مع السكوت يدل على الرضا و المباركة قل ما تقع إلا عن التراضي و هو اختيار الشيخين و ابن بابويه و أتباعهم انتهى و يكون هو أيضا قائلا بالسقوط لكن قد يكون على هذا عدم السقوط ظاهر الانتصار و يكون ظاهره الإجماع عليه لأنه قال مما ظن انفراد الإمامية به أن حق الشفيع لا يسقط إلا أن يصرح الشفيع بإسقاط حقه ثم أخذ في نقل مذاهب العامة إلى أن قال و قال الشافعي و الشعبي من بيعت شفيعته و هو شاهد لم ينكر فلا شفعة له و الذي يدل على صحته مذهبا للإجماع المتكرر و إجماعه هذا يمكن أن يدعى أنه مسوق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٦

.....

للرد على الشافعي و الشعبي كغيرهما و أن يدعى أنه إنما سيق لأول كلامه و أنها ليست على الفور و أنها لا تسقط بالتراخي و إنما تسقط بالتصريح و هذا هو الظاهر بل لا نظر له إلى غير ذلك بل قد يقال إنه إذا نزل عنها و عفا و ترك يكون قد صرح فتأمل على أن أحدا لم ينسب إليه أحدا من القولين و لو كان في كلامه إمام بذلك لذكروه خصوصا الشهيد ثم إنه إذا كان السقوط مذهب الصدوقين أيضا لم يبق في معقد إجماعه إلا- أبو على من أصحاب الفتاوى المتقدمين عليه و كيف كان فالظاهر من الإباء و عدم الإرادة في كلام الشيخين و من وافقهما الترك للشفعة و النزول عنها إلى غير ذلك مما يأتي من المسائل قال أهل اللغة و نزلت عن الحق تركته فيكثر القائلون بالسقوط حيث ينزل عنها و يترك قبل البيع من المتقدمين و المتأخرين و إن صح ما حكاه في كشف

الرموز عن الشيخين والصدوقين وأتباعهم دخل الراوندى والقاضيان والحليان والكيدرى والكراچكى ولهم عن ذلك أدلة (الأول) الأصل ولا قاطع له من إطلاقات أخبار الباب إذ رجوعها إلى العموم مشروط بتساوى الأفراد من التبادر وعدمه فى جميع الحالات ولا يتبادر ما أسقط فيه الشفعة من إطلاق ما دل على ثبوتها من غير شك حتى مرسل يونس فكان الشأن فيما نحن فيه كالشأن فى إجازة الورثة الوصية بما زاد على الثلث وهو محل وفاق صالح للتأييد هذا كله بعد تسليم أن الإطلاقات مسوقة لبيان عموم الشفعة (الثانى) أن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر وبه طفحت عباراتهم فى مسائل الباب من غير تكبير لمكان العلة المومى إليها فى خبر عقبه وبه عمل معظم فى سقوطها فى العضائد الضيقة والحمامات ونحوها وقد أوضحنا ذلك وأقمنا عليه البراهين الواضحة وقلنا لو لا ذلك ما صح له الأخذ منه قهرا لأنه كان الواجب عليه العرض عليه ليخلص من ذلك وبيننا وهم من أنكروا ذلك كشيخنا صاحب الرياض ومن ظهر منه ذلك كعلم الهدى والضرر معدوم هنا فإنه قد عرضه عليه وامتنع ونزل عن الشفعة وذلك يدل على أنه لا ضرر عليه وإن كان فإنه هو الذى أدخله على نفسه كما لو أخر المطالبة (الثالث) الخبر المروى فى السرائر على عين عبارة النهاية لإقوله فى النهاية وإن باع بأقل إلى آخره فليس مرويا فى الخبر والمروى فى التذكرة بمتن آخر ستسمعه وفى غاية المراد والتقيح والدروس والمهذب البارع ومجمع البرهان وغيره بمتن آخر ولم ينسب فى أحد هذه إلى العامة بل ظاهرهم جميعا حتى حق المقدس الأردبيلى ثبوته وغايته أنه مرسل ولم نقف على راد له وقائل بأنه عامى قبل صاحب الحدائق وتبعه شيخنا صاحب الرياض وعلى تقدير كونه عاميا وما كان ليكون لأنه رواه فى السرائر يكفى للعمل به رواية هؤلاء له وعمل خمسة من القدماء به وجماعة من المتأخرين نعم لابن إدريس رده على أصله وبعضه فتوى المقنعة والنهاية والوسيلة به وهى متون أخبار وعلى كل حال فنحن لا مانع لنا عن العمل به بعد اعتضاده بالدليلين الأولين وفتوى من عرفت به وبرواية الجماعة له من دون نسبتها إلى العامة على أنهم لو نسبوه إليهم لا يمنعنا ذلك كما عرفت والخبر رواه فى التذكرة عن جابر عن النبى (ص) الشفعة فى كل شركة بأرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فى أخذ أو يدع قال فقد أجاز تركه (قلت) والمراد بالأخذ الشراء لا الأخذ بالشفعة وقد رواه الشهيد ومن ذكر بعده أنه قال (ص) لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن باع ولم يأذن فهو أحق به (قالوا) علق الاستحقاق على عدم الاستيذان فلا يثبت معه والنزول أما بعد الاستيذان فظاهر سقوط الشفعة وأما قبله فكذلك إذ لا يبقى للاستيذان معنى معقول ولا نسلم أن ذلك من باب الإسقاط فيتوقف ذلك على تحقق الاستحقاق كالدين ومرادهم أنه من باب الإرفاق وقد شرع لمعنى فيزول بزوال ذلك المعنى وحاصل الاستدلال أنه دال على السقوط بمفهوم الشرط وأن الاستيذان بمعنى العرض عليه ليشتري أو يدع بقرينه خبر التذكرة وأن الإذن الثانى فى المنطوق والمفهوم بمعنى النزول وإن كان بمعناه المعروف دل بالأولوية واستدل فى

مجمع البرهان على السقوط بأنه وعد والأدلة على وجوب الوفاء به كثيرة (قال) ولو لا خوف خرق الإجماع لمكان القول بوجوب الإبقاء متوجها فالقول به هنا غير بعيد لعدم الإجماع على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٧

وكذا لو كان وكيلا لأحدهما فى البيع (١) أو شهد على البيع أو بارك لأحدهما فى عقده أو أذن للمشتري فى عقد الشراء (٢) أو ضمن العهدة للمشتري (٣)

خلافه انتهى والصغرى والكبرى ممنوعتان قطعا ولا حجة للسرائر وما وافقها إلا العمومات وقد عرفت حالها وأنه إسقاط حق قبل ثبوته وقد عرفت أنه ليس من الإسقاط فى شىء وأطرف شىء ما فى الرياض من الاستدلال على عدم السقوط بإجماع الإنتصار وأنه هو الحجة وقد عرفت الحال فى ذلك وأنه شك فى شك فكيف تترك له تلك الأدلة وأطرف منه ما فى التقيح من أن عليه الفتوى مع أنه لا فتوى فى الشرائع والمختلف والدروس وغاية المراد مع الميل فى الأخيرين إلى السقوط وفتوى الإرشاد بخلاف

ذلك هذا مع الغض عن فتاوى المتقدمين (المسألة الثانية) أن يأذن للمشتري في الشراء أو للبائع في البيع ففي الكتاب و المبسوط و التذكرة و التحرير في موضع منه و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و ظاهر الحواشى أنها لا تسقط و فى النافع أن الأشبه السقوط و حكاة أبو العباس عن الشيخ فى النهاية و يحيى بن سعيد و لعله لأن الإباء و عدم الإرادة فى معنى الإذن و تردد فى الشرائع و الإرشاد و موضع آخر من التحرير و لا- ترجيح فى الدروس و غاية المراد و المقتصر (وقال) فى الرياض لم أفهم فرق النافع بين الحكم بعدم البطلان فى المسألة الأولى و الحكم به أى البطلان هنا قال و لم أر من قال به أى الفرق بل أطلق أرباب القولين الحكم فى هذه المواضع كلها و أراد ما لو أسقط أو بارك أو شهد أو أذن قال عدا الفاضل فى الإرشاد و وجهه غير واضح انتهى (قلت) و قد عرفت أنت الفارقين هنا و ستعرفهم فى المسألتين الأخيرتين و وجه ما فى الإرشاد أن الإذن قد يكون تمهيدا للأخذ بالشفعة و وجه فرق النافع النظر فى الإذن إلى مفهوم الخبر و الحق السقوط عملا بالأصل و الخبر و أنه حينئذ لا ضرر (الثالثة) أن يشهد على البيع بمعنى أنه يسكت و لم ينكر فى المقنعة و النهاية و الوسيلة و جامع الشرائع و النافع و كشف الرموز أنها تسقط و حكاة فى الأخير عن الصدوقين و حكاة فى جامع المقاصد عن ابن البراج و لعله فى الكامل إذ لم نجده فى المذهب لكنه لم يحكه فى المختلف و لا الشهيد و لعله سها القلم أراد أن يثبت ابن حمزة فسها و أثبت ابن البراج و كيف كان فلم يبينوا لنا المستند و لعله ما ذكره كاشف الرموز و نبه عليه المختلف و قد يكون لحظوا مناة الفورية لأنها و مسألة المباركة عندهم من سنخ واحد فليتأمل و فى السرائر و التذكرة و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح أنها لا- تسقط و فصل فى المختلف بوجود الأمانة على الرضا و عدم وجودهما و هو قول بالعدم و قد تردد فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و كذا الدروس و غاية المراد و المقتصر و قد سمعت ما فى الانتصار و ما فهم منه صاحب الرياض و قد فرقوا هنا أيضا بين المواضع المذكورة (الرابعة) أن يبارك لهما أو لأحدهما و الحال فيها كالمسألة الثالثة فمن قال هناك بالسقوط قال به هنا و من قال بالعدم هناك قال هنا بالعدم و المتردد هناك تردد هنا و تزيد هذه أن الشيخ فى المبسوط قال هنا بعدم السقوط و فى التنقيح و جامع المقاصد و المسالك أنها أى المباركة إن نافى الفورية أسقطت و إلا فلا فعل المبادرة إلى الأخذ من دون الكلام مستهجنه فلا منافاة (قوله) (و كذا لو كان و كيلا لأحدهما فى البيع)

قد تقدم الكلام فى أوائل الفصل الثانى

(قوله) (أو شهد على البيع أو بارك لأحدهما فى عقده أو أذن للمشتري فى عقد الشراء)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله آنفا مستوفى

(قوله) (أو ضمن العهدة للمشتري)

أى لو ضمن عهدة الشقص للمشتري و كذا عهدة الثمن للبائع فى نفس العقد فإن شفيعته لا- تبطل كما هو خيرة الخلاف فيهما و المبسوط و كذا السرائر على ما حكى عنها فى المختلف و لم نجد ذلك فى السرائر و استشكل فى التحرير و الإرشاد و فى الدروس أنه يمكن بقاءه لأنه تقرير للسبب و ليس بأبلغ من النزول و فى المختلف أن الأقوى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٣٩٨

أو شرطا الخيار له فاختر الإمضاء إن ترتبت على اللزوم (١)

البطلان فيهما لأنه دال على الرضا بالبيع و فى جامع المقاصد أن الأصح إن نافي الطلب على الفور أبطل و إلا فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ انتهى فتأمل لأننا نقول إن كان ينافى الفورية بطلت و إلا فلا إلا مع القرائن التى يفهم منها عادة و عرفا عدم إرادة الشفعة

(قوله) (أو شرطا الخيار له فاختر الإمضاء إن ترتبت على اللزوم)

كما فى التذكرة و معناه أنه لو شرط للشفيع الخيار فاختر الإمضاء فإن الأقرب عدم السقوط إن قلنا بأن الشفعة إنما تثبت مع لزوم العقد لأن الإمضاء حينئذ تمهيد لسبب الأخذ لأن سبب الشفعة اللزوم و اختيار السبب لا ينافى طلب المسبب أى الشفعة بل إذا كان السبب من فعل من يطلب و موقوفا عليه فلا بد من إرادة السبب و إيجاده حتى يثبت المسبب و لأن ذلك كالإسقاط قبل الثبوت و لأن استحقاق الشفعة متأخر عن لزوم البيع فإجازته قبل اللزوم كإذنه فى البيع و يحتمل ضعيفا السقوط لدلالته على الرضا لأن اختياره من تتمه العقد إن أبطنا شفعة الوكيل فى البيع أو الشراء و إن قلنا بأن الشفعة إنما تتوقف على صحة البيع فقط لزمنا القول بالسقوط لأن إجازة البيع بعده إسقاط للشفعة بإجماع القائلين بهذا القول كما فى الإيضاح و لأنه قد أخرجها اختيارا فيحصل التراخى المنافى للغور و فى الحواشى أنه يشكل بالفرق بينه و بين المباركة و قد أطلق فى الخلاف و المبسوط عدم السقوط و فى الدروس أنه أقرب و حكى فى الإيضاح عن الخلاف أنها تسقط و الموجود فيه إذا تبايعا بشرط الخيار للشفيع فإنه يصح كشرط الأجنبى و لا تسقط شفيعته و هى عين عبارة المبسوط و كيف كان فعلى المختار من أن الشفعة إنما تتوقف على صحة البيع لعموم النص كما تقدم يكون الإمضاء قبل الأخذ مسقطا لها فإذا أراد عدم السقوط فليأخذ أولا ثم ليمض البيع و قال فى الإيضاح بقى علينا أن نبين أن الشفعة هل هى مترتبة على اللزوم أو على العقد يحتمل الأول من حيث إنها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومه و من حيث وقوع البيع و مجردة موجب للشفعة لعموم النص و التحقيق أن إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو الحكم انتهى (قلت) الظاهر أنه شرط السبب أى البيع فهو شرط لبقاء صحته و دوامه كما قلناه فيما إذا تلف الثمن قبل قبضه حرفا فحرفا فليلاحظ لأنه هو المتيقن و كونه شرطا للحكم أعنى الشفعة مشكوك فيه و العمومات و الأصل ينفيانه (أما الأول) فظاهر (و أما الثانى) فلأن الشفعة ليست عبادة و يحتمل أن يكون المراد أنه شرط فى سببية البيع و انتفاء الحكمة لا تخل بسببته و لا يخفى ما فى الوجه الأول من وجهى الإيضاح لأن الأقسام أربعة و شرط السبب ما يخل عدمه بحكمة السبب و حينئذ فإن أخذه قبل فسخ البيع ثبتت الشفعة لأن مجرد وجود البيع صحيحا سبب فى الشفعة و إن أخذه بعده فكذلك لذلك كما هو الشأن فى الإقالة و تلف الثمن المعين قبل القبض إلا أن ينافى الفورية فيما نحن فيه و شرط الحكم ما اقتضى عدمه نقيض حكمه المسبب و قضيته على تقدير تسليم أنه شرط له أنه لا بد من لزوم البيع لأن عدم الإمضاء و هو الفسخ مع الأخذ بالشفعة قبله يقتضى نقيض حكمه الشفعة إذ حكمتها و المصلحة فيها إزالة الضرر فالأخذ بها مع عدم الضرر مناف لحكمتها و لك أن تقول إن مراده فى الإيضاح إن كان الإمضاء شرطا لكونه سببا كان لزومها متوقفا على لزومه لأنها حينئذ إذ ثبتت لزمتم و إن كان الإمضاء شرطا للحكم أى ثبوت الشفعة و لزومها كان مجرد وقوعه موجبا لثبوتها سواء قلنا بأنه حينئذ تكون لازمة و تسقط خياره كما هو خيرة المتقدمين أو تسقط بعدم الإمضاء كما هو رأى المصنف و من تأخر عنه كما تقدم و هذا يحتاج إلى تجشم شديد و مسامحات كثيرة فى التعبير لتحصيله مع أنه يرجع بالأخرة إلى أن إمضاء البيع هل هو شرط للزومها أو شرط للزومه لأنه إذا كان شرطا لسببية السبب رجع بالأخرة إلى كونه شرطا للزومها فليلاحظ فإنه دقيق و إن أبقينا كلام الإيضاح على ظاهره حتى يكون المعنى هل الإمضاء شرط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد الصلأمة (ط - القديمة)، ج ۶، ص: ۳۹۹

و لو جهلا قدر الثمن (۱) أو آخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل إليه (۲) أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين (۳)

لسببية البيع لها حتى لا يثبت بدونها كما هو معنى قولنا هو شرط لثبوتها فليحظ ذلك و ليتأمل فيه (وقد) عرفت أن الأصل و عمومات النص تقضى بخلافه و تخصيص العموم المستفاد من العلة لأنها أقوى منه من وجوه فتأمل (قوله) (و لو جهلا قدر الثمن)

أى لو جهل كل من المشتري و الشفيع قدر الثمن فإن الشفعة تبطل لفقد الشرط الذى هو تسليم الثمن المعين لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد و لا يملك و لا يتم ملكه إلا بتسليمه فكان العلم بكميته شرطا و إنما أرجعنا الضمير إلى المشتري و الشفيع لأن المعاملة الثانية واقعة بينهما و يتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهالة و لا كذلك البائع و المشتري و إن أمكن ذلك على

بعض الوجوه و يتصور ذلك فيما إذا اشتراه الوكيل و مات و فيما إذا قال المشتري نسيته و حلف و كيف كان فالحكم بالبطلان حين جهل المشتري و الشفيح قدر الثمن خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين أن يدفع قدرًا يعلم اشتغال الثمن عليه و يتبرع بالزائد إن اتفق أو عدمه مع احتمال الاكتفاء بذلك لصدق تسليم الثمن و زيادة لكنه لم يذكر ذلك غير صاحب المسالك و لعله لعدم معرفته الأرش على تقدير العيب و عدم إمكان الرجوع إلى الثمن على تقدير ظهور المبيع مستحقًا كما تقدم كما أن قضية تعليلهم و ظاهر كلامهم أن الثمن جزء مملك و أنه لا يملك بالصيغة فقط لأنهم جعلوا الجهل بالثمن و ظهور استحقاقه و تأخير المطالبة من واد واحد و ذلك يقضى بعدم حصول الملك بالصيغة مع الجهل فقولهم بطل لا يقضى بأنه ملك بالصيغة لو كان أخذ بها ثم انفسخ كما نبهنا على ذلك هناك فليتأمل و قد عرفت فيما سلف أن الجهل على قسمين

(قوله) (أو أخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل إليه)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك قال فى التذكرة لا يجب الطلب فى بلد المبيعة فلو بيع الشقص بمصر ثم وجد الشفيح المشتري بمصر آخر فأخر الطلب فلما رجعا إلى مصره طالبه بالشفعة لم يكن له ذلك و سقطت شفيعته فإن اعتذر عن التأخير بأنى إنما تركت الطلب لأخذ فى موضع الشفعة لم يكن ذلك عذرا و قلنا له ليس تقف المطالبة على تسليم الشقص فكان ينبغى أن تطلبها حال علمك بها فبطل حركك لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص انتهى و هو نحو ما فى المبسوط و حاصله أن تأخير الأخذ لأجل قبض الشقص أو الوصول إليه مناف للفور و ليس عذرا بل الواجب عليه أن يأخذ و يدفع الثمن ثم يسعى فى تحصيل الشقص سواء اعتبرنا التقابض معا أو لم نعتبره لأن حكمها الفور فى الأخذ و يتعين هنا القولى و لتسليم الشقص حكم آخر و لا يخفى ما فى التذكرة من قوله ثم وجد الشفيح المشتري إلى آخره لأنه بعد علمه يجب عليه السعى بنفسه أو وكيله فإن أهمل بطلت كما هو الشأن فى المسافر إلا أن يقال إن المراد أن ذلك مع العجز أو يقال أنه يعدل عن إطلاق قوله ثم وجد الشفيح الشامل لما إذا وجده اتفاقا لمكان قوله فكان ينبغى أن تطلبها حال علمك فتأمل

(قوله) (أو اعترف الشفيح بغصبيّة الثمن المعين)

كما فى الشرائع و التحرير و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك لكن ليس فى الشرائع التقييد بالمعين و لعله تركه لوضوحه و هو قضية ما فى المبسوط و الشرائع و التحرير أيضا و غيرها من أنه لو تصادف الشفيح و المشتري على غصبيّة الثمن المعين بطلت و قضية ما فى التذكرة و الإرشاد و شرحه و الدروس من أنه لو بان مستحقا بطلت و قد صرح جماعة بأن كل ذلك إذا لم يجز المالك و هو كذلك فيأخذ الشفيح منه و الفرق بين ظهور استحقاقه و بين تصادفهما عليه أن عدم الاستحقاق فى الثانى إنما جاء من تصادفهما و قد يكونان كاذبين فى الواقع و لا كذلك الأول فإنه فيه غير متحقق فى الواقع و لو تصادف البائع و المشتري لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٠

أو تلفه قبل قبضه على إشكال (١) بطلت خ ل و تجوز الحيلة على الإسقاط (٢) بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا أو يبرؤه من الزائد أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة (٣)

ينفذ على الشفيح كما أن إقراره لا ينفذ عليهما

(قوله) (أو تلفه قبل قبضه على إشكال (بطلت خ ل))

هذا على نسخة تلفه فرع على المسألة السابقة من أنه إذا تلف الثمن المعين قبل قبضه هل تبطل أم لا و قد تقدم فيها الكلام مسبقا و أن الأصح عدم بطلانها و هذه النسخة هى التى بنى عليها فى الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد فيكون المراد و كذا تبطل لو اعترف الشفيح بتلف الثمن المعين قبل قبض البائع له على إشكال و قد حكى فى الإيضاح عن الشيخ فى المسألة أنه حكم بالبطلان و الشيخ

في المبسوط إنما حكم فيما إذا تلف لا فيما إذا اعترف ولا تعرض له في غيره و لعله لمكان اتحاد الطريق و على نسخة تلف بالماضى يكون تكرارا و ظاهر العبارة أن الإشكال في المسائل الثلاث و الشارحون جعلوه في الثالثة فقط و لعله لأنه لا وجه لتعميمه و كيف كان فالمصرح بالطلان في صورة الاعتراف ولده و الشهيد في الحواشى و المحقق الثانى و قد تقدم بيان وجهه (قوله) (و تجوز الحيلة على الإسقاط)

بالمباح مطلقا عندنا و عند جماعة من العامة خلافا لأحمد بن حنبل كما فى التذكرة و لا كراهية فى ذلك كما فيها أيضا و فى المسالك للأصل و أنه ليس فيها دفع حق عن الغير فإنها إنما تثبت بعد البيع مع عدم المعارض فإذا لم يوجد بيع أو وجد مع المعارض فلا شفعة و الأصح فى وجهى الشافعية و هو خيرة محمد بن الحسن الشيبانى أنها تكره لما فيها من إبقاء الضرر على الشريك و أما الحيلة بالحرام فكما إذا تعاقدنا بثمر و أظهرنا أكثر منه لإسقاط الشفعة فإنه لا يجوز إجماعا كما فى التحرير و كما إذا تبايعا و أظهرنا الانتقال بغير البيع كصلح أو هبة و الغرض من الإسقاط فى قولهم تجوز الحيلة على الإسقاط أنه يجوز رفع تحقق الشفعة كما إذا صالح و فعل ما يوجب غالبا من الشفيع النزول عنها و إسقاطها كما إذا باعه بزيادة عن الثمن ثم دفع له عوضا قليلا بإطلاق الإسقاط لا يخلو من مسامحة و تجوز إذ الإسقاط فى الأول بعدم الثبوت و قد أقاموا إعراض الشفيع مقام الإسقاط و إلا فالشفعة لا تسقط (قوله) (بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا أو يبرؤه من الزائد أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة)

إلى غير ذلك من الصور التى (منها) أن يبيعه بثمر قيمى و يقبضه البائع و يبادر إلى إتلافه قبل العلم بقيمته فتندفع الشفعة لمكان الجهل بالثمن (و منها) أن يبيع عشر الشقص بتسعة أعشار قيمته ثم يبيع تسعة أعشاره الأخر بعشر قيمته فلا يتمكن الشفيع من أخذ العشر لزيادة قيمته و لا- من أخذ التسعة أعشار لمكان تكثر الشركاء (و منها) أن يبيعه المشتري سلعة بأضعاف قيمتها ثم يشتري الشقص بذلك الثمن (و منها) أن يؤجره الدار مدة كثيرة بقليل ثم يبيعه بالثمن الذى تراضيا عليه (و بيان) المثال الأول فى كلام المصنف أن يبيع الشقص بزيادة عن الثمن أضعافا مضاعفة و يأخذ منه عرضا قيمته مثل الثمن الذى تراضيا عليه عوضا عن القدر المجعول ثمنا فإن أخذ الشفيع بالشفعة لزمه الثمن الذى وقع عليه العقد لا قيمة العرض لأن ذلك معاوضة أخرى بين المشتري و البائع و مقتضى كلامهم كما هو صريح الشرائع و المسالك و الكفاية أن الثمن الذى وقع عليه العقد لازم للمشتري و جائز للبائع أخذه و إن كان بينهما مواطأة على ذلك إذ لا يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت فى ذمته و لا يثبت فى ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبة به لكن قال فى التحرير لو خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما ظهر لزمه فى ظاهر الحكم و يحرم عليه فى الباطن لأن صاحبه إنما رضى بالعقد للتواطى انتهى و فيه زيادة على ما عرفت أن الظاهر أن المطالبة بين البائع و المشتري و مخالفة البائع فى مطالبته للمشتري بالثمن الكثير ظاهره و أما مخالفة المشتري فى مطالبته للبائع و فعله الحرام فلا تكاد تتصور فى جميع الأمثلة لأنه إذا خالف اعترف بالأقل و حينئذ لا إثم عليه بل لو خرجنا عن ظاهره و قلنا المراد المطالبة الشفيع لأنه صاحبه فلا إثم عليه أيضا لأنه إذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠١

و لو قال الشفيع للمشتري معنى ما اشتريت أو قاسمنى بطلت (١) و لو صالحه على ترك الشفعة بمال صح و بطلت (٢) الشفعة (٣) و لو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذه الشفيع وجب الصبر و هل له الترك عاجلا و الأخذ وقت الحصاد نظر (٤) و لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت (٥) و للمشتري الأول الشفعة على الثانى (٦)

اعترف بالأقل فإنما يطالبه به لا غير إلا أن تقول إن المراد يحرم عليه المطالبة الشفيع بالزائد لو لم يظهر المواطأة و أخذ منه الزائد فهو كما ترى حال عن التحرير فى الحكم و التعبير (قوله) (و لو قال الشفيع للمشتري معنى ما اشتريت أو قاسمنى بطلت)

كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد و وجهه ظاهر لأنه مناف للفور فكان كقوله اشتريت غالبا أو رخيصة و لأنه يتضمن الرضا

بملكه واستقراره و في التحرير و الدروس لو قال صالحني عن الشفعة بمال فالوجه أنها لا تسقط لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضى بالمعاوضة عنها قال في الأخير فإن صالحه و إلا فله المطالبة (قلت) و يبقى الكلام في منافاته الفورية و يأتي بيانه (قوله) (و لو صالحه على ترك الشفعة بمال صح و بطلت الشفعة)

كما في الخلاف و المبسوط و السرائر و الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و كذا الدروس و في المفاتيح نسبتته إلى القيل و ظاهر المبسوط و التذكرة الإجماع عليه حيث قيل فيهما عندنا لأنها حق مالى ثابت فيجوز عليه الصلح قال في جامع المقاصد فإن قيل إذا شرع في عقد الصلح كان ذلك منافيا للفور فتبطل (قلت) قد علم أن ما اقتضته العادة لا يقدح كذا في نسخ الكتاب و جامع المقاصد و كان الصواب لا يقدح فيه أو نحوه مثل السلام و الدعاء و لا يريد الصلح عليهما على أنه قد يتصور الصلح مع الوكيل فإن التراخي من قبله على خلاف المصلحة لا يبطل حق الموكل (قلت) يتصور بأن يصلح الشفيع المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع كما إذا كان المشتري وكيله و لما يأت إليه فيخبره أو بأن يصلح الولي و الغبطة في الأخذ على المشهور أو و الغبطة في الصلح على مختار الخلاف كما تقدم و لو كان عوض الصلح بعض الشقص فوجهان أصحهما الصحة للعموم و الصلح ليس أخذا بالشفعة حتى يقدح فيه تبعض الصفقة بل هو معاملة أخرى على حق الشفعة

(قوله) (و لو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذه الشفيع وجب الصبر و هل له الترك عاجلا و الأخذ وقت الحصاد نظر) قد تقدم الكلام فيه في أواخر الفصل الثالث عند قوله و لو زرع الشفيع فللمشتري أخذه مسبقا مستوفى و المراد بالزرع الذي وقع على أحد الوجوه التي تقدم تصويرها (قوله) (و لو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت)

كما هو خيرة المبسوط و المهذب صرحا به فيما إذا باع بشرط الخيار و الوسيلة و الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان و كذلك المسالك و ما حكيناه عن الشرائع هو الموجود في نسخ ثلاثة مصححة محشاة فإن فيها و لو قيل ليس له الأخذ في صورتين كان حسنا و الموجود في المسالك و لو قيل له الأخذ من دون ليس و قد شرح كلامه بناء على ذلك و قال إن مختاره عدم البطلان في صورتين لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه فيستصحب لأصالة عدم السقوط و لقيام السبب المقتضى له و هو الشراء فيجب أن يحصل المسبب و حجة الشيخ و الجماعة أنه أزال سبب استحقاقه فزال الاستحقاق و لا نسلم أن السبب الشراء بل هو مع الشركة و قد زال أحد جزئي السبب فيزول فصار شريكا مقاسما (و قد قالوا عليهم السلام لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم لم يقاسم و إن الشفعة لإزالة الضرر و لا ضرر هنا بل الأخذ يحصل ضرر على المشتري و ليس في مقابله دفع ضرر عن الشفيع فتأمل و لعله الأقوى مع عدم الظفر بالخلاف في ذلك و لم يثبت ما في المسالك بل الظاهر وجود غلط في نسخه أو زاع نظره الشريف عنه و يشهد لذلك شهادة الشهيد بذلك كما ستمعه في صورة الجهل (قوله) (و للمشتري الأول الشفعة على الثاني)

وجهه ظاهر لأن المشتري الأول شريك قديم و قد حدث عليه ملك المشتري الثاني

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٢

و لو باع بعض نصيبه و قلنا بثبوتها مع الكثرة احتمال السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة (١) و الثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء (٢) فله أخذ الشقص من المشتري الأول (٣) و هل للمشتري الأول شفعة على الثاني فيه إشكال ينشأ من ثبوت السبب و هو الملك و من تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة (٤)

(قوله) (و لو باع بعض نصيبه و قلنا بثبوتها مع الكثرة احتمال السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و كذا التحرير و لعله أراد بالتوجيه ما ذكره في جامع المقاصد من أن استحقاق الشفعة في هذا الفرد

المعين ينحصر فى سببىة الشركة بالشقص المذكور فإذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو هو و الباقي غيره و لم يكن له تأثير فى استحقاق الشفعة فلا يحدث له تأثير بعد ذلك لأنه إنما يؤثر إذا كان موجودا وقت البيع (و قد) عرفت أن الموجود وقت البيع غيره و قد زال فلا- يلزم من كون الباقي يوجب الشفعة فى الجميع و كان ابتداء أن يوجبها فى محل النزاع انتهى و قال إن السقوط متجه (و نحن) نقول إن المقتضى للشفعة حين البيع كان موجودا قطعاً و هو الشركة مع جميع شرائطها و بيع البعض لا يقدح فى شىء منها و لا يبطل تأثير ما قد علمت سببته و على تقدير التنزل نقول إنا نشك فى مانعته مع عدم الإخلال بالفورية كما هو الفرض فينفى بالأصل و الاستصحاب و ما ادعاه من الحصر ممنوع لأنه يقضى بعدمها لو ذهب بعض شقص الشفعة بحرق أو غرق و نحوه و لا أظن أحداً يقول به و ليس له أن يفرق بعدم العلة فى محل النزاع أعنى الضرر لأنه أدخل شريكا آخر معه و كذلك التلف لأن المفروض ثبوتها مع تعدد الشركاء ثم إنه قد ينقض بما إذا عفا بعض الورثة عن نصيبه أو باع فإنه لا يسقط حق الباقيين ثم اعترض على العبارة بأن قوله و قلنا بثبوتها مع الكثرة يقتضى أن تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة و إن لم يكن الشفعة إلا واحداً فإن الشفعة بالنسبة إلى المشتري ليس إلا- واحداً بل شفعته ثبتت قبل حدوث الكثرة فينبغى أن لا يكون لها أثر فى المنع إن لم يكن بيع الشقص مانعاً و بالجملة لا يكون ثبوت الشفعة على المشتري الأول من فروع الكثرة نعم فى الثانى يجيء ذلك إن كان المانع تعدد الشركاء و إن كان الشفعة واحداً انتهى مع أنه قد تقدم له فى الكثرة المانعة أن المراد بها الأعم من السابقة على عقد البيع و من اللاحقة و استند فى ذلك إلى ظاهر قوله (ع) فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة إلا أن تقول بالفرق بين المقامين بأنه هنا استحق الشفعة قبل تحقق الكثرة و هناك استحقاقها مع تحقق الكثرة فليلاحظ ذلك فى أول الفصل الثانى عند قوله و لا تثبت لغير الشريك الواحد و فى آخر فروع الكثرة فقد أسبغنا الكلام فى المقامين

(قوله) (و الثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء)

كما فى التذكرة و التحرير و الأولى الاستدلال عليه بما ذكرناه

(قوله) (فله أخذ الشقص من المشتري الأول)

أى إن قلنا بالثبوت كما هو الأقوى

(قوله) (و هل للمشتري الأول شفعة على الثانى فيه إشكال ينشأ من ثبوت السبب و من تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو يقضى بأن الإشكال فيما إذا لم يأخذه الشفعة من المشتري الأول قبل أن يأخذ من المشتري الثانى و أما أخذه فلا إشكال فى عدم ثبوتها لأن الشركة التى هى سبب فى جواز الأخذ إذا زالت و لما يأخذ كان الأخذ ممتنعاً إذ لا سبب له بل ينبغى من المصنف أن لا يستشكل فى الأولى أيضاً لأنه سبق له فى آخر الفصل الأول و أول الفصل الثالث أن الخيار لا يمنع استحقاق الشفعة فى الشقص المشفوع فكيف يكون مانعاً إذا ثبت فى الشقص الذى هو سبب الشفعة فتأمل و الحاصل أن التزلزل لا يبطل تأثير ما قد علمت سببته فالأصح الأثبت الثبوت و هذا كله على تقدير الثبوت للشفيع و على تقدير السقوط فللمشتري الأول الشفعة على المشتري الثانى إن أثبتناها مع الكثرة

(قوله)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٣

أما لو باع الشفعة نصيبه قبل علمه ففى البطلان إشكال ينشأ من زوال السبب و من ثبوته وقت البيع (١) و الشفعة موروثه كالمال على رأى (٢)

(أما لو باع الشفعة نصيبه قبل علمه ففى البطلان إشكال ينشأ من زوال السبب و من ثبوته وقت البيع)

و نحوه ما فى التحرير و الحواشى و الدروس من عدم الترجيح مع الميل فى الأخير إلى البطلان و هو خيرة الإرشاد و المختلف و جامع

المقاصد و مجمع البرهان و فى المسالك أنه لا يخلو من قوة و قال فى الشرائع لو قيل ليس له الأخذ به كان حسنا و قد نسبه إليه الشهيد فى الدروس لمكان هذه العبارة و هو مما يشهد على صحة النسخ الثالث التى عندنا و أن ما فى المسالك من سهو القلم و به جعل الأقوى ثلاثة و إنما هما قولان لا غير كما ستعرف قال فى المبسوط إن الأقوى عدم البطلان و به جزم فى جامع الشرائع و ظاهر الوسيلة و قد فهم ذلك من المذهب لكن تعليقه قد يقضى بخلاف ما يفهم من كلامه و لا تعرض له فيما عدا ذلك من الكتب بأسرها حتى التذكرة و الإيضاح إلا أن تقول إنه يفهم ذلك من مفهوم كلامهم فى المسألة السابقة و قد بين المصنف وجه الإشكال و هو لو تم لجرى فيما إذا باع عالما إلا أن يقال إن المراد بثبوته وقت البيع و سبق استحقاقه و الأصل بقاؤه و لم يصدر منه ما يبطله على عمد و تقصير فكان معذورا و أما فى صورة العلم فإن البيع يؤذن بالإعراض كما إذا بارك و ضمن الدرر و فيه أن الجهل مع انتفاء السبب لا أثر له لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الحال فيه بالعلم و الجهل و بيان ذلك أن السبب فى مشروعية الأخذ ليس هو الشراء و قد زال أحد جزئى السبب فيزول و قولهم عليهم السلام لا شفعة لشريك غير مقاسم لم يقاسم خطاب وضعى يتناول الجاهل و الغافل على أن الشفعة لإزالة الضرر و لا ضرر هنا بل بالأخذ يحصل الضرر على المشتري و ليس فى مقابلة دفع ضرر عن الشفيع و قد يقال يجيء الإشكال أيضا فيما إذا باع الشريك و لم يعلم شريكه حتى قاسمه بوكالته عن المشتري ثم علم فهل له الأخذ بها حينئذ وجهان و قد عرفت أن الشيخ و من وافقه قالوا بالبطلان فى صورة العلم فكان مفصلين و لما توهم صاحب المسالك على الشرائع جعل ذلك قولاً ثالثاً للمحقق و هو عدم البطلان فى صورتين

(قوله) (و الشفعة موروثه كالمال على رأى)

هو خيرة المقنعة و الانتصار و الخلاف فى باب البيع و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الدروس و الحواشى و اللعة و المقتصر و التنقيح و غاية المرام فيما حكى عنه و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و الرياض و كذا التذكرة و الإيضاح و هو المحكى عن أبى على و ظاهر الانتصار الإجماع عليه حيث قال الشفعة تورث عندنا و فى جامع الشرائع أنه الأصح عند أصحابنا و فى التنقيح أن عليه الفتوى و فى السرائر أنه الأظهر من أقوال أصحابنا و أنه مذهب المفيد و المرتضى و جملة أصحابنا و قصر الخلاف على الشيخ فى النهاية و قال إنه رجع فى الخلاف إلى الوفاق و قال بعد ذلك إنما تمسك من ذهب إلى أنها لا تورث بأخبار آحاد لا توجب علما و لا عملاً فكيف تترك بها الأدلة و الإجماع و فى المسالك أنه مذهب الأكثر و منهم الشيخ فى بيع الخلاف و المفيد و المرتضى و أبو على و جملة المتأخرين و مثله قال فى الكفاية إلا- أنه أبدال الجملة بالجمهور و فى الرياض تارة أنه المشهور بل كاد يكون إجماعاً و نسبه أخرى إلى عامة المتأخرين و المخالف الشيخ فى النهاية و الخلاف فى باب الشفعة و القاضى فى المذهب و ابن حمزة فى الوسيلة و الطبرسى فيما حكى عنه و حكى فى كاشف الرموز عن الصدوق أنه روى فى المقنع و الفقيه خبر طلحة و لم نجده فيما عندنا من نسخ المقنع و فى مجمع البرهان لعله أظهر لمكان الأدلة العقلية و النقلية الدالة على المنع و رواية طلحة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك إذ شمول آية الإرث لذلك غير ظاهر فتأمل انتهى و فى الخلاف أنه منصوص لأصحابنا و فى المبسوط أنه المروى و أنه مذهب الأكثر و لا ترجيح فيه كما لا ترجيح فى الغنية و لا تعرض لذلك فى المراسم و الكافى و فقه الراوندى و الأول هو الأقوى للظن الحاصل من عمومات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٤

سواء طالب الموروث أم لا (١) فللزوجة مع الولد الثمن (٢)

الإرث و عمومات الباب و الإجماع الظاهر من الانتصار و الجامع و التنقيح بل هو معلوم من المتأخرين و لم يجزم بالخلاف المقدس الأردبيلى فلا خلاف فيهم أصلاً بل الإجماع صريح السرائر فى آخر كلامه و الخبر المروى فى المسالك و المفاتيح من قوله (ص) ما ترك الميت من حق فهو لوارثه و حق الشفعة مما ترك فيجب أن يدخل فيه و فى عمومات الإرث كما دخل فيها الخيار الثابت

للمورث بالاتفاق وكذلك حق القذف وغيره (و أما) ما رواه الشيخ عن ابن عيسى عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) أنه قال قال رسول الله (ص) لا تورث الشفعة أو إن عليا عليه السلام قال ذلك على الاحتمال في العطف لكن الظاهر من التهذيب الأول وقد رواه الصدوق في الصحيح عن طلحة عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) فإنه وإن كان الظاهر أنها عد حديث طلحة من القوى أو الموثق لأن كتابه معتمد وإنه داخل تحت إجماع العدة وإن صفوان يروى عنه وإن محمد بن يحيى هو الخزاز الثقة بالزائين إلا أن إعراض المفيد عنه والشيخ في بيع الخلاف وأبا علي وابن سعيده وجميع المتأخرين وعدم الترجيح به في المبسوط والغنية وغيرها مما يوهن الاعتماد عليه في تخصيص تلك الأدلة لكن يخطر في البال قويا أن إعراض المتأخرين عنه إنما هو لأن طلحة بترى كما صرح بذلك جماعة وأنهم لم يعرفوا محمد بن يحيى كما ذكره بعضهم لا لأمر آخر لا نعرفه فإن صح ما في المبسوط من نسبة القول بالعدم إلى الأكثر توفرت شرائط العمل بالخبر لكن يوهن ذلك توقفه فيه ومصيره في بيع الخلاف إلى خلافه وهو متأخر عن الشفعة ومخالفة من تقدمه وعاصره وأكثر من تأخر عنه له مضافا إلى إجماع السرائر وقد قال في الدروس لم ينعقد على هذا الخبر الإجماع ولا قول الأكثر انتهى (نعم) إن كان ما يرويه الصدوق هو ما يفتى به كما ذكر في خطبته كان موافقا له وحده لكن الظاهر منه بعد ذلك خلاف ذلك فينحصر الخلاف الصرف في ثلاثة بل في اثنين لأننا لم نر كلام الطبرسي وإنما حكى لنا عنه وعلى التقديرين يكون نادرا ثم إن الخبر يحمل على التقيء لأن العدم مذهب الثوري وأبي حنيفة وأحمد أو على أن الغالب في الورثة الإخلال بالفورية وتأخير الطلب وقد احتج الشيخ بأن ملك الوارث متجدد على الشراء فلا يستحق شفعة وأجيب بأنه يأخذ ما استحقه مورثه وحقه سابق فلا يقدر تجدد ملكه وقول المصنف كالمال يحتمل أن يكون إشارة إلى دليل الإرث أو إلى كفيته وكلاهما صحيح

(قوله) (سواء طالب الموروث أم لا)

أى على وجه لا يخل بالفورية فيهما

(قوله) (فللزوجة مع الولد الثمن)

خص المثل بالزوجية لدفع توهم أنها لا ترث من الشفعة من حيث إنها تحرم من الأرض عينا وقيمة ومن عين الأشجار ونحوها فلو بيعت الأرض وحدها ولم يكن للزوجة ولد فلا شفعة لها ولو بيعت مع الأشجار والأبنية فكذلك على الأظهر إلا أن يكون للأرض شرب فلها الشفعة لأن لها حقا في الماء وقد نبه المصنف بذلك أيضا على أن القسمة على السهام كما طفتت به عبارات أصحابنا من غير خلاف أصلا منهم من تعرض له قال في المبسوط فمن أثبت الميراث في الشفعة ورثه على فرائض الله فإن خلف زوجته وبنها كان لها الثمن والباقي لابنه وعلى هذا أبدا عند من قسمه على الأنصباء ومن قسمه على الرءوس جعله بينهما نصفين انتهى وكان كلامه في التفريع غير ملتئم مع الكلية والأمر هين لأن الجمع ممكن وقد تبعه الجماعة على كلامه الأول إلى المختلف فقال إن كلامه الأخير يصير المسألة خلافية ثم اختار أنها على قدر الأنصباء (قلت) هو خلاف بين العامة قطعا كما ستسمع وبه اعترف جماعة ولم يختلف في ذلك منا اثنان ولا تلتفت إلى ما في الكفاية والمفاتيح من أن المسألة خلافية فإنهما قد تبعا المختلف والمسالك وقد توهم شيخنا صاحب الرياض على المقدس الأردبيلي أنه تأمل في ذلك وقال في الرياض أنه لا يخلو عن قوة والأصل يقتضى التسوية وأن حجته غير واضحة (قلت) ما توهمه على المقدس الأردبيلي وهم قطعا لأنه قال في موضع دليل ثبوتها يعنى القسمة هو دليل الإرث لا ينبغي الخروج عنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٥

ولو لم يكن وارث فهي للإمام (١) فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط (٢) وكان للباقيين أخذ الجميع أو الترك (٣)

ولكن في شمول دليله يعنى الإرث لها يعنى الشفعة تأمل وقد تقدم انتهى والذى تقدم له قوله في موضع آخر أن شمول آية الإرث

لها معنى الشفعة غير ظاهر فتأمل انتهى و بعد تسليم أنها موروثه و أنها حق و مال فالحجة على قسمتها على السهام من الواضحات و لهذا قال الأردبيلي لا ينبغي الخروج عنه و قال في المختلف إنهم أى الورثة بالإرث يأخذون لا باعتبار الشركة و لهذا أثبتنا هنا من لم يثبت الشفعة منع الكثرة انتهى و بذلك فرق بين الأمرين فى المسالك قال إنه انتقل إليهم على حد الإرث لا باعتبار الشركة و لهذا أثبتنا من لم يقل بالشفعة مع الكثرة انتهى فأصل التسوية إنما يجرى فيما لو كان الاستحقاق باعتبار الشركة لأن كل واحد من الشركاء يستحق باعتبار نفسه و الوارث يستحقها باعتبار مورثه و نعم ما قال فى الدروس ليس هذا مبنيًا على الكثرة لأن مصدرها واحد فيقسم على السهام ذلك أن تقول هل الوارث يأخذ بسبب أنه شريك أم يأخذ للمورث ثم يخلفه فيه فعلى الأول يتجه القول بالرءوس و على الثانى لا- انتهى ثم ذكر رد المختلف له ساكتا عليه و قال فى التذكرة اختلفت الشافعية فقال بعضهم إن الشافعي قال إنها على عدد الرءوس و نقله المزني عنه و قال بعضهم هذا لا يحفظ عن الشافعي فإن الجماعة إذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولًا واحدًا لأنهم يرثون بالشفعة عن الميت لا أنهم يأخذونها بالملك (قوله) (و لو لم يكن وارث فهي للإمام)

ففى حال الغيبة حكمها حكم سائر ميراث من لا وارث له (قوله) (فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط)

أى الشفعة كما فى المبسوط و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الحواشى و المهذب البارع و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الرياض و هو قضية كلام الإرشاد و الدروس بل صريحهما نعم قال فى الشرائع إن فيه ترددًا ضعيفًا و فسره فى المسالك باحتمال سقوط حق الآخر بعفو صاحبه و إن لم نقل بذلك فى الشريكين لأن الوارث يقوم مقام المورث فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض فيسقط الباقي قال بل لم يذكره كثير قلت هذا أحد وجهى الشافعية ذكره لهم فى التذكرة و أشار إليه فى المبسوط فلا معنى لقوله فى المفاتيح قيل و لا لقوله فى الكفاية أنه المشهور لأن كل من تعرض له و هم من عرفتهم حكم به من دون تردد و لا نقل خلاف إلا ما سمعته عن الشرائع و وجه ما عليه الأصحاب ظاهر لأن الحق الجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره و وجه ضعف الاحتمال أن الشركاء فى الإرث يصيرون بمنزلة الشركاء فى أصل الشفعة لأنها شفعة واحدة بين الشركاء يارث أو شركة و لا يسقط حق البعض بعفو البعض لأنه عفا عن كل حقه فلم يسقط حق شريكه بخلاف عفو المورث عن بعض نصيبه فإن حقه فى المجموع من حيث المجموع لا فى الأبعاض فعفوه عن بعض حقه كعفوه عن جميعه (١)

قوله (و كان للباقيين أخذ الجميع أو الترك)

لأنها إنما شرعت لإزالة الضرر بالشركة و لو أجزنا له ذلك تطرق الضرر إلى المشتري ببقائها و تبعض الصفة عليه و قد صرح بالحكم فى المبسوط و ما ذكره بعده آنفا ما عدا التذكرة و مجمع البرهان و هو قضية كلام المبسوط فى موضع آخر حيث قال فإذا عفا أحدهما توفر حقه على شريكه و أما التذكرة فإنه بعد أن وافق قال فيها و الوجه أن حق العافى للمشتري لأنهما لو عفوا معا لكان الشقص له فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له بخلاف حد القذف فإنه وضع للزجر فله تعالى فيه حق (قلت) فيكون كالتقصص و هذا اختيار أبى على فيما إذا عفا أحد الشركاء بالأصالة و قد تقدم ذكره فى فروع الكثرة لكنهم جميعًا هناك أطبقوا على خلافه و أما مجمع البرهان فقد قال فيه ليس للباقيين أخذ حصتهم فقط و فيه تأمل فإن الأصل و الاستصحاب يقضيان بجواز أخذ الحصص فقط و لعل عدم التبعض مجمع عليه انتهى و يرد ما فى التذكرة

(١) و لعل الأصل فى الاحتمال أنه انتقل إليهم على حد الإرث و أنهم يأخذون للمورث كما تقدم كما نبه عليه فى المسالك منهم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٦

أما لو عفا الميت أو آخر الطلب مع إمكانه فإنها تبطل (١) و لو عفا أحد الوراث و طالب الآخر فمات المطالب و ورثه العافى فله الأخذ

بالشفعة على إشكال (٢) و لو مات مفلس و له شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة (٣) و لو بيع بعض ملك الميِّت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة (٤) و كذا لو كان الوارث شريكا للموروث فبيع

و أبا على أن الشفعة لا- تنتقل بعفو ولا بتملك مالكةا و لهذا لو عفا عنها لمن لا حق له فإنه لا يستحقها و الشريك إنما استحقها جميعا بسبب شركته لا بسبب عفو شريكه

(قوله) (أما لو عفا الميِّت أو آخر الطلب مع إمكانه فإنها تبطل)

يريد أن عفو أحد الوارث ليس كعفو الوارث لأنها تبطل بعفو الثاني دون الأول كما هو واضح مما تقدم

(قوله) (و لو عفا أحد الوارث و طالب الآخر فمات المطالب و ورثه العافي فله الأخذ بالشفعة على إشكال)

أصح أنه له ذلك كما في الإيضاح و جامع المقاصد و حكي في الحواشي عن ولد المصنف أنه قال إنه قول أصحابنا و لعله سمعه منه شفاها إذ لا- تعرض له في الإيضاح و لا- في شرح الإرشاد ثم إننا لم نجد أحدا تعرض له غير هؤلاء و إن كان الحكم إجماعيا مقطوعا به عند القائلين بأنها موروثه و وجهه أن المطالب يستحق الجميع فينتقل استحقاقه بموته إلى وارثه و لا يضر عفو الوارث عن حقه قبل ذلك لأن هذا حق آخر تجدد يستحق به لذاته لمكان الشركة كمال الشفعة و لا مدخل لعفوه فيه بنفي و لا إثبات أما النفي فلأنهما حقان غير أن هذا بالإرث من أبيه و هذا من أخيه فلا يسقط أحدهما بسقوط الآخر و أما الإثبات فلأن المطالب إنما استحق بعد عفو أخيه كمال الشفعة باعتبار شركته و لا مدخل فيها لعفو أخيه لما سمعته آنفا من أنها لا تنتقل بعفو و لا تملك و بعد اللتيا و التي (قلنا) إنها تنتقل بالإرث إذا تمهد هذا عرفت أن ما قاله الشهيد في حواشيه ليس في محله قال فيه نظر لأنه إما أن يأخذ نصيبه و نصيب الميِّت أو نصيب الميِّت وحده و الثاني محال لاستلزامه تبعض الصفقة و الأول يستلزم أن يكون قد عفا عن شفعة استحقها بمعنى أنه له أخذها بعد العفو و هو لم يرد شرعا انتهى لأننا نختار الأول بالتحريم الذي عرفته سلمنا أن نصيب العافي استحقه الآخر المطالب بالعفو و أن العفو جزء مملك لا- شرط لكننا نقول إذا انتفى استحقاق الباقي من الأخرين الشفعة بسبب عفو فلا ينتفى استحقاقه بسبب الإرث لأنه سبب آخر جديد و ليس هو أبعد حالا ممن لا يستحق شفعة أصلا و رأسا إذا انتقلت إليه بالإرث و قد نبه على ذلك في جامع المقاصد و مما حكيناه عن الشهيد يعرف الوجه الثاني من الإشكال

(قوله) (و لو مات مفلس و له شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الوارث هو المالك المشقص التروك قال في جامع المقاصد هذا بناء على أن التركة تنتقل إلى الوارث و إن استغرقها الدين (قلت) قد تسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميِّت و غيرهم على تقدير الاستيعاب و عدمه على أن المحاكمة للوارث فيما يدعيه و ما يدعى عليه و أنه لو أقام شاهدا بدين حلف هو دون الديان و أنه أولى بالعين إذا أرادها و من المعلوم أن الإنسان لا- يحلف لإثبات حق غيره فيكون مستثنى لإثبات الشفعة له هنا إما لأنها مستثناة كذلك و إما لأنه يملك بمجرد ذلك أو لأنه ولي الميِّت فكان له أن يأخذها كولي الطفل ثم إن الشيخ و الجماعة القائلين ببقائها على حكم مال الميِّت لم يذكروا هذا الفرع و لعله لأنه لا شفعة له و هو كذلك على المختار

(قوله) (و لو بيع بعض ملك الميِّت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد قال في الأخير لأن البيع في الحقيقة لملك الوارث و قال في المبسوط لأن ملك الوارث بمنزلة المتأخر عن البيع و الملك الحادث بعد البيع لا يستحق به الشفعة انتهى (قلت) معناه أنه ليس بمالك الآن لأن التركة على حكم مال الميِّت و لا يملك الوارث إلا بعد قضاء الدين فيكون ملكه متأخرا و لو قلنا إن الوارث يملك الزائد عن قدر الدين قام احتمال ثبوتها لأنه شريك

(قوله) (و كذا لو كان الوارث شريكا للموروث فبيع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٧

نصيب الموروث في الدين (١) و لو اشترى شقصا مشفوعا و وصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه و يدفع الثمن إلى الورثة و بطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل (٢) و لو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت (٣) قبل القبول استحق الشفعة الورثة و يحتمل الموصى له إن قلنا إنه يملك بالموت فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا بينا أن الملك كان له (٤) و لا يستحق المطالبة قبل القبول (٥) و لا الوارث لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد (٦) و يحتمل مطالبة الوارث لأن الأصل عدم القبول و بقاء الحق (٧)

نصيب الموروث في الدين)

أى لا شفعة له كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد لأن البيع لبعض ماله كما في جامع المقاصد و إن قلنا إنها باقية على حكم مال الميت ثبتت الشفعة و به صرح في المبسوط جازما به لأنه الآن غير مالك بل هو شريك (قوله) و لو اشترى شقصا مشفوعا و وصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه و يدفع الثمن إلى الورثة و بطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل)

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد لأن الوصية به لا تزيد عن بيعه و وقفه و نحو ذلك بل هي أخف و قد تقدم أن الشفيع الآخذ بشفعته لسبق حقه و إبطال جميع ذلك (قوله) و لو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة و يحتمل الموصى له إن قلنا إنه يملك بالموت)

الوجهان المبنيان على أن القبول هل هو كاشف كما هو المشهور أو ناقل و بيانه أنه لو أوصى بشقصه لزيد ثم مات فباع شريكه حصته من آخر قبل قبول الموصى له و رده ففي مستحق الشفعة و جهان بل قولان (أحدهما) أنه الورثة لأن الملك ينتقل إليهم بالموت و لا يستحق الموصى له إلا- بالقبول و هذا مبني على أن القبول ناقل (و الثاني) أن المستحق هو الموصى له و هو مبني على أن القبول يكشف عن الملك بالموت كما أن عدمه ينكشف بالرد فالنماء المتجدد بين الموت و القبول للوارث على الأول و للموصى له على الثاني و قد صرح بالاحتمالين و على بنائهما على الأمرين في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد (قوله) (فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا بينا أن الملك كان له)

و يعتبر القبول على الفور إذ لا يعد تأخيره عذرا كما نبه عليه في الدروس و صرح به في جامع المقاصد (قوله) (و لا يستحق المطالبة قبل القبول)

لأن ملكه و إن ثبت بالموت لكن الكاشف عنه هو القبول فقبله لم يتحقق ملكه قال في الدروس و هل يكون ذلك عذرا في التأخير الأقرب لا و لو قلنا إن القبول ناقل فلا بحث لأن ملكه يحدث بالقبول (قوله) (و لا الوارث لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد)

أى و لا يستحق الوارث المطالبة على القول بالكشف لأن ملكه لا يعلم قبل الرد (قوله) (و يحتمل مطالبة الوارث لأن الأصل عدم القبول و بقاء الحق)

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و هذا الاحتمال مقابل قوله و لا الوارث و ناقش المصنف في جامع المقاصد بأنه ليس هنا أصل يرجع إليه فإنه كما أن الأصل عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى له فالأصل عدم الرد الكاشف عن ملكية الوارث و الموت صالح لتمليك الموصى له و لتمليك الوارث لمكان الوصية المستعقبه للقبول و الرد فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاؤه انتهى (قلت) الإرث هو الأصل لأنه لا يتوقف على شرط و إنما يعدل عنه في صورة واحدة و هي ما إذا أوصى له و قبل و أما إذا رد الموصى

له أو لم يعلم حاله فالمال للوارث قبل أم لم يقبل فالموت مملك للوارث قهرا من دون شرط و صالح لتمليك الموصى له بشرط القبول و هو حادث و الأصل عدمه و قد كان الوارث تعلق بالمال و استحقاق له من يوم مرض مورثه و لهذا يتوقف نفوذ ما زاد على الثلث على إجازته في صورة مورثه و الأصل بقاء ذلك حتى يعلم المزيل و لا علم قبل حدوث القبول و لهذا قال في التحرير إن هذا الاحتمال أقرب

(قوله) (فإذا)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٨

فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق المطالب (١) و يحتمل أن المشفوع للوارث لأن الموصى به إنما انتقل إليه بعد أخذ الشفعة (٢) و لو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع (٣) و في الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه (٤) و لو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطان البيع (٥) و عن غير فطرة تثبت الشفعة (٦) و لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لأن أحدهم رب المال و الآخر عامل (٧)

طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق المطالب

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد لأنه الشفيع في نفس الأمر

(قوله) (و يحتمل أن المشفوع للوارث لأن الموصى به إنما انتقل إليه بعد أخذ الشفعة)

كما في التذكرة و بناء في التحرير على القول بأنه لا يملك بالموت و إنما يملك بالقبول و هو هنا و في التذكرة كذلك لأن العبارة فيهما في المسألة واحدة من دون تفاوت لأنه لا يتفرع على كون القبول كاشفا و ليس هو معادلا لواحد من القولين بل هو عين الأول فكأنه قال و على الأول يكون المشفوع للوارث لأن الموصى به حين الموت ملك الوارث و إنما انتقل عنه إلى الموصى له بقبوله و ذلك بعد الأخذ بالشفعة هذا و قد قال المصنف في مسألة قبل آخر مسألة في باب الوصايا لو أوصى بالشفقة الذي يستحق به الشفعة فحق الشفعة للوارث لا الموصى له و في الحواشي أن المنقول أنها الوارث مطلقا

(قوله) (و لو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع)

أي لو لم يطالب الوارث لعدم علمه أو لعذر غيره حتى قبل الوصى له فلا- شفعة له أي الموصى له كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و هو مما لا ريب فيه بناء على النقل

(قوله) (و في الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و قد تقدم هناك أن الأصح البطان

(قوله) (و لو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطان البيع)

لأنه بردته تزول الأملاك عنه في الحال و ذلك دليل على عدم صلاحيته للتملك لامتناع خروج أملاكه مع بقاء صلاحيته للتملك (و قال) في جامع المقاصد سيأتي في أحكام المرتد عن فطرة هل يدخل في ملكه شيء بعد الردة بسبب من الأسباب المملكة أم لا و إن في ذلك خلافا بين الأصحاب (قلت) لا- نجد خلافا في ذلك بعد التبع و لا حكاة كاشف اللثام و لا غيره و إنما حكى في بعض الحواشي عن الشهيد و لم نجده له و إنما يذكرون ذلك احتمالا في باب الحدود و قد رماه في الإيضاح بالضعف ثم إن هذا الاحتمال بين احتمالين و هو أنه يملك و ينتقل بعده إلى الوارث أو الإمام أو أنه يملك في الحال و ينتقل عنه في الحال إلى أحدهما فيكون الحفظ أضعف من الإيجاد و الاكتساب فإذا كان كذلك فالبيع باطل و استحقاق الشفعة فرع تحقق البيع

(قوله) (و عن غير فطرة تثبت الشفعة)

إذا كان الشراء قبل الحجر إن قلنا بتوقفه على حكم الحاكم و إن قلنا بثبوته بمجرد الردة لأن علته الارتداد فلا يتخلف كان تصرفه باطلاً أو موقوفاً على التوبة أو إجازة الحاكم و كذلك إذا قلنا بتوقفه على حكم الحاكم و كان التصرف بعده (قوله) (و لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لأن أحدهم رب المال و الآخر عامل) إذا كان الشركاء ثلاثة فقارض أحدهم الآخر على مال فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث في المشترك فلا شفعة لأحدهم أما البائع فظاهر إذ لا يملك الشفعة فيما باعه و كذا رب المال إذ لا يملك بالشفعة فيما اشتراه و العامل بالنسبة إليه كالشريكين في المبتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة كذا قال في التذكرة و نحوه ما في التحرير و قال في جامع المقاصد فيه نظر فإن مال القراض الذي اشترى به

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٠٩

فإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبي فالشفعة أخماساً لكل من المالك و العامل خمسان و لمال المضاربة خمس (١) السدس الذى له إن أثبتنا الشفعة مع الكثرة

إذا لم يكن للعامل فيه شيء يقع الشراء لمالكة و ليس للعامل شيء فيكون شفيعه هو العامل و لا مانع له من الأخذ بالشفعة على قول و على قول الشفيع كل من العامل و مالك مال القراض هذا إذا لم يكن ربح أو كان و قلنا إن العامل لا يملك بالظهور و إن قلنا يملك بالظهور فله من الشقص بمقدار استحقاقه من الشفعة على القول باشتراكهما فيها أى الشفعة فإن زاد حقه من الربح فالزائد للمالك على ما سبق و على هذا فالعامل إنما يأخذ بعض الشقص بالشفعة فله حينئذ أجره المثل و لا شك أن ما ذكره هنا لا ينطبق على ما سبق من كلامه (و نحن) نقول لما كان غرض العامل التكسب و هو لا يحصل إلا ببيع المال و التقلب فيه فإذا اشتراه للمالك على هذا الوجه كان راضياً بالبيع مسقطاً لحقه قطعاً و ليس لك إلا أن تقول إن العامل و كيل و قد تقدم أنه لا تسقط شفيعته و يجب أنهما مختلفان في الغاية إذ غاية الوكيل تمليك موكله فجاز جعله ذلك تمهيداً و مقدمته للأخذ بالشفعة و غاية العامل الاكتساب و الارتباح ببيع المال و ذاك ينافيه الأخذ بالشفعة فعبارة الكتاب على هذا التفسير خالية عن كل وصمة و الذى سبق للمصنف أن صاحب القراض يملك بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان لأن العامل لا يملك بالبيع و إنما يملك بظهور الربح و هو ليس يبيعاً و إن للمالك فسخ المضاربة و إعطائه الأجره و لا منافاة في ذلك لما هنا على ما فسرنا و يبقى الكلام في عبارتي التذكرة و التحرير حيث تضمنتا أنهما كالشريكين في المبتاع و أنه لا يستحق أحدهما على الآخر شفعة فيمكن أن يكون غرضه فيهما الرد على الشيخ في المبسوط حيث جعل العامل و كيلاً للمالك و أثبت له عليه الشفعة قال نظرت فإن لم يكن في المال ربح كان له أخذه بالشفعة لأنه و كيل المشتري له بالبناء للمفعول و إن كان في المال ربح فهي مبنية على قولين متى يملك العامل حصته من الربح فإن قلنا لا يملك حصته بالظهور أخذ الكل بالشفعة و رد الفاضل في مال القراض و من قال يملك حصته بالظهور و هو مذهبنا أخذ أصل المال و حصه رب المال بالشفعة و أما حصته فقد قيل فيها ثلاثة أوجه على ما ذكرنا إذا كان الشفيع رب المال انتهى و قد ذكر هناك قولاً بأنه يأخذها بملك الرقبة لا بالشفعة و قولاً بأنه يأخذها بالشفعة و قولاً بأنه لا يأخذها بالشفعة و لا غيرها و لم يرجح واحداً منهما و قد حكينا هذا عنه فيما سلف و لا يخفى ما في كلامه و كيف كان فتحرير المسألة ما ذكرناه فينزل عليه ما يقبل التنزيل و ما لا يقبله لا تقبله

(قوله) (فإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبي فالشفعة أخماساً لكل من المالك و العامل خمسان و لمال المضاربة خمس)

لأن المال مشترك بينهم أثلاثاً في يد كل منهم ثلث فلما باع الثالث نصف نصيبه للعامل و هو السدس صار ذلك السدس لصاحب المال فلما باع نصف نصيبه للباقي و هو السدس أيضاً على أجنبي كانت شفعة ذلك السدس مقسومة على خمسة أسهم على القول بالقسم على قدر السهام و في يد رب المال ثلث من الأول و نصف الثلث و هو السدس المشتري بمال المضاربة فكان في يده ثلاثة أسداس و في يد الأول سدسان و ما زاد في التحرير على قوله و لو باع الثالث باقى نصيبه على أجنبي ثبتت لهما الشفعة و قال في جامع

المقاصد ربما يسأل عن سبب أفراد مال المضاربة بالذكر مع أنه ملك لصاحب مال القراض فيجاب بأنه بناء على ما ذكره هنا ليس لأحدهما على الآخر بسببه شيء فإنه بمنزلة شريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما قال وفيه نظر لأنه مال المالك حقيقة فإن لم يكن ربح فلا- بحث و إن كان فعلى ما سبق من اختصاص المالك به و للعامل الأجرة فالمشفوع لمال القراض حق المالك انتهى و أنت قد عرفت أن سبب إفراده بالذكر أن المسألة مبنية على القول بالقسم على السهام لا على الرؤوس و عرفت حال كلامه الأخير على أنه لا يطابق ما سلف له آنفا من أن العامل يأخذه أى السدس الأول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٠

و لو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري و يحتمل التسوية (١) فإن باع المشتري على أجنبي و لم يعلم الثالث بالبيع فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما فى يد مشتريه إذ لا شريك له فى الشفعة (٢) و إن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع و هو السدس لأن المشتري شريكه و يأخذ نصفه من المشتري الأول و نصفه من الثانى لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فإذا باع الثلث من جميع ما فى يده و فى يده ثلثان فقد باع نصف ما فى يده و الشفعى يستحق ربع ما فى يده و هو السدس فصار منقسما فى أيديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه و هو نصف السدس و يرجع المشتري الثانى على الأول بربع الثمن و تكون المسألة من اثني

بالشفعة فتأمل

(قوله) (و لو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري و يحتمل التسوية)

قد تقدم الكلام فى ذلك فى الفرع الثالث من فروع الكثرة حيث قال لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري و قيل بالشركة و قلنا هناك إن القول الأول خيرة الخلاف فى موضع منه و الدروس و إن القول الثانى خيرة الخلاف فى موضع آخر و المبسوط و جماعة و قد احتج عليه فى جامع المقاصد بأنهما مشتركان فى العلة الموجبة لها و لا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسبب البيع و الشفعة لأن علة الشرع معروفة و أن للشفعة أثرا آخر و هو منع الشريك الآخر تملك مقدار مشفوعه بالشفعة و لا مانع منه (و قلنا) إن الأصل فى الوجه الأخير المبسوط و التحرير و الدروس قالوا إنه يمنع الغير من أخذ نصيبه لا بمعنى أنه يأخذ من نفسه و قلنا إنه قد يחדش بأن استحقاق الملك و منع الشريك معلولا علة واحدة و هى استحقاق الشفعة فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر و قد امتنع الأول من جهة استلزامه المحال فينبغى أن يمتنع الآخر (و قد) أجبنا عنه بأن مثله فى الشرع كثير كما فى القصر و الإفطار فإنهما معلولان لقطع المسافة و قلنا بل قد يخالف حكم أحد المعلولين لحكم الآخر و حكم علة كحز الرقبة عدوانا فإنه علة للقتل الذى هو حرام و لرفع ظلم هذا المقتول عن العباد الذى هو حلال إلى غير ذلك مما يترتب على شرب الخمر و نحوه (و قلنا) إن قوله فى جامع المقاصد لا يمتنع أن يستحق غير جيد لأن الاستحقاق بالشفعة مترتب على الشراء فليسا علتين لمعلول واحد لأنه إنما ملكه بالشراء أولا و بعد الشراء استحققه بالشفعة ثم إنه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فآثرهما مختلف لأن الشراء علة فى نقل الملك و أثر الاستحقاق بالشفعة قراره فأحدهما غير الآخر و جودا و أثرا و يتفرع على القول الأول أن الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع و على الثانى هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك

(قوله) (فإن باع المشتري على أجنبي و لم يعلم الثالث بالبيع فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع ما فى يد مشتريه إذ لا شريك له فى الشفعة)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو تفريع على القول بالتسوية و إيضاحه أنه لو باع المشتري على أجنبي الثلث و هو قدر ما اشتراه و المراد به ثلث الأصل و هو نصف ما صار بيده لأنه قد كان فى يده ثلث و اشترى حصه شريكه فصار فى يده ثلث آخر و لم يعلم الشريك الثالث بالبيع فله الأخذ بالشفعة باعتبار كل واحد من العقدين فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع ما فى يد المشتري

الثانى و هو الأجنبى إذ لا شفيع سواه لأن الشريك الآخر هو البائع و لا شفعة له إذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه (قوله) (و إن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع و هو السدس لأن المشتري شريكه و يأخذ نصفه من المشتري الأول و نصفه من الثانى لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فإذا باع الثلث من جميع ما فى يده و فى يده ثلثان فقد باع نصف ما فى يده و الشفيع يستحق ربع ما فى يده و هو السدس فصار منقسما فى أيديهما نصفين فأخذ من كل واحد منهما نصفه و هو نصف السدس و يرجع المشتري الثانى على الأول بربع الثمن و تكون المسألة من اثنى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١١

عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع النصف و لكل واحد الربع (١) و إن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى و ربع ما فى يد الأول فله ثلاثة أرباع و لشريكه الربع و يدفع إلى الأول نصف الثمن الأول و إلى الثانى ثلاثة أرباع الثمن الثانى و يرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول و هو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثانى و هو ربع ما فى يده فأخذه منه و يرجع الثانى على الأول بثلثه و بقى المأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه و دفع إليه ثلاثة أرباع الثمن (٢)

عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع النصف و لكل واحد الربع

كما فى الكتب الثلاثة المتقدمة و الحواشى و الأمر فى ذلك واضح و ذلك لأن الشريك لما اشترى الثلث كان بينهما كما تقدم فإذا باع ثلث الأول مما فى يده و فى يده ثلثان أحدهما ملك سابق و الآخر متجدد بالشراء فقد باع نصف ما فى يده شائعا فيكون المبيع نصف ملكه القديم و نصفه الجديد مقتضى الإشاعة و الشفيع يستحق ربع ما فى يده و هو السدس فإنه ربع الثلثين فبمقتضى الإشاعة يكون نصفه فى يد المشتري الأول و نصفه فى يد المشتري الثانى لاستواء ما باعه المشتري الأول و ما بقى فى يده فيبطل البيع الثانى فى نصف سدس لأنه يأخذ بالعقد الأول و قد تعلق بنصف سدس الأصل فى يد الثانى فيرجع المشتري الثانى على الأول بحصته من الثمن لبطلان البيع فيه و هو ربع الثمن فتكون المسألة من اثنى عشر لأن فيها نصف سدس هو أدق كسر فيها و مخرجه من اثنى عشر منها سهمان للشفيع و هما السدس مضافا إلى سهمه من الأصل و هو الثلث فيكمل له نصف و للمشتري الثانى ثلاثة أرباع الثلث و هو ربع فيبقى فى يد المشتري الأول ربع الأصل فترجع المسألة إلى أربعة فيصير معهما النصف و مع الشفيع النصف

(قوله) (و إن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى و ربع ما فى يد الأول فله ثلاثة أرباع و لشريكه الربع و يدفع إلى الأول نصف الثمن الأول و إلى الثانى ثلاثة أرباع الثمن الثانى و يرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول و هو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثانى و هو ربع ما فى يده فأخذه منه و يرجع الثانى على الأول بثلثه و بقى المأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه و دفع إليه ثلاثة أرباع الثمن)

كما فى الكتب الأربعة المتقدمة و الأمر فى هذه يرجع إلى اليقين لكنه يحتاج إلى نظر فى الجملة (و قد) أوضحه فى جامع المقاصد قال و إن أخذ بالعقدين معا صح فأخذ نصف ما جرى عليه العقد الأول و هو السدس (و قد) عرفت أن نصفه دخل فى العقد الثانى فينسخ العقد الثانى فيه فأخذه مع ربع ما فى يد الأول و هو نصف السدس أيضا بالعقد الأول و يأخذ باقى ما فى يد المشتري الثانى و هو ثلاثة أرباع ما اشتراه بالعقد الثانى لأن ذلك هو ما صح فيه العقد الثانى فيكمل له أى الشفيع ثلاثة أرباع الأصل و لشريكه أعنى المشتري الأول الربع و لا شىء للثانى و ذلك لأنه اجتمع له مع ثلاثة القديم جميع ما اشتراه المشتري الثانى ربه بالعقد الأول و ثلاثة أرباعه بالعقد الثانى و هو ثلث الأصل و ربع ما فى يد المشتري الأول و هو نصف سدس و ذلك ثلثان و نصف سدس و هو تسعة من اثنى عشر فيبقى لشريكه و هو المشتري الأول ثلاثة أرباع ما اشتراه بالربع ثم إنه يدفع إلى المشتري الأول نصف الثمن الأول لأنه أخذ نصف مبيعه و هو خمسة مثلا لأننا نفرض الثمن عشرة و إلى الثانى ثلاثة أرباع الثمن و هو تسعة مثلا لأننا نفرض الثمن اثنى عشر لأن العقد الثانى

انفسخ في ربع المبيع لأنه أخذه بالأول كما قررناه و يرجع المشتري الثاني

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٢

(الفصل الخامس في التنازع)

لو اختلفا في الثمن و لا بينة قدم قول المشتري مع يمينه (١)

على المشتري الأول بربع الثمن الثاني و هو الذى انفسخ العقد فى مقابله من المبيع فلم يبق فى مقابله شىء و إنما قلنا إنه يدفع إلى الأول نصف الثمن الأول و إلى الثاني ثلاثة أرباعه إلى آخره لأن الشفيع يأخذ نصف ما اشتراه الأول و هو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لأجل ذلك و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثاني و هو ربع ما فى يده فيأخذه منه فينفسخ البيع الثاني فيه كما قلنا فيرجع الثاني على الأول بثمانه و بقى المأخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه و دفع إليه ثلاثة أرباع الثمن و ذلك ظاهر (و اعلم) أن قول المصنف لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول لتعليل قوله و يدفع إلى الأول نصف الثمن الأول و إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني و يرجع على الأول بربع الثمن الثاني فبين به هذه الأمور الثلاثة و الضمير فى قوله لأنه يعود إلى الشفيع و قوله فيدفع إليه نصف الثمن لذلك فقد قال فيه فى جامع المقاصد أكثر النسخ فيها كذلك بكافين و لا مرجع له حسن و فى بعضها لذلك باللام أولاً و هو حسن فيكون تعليلاً لقوله فيدفع إليه نصف الثمن أى يدفع نصف الثمن لأجل أنه يأخذ نصف ما فى يده بالعقد الأول

الفصل الخامس فى التنازع (قوله) (لو اختلفا فى الثمن و لا بينة قدم قول المشتري مع يمينه)

كما فى المقنعة و المراسم و النهاية و المبسوط و الكافى و المهذب و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف فى ظاهره و الدروس و اللعة و التنقيح و مجمع البرهان و هو الذى استقر عليه رأيه فى جامع المقاصد فى المسألة التى بعد هذه و كذلك الإيضاح قال به فيه على الظاهر أو مال إليه و فى المسالك و الروضة و كذا الكفاية أنه المشهور و فى الرياض أنه المشهور بل لا يكاد يوجد خلاف إلا من ظاهر الشهيد الثاني وفاقاً للإسكافى ثم قال إنه فى المسالك لم يخالف صريحاً و لا ظاهراً و فى الغنية الإجماع عليه و قد يلوح الإجماع من جامع المقاصد حيث قال فظاهر إطلاقهم و يرشد إليه أى الإجماع أنه ما حكى الخلاف إلا عن أبى على حكاه فى الدروس و لم يحك فى المختلف و لا غيره و أن كل من أفتى بالحكم أفتى به جازماً غير قائل على رأى و لا أنه أشبه و لا أقرب و لا نحو ذلك و قد أفتى به و فى المقنعة و النهاية و المراسم اللواتى هن متون أخبار و أفتى به من لا يعمل إلا بالقطعيات كالحلبى و الحللى بل قد يظهر من الخلاف و الوسيلة و كشف الرموز و الإيضاح و شرحى الإرشاد للفخر و الشهيد و المهذب و المقتصر أن الأمر فيه واضح حيث إن بعض هؤلاء تعرضوا لما إذا أقاما بينتين و لغير ذلك من الفروع و لم يتعرضوا له و البعض الآخر أعنى الشارحين و المحشين لم يتعرضوا له و تعرضوا لغيره قبله و بعده و الغرض أن المسألة ليست بتلك المكانة من الإشكال كما هى عند بعض المتأخرين و بعض متأخريهم و لم تعرف المناقشة من أحد قبل الشهيد فى حواشيه و ناقش فى دليل المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها حيث قالوا لأنه ينتزع الشىء من يده و المحقق الثانى ناقش فى الدليل بأنه لا يجرى فى بعض صور المسألة و المقداد ناقش ثم رجع و أطال الشهيد الثانى فى المناقشة و رمى أدلة الجانبيين بالضعف فى الكفاية و لم يهجم أحد منهم على الجزم بالخلاف صريحاً و لا ظاهراً مطلقاً و لصاحب الكفاية مذهب قال فيه فى الرياض أنه خرق للإجماع المركب ظاهر «١» و ستسمعه و تعرف من أين أخذه و أنه جيد جداً و كيف كان فالدليل على ما عليه الأصحاب بالنسبة إلينا إجماع الغنية التى «٢» تطابقت عليه الفتاوى من دون خلاف إلا من أبى على الذى لا يزال مخالفاً و اعتضد بالشهرات المنقولات و المعلومات و أن الشفعة على خلاف الأصل فمع العجز عن الترجيح لو كان يجب المصير إلى ما عليه الأصحاب للأصل الآخر الذى قد نبه عليه فى المبسوط و السرائر و ما وافقهما بقولهم لأنه ينتزع الشىء من يده كما ستسمع بيانه و

للأصل الذي نبه عليه في

(١) ظاهرا خ ل

(٢) الذي ظ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٣

.....

الدروس بقوله لأنه أعرف بالعقد و في المختلف و غيره بأنه الغارم و قال في مجمع البرهان لأنه مقتضى الدليل لأنه الغارم و لأنه ينتزع الشيء من يده و لأنه لو فتح باب أن القول قول الشفيع لجاى كل شفيع مع عدم البيئه و ادعى أن الثمن قليل و أخذ الشقص بما ادعاه قلت يرد على هذا الأخير أنه معارض بمثله إذ لو أخذنا بقول المشتري لأمكن دفع الشفيع عن الشفيعه بسهولة كان يدعى مبلغا خطيرا و الأصل الذى أشاروا إليه بقولهم إنه ينتزع من يده هو الأصل الذى أصلوه فى باب البيع و الإجاره و القرض و الرهن و الوديعه و غيرها و هو أن الأصل أن لا يخرج مال المسلم عن يده إلا بقوله و أنه المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه و أن الأصل أن ملك المسلم الحر المحترم لا ينقل عنه إلا - برضاه و قوله و لعل دليلهم عليه صحيحه إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله (ع) رجل قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال الرجل لا و لكنها وديعه فقال أبو عبد الله (ع) القول قول صاحب المال مع يمينه و مثله قول أبى الحسن (ع) فى الصحيح المال لازم إلا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه و قد يقال إن هذا إنما يتم بالنسبه إلى نفس العقد لا إلى مقدار الثمن كما تقدم و ذلك فى آخر باب البيع و يمكن القول بالعموم و أوهن شىء ما رده به فى المسالك و الروضه من منع كون حكم المالك كذلك مطلقا أى سواء ثبتت يده أو زالت و مع بقاء العين و عدمها و قد أخذه من قوله فى جامع المقاصد أنه إنما يجرى فيما إذا وقع الاختلاف بين الشفيع و المشتري و العين باقيه فلو أخذ بالشفيعه و رضى بالدفع فتلفت العين ثم وقع الاختلاف لم يجر فيه ما ذكره مع أنه فيه نظرا لأن كونه مالكا لا يقتضى سماع دعواه يمينه لأن اليمين على من أنكر انتهى و قد أخذه من الشهيد فى حواشيه (قلت) ما نقض به خارج عن محل النزاع لأنه إنما هو فيما إذا لم يأخذ الشفيع فى المسأله و ما بعدها كما هو ظاهر المصنف فيما أتى و قد اعترف بذلك فى جامع المقاصد فى مسأله ما إذا كان الاختلاف بين المتبايعين و لعله لأنه بعد الأخذ بالشفيعه الذى لا يتم إلا بتشخيص الثمن و اتفاقهما عليه و دفعه و خروج الشقص عن يده برضاه تلفت العين بعد ذلك أم لم تلتف ينعكس الأمر و ينقلب الأصل و تحرير البحث أن قضيه هذا الأصل أن يجرى على إطلاقه فى نفس العقد و الثمن قبل القبض أو بعده و قد جروا به فى المسأله فى الثمن متفقين عليه و فى غيرها اختلفوا فبعضهم أجراه فى العقد و الثمن و بعض فى العقد دون الثمن و بعض فيما إذا لم يخرج من يد المالك كما تقدم ذلك فى آخر باب البيع و غيره و لما رأيناهم اتفقوا هنا على جريانه فى الثمن نزلنا كلامهم على ما إذا كان قبل القبض جمعا بين وفاقهم و خلافهم مع موافقه القواعد لأن ليد قوة أرسى الشارع قواعد شرعه عليها فمن كانت اليد له كان القول قوله فليتأمل فى هذه فى المقامات جيدا و إنما قيدنا تشخيص الثمن باتفاقهما عليه لأنه لا تشخيص عند اختلافهما و القول بأن الأخذ المعترف فى التملك بذل الشفيع الثمن المتفق على لزومه لذمته غير جيد لأنه بعضه عند المشتري و كله عند الشفيع و قد يكونون أرادوا بقولهم ينتزع من يده أنه منكر لأنه الغالب فيه و أما ما نظر به فى جامع المقاصد ففيه أنهم أول ما يذكرون فى تعريف المدعى أنه الذى يترك لو ترك الخصومه و هو المعروف عند أهل العرف فى تعريفه و لهذا تراهم يستحبون للحاكم أن يقول ليتكلم المدعى و من المعلوم أن أكثر المتخاصمين لا يعرفون الأصل و مخالفته و الظاهر الشرعى من غيره و مخالفته فلو لا أن يكون الأصل فى الباب أنه من إذا ترك لما صح ذلك إلى غير ذلك و إن كان المدعى حقيقه شرعيه فى ذلك كان أظهر فى ما تحاول و أما من يدعى وفاء الدين و رد العاريه و نحوهما فهو منكر لغه و عرفا و لذلك ترى غير العارفين بذلك يلزمون بالمدعى و إن كانوا بريئين

في الواقع لأنهم يبرزون الإنكار في صورة الدعوى و المشتري هنا لا يدعى على الشفيع شيئاً في ذمته و لا تحت يده و لا يدعى بقوله اشتريته بكذا و إن كان خلاف الأصل أنه يستحق ذلك
على الشفيع و يطلب تغريمه إياه بل لا يطلب منه الأخذ بالشفعة بما يدعيه و الشفيع هو الذي لو ترك الخصومة ترك لا؟؟؟ استحقاق ملك الشفيع بالشفعة بالقدر الفلاني و المشتري ينكره و ما قيل في جوابه بأنه لا يتم فيما إذا تملك الشفيع بالشفعة برضا المالك و دفع الثمن فقد عرفت أنه خارج عن محل النزاع و معنى
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٤
و لو أقام بينة فالأقرب الحكم بينة الشفيع لأنه الخارج (١)

قولهم إنه عقده أن الأصل في فعل المسلم الذي لا يعلم إلا من قبله قبول قوله فيه و ما يقال إن الاختلاف ليس في العقد لاتفاقهما معا على وقوعه صحيحا ففيه أن هذا العقد لا يتشخص بدون الثمن المعين فالاختلاف فيه في قوة الاختلاف في العقد و لا يرد مثله في غيره من العقود لأنها إنما تقوم بالمتعاملين و ليس أحدهما أولى من الآخر و لا كذلك الشفيع بالنسبة إلى المشتري فإن عقد البيع لم يقم بالشفيع و إنما هو خارج يريد انتزاع العين بما يدعيه فقدموا هنا قول المشتري لأنه أعرف به و أما أن القول قول الغارم فقد طفت به عباراتهم في باب الغصب و غيره فلا- أقل من أن يكون كالغاصب أ فبعد هذا كله يقال إن المسألة قوية الإشكال و ما قاله في الكفاية من أنه لا يبعد أن يقال إذا سلم المشتري المبيع بمطالبة الشفيع ثم اختلفا في قدر الثمن فالقول قول الشفيع و إن لم يسلم و قلنا بوجوب تسليم الثمن أولا- فالقول قول المشتري فقد أخذه من المحقق الثاني و مطاوى كلمات الشهيد الثاني و هو الذي ينبغي أن يكون المراد في الباب من كلام الأصحاب كما تقدم و لا شاهد لقول أبي على بقوله في الخلاف و المبسوط أنهما إذا أقام بينة يعمل بينة المشتري كما ظنه في التنقيح من الخلاف فإنه مبني على مذهبه من تقديم بينة الداخل و لعله استند إلى تعليل الخلاف بأنه المدعى زيادة الثمن فليتأمل و يعلم أنه ينبغي أن تفرض المسألة فيما إذا لم يكن عرضا يمكن عرضه على القومين كما يأتي التنبيه عليه فيما يأتي هذا و في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير أنه أيهما أقام بينة سمعت منه و ثبت ما يدعيه و قد استند في المبسوط إلى أنها أقوى من اليمين و قال الشهيد في الحواشي لو أقام المشتري بينة بالزيادة لدفع اليمين عن نفسه فالأقرب القبول و إن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينة في غير هذه الصورة تردد و وجه الفرق أنه يدعى دعوى محضه و قد أقام بهما بينة فتكون مسموعا انتهى و قال في جامع المقاصد بعد حكايته أنه يشكل بأن المشتري إن كان هو المنكر فالحجة من طرفه هو اليمين دون البينة لقوله (ص) البينة على المدعى و اليمين على من أنكر و التفصيل قاطع للشركة و إلا لم يسمع قوله بيمينه و قد عرفت أنه في الحقيقة لا يدعى شيئاً ثم حكى عن التذكرة و التحرير ما ذكرناه عنهما و قال إنه لا يخلو من تدافع و وافقه على ذلك صاحب المسالك (قلت) وجه التدافع أنه حكم فيهما بقبول قوله مع يمينه بدعوى أنه منكر و سماع بينته يقضى بأنه مدعى و أما الشهيد في الحواشي فلا عليه أن يقول إنه مدع دعوى محضه لظنه قبل ذلك أنه مخالف للأصل و لكنه لم يجزم به بل جعله محل نظر و لعله لمكان فتوى الأصحاب و لما كان الشيخ ممن يذهب إلى تقديم بينة الداخل و سماعها مع بينة الخارج فبدونها أولى (نعم) على القول بتقديم بينة الخارج لا تسمع لأن صاحب هذا القول يقول إن البينة ليست من شأن الداخل لأنها يمكن أن تستند إلى اليد لكنهم قد سمعوا بينة المودع لإسقاط اليمين فتأمل و المحقق و المصنف قدما بينة الداخل في بعض المواضع و هو ما إذا شهدت بينة اليد بالسبب و لعلهما يقولان إن هذا منه بل قدم في الشرائع هنا في المسألة التي بعد هذه بينة الداخل إذا تعارضت البيتان و لعلنا نقول فيما إذا شهدنا معا بالسبب بتقديم بينة الداخل فبالأولى أن تقدم هنا

(قوله) (و لو أقام بينة فالأقرب الحكم بينة الشفيع لأنه الخارج)

كما في السرائر و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و الكفاية و قد قال به أو مال إليه في الإيضاح و قد حكم بتقديم المشتري في

الخلاف و المبسوط و الشرائع و المختلف و حكم فى جامع الشرائع هنا بالقرعة و عن أبى على أنه إن أقر المشتري بالشفعة فالبينة عليه فى قدر الثمن و اليمين على الشفيح و إن لم يقر فالبينة على الشفيح انتهى فتأمل و لا ترجيح فى الدروس و المسالك و لم يقل أحد بالتحالف هنا منا و لا من العامة كما قاله العامة فيما إذا اختلف المتبايعان لأن كل واحد منهما مدع و مدعى عليه و المشتري هنا لا يدعى شيئاً على الشفيح و لأن المتبايعين قد باشرا العقد بخلاف الشفيح أو المشتري حجة الأولين أن الشفيح خارج لأنه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٥

و لا تقبل شهادة البائع لأحدهما (١) و يحتمل القبول على الشفيح مع القبض و له بدونه (٢)

مدع و لا ملك له لأنه يحاول استحقاقه التملك بما يدعيه و لأن اليمين لا تقبل منه فلا بد أن تقبل بينته و قد اختلف حجة الآخرين ففى المبسوط لأنه داخل و بينته مقدمة و فى الخلاف لأنه بينته تثبت زيادة الثمن و الشفيح ينكره و احتج فى المختلف بأن قوله مقدم على قول الشفيح أى فتقوى بينته بقوله قال و هذا بخلاف الداخل و الخارج لأن بينة الداخل يمكن أن تستند إلى اليد فلهذا قدمنا بينة الخارج و فى صورة النزاع البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيح و اعترضه المحقق الثانى و الشهيد الثانى بأن تقديم بينة الخارج عند القائل به ليس لذلك فقط بل لقوله (ص) البينة على المدعى و اليمين على من أنكر و الخارج مدع و كأنهما ما أنصفاه لأنه بين وجه حكمة الخبر فاستغنى بها عن ذكره و إلا فالخبر لا يزال فى النظر و لعل الأولى الاعتراض بأنهما إذا تنازعا فى العقد و لا داخل و لا- خارج إذ لا- يد لهما صارا كالمتنازعين فى عين فى يد غيرهما فتجب القرعة و إليه نظر صاحب جامع الشرائع فى قوله بالقرعة و به صرح فى المختلف فى توجيه احتمالها و اعترضه فى جامع المقاصد بأن تنازعهما فى استحقاق العين بالثمن المخصوص و أن القرعة فى الأمر المشكل الذى لم يدل النص على حكمه و ما نحن فيه ليس كذلك انتهى و يرد على الأول أنه يرجع إلى الاختلاف فى العقد و لا داخل و لا خارج لأن العقد المتشخص بالألف غير المتشخص بالخمسمائة مثلاً إلا أن يكون أراد أن القدر من العقد الواقع بخمسمائة متفق عليه و النزاع فيما زاد على ذلك فيرجع إلى كون المشتري مدعياً و الشفيح منكر و هذا غير ما يحاول و خلاف ما اختار آنفاً فتأمل و يرد على الثانى أنه لم يتحقق عنده فى المختلف أن المشتري منكر حتى يتناوله النص لأنه لم يستدل عليه به فى تقديم قوله حيث لا بينة بل بأنه أعرف بالعقد و أنه ينتزع من يده إلا أن يدعى أن كل من ينتزع من يده منكر فليتأمل (قوله) (و لا تقبل شهادة البائع لأحدهما)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و اقتصر فى السرائر على عدم قبول شهادته للشفيح لأنه يدفع عن نفسه ضرر الدرك مع ما يراه من تعميم المبسوط قال فى المبسوط لأن شهادته لأحدهما شهادة على فعل نفسه و تلك لا تقبل و لأنه يجزى إلى نفسه نفعاً قال فى جامع المقاصد لأنه إن شهد للمشتري بكثرة الثمن تضمن أنه يستحق ذلك عليه ثم إن هذا الزائد إن ظهر مستحقاً استحق بدله أو الرجوع إلى عين ماله إن كان الشراء بعين الثمن فهو لا يعدم النفع بل ربما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن و يخشى فوات ذلك بأخذ الشفيح فينفره من الأخذ بكثرة الثمن و إن شهد بنقصان تضمن ذلك دفع درك الزيادة لو خرج مستحقاً و ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قلة الأرش لو ظهر المبيع معيباً بل ربما كان عالماً بالعيب و يتوقع المطالبة بأرشه و ربما خاف رد المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيح فيرغبه فى الأخذ بتقليل الثمن كما ذكر ذلك كله فى مطاوى كلام جامع المقاصد و كذلك المسالك لكنهم قد ذكروا فى باب الشهادات ضابطاً فى جر النفع و دفع الضرر و هو ما يرجع إلى كونه مدعياً فى الأول و إلى كونه منكر فى الثانى و بعض ما ذكر أو كله لا- يدخل فى هذا الضابط نعم ما ذكره يدخل تحت التهمة و قد وقع الاتفاق على أن ليس كل تهمة مانعة بل التهمة المنحصرة فى ثلاث فى العداوة و البعضية و جلب النفع و دفع الضرر فتدبر و ربما ألحق بذلك أى التهمة المبادرة إلى الشهادة و الأصل فيها الأخبار على أنه فى الصورة الأولى لا يجزى نفعاً لأن الثمن ثبت بإقرار المشتري كما أن دفع درك الزيادة لمكان قدرته و ندره خطوره فى البال لا يفت فى عضد

شهادة الثقة العدل و أما قوله في المبسوط فلأنها شهادة على فعل نفسه فليس بمتجه على إطلاقه

(قوله) (و يحتمل القبول على الشفيع مع القبض و له بدونه)

هذا قد استحسنته في التذكرة و قواه في الحواشى و كأنه مال إليه في الإيضاح و احتمله أيضا في الدروس لأنه إذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد أقر بزيادة الدرك فلا تهمه و لا يلتفت إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٦

و لو كان الاختلاف بين المتبايعين و أقاما بينه فالأقرب الحكم لبينه المشتري و يأخذ الشفيع به (١) و لو لم يقم البينه حلف البائع فيتخير الشفيع بين الأخذ به و الترك (٢)

استحقاق المطالبة بالبديل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق لأن ذلك لا يقصد عقلا في ضمن هذا المحذور و إذا شهد بالنقيصة بدون القبض فقد أقدم على نقصان حقه و محذور الدرك مستحقر في ضمن هذا و لعل الأقوى القبول مطلقا إلا في صورة يرجع فيها إلى كونه مدعيا أو منكرا جريا على الضابط المذكور و وفاقا للإجماع المنقول في كشف اللثام و هو الموافق لعمومات أخبار باب الشهادات و الاعتبار إذ لا معنى لرد قول الثقة الذى هو حجة لمجرد تهمه محتملة إلا أن يكون قد انعقد على ذلك إجماع و التبع لا يقضى به لترك الأكثر له و مخالفة السرائر في بعض ذلك على الظاهر و ذكر جماعة للاحتمال المذكور في الكتاب و لو كان متقولا لعثرنا عليه

(قوله) (و لو كان الاختلاف بين المتبايعين و أقاما بينه فالأقرب الحكم لبينه المشتري و يأخذ الشفيع به)

كما صرح بالحكمين معا في الشرائع و التحرير و الحواشى و جامع المقاصد و استحسنته في المسالك و هو قضية كلام التذكرة و الإيضاح و قال في المبسوط إن الحكم عندنا فيها بالقرعة قال و فى المخالفين من قال بالتحالف و انفساخ العقد أو فسخه و قد حكينا ذلك فيما سلف حيث تعرض المصنف له و إن لم يكن من فروعا و أسبغنا الكلام فيه حجة الكتاب و ما يوافق أنه قد تقدم في باب البيع أن المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن قدم قول البائع مع بقاء السلعة و المشتري مع تلفها إذا لم يكن بينه و المقروض هنا بقاؤها ليأخذها الشفيع فتكون بينه المشتري هي المقدمة لأن اعتبار اليمين من أحد المتنازعين يقضى باعتبار البينه من الآخر و قال في جامع المقاصد هذا على ما ذكره من سماع البينه من المشتري إذا وقع الاختلاف بينه و بين الشفيع واضح لكن الإشكال السابق الوارد على أصل المسألة لو ادعى الشفيع الأقل منهما وارد هنا (قلت) قد عرفت أنه غير وارد هناك لأننا بينا أن المشتري ليس بمدع و قدمنا بينه الشفيع عند قيامها و أما هنا فقد قال هو أو مال في باب البيع إلى أن كلا منهما مدع و منكر و لما قدمنا قول البائع مع يمينه للإجماع و الأخبار إذا كانت العين قائمة كانت بينه المشتري هي المقدمة لما عرفت آنفا و لأنه مدع من وجه عنده و لم يجتمع في البائع هذان الوجهان و أما الأصحاب فقد تجشموا توجيه كون البائع منكرا بأنه لما عين السبب و شخصه بوقوعه على الثمن الزائد لم يكن معترفا بالملك مطلقا بل على ذلك الوجه الذى إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص فيكون منكرا لما يدعيه المشتري فوجب عندهم تقديم بينه المشتري فليتأمل و الوجه في أخذ الشفيع بما شهدت بينه المشتري ظاهر لأنه الثابت شرعا و أن الزائد بزعم المشتري غير مستحق و أن بينه البائع كاذبه و وجه ما في المبسوط أن الحكم مشتبه و هو محل القرعة و ظاهره دعوى الإجماع عليه حيث قال عندنا كما عرفت هذا و قد قال في الإيضاح إن بينه المشتري مقدمه و لو قلنا إنهما إذا اختلفا في قدر الثمن و لا بينه تحالفا لأنها مخالفة لأصلين انتقال الملك و رضا البائع بهذا العوض و بينه البائع تخالف أصلا واحدا و هو عدم رضا المشتري بالزيادة و اعترضه المحقق الثانى فقال لا ريب أن أصالة عدم انتقال الملك قد زالت باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك (انتهى) و نفيه الريب يقضى بأن فخر الإسلام متوهم بزعمه قطعا و هو المتوهم لأن مراده في الإيضاح بأصالة عدم انتقال الملك الأصل الأصيل الذى نبهنا عليه مرارا و هو أصل عدم انتقال الملك عن مالكة إلا بقوله و قد استند إليه في الإيضاح فى أواخر باب البيع و قد بيناه آنفا فيما إذا اختلف الشفيع و

المشترى فى الثمن و لا- بينه و به صرح فى الدروس فيما إذا هلك الثمن إذا كان قيميا و لعله كان الأولى أن يعترض عليه بأنه إن اعتبرت الأصلين فلا معنى للتحالف بل يتعين حلف المشترى و إن لم تعتبرهما فلا معنى لترجيح بينته بهما فتأمل
(قوله) (و لو لم يقيم البيئه حلف البائع فيتخير الشفيع بين الأخذ به و الترك)
أما حلف البائع حينئذ فلا أجد فيه خلافا هنا فإذا حلف أخذ من المشترى ما حلف
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٧
و الأقرب الأخذ بما ادعاه المشترى (١) و كذا لو أقام البائع البيئه (٢) و لو قال المشترى لا أعلم كميئه الثمن كلف جوابا صحيحا (٣)

عليه و أما أن الشفيع يتخير بين الأخذ به و الترك بمعنى أنه إن أخذ أخذ بما حلف عليه البائع فهو قضيه كلام المبسوط و الشرائع لأنه الثابت شرعا و الواجب على المشترى دفعه فهو الثمن حقيقه و قد رموه بالضعف كما ستعرف وجهه و قد لا- يكون مفهوما من كلاميهما و يتأتى أيضا أى الأخذ المذكور على قوله فى المبسوط بأن الزيادة فى زمن الخيار تلحق بالثمن لو كان الحلف فى زمن الخيار

(قوله) (و الأقرب الأخذ بما ادعاه المشترى)

كما فى التحرير و الإرشاد و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و كذا الحواشى و فصل فى التذكرة فقال الشفيع إن صدق البائع دفع ما حلف عليه و ليس للمشترى المطالبه به لأنه يدعى أن ما أخذه البائع زائدا ظلم فلا يطالب غير من ظلمه و إن لم يعترف بما قال أدى ما ادعاه المشترى جميعا و وافقه على ذلك مولانا الأردبيلى و هو جيد جدا بل هو المتعين فى النظر بل يجب حمل كلام الكتاب و ما وافقه على ما إذا كان الشفيع جاهلا أو مصدقا للمشترى ظاهرا لكن إن صدق البائع لئن كان فى نفس الأمر صادقا و جب عليه أن يدفع الزائد إلى المشترى و لو على سبيل الهدية و نحوها لأن كان ذلك حقا له فى الواقع و إن كان ممنوعا منه فى ظاهر الشرع و ليس له طلبه (و وجه) الأقربيه فى الكتاب و ما وافقه أن الأخذ إنما هو من المشترى و قد اعترف بأن الزيادة ظلم فلا يجوز أن يظلم بها غيره و إقرار العقلاء جائز بل لو رجع إلى قول البائع كأن قال كنت ناسيا أو كاذبا لم ينفعه إلا أن يصدقه الشفيع كما فى التحرير و التذكرة و الدروس (قولكم) إنه الثمن حقيقه مسلم لكنه فى حق المشترى لا فى حق الشفيع المشترى مع اعترافه بكون الزائد ظلما و كون يمين البائع فاجرة فيؤخذ بإقراره فليتأمل جيدا لأن الحال فيه كما إذا قامت البيئه كما يأتى عن المبسوط (و قد) استدل فى الإيضاح للقائل بالأخذ من البائع فى المسأله و فيما إذا أقام البائع البيئه كما يأتى بتضاد الأحكام و معناه أنه قد ثبت شرعا أنه الثمن فلو أوجب الشارع غيره أو أجاز له لتضاد الحكمين و قد قال (ع) لا يحكم فى قضيه بحكمين مختلفين و يجب أن ذلك مع اتحاد الحكم و المحكوم عليه و له و هنا المحكوم عليه المشترى و المحكوم له الشفيع

(قوله) (و كذا لو أقام البائع البيئه)

أى يثبت ما ادعاه و الأقرب الأخذ مما ادعاه المشترى و قد تبين وجهه و قد صرح هنا فى المبسوط و الشرائع بأن الشفيع يأخذ بما ثبت من الثمن و قد عرفت وجهه أيضا كما عرفت فيما سلف الوجه فى سماع بينه البائع مع كونه منكرا عندهم و لذلك لم يتأمل فى ذلك هنا أحد غير المحقق الثانى

(قوله) (و لو قال المشترى لا أعلم كميئه الثمن كلف جوابا صحيحا)

كما فى الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك (و قال) فى المبسوط إذا قال اشترت هذا الشقص فى شركتى بألف فقال قد اشترت كما قلت غير أنى لا أعرف مبلغ الثمن لأنى نسيتيه أو كان الثمن جزافا قيل فيه وجهان (أحدهما) أن هذا جواب صحيح و هو الصحيح فيكون القول قوله مع يمينه يحلف و تسقط الشفعه (و الثانى) أنه ليس بجواب صحيح و يقال له إن أجتب عن الدعوى و إلا جعلناك ناكلا يحلف الشفيع و يستحق انتهى (و معناه) أنه إما أن يستند فى عدم علمه بمبلغه و كميته إلى النسيان أو إلى كون الثمن

جزافا على مختار العامة و القولان لهم فيرجع قوله فى الأول إلى أنى نسيته و ستعرف أنهم يوافقونه فى ذلك على ذلك على أنه قال فى توجيهه إن المشتري أجاب بجواب صحيح فإنه قال صدقت قد اشتريت بما يجب لك فيه الشفعة ثم أنكر سببا غير هذا و هو أنه لا يعرف مبلغ الثمن و قال إن الذى ذكره المشتري ممكن فإذا كان كذلك كان القول قوله فإذا حلف فلا- شفعة فما حكى عنه فى الشرائع و التحرير و المسالك غير صحيح من وجهين قال فى الشرائع أما لو قال لم أعلم كمية الثمن لم يكن جوابا صحيحا و كلف جوابا غيره و قال الشيخ يرد اليمين على الشفيع و بعينه حرفا فحرفا قال فى التحرير و نحوه ما فى المسالك فالشيخ لم يطلق الكلمة فى فرض المسألة بل عللها و لم يقل بالرد على الشفيع بل قال فى الرد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٨

و لو قال نسيته أو اشتراه و كيلى و لا أعلم به حلف و بطلت الشفعة (١) و لو اختلفا فى قيمة العوض المجمعول ثمنا عرض على المقومين (٢) فإن تعذر قدم قول المشتري على إشكال (٣)

على من قال بالرد على الشفيع من العامة و أن الجواب غير صحيح فيقال له إن أجبت إلى آخر ما سمعته آتفا ما نصه أن المشتري هو المباشر للعقد و قد يكون الثمن جزافا فمن المحال أن يعرف الشفيع المبلغ و لا يعرف المشتري فلماذا كان جوابا صحيحا انتهى بل نقول لو كان الشيخ أطلق الكلمة فى الفرض كما فهموه منه لكان جوابا صحيحا فى العرف و اللغة بل قد يفهم ذلك من عبارة التذكرة و قد علل فى جامع المقاصد عدم صحته بإجماله و احتمالاه و بينه فى المسالك بأنه مشترك بين أن يكون لا يعلمه ابتداء من حين الشراء و هو غير مسموع لاقتضائه بطلان العقد و بين أن يكون عرضا قيميا و أخذه البائع و تلف فى يده و لا يعلم قيمته فإن القول قوله مع يمينه لأصالة عدم العلم و كون ذلك أمرا ممكنا و بين أن يكون قد نسيه (قلت) قد صرح بالحكم المذكور فى الشق الثانى فى المبسوط فى موضع آخر و الدروس و ستعرف المصرح به فى الشق الثالث و أما الشق الأول فخارج عن كلام الشيخ كما سمعت لأنه فرض المسألة فيما إذا قال صدقت قد اشتريت بما تجب لك فيه الشفعة فإن قال لآنى اشتريته بثمان جزاف كان الجواب صحيحا عند أكثر الشافعية حكاه عنهم فى التذكرة لأنهم يجوزونه و قال إنه الأقرب على مذهبه و أما أصحابنا فيحملونه على أحد الشقين الآخرين فكان عندنا كما لو قال لا أعلم كمية الثمن و العقد صحيح بل نقول لو أطلق الكلمة وحدها و جب حملها عندنا على أحد الأمرين الأخيرين و لا يجب عليه التعيين كما قالوا مثله فى مواضع أكثر من أن تحصى و لا داعى إلى عقوبته بحسبه حتى يجيب بأحدهما معينا له كما هو أى الحبس قضية كلامهم و به صرح فى المسالك

(قوله) (و لو قال نسيته أو اشتراه و كيلى و لا أعلم به حلف و بطلت الشفعة)

قد صرح بالحلف و البطلان فى صورة دعوى النسيان فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك و صرح بهما فى صورتين فى جامع المقاصد (و وجه) ذلك فى الثانى واضح و فى الأول أن ذلك لا يعرف إلا من قبله فلو لم يقبل قوله باليمين لزم تخليده الحبس على تقدير صدقه فإذا حلف بطلت الشفعة لتعذر العلم بالثمن (قال) فى جامع المقاصد و إنما تبطل مع اليأس من العلم به فلو أمكن استعلامه فالشفعة باقية (قلت) هذا يقضى بأنها ترجع بعد بطلانها بالحلف قال و لو قال الشفيع إنى أعلم قدره و ادعى المشتري النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا فيه نظر (قلت) إذا ادعى الشفيع عليه العلم توجه الحلف على المشتري بأنه ناس فإن نكل المشتري عن الحلف على النسيان و ردت اليمين على الشفيع فإنه يحلف حينئذ و يثبت بيمينه و يبقى الإشكال فيما إذا حلف على النسيان فهل تبطل الشفعة أو يحلف الشفيع على المقدار الذى يدعى علمه به و يثبت بيمينه كما قلناه فيما إذا قال المدعى عليه لا أدري احتمالات (الأول) لمكان إطلاق الفتوى بأنه يحلف إذا ادعى النسيان و تبطل الشفعة من دون تفصيل بدعوى الشفيع العلم و عدمه (و الثانى) جريا على المختار هناك لعدم التنافى و أن من حفظ حجه على من لا يحفظ كما إذا كان الشفيع يصدقه فى النسيان و يدعى العلم فإنه يحلف عندنا و يأخذ بالشفعة

(قوله) (و لو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمنا عرض على المقومين)

كما في التحرير و الدروس و الحواشى (و معناه) أنه لو اختلف الشفيع و المشتري في قيمة الجوهرة المجعولة ثمنا بحيث لا يمكن معرفتها إلا بعد الرحيل و المسير يومين أو أكثر إلى المقومين الذين هم في بغداد مثلا أو أصفهان فإنه لا يقدم هنا قول المشتري بادئ بدء كما تقدم لأنه يمكن العلم بذلك و إن كان مع مشقة و عسر فلا معنى لقوله في جامع المقاصد لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين و إمكان استعمال قيمتها

(قوله) (فإن تعذر قدم قول المشتري على إشكال)

أى إن تعذر عرضه على المقومين لهلاك و شبهه كما في الدروس و الحواشى قدم قول المشتري كما جزم به في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤١٩

و لو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري أنا أحدثه و أنكر الشفيع قدم قول المشتري لأنه ملكه و الشفيع يطلب تملكه عليه (١) و لو ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي فأنكر الأجنبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال (٢)

التحرير و الدروس قال في التحرير لأنهما كما إذا اختلفا في قدر الثمن و المصنف هنا استشكل و قد وجه منشأ ولده و الشهيد من انتزاع الملك منه و أخذه منه قهرا فلا يقهر على العوض أيضا فيقبل قوله مع يمينه و من أن الأصل عدم الزيادة و جعل في جامع المقاصد منشأ الإشكال في المسألة منشأ فيما إذا اختلفا في قدر الثمن فحالها عنده كحالها و قال إن في الفرق بين هذه المسألة و مسألة الاختلاف في قدر الثمن حيث جزم بتقديم قول المشتري هناك و تردد هنا نظرا (قلت) كان النزاع هناك في أن الثمن ألف أو ألفان و النزاع هنا في قيمة الجوهرة المجعولة ثمنا التي لها قيمة في الواقع و لا يعلمها إلا المقومون و قد هلكت أو بقيت مجهولة القيمة فهل يصير الثمن بذلك مجهولا كما إذا نسيه أو اشتراه و كيله و مات فتبطل الشفعة أو يصير من قبيل ما إذا اختلفا في الثمن فيقدم قول المشتري مع يمينه فالإشكال قوى في محله و يرتفع به الاختلاف بين الكلامين فليتأمل جيدا لأنه قد يكون المراد من العبارة في الشق الآخر أن القول قول البائع حينئذ لأصل عدم الزيادة

(قوله) (و لو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري أنا أحدثته و أنكر الشفيع قدم قول المشتري لأنه ملكه و الشفيع يطلب تملكه عليه)

و انتزاعه من يده كما صرح بذلك كله في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و لو ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي فأنكر الأجنبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال)

قد قضى للشريك بالشفعة في المثال في الخلاف و المبسوط و التذكرة و المختلف و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و كذا الشرائع لأنه قال لعله أشبه و نفاها في السرائر و جامع الشرائع و لا ترجيح في التحرير و الإيضاح (احتج) الشيخ في الخلاف و المبسوط بأنه أقر بحقين أحدهما حق المشتري و الثانى حق الشفيع فإذا رد المشتري ثبت حق الشفيع و قضيته أن عدم قبول قوله في حق المشتري لا يوجب إبطال حق الشفيع لأن الإقرار تضمن حكيم غير متلازمين (و بالغ) في السرائر في رده قال إن الذى تقتضيه أصول أصحابنا و مذهبهم أن الشفعة لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع و يستحقها و يأخذها من المشتري دون البائع و البيع ما صح و لا وقع ظاهرا و لا يحل لحاكم أن يحكم بأن البيع حصل و انعقد فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم و كيف يأخذها من البائع و أيضا الأصل أن لا شفعة فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع و هذه مسألة حادثة نظرية لا يرجع فيها إلى قول المخالفين يعنى المزنى إلى آخر ما قال (و أجاب) في المختلف بأن ثبوتها لا يتوقف على ثبوت البيع بل على البيع نفسه و قد أقر به البائع سلمنا لكن ثبوت البيع بأمرين إما البينة أو الإقرار و قد حصل أحد الأمرين بالنسبة إلى المقر و لهذا لو صدقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرد الإقرار و نمنع عدم ثبوته عند الحاكم بالنسبة إلى الشريك انتهى و لم يتعرض للجواب عن الأصل و عن الأخذ من المشتري (و لعل) الأولى و

الأخضر في كلامه الأول أن يقول إن توقف ثبوتها على ثبوت البيع إنما هو بالنسبة إلى الأخذ من المشتري و أما بالنسبة إلى الأخذ من البائع فيكفي إقراره و كيف كان فقول السرائر هو الأقوى نظرا إلى الأصل و الإجماع على أن الأخذ من المشتري و العلة المومى إليها في خبر عقبه و لا مخرج عنها كما أخرج عنها في غير المسألة إذ لا إجماع في المقام و الإطلاقات لندرته لا تتناولها بل قولهم عليهم السلام باع نصيبه و باع الدار إلى غير ذلك لا يتناول من ادعى البيع و ردت دعواه بحلف المنكر خصوصا الخبر الذي سئل فيه عن الشفعة لمن هي و في أي شيء هي فقال إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره (و لك) أن تقول إنه لا- مناص عن وجود الضرر بالشريك لأنه يثول الأمر إلى أن الإمام يتصدق بالشفقة ثم ما ذا يكون حكم الشفيع إذا اعترف البائع بأنه قبض الثمن من المشتري و أنكر المشتري ذلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٢٠

و للشفيع دون البائع على إشكال إحلاف المشتري (١) و لو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه و يكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة (٢) و لو ادعى كل منهما السابق تحالفا مع عدم البيئة (٣)

أ يأخذ الشفيع بغير ثمن أم يقال للمشتري إما أن تقبض أو تبرئه مع أنه لا يجب عليه شيء منهما بل قد يكون لا يريد أن يأخذ الثمن من الشفيع لعلمه بأن ماله حرام أو فيه شبهة أم يقر الثمن في ذمة الشفيع لأنه معترف له به و لا يدعيه مع أن عليه ضررا في إبقاء حق غيره في ذمته أم يدفع للحاكم فيصدق به عن مالكة لأنه كمجهول المالك أم يضعه في بيت المال حتى إذا اعترف به أخذه أم يضعه في بيت المال مع الأموال الضائعة أم يكون حاله (ظ) حال مال بيت المال كما يقوله العامة و ما ذا يصنع البائع إذا لم يعترف بالقبض أ يأخذ الثمن من المشتري و هو لا- يستحقه عليه أم يأخذه بعنوان القصاص من المشتري و لم يملكه مضافا إلى ما يأتي في حال المخاصمة

(قوله) (و للشفيع دون البائع على إشكال إحلاف المشتري)

الإشكال في إحلاف البائع للمشتري (و حاصله) أنه إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي و أنكر الأجنبي فلا شك كما في الإيضاح في إحلاف الشفيع للمشتري إما لإثبات الشفعة على قول ابن إدريس أو لإثبات الدرك و هذا الذي نفى الشك فيه توقف فيه في التذكرة و الدروس حيث لا ترجيح فيهما و في التحرير و المسالك أنه أقوى (و وجه) العدم أن مقصوده أخذ الشفيع و ضمان العهدة و قد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة (و أما) البائع فقد استشكل المصنف هنا في تحليفه له و هو قضيه كلام المبسوط و التذكرة و الحواشي حيث لا ترجيح فيها و اختيار في التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك أن له إحلافه لأنه له فيه فائدة بأن تكون معاملته المشتري فيما يقع من العقد و الدرك أسهل من الشفيع كذا استدلل له في المبسوط (و استدلل) الجماعة بما حاصله من أن الثمن المأخوذ من الشفيع على تقدير قبضه منه ليس هو عين حقه بل يأخذه قاصداً له الإحلاف لأجله و لأن دفع الدرك عن نفسه أمر مطلوب و ربما تعلق غرضه بإثبات الشراء لبيان صدقه في دعواه و أما على تقدير عدم قبضه منه فظاهر لأنه يدعي عليه الثمن (و وجه) الاحتمال الثاني أن فائدة الإحلاف رجاء ثبوت الشراء المقترضى أخذ الثمن إن لم يكن قبضه من المشتري و هو حاصل من الشفيع فتنتفى اليمين لانتفاء فائدتها و في الإيضاح أن هذا البحث إنما يتأتى مع إطلاق الثمن أو كونه من ذوات القيم أما مع تعيينه و كونه مثليا فللبائع إحلاف المشتري قطعاً انتهى فتأمل

(قوله) (و لو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه و يكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة)

كما صرح بذلك في المبسوط و المهذب و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و بالأول فقط في الإرشاد و مجمع البرهان و مرادهم أنه إن (ظ) ادعى على شريكه أن شراؤه متأخر عن شرائه و أنه يستحق عليه الشفعة قدم قول الشريك بيمينه لأنه منكر و الأصل عدم الاستحقاق و الأصل عدم تقدم شرائه و هذا و إن كان معارضا بمثله إلا أن ذلك

معتضد بالأصل الآخر مع أنه لا يستلزم استحقاق الشفعة لأن تعارضهما يقضى بالاقتران فلا شفعة ولا أقل من الشك فيرجع فيه إلى الأصل ولهذا لم يلتفت إليه الجماعة (و أما) الاكتفاء بحلف المنكر على نفى الأعم وإن أجاب بالأخص فهو غير مختص بما نحن فيه بل جار في جميع الدعاوى لحصول الغرض من الجواب فإن الغرض المطلوب من هذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفى اليمين لفيه لأنه مفيد للمطلوب وربما كان الشراء متأخرا مع عدم استحقاق الشفعة بسبب من الأسباب المسقطه لها فلا يكلف الحلف على نفيه وللشافعية وجه بتحتم الحلف على نفى الأخص على طبق الدعوى ووجه آخر بأنه يجب الحلف على نفى الأخص إن أجاب به لأنه لم يجب به إلا ويمكنه الحلف عليه وإن أجاب بالأعم ابتداء لم يكلف غيره

(قوله) (و لو ادعى كل منهما سبق تحالفا مع عدم البيئه)

كما هو صريح الشرائع والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان لأصالة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢١

ولا تكفى البيئه على الشراء المطلق (١) فإن شهدت البيئه بتقديم أحدهما قبلت (٢) ولو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمال التساقت والقرعة (٣) ولو ادعى الابتاع وادعى الشريك الإرث وأقاما بيئه قيل يقرع والأقرب الحكم بينه الشفيع (٤)

عدم تقدم كل منهما على الآخر وعدم ثبوت الشفعة للآخر عليه فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما يمين الآخر ويأتى للمصنف فى الكتاب وغيره والشيخ والقاضى فى المسألة أنه يسمع من أحدهما أولا لسبقه أو للقرعة أو لكونه عن يمين صاحبه حتى تنتهى دعواه ثم يسمع من الآخر دعواه على تفصيل ستسمعه وتسمع الحال فيه (قوله) (و لا تكفى البيئه على الشراء المطلق)

كما فى المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومعنى قيام البيئه على الشراء المطلق أن تشهد بأن أحد الشريكين اشترى من دون أن تقول إن شراؤه قبل شراء الآخر لأن مطلق الشراء لا يثبت الشفعة (قوله) (فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت)

كما فى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لوجود المقتضى وانتفاء المانع (قوله) (و لو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمال التساقت والقرعة)

ومثله فى عدم الترجيح الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف وفى المبسوط وجامع المقاصد أن الأقوى القرعة و به جزم فى المهذب وفى الإيضاح والمسالك أن الأولى التساقت والتحالف واستبعده فى جامع المقاصد لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البيئه ونقل فى المختلف الاحتمال الأول قولا ولم نجده وإنما هو احتمال لنا وقول للعامه واحتمل فى التذكرة أيضا القسمة بينهما (و موضع) البحث ما إذا كانتا مؤرختين على وجه يحصل بينهما التعارض بأن تشهد بيئه كل واحد منهما بالسبق مع تساويهما عدالة وعددا إذ لو كانتا مطلقتين كانتا بمنزلة العدم ولو كانت إحداهما مطلقه والأخرى مؤرخه قدمت المؤرخه كما هو واضح ولا ترجيح هنا بالأعدلية والأكثرية ولعله لأن اليد لهما (و وجه) التساقت تكافؤهما وامتناع العمل بهما وبأحدهما لعدم المرجح فتنتفى الشفعة للشك فى وجود المقتضى لكننا لم نجد لهم أسقطوا البيئتين يوما بل إما قسموا المال بينهما نصفين إذا كان فى يدهما أو فزعا إلى القرعة فقط أو الحلف بعدها إذا كان خارجا عنهما (و وجه) القرعة أن إحدى البيئتين كاذبه وهى غير معلومه فتستخرج بالقرعة إذ لا طريق هنا إلا هى وقد نزلها الشارع منزلة اليقين ولا بد من تحليف من خرج اسمه للنصوص الدالة على ذلك فى مثله وهى كثيرة جدا و به فى مثله أفتى الأكثر كما بين فى بابه (و وجه) التساقت والتحالف أنه بعد إطراح البيئتين تبقى الدعويان كأن لم تكونا وليس الحكم باليمين مع سقوط البيئه بعيد كذا قال فى المسالك لكننا لم نجد له أثرا فى مثله أصلا كالتحالف والتساقت فتعينت القرعة

(قوله) (و لو ادعى الابتاع وادعى الشريك الإرث وأقاما بيئه قيل يقرع والأقرب الحكم بينه الشفيع)

القائل بالقرعة الشيخ في المبسوط لأنهما متعارضتان و زاد له في الإيضاح أن دعوى الشريك معتزده بأصل عدم الشفعة و أنه ليس منكرا محضا و الأول لا يناسب ما يحاول (و الحكم) بينه الشفيع خيرة الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و فى التذكرة أنه قوى و احتمله فى الدروس لأنه المدعى فى الحقيقة لأن القول قول مدعى الإرث مع اليمين فتكون بينه بينه الشفيع و لأنه لو ترك لترك و لأنه يطلب انتزاع ملك المشتري و يدعى استحقاق ذلك و الشريك ينكره فلم يكن الحكم فيه مشكلا محلا للقرعة و زاد فى جامع المقاصد ما نبه عليه فى الدروس من أنه ربما لم يكن بين البيتين تعارض إذ ربما عولت بينه الإرث على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث لعدم علمها بصدور البيع لأن استنادها فى ذلك إلى الاستصحاب كاف و بينه الشراء اطلعت على أمر زائد و وافقه على ذلك صاحب المسالك و هذا إنما يتفق حيث يكون البائع هو الموروث إذ مع تغيرهما لا يمكن الجمع بينهما و لا ترجيح فى الشرائع و التحرير و الإيضاح (قوله)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٢

و لو صدق البائع الشفيع لم تثبت (١) و كذا لو أقام الشفيع بينه أنه كان للبائع و لم يقسم الشريك بينه بالإرث لأنها لم تشهد بالبيع (٢) و إقرار البائع لا يقبل لأنه إقرار على الغير (٣) و لا تقبل شهادته عليه (٤) و ليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع (٥) و لو ادعى الشريك الإيداع و أقام بينه قدمت بينه الشفيع لعدم التنافى بين الإيداع و الابتاع (٦)

(و لو صدق البائع الشفيع لم تثبت)

كما فى التحرير و جامع المقاصد (و معناه) أنه ادعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدقه زيد و أنكر المشتري و قال إنى ورثته من أبى لأن تصديق من خرج عنه الملك إلى الغير إقرار فى حق الغير فلا يقبل و لا يعد مثل ذلك شهادة لأنها على فعل نفسه فى موطن تهمة و قد تقدم بيان الحال فى ذلك و قد أطلق على من انتقل عنه الملك اسم البائع بمقتضى إقرار الشريك الذى هو شفيع بزعمه

(قوله) (و كذا لو أقام الشفيع بينه أنه كان للبائع و لم يقم الشريك بينه بالإرث لأنها لم تشهد بالبيع)

كما فى التحرير و جامع المقاصد لأنها لم تشهد بالبيع فما لم يثبت البيع لم تثبت الشفعة

(قوله) (و إقرار البائع لم يقبل لأنه إقرار على الغير)

قال فى جامع المقاصد هذا تعليل لقوله و لو صدق البائع الشفيع لم تثبت ذكره بعد تعليل المسألة الثالثة فيكون من قبيل اللف و النشر الغير المرتب و يمكن جعله مسألة أخرى برأسها مستأنفة لكن يلزم التكرار لأن التصديق هنا بمعنى الإقرار (قوله) (و لا تقبل شهادته عليه)

أى لا تقبل شهادة من هو بائع بزعم المدعى على الشريك لمكان التهمة و لأنها على فعل نفسه فإنه إذا كان البائع ثبت له على الشريك درك الثمن و استحقاق خيار الغبن و الرؤية و نحو ذلك بشروطه فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تثبت له سلطانا على المشتري و ذلك يجر نفعاً إلا أن تقول و تثبت أيضاً للمشتري سلطانا بمثل ذلك و أخذ الشفيع لا يجدى فى دفع ذلك عنه لأنه يرجع بالأخرة إليه فتأمل

(قوله) (و ليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع)

أى ليست الشفعة من حقوق العقد الثابتة على البائع كخيار المجلس حتى يقبل فيها قول البائع لكونه إقرارا على نفسه أو حتى يقبل فيها شهادته لانتفاء جر النفع و إنما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع و ليست من حقوقه كذا قال فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو ادعى الشريك الإيداع و أقام بينه قدمت بينه الشفيع لعدم التنافى بين الإيداع و الابتاع)

كما صرح بذلك كله فى الشرائع و التحرير و قضية إطلاق الكتب الثلاثة أن بينه الشفيع مقدمة فى جميع صور المسألة و أنه لا تنافى

في شيء منها وهو غير تام كما ستسمع وهي أربع وعشرون وإنما استثنى منها فيها صورة واحدة ذكرت في الثلاثة بلفظ القيل إيذانا بعدم ترجيحها كما ستسمع (و بيان) بلوغها إلى أربع وعشرين أنهما إما أن تكونا مطلقتين أو مؤرختين أو إحداها مطلقة والأخرى مؤرخة فالصور أربع وعلى تقدير تاريخهما إما أن يتحدا في وقت واحد أو يتقدم تاريخ إحداها وهما صورتان فصارت ستا وعليها جميعا إما أن تتعرض كل واحدة من البيتين لأن الملك للبائع بأن تقول إن البائع باع ما هو ملكه أو أن الملك للمودع كأن تقول إنه أودع ما هو ملكه أولا تذكر ذلك أو تذكره إحداها دون الأخرى فالصور أربع فإذا ضربت في الست السابقة كان المرتفع أربعاً وعشرين وفي المبسوط والدروس تقييد تقديم بينة الشفيع بما إذا كانتا مطلقتين أو كانت بينة الابتياح متأخرة التاريخ أو مقيدة بأن البائع باع ما هو ملكه ولم تقييد بينة الإيداع ونحوه ما في التذكرة مع زيادة ما لو سبق تاريخ البيع قال لأنه لا منافاة أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رد إليه بلفظ الإيداع أو رد مطلقاً فاعتمده الشهود أو يكون المشتري قد عجز عن الثمن فقال البائع خذه وديعة حتى تجد الثمن انتهى فتأمل وقد يكون الدفع إلى المشتري بصورة الوديعة لخوف من ظالم وغيره وهذا وإن كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الإيداع ولعل وجهه أن بناء الإيداع على التساهل لأن كان جائزاً ولهذا اكتفى فيه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٢٣

نعم لو شهدت البينة بالابتياح مطلقاً والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الإيداع لانفرادها و يكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع (١)

بالفعل بخلاف البيع وقد اتفقت هذه الكتب الثلاثة على الجزم باستثناء الصورة التي نسبت في الكتب الثلاثة المقدمة إلى القيل وهي ما أشار إليها المصنف بقوله نعم لو شهدت إلى آخره (و بيان) المسألة و صورها أنه لو ادعى الشريك في شقص على من هو في يده أنه ابتاعه ليأخذه بالشفعة و ادعى من هو في يده أنه وديعة متن مالك فإن لم يكن لهما بينة فالقول قول مدعى الوديعة لأصالة عدم الشفعة و إن أقام الشريك بينة قبلت و إن أقاما معا بينة قدمت بينة الشفيع على ما في الكتاب و ما وافقه أما مع الإطلاق فلأنه قد يكون أودعه ثم باعه و كذا مع تقديم تاريخ بينة الإيداع و قد سمعت ما في التذكرة من توجيه تقديم بينة الشفيع مع سبق تاريخ البيع و لو اتحد التاريخان فإن أمكن الجمع كما إذا قالنا يوم الجمعة فذاك و إلا كما إذا قالنا بعد الزوال بلا فصل فقضية إطلاق الكتاب و ما وافقه تقديم بينة الابتياح و أنه لا تنافي و هو مشكل إذ التنافي موجود فينبغي أن يكون النظر في هذه الصورة إلى القاعدة و هو أنه مدع فكأنه قال تقدم بينة الابتياح لعدم التنافي حيث لا تنافي و حيث يوجد التنافي فلأنه مدع لكنه بعيد عن العبارة و اختار في الدروس في هذه الصورة القرعة (ثم) عد إلى مفردات العبارة فإن فيها تسامحا حيث سمي مدعى الإيداع شريكا مجازاً من حيث دعوى الشريك الآخر عليه الشركة أو من حيث اليد الدالة في الظاهر على الملك و تسامحا في قوله قدمت بينة الشفيع لأن تقديمها فرع التعارض و لا تعارض لعدم التنافي فلو قال قضى بينة الشفيع كما يأتي له لكان أجد و في تعليل التقديم بعدم التنافي مسامحة أخرى إذ لا ربط بينهما

(قوله) نعم لو شهدت البينة بالابتياح مطلقاً والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الإيداع لانفرادها و يكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع

هذا هو ما استثنى أو كان في قوة المستثنى و قد عرفت أن القائل بذلك الشيخ في المبسوط و به جزم في التذكرة و الدروس كما عرفت أن كلام الكتاب و ما وافقه يؤذن بعدم ترجيح ذلك (حجة الشيخ) أن بينة الإيداع قد انفردت عن بينة الابتياح بذكر الملك مع تأخر التاريخ حيث قالت إنه أودعه ملكه في تاريخ متأخر عن تاريخ البيع كأن قالت بينة البيع أنه باعه يوم الجمعة و سكتت و قالت بينة الإيداع أنه أودعه ملكه يوم السبت فيستصحب حكم الوديعة إذ لو تقدم على البيع فلا منافاة لجواز أن يودعه ملكه ثم يبيعه فكانتا مؤرختين و الثانية متأخرة فلا- يحتمل أن يكون المودع غير مملوك و يمكن أن يكون البيع لغير المملوك فكان إطلاقه أضعف من

الوديعة المقيدة بصدورها من المالك و حينئذ فيكاتب المودع و هو من ادعى صاحب اليد أنه أودعه و شهدت بإيداعه ملكه لأن اليد له بزعم المدعى عليه و بينته فإن صدق فلا شفعة له و يكون بمنزلة ما لو شهدت إحدى البيتين لواحد بالملك و الأخرى بالتصرف فإن الملك أقوى و إن لم يصدق حكم للشفيع لانتفاء حقه بتكذيب بينته فنسقط فتبقى بينة الشفيع بغير معارض فيجب العمل بها (لا يقال) إن الشراء المشهود به قد نزل على الأعم من الشراء من المالك فكيف يعمل بينته بعد التكذيب (لأننا نقول) كان الحمل على خلاف الظاهر لوجود المعارض الذى لا يقبل خلاف الظاهر و المصنف و من وافقه يذهبون فى هذه الصورة إلى عدم التنافى لأن البينة بإيداع الملك لا تنفى البيع لأن الشهادة بالملك يكفى فيها الاستناد إلى العلم بالملك فى زمان متقدم و عدم العلم بالمزيل الطارى و عدم العلم به لا يدل على عدمه فحينئذ بينة الشراء تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأخرى فيه فيجب الحكم به و هو الأصح فقد قام بهذا التوجيه احتمال كون المودع غير مملوك و هو الذى اعتمده صاحب جامع المقاصد و صاحب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٤

و لو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع و هو (ما هو خ ل) ملكه و بينة الإيداع مطلقا قضى للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها (١) و يطالب مدعى الشفعة بالتحريم بأن يحدد مكان الشقص و يذكر قدره و كمية الثمن (٢)

المسالك و يمكن توجيهه و رفع التنافى مع كون المودع مملوكا بأن يكون باعه أولا ثم اشتراه أو اتهمه ثم أودعه (و لعل) مراد الشيخ و المصنف فى التذكرة و الشهيد فى الدروس بقولهم شهدت بأنه أودعه ما هو ملكه أنه أودعه ملكه الذى لم يزل عنه كما إذا كان شرط عليه البائع يوم باعه و شريكه دفعة أن يودعه عند من هو بيده لينتفع به و يتصرف فيه و ذكرت السبب فشهادة بينة البيع كانت مستندة إلى اليد و التصرف لأن المستودع لا يتصرف كما أشار إليه فى التذكرة بقوله و حيث ينتفى الاحتمال إذ لا ينتفى الاحتمال إلا أن يكون المراد ما قلنا و حينئذ يرتفع النزاع فى المسألة (و يبقى الكلام) فى تصديق المودع فإنه على ما قلناه لا عبرة به فلا يتم التنزيل كما لا يتم ما فى التذكرة (و ليعلم) أن ما حكى فى الكتاب عن الشيخ قد حكى بعينه فى الشرائع و التحرير و به عبر فى الدروس مع اختلاف يسير جدا فى آخر كلامه و هو معنى ما فى المبسوط قال قدمت بينة الإيداع لأنها انفردت بالملك و أسقطت بينة الشراء و أقر الشقص فى يد المدعى عليه و كتب إلى عمرو فسأل عما ذكر هذا الحاضر فإن قال صدق الشقص وديعة سقطت الشفعة و إن قال عمرو ما أودعته و لا حق لى فيه قضى للمدعى بينة الشراء و سلم الشقص إليه انتهى و معنى تقديم بينة الإيداع فى كلامه و كلام من حكى عنه و من وافقه أنها تقدم على بينة الابتاع تقديما مراعى بمعنى أنه يقر الشقص فى يد المدعى عليه و لا ينتزعه الشفيع (أما) التقديم فلما تقدم من أدلته (و أما) كونه موقوفا و مراعى فلإمكان الوقوف على حقيقة الحال بسؤال عمرو فإن صدق استمر الأمر و إن كذب حكم للشفيع (أو يقال) لما كان غرض هذا إثبات الشفعة و غرض ذاك نفيها و قد حكم به كان فى معنى التقديم فمناقشة صاحب جامع المقاصد لعلها لم تصادف محلها قال فى حكاية المصنف قول الشيخ قدمت بينة الإيداع إلى آخره مناقشة فإن الحكم للشفيع ينافى تقديمها بل ترتيب عدم الشفعة على تصديقها ينافى تقديمها و كان الأولى أن يقول قيل يكاتب المودع فإن صدق حكم بينة الإيداع لأنها أقوى انتهى و أنت قد عرفت أن المراد بالتقديم التقديم الموقوف لأنه يمكن الوقوف على الحقيقة فلا منافاة فى الأمرين و لو قال بما جعله أولى كان خلاف الواقع

(قوله) (و لو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع و هو ملكه و بينة الإيداع مطلقا قضى للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها)

كما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و هذه داخله فى العموم السابق بتقديم بينة الشفيع كما تقدم بيانه و إنما خصها بالذكر للمقابلة بينها و بين ما قبلها فى الحكم بالتقديم و فى مراسلة المدعى كونه مودعا و عدمه لأنها عكسها و فى جامع المقاصد أنه غير محتاج إلى التعرض إليها مع إيهام غير المراد و هو أنها مستثناة كالتى قبلها و أنت قد عرفت الوجه و هذا الإيهام لا تكاد تتناوله يد الأوهام و لم تعتبر المراسلة هنا لانتفاء فائدتها فإنه لو صدق بينته لم يلتفت إلى

قوله لترجيح بينه الاتباع من حيث عدم المنافاة و قد اتفقت عباراتهم هنا على التعبير بقضى بينه الشفيع و هناك على التعبير بقدمت و يمكن بيان وجه ذلك

(قوله) (و يطالب مدعى الشفعة بالتحريير بأن يحدد مكان الشقص و يذكر قدره و كمية الثمن)

و نحوه ما فى التذكرة من أنه إذا ادعى أنه اشترى شقصا فى شركته و أنه يستحق عليه الشفعة فإنه يحتاج إلى تحريير دعواه فيحدد المبيع الذى يدعى فيه الشفعة و يذكر ثمنه فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه و قال فى التحريير لو ادعى تأخير شراء شريكه عنه طلب منه تحريير الدعوى بتعيين المكان الذى فيه الشفعة و قدر الشقص و الثمن و مدعى الشفعة فيه و قال فى الدروس و ليحرر الدعوى بتعيين الشقص و حدوده و قدر الثمن و حكى الشهيد عن إملاء المصنف أنه لا يراد بالتحديد التحديد المعروف بل يذكر ما يميزه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٥

فإن قال الخصم اشتريته لفلان سل فإن صدق ثبتت الشفعة عليه (١) و إن قال هو ملكى لم أشتره انتقلت الحكومة إليه (٢) و إن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال (٣)

عن غيره و قال فى جامع المقاصد لا بد من مطالبه مدعى الشفعة بتحريير الدعوى فإن الدعوى الغير المحررة لا تسمع و تحريرها بأن يحدد مكان الشقص أى يذكر ما يميزه عن غيره سواء كان بذكر حدوده أم لا فليس المراد بتحديد ذكر الحدود لأن شهرته باسم أو صفة قد تكون أظهر فى تمييزه من أن يحتاج إلى التحديد و إنما قال يحدد مكان الشقص لأن الشقص شائع فلا يمكن تحديده إلا بتحديد المجموع و إنما اشترط التميز لأن الدعوى بالشىء الغائب عن مجلس الحكم لا بد من تميزه من غيره و إلا لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم و لا بد من أن يذكر قدر الشقص لأن ذلك من جملة التميز و لا بد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن انتهى (و نحن نقول) المراد بتحريير الدعوى أن تكون مسموعة بأن تكون صحيحة لازمة كما صرحوا به فى باب القضاء و أخرجوا من ذلك ما لو ادعى الشفعة على الجار أو مع تكثر الشركاء أو أنه وهبه و لم يقبضه فإنها لم تسمع فيكفى فى تحريير دعوى الشفعة أن يقول إن هذا قد اشترى شقصا أو نصفا من الدار المعلومة عندنا المشتركة بينى و بين أخيه بمائة درهم فيقول المدعى عليه لم أشتره و إنما اتهبته مثلا أو رثته من أخى أو أودعني أو أعارني أو أسقط الشفعة ببعض مسقطاتها أو نحو ذلك و لا يشترط أكثر من ذلك ككونه فى المكان الفلانى أو كونه مشهورا باسم أو صفة و معرفة مقدار الشقص و لذلك لم يذكره الأكثر نعم لو قال بثمان لم نعلمه أو شقصا من دار من دور مشتركة لم نعلمها لم تسمع و إن استخرج هذا الشقص بالقرعة و ما نحن فيه ليس من الدعوى بالشىء الغائب الذى لا بد من تميزه من غيره و إنما هو دعوى شفعة و حق تعلق بشىء غائب كما إذا ادعى عليه أنه حجر أرضا و غلبه هذا عليها فأخذها و أحيائها و إن كان يئول بعد الأخذ بالشفعة إلى الدعوى بالشىء الغائب (ثم) إن المشهور بين المتأخرين سماع الدعوى بالشىء المجهول كالثوب و الفرس و الشىء و المال فإطلاق كلامهم غير جيد و إن كان من المعلوم أن الثمن و الشقص إذا كانا هنا مجهولين فلا شفعة ثم إن طالب الشفعة و مدعيها قد يكون نزاعه فى أمور آخر لا تعلق لها بقدر الشقص و مكانه و لا بكمية الثمن كما إذا كان الثمن قيميا و ادعى المشتري سقوط الشفعة به إلى غير ذلك مما وقع فيه النزاع من متعلقات الشفعة فليلاحظ ذلك

(قوله) (فإن قال الخصم اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبتت الشفعة عليه)

كما فى التحريير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و الوجه فى ذلك ظاهر و قال فى الأخير إن المسألة من شبه ما إذا ادعى الشريك بالشفعة على من بيده الشقص فتارة أوجب بكونه وارثا و تارة بكونه مستودعا و هنا أوجب بكونه اشتراه لغيره فأراد بالخصم من بيده الشقص فسماه فى المسائل السابقة شريكا (ثم) المنسوب إليه الشراء لا يخلو إما أن يكون مولى عليه بالنسبة إلى المشتري أو بالغا عاقلا و الثانى إما أن يكون حاضرا أو غائبا و حكم الحاضر كما ذكر هنا أنه يسأل لإمكان مراجعته بغير امتداد زمان و حصول ضرر فلا يتسلط على ملكه بدون ذلك فإن صدق ثبتت عليه الشفعة و لا بحث و يأتى بيان الحال فى الغائب

(قوله) (و إن قال هو ملكي لم أشرته انتقلت الحكومة إليه)

كما في التحرير و الدروس و جامع المقاصد لأن يد الأول فرع يده و إقرار الأول لا ينفذ عليه لأنه إقرار على الغير فحينئذ يسعى الشريك في الإثبات إن أمكنه و لم يذكره في التذكرة

(قوله) (و إن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال)

أقربه الحكم بالشفعة كما في الإيضاح و جامع المقاصد و به جزم في التذكرة و التحرير و الدروس لاعترافه بالشراء الموجب للشفعة و قد اندفع إقراره به للغير بتكذيبه و لو يقر به قبل ذلك لغير هذا الغير و بالجملة قد ثبت مطلق البيع و جعل وجه الوجه الآخر في الإيضاح و جامع المقاصد أنه نفى الملك عن نفسه و جعله الشهيد أنه نفى جميع البيوع المنسوبة إلى غير فلان و هو منكر فلا يحكم عليه و لذلك لم يرجح كالمصنف و على الحكم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٢٢٦

و إن كان المنسوب إليه غائباً انتزعه الحاكم و دفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر الغائب و يكون على حجته إذا قدم (١) و إن قال اشتريته للطفل و له عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه (٢) و العدم لثبوت الملك للطفل و الشفعة إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه (٣) فإن اعترف بعد إقراره بالملكية للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة (٤)

بالشفعة يبقى الثمن في يد الشفيع إلى أن يدعيه المقر له أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدعيه المقر الذي هو الخصم كما في الحواشي (قلت) إبقاؤه في يد الشفيع إذا كان معينا لا وجه له أصلاً لأن له مالاً فلا بد أن يبقى في يد الحاكم لأنه وليه و كذا إن كان غير معين على الأشبه و لا معنى للترفة و دفعه إلى الخصم إذا ادعاه خلاف ما هو الأشهر في باب الإقرار و إن خير بينه و بين القاضي المصنف في الإقرار و جزم في الإيضاح و جامع المقاصد بدفعه إلى الحاكم (قلت) لأنه ولي الغائب و المتولى لحفظ المال الضائع و المجهول المالك و هذا في حكمها لكنه في إقرار الكتاب و التذكرة خير في مثله بين تركه في يد المقر أو القاضي و هذا غير ما تقدم لنا فيما إذا ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي

(قوله) (و إن كان المنسوب إليه غائباً انتزعه الحاكم و دفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر و يكون على حجته إذا قدم)

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد (وقد وجهه) في التذكرة بأن في التأخير إسقاط الشفعة إذ كل مشتر يلتجئ إلى دعوى الشراء للغائب و بأن الغائب إنما مصدق أو مكذب و على التقديرين يستحق الشفيع الشفعة إما عليه أو على الحاضر (و زاد) في جامع المقاصد أن الانتظار إلى أن يرأسل الغائب فيه تأخير لحقه المقتضى للضرر بخلاف الحاضر و احتمال في التحرير عدم الأخذ إلى أن يحضر الغائب و معنى كون الغائب على حجته أنه لا يحكم عليه بالشفعة بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك بل نقول إما أن يكون مصدقاً فلا بحث أو يقول هو ملكي لم أشرته فالخصومة معه أو يكذب فالحكم ما سبق

(قوله) (و إن قال اشتريته للطفل و له عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه)

ثبوت الشفعة خيرة التذكرة و الحواشي و الدروس و جامع المقاصد مستندا في التذكرة و التحرير إلى التعليل المذكور و هو للشافعية و نقضه في الحواشي و الدروس بالوكيل و قال فيهما الأولى الاعتماد على صحة إخبار المسلم و لأنه يقبل إقراره بدين على المولى عليه كما نص عليه في قوله تعالى فليملل وليه بالعدل و قال في جامع المقاصد لو صح هذا التعليل لوجب أن يملك الإقرار بالشفعة بعد إقراره بكون الملك للطفل و يأتي التصريح بخلافه إن شاء الله تعالى (قلت) لعل الغرض من التعليل أنه له التصرف في أمواله بالأقوال و الأفعال و هو كسائر تصرفاته لأنه إما أبوه أو بمنزلة أبيه (و يعلم) أن الضمير في فيه في العبارة راجع إلى الشراء كما هو ظاهر كلام الشافعية الذين هم الأصل في ذلك و يحتمل أن يرجع إلى الملك المفهوم من المقام (قوله) (و العدم لثبوت الملك للطفل و الشفعة إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه)

قال فى التحرير إنه أقرب (و حاصل التعليل) أنه إقرار على الصغير فلا ينفذ (و رده) فى جامع المقاصد بأنا لا نسلم أنه إقرار على الطفل بل هو إقرار على ما فى يده فإنه أقر بالشراء و بكونه للطفل حين كان ظاهر حال يده يقتضى كونه مالكا فإما أن يسمع واحد من الأمرين أو يسمعا معا قال و ما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم بالحكم فى الغائب لا وجه له أصلا انتهى و لا تغفل عما فى التحرير و الوجه فى الفرق أن الصبى لا يفرض فيه أنه إما مصدق أو مكذب فالمدار فيه على الولى و لا كذلك الغائب

(قوله) (و إن اعترف بعد إقراره بالملكية للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة)

أى لو اعترف المدعى عليه بالشفعة بالشراء فهو فى العبارة صلة اعترف بعد إقراره بكونه مملوكا للغائب أو للطفل بأن قال هذا ليس ملكا لى بل ملك لفلان الغائب أو لمحجورى فلان و قد اشتريته له لم تثبت الشفعة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٢٧

و لو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدته احتمال ثبوت الشفعة لأنه إقرار من ذى اليد و عدمه لأنه إقرار على الغير (١) فإن قدم الغائب و أنكر البيع قدم قوله مع اليمين و انتزاع الشقص و طالب بالأجرة من شاء منهما و لا يرجع أحدهما على الآخر (٢)

لأن إقراره بالشراء له بعد إقراره بالملك له إقرار فى حق الغير بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار فثبت جميعه كما ذكر ذلك فى التذكرة و جامع المقاصد و هو الذى فرض المسألة فيه فى الدروس لأنه فرضها أيضا فيما إذا قال اشتريته للطفل (و لقائل أن يقول) لا فارق بين الأمرين بالنسبة إلى ولى الطفل و فرض المسألة بنحو هذه العبارة فى التحرير فيما إذا قال اشتريته لنفسى و هو الذى فهمه الشهيد فى حواشيه من عبارة الكتاب قال لأنه نفى الملك بإقراره أولا فلا يعود إليه باعترافه بالشراء إلا أن يقيم الشفيع بينه بأن شراه سابق فتقبل و لو أقام المدعى البيئه لم تقبل لأنها فرع الدعوى و هى غير مقبولة انتهى فتأمل (قوله) (و لو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمال ثبوت الشفعة لأنه إقرار من ذى اليد و عدمه لأنه إقرار على الغير)

قد ذكر الاحتمالان فى التذكرة و الدروس من دون ترجيح و فى التحرير أن الأول أقوى لما ذكر و ضعفه فى جامع المقاصد بأن إقرار ذى اليد مسموع حيث لا يكون إقرارا فى حق الغير و ذلك إذا لم يعلم كون الملك للغير أما إذا علم فهو إقرار على الغير لا محالة و قال لكنه يشكل بشىء و هو أن من بيده مال للغير مصدق فى دعوى الوكالة بغير خلاف و يجوز الشراء منه و التصرف تعويلا على قوله و كذا لو ادعى الشراء من المالك يسمع ثم قال و الذى يخطر بالبال أنه إن كان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص و تسليمه إلى المدعى كما هو المتبادر من الدعوى فهو مشكل و الظاهر العدم لأن مجرد دعوى الشراء ممن بيده مال لا يقتضى الثبوت شرعا فليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة الحكم بالوكالة و إن كان المراد جواز أخذ المدعى ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس ببعيد كما يجوز الشراء منه و الاتهاب و نحوهما من التصرفات ثم يكون الغائب على حجته

(قوله) (فإن قدم الغائب و أنكر البيع قدم قوله مع اليمين و انتزاع الشقص و طالب بالأجرة من شاء منهما و لا يرجع أحدهما على الآخر) كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و الدروس أما التخيير فظاهر كتقديم قوله بيمينه و أما أنه لا يرجع أحدهما على الآخر فلأن مدعى الشراء يعترف بأن المنافع حق الآخذ بالشفعة و أن المطالبة ظلم كما أن الآخذ بالشفعة بسبب دعواه عليه الشراء و الشفعة قد صدقه فى كون الغائب ظالما بالمطالبة بعوض المنافع (و الحاصل) أن المرجوع عليه منهما يعترف بظلم الراجع نعم لو غر مدعى الشراء الآخذ من أول الأمر بدعواه الشراء و لم يصدر منه ما يقتضى تصديقه كان له الرجوع على أصح القولين من أن المغرور يرجع بما اغترمه مما حصل له فى مقابله نفع و هذا فيما فات من المنافع فى يد الآخذ بالشفعة أما ما فات منها فى يد مدعى الشراء فإنما يطالب به هو لا الآخذ بالشفعة (و ليعلم) أنه فى الدروس بعد أن ذكر مثل ما فى الكتاب قال و كذا لو باع ذو اليد مدعىا للوكالة و صدقه الشفيع لكن

هنا لا يرجع الشفيع على الوكيل لو رجع عليه بخلاف ما لو رجع على الوكيل و الفرق استقرار التلف في يد الشفيع و لو أخذ الشفيع اعتمادا على دعوى الوكيل رجع عليه لأنه غره انتهى (و فيه نظر) ظاهر لأن مدعى الوكالة يعترف بأن المنافع حق الآخذ بالشفعة و أن مطالبته بها ظلم فكيف يرجع الوكيل عليه لو رجع عليه و المظلوم إنما يطالب ظلمه فكانت كمسألتنا التي نحن فيها و قد جزم فيها كما عرفت بعدم رجوع أحدهما على الآخر و لم يلتفت إلى التلف لأن المرجوع عليه منهما يعترف بظلم الراجع و مثل ما في الدروس ما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٢٨

و لو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة (١) و في القضاء له باليد إشكال (٢) فلو قضى له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعى الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعى الكل إلا بالبينة إن لم ينقض باليد (٣) و لو ادعى كل منهما (من الشريكين خ ل) السبق في الشراء سمع من المدعى أولا فإن لم تكن بيته حلفنا المنكر فإن نكل حلفنا المدعى و قضى له و لم تسمع دعوى الآخر لأن خصمه قد استحق ملكه (٤)

المبسوط و التحرير من أن الوكيل يرجع على الشفيع و الذي استقر عليه رأيه بعد ذلك في المبسوط و اختاره في الشرائع أن الشفيع يرجع على الوكيل لأنه غره و أن الوكيل لا يرجع على الشفيع و إليه أشار بقوله في الدروس و لو أخذ الشفيع اعتمادا على دعوى للوكيل رجع عليه لأنه غره انتهى لأنه لا بد من أن يكون مرادهما أنه غره و لم يصدر منه ما يقتضى تصديقه (قوله) و لو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة

أى افتقر مدعى الشفعة إلى البينة على دعواه إن لم يكن صاحب يد قطعا كما في جامع المقاصد (قوله) (و في القضاء له باليد إشكال)

يريد أنه هل يقضى للشفيع باليد لو كان صاحب يد أم لا و لم يرجح المصنف هنا و لا ولده في الإيضاح و جزم في التحرير بأنه لا يكتفى باليد و أنه يفتقر إلى البينة و جزم في التذكرة بأنه يقضى له بها و في الدروس أنه الأولى و في جامع المقاصد أنه الأصح و حكاة في الحواشي عن ابن المتوج (و منشأ) الإشكال و عدم الترجيح من أن دلالتها أى اليد على الملك ضعيفة لأن دلالتها بحسب الظاهر فتفيد أنه لا ينتزع الملك منه بمجرد الدعوى و أنه لا يحتاج إلى البينة و أما أنه يستحق انتزاع ملك الغير الذي هو على خلاف الأصل فيتوقف على قاطع لأن لها هنا معارضا و هو حق المشتري و هو حجة التحرير و من أنها دالة على الملك شرعا و هو سبب ثبوت الشفعة و ما يضعه الشارع دليلا على الملك يقتضى ثبوته فيترتب عليه جميع توابع الملك و من جملتها الشفعة و كونها إنما تدل على الملك ظاهرا غير قاطع لأن الأحكام الشرعية كلها جارية على الظاهر و هكذا الحال في البينة و غيرها من أسباب الملك و حق المشتري غير معارض لأن الشريك متى ثبت ملكه شرعا كان حقه مقدما بالنص و الإجماع و هذا حجة التذكرة و ما وافقها و هل للمشتري إحلافه قال في جامع المقاصد نعم أما إذا ادعى المشتري أن ما بيد الشفيع ملك له فظاهر و أما إذا لم يدع الملك لنفسه و إنما اقتصر على نفيه عن الشفيع فلا جرائه مجرى المدعى

(قوله) (فلو قضى له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعى الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعى الكل إلا بالبينة إن لم ينقض باليد)

العبارة لا تخلو عن حزاة و معناها كما صرح به في التذكرة أنه لو ادعى أحد المتشبهين الجميع و الآخر النصف و قضى له بالنصف باليمين و قضى لصاحب الكل بالنصف لعدم المزاحمة فيه ثم باع مدعى الكل نصفه لم يكن لمدعى النصف شفعة إلا مع القضاء باليد و المصنف جعلها متعلقة بالمسألة السابقة فيكون المشتري الذي أنكر ملكية الشفيع في الأولى ادعى أن الكل له و الشفيع صاحب اليد ادعى أن النصف له فقال لو قضى له إلى آخره و أنت قد عرفت أن اليد تقضى بالملك و الشفعة

(قوله) (و لو ادعى كل منهما السبق فى الشراء سمع من المدعى أولاً فإن لم يكن بينه حلفنا المنكر فإن نكل حلفنا المدعى و قضى له و لم تسمع دعوى الآخر لأن خصمه قد استحق ملكه)

كما صرح بذلك كله فى المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (قال) فى المبسوط فإن قال كل واحد منهما ملكى سابق و أنت ملكت بعدى فلى الشفعة فلا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن لا يكون هناك بينه أو يكون مع أحدهما بينه أو مع كل واحد منهما بينه فإن لم يكن مع واحد منهما بينه فلكل واحد منهما مدع و مدعى عليه فإذا سبق أحدهما بالدعوى على صاحبه قلنا له أجب عن الدعوى فإن أجاب فقال لا يستحق على الشفعة فالقول قوله مع يمينه فإن نكل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٢٩

.....

و لم يحلف رددنا اليمين على المدعى فإذا حلف قضينا له بالشفعة و سقطت دعوى صاحبه لأنه لم يبق له ملك و إن حلف سقطت دعوى صاحبه و يقال له لك الدعوى بعد هذا فإذا ادعى بعد هذا على صاحبه نظرت فإن نكل حلف هو و سقطت دعوى صاحبه و استحق الشفعة و إن لم ينكل لكنه حلف سقطت الدعوى و كانت الدار بينهما على ما كانت انتهى و نحوه ما فى ما ذكر بعده (و لكن) قد تقدم للمصنف أنه لو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة و قد حكينا ذلك عن الشرائع و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و ظاهر هذه الكتب المذكورة سماع الدعويين معا و ثبوت اليمين لكل منهما على صاحبه و هو مناف لما هنا (و أجاب) عنه فى جامع المقاصد بعد أن حرر أن الدعويين لا تسمعان معا و أحاله على باب القضاء قال بل إن سبق أحدهما سمع منه و إن ابتداء معا سمع ممن هو على يمين صاحبه أو بالقرعة بأن المراد من قولهم هناك تحالفا أن الحاكم يسمع الدعوى من أحدهما على حسب ما تقتضيه الحال من سبق و غيره ككونه عن يمين صاحبه أو بالقرعة فإذا حلف المدعى عليه سمعت دعواه على المدعى فإذا أنكر و حلف تحقق تحالفهما فهذا هو المراد لا- التحالف المذكور فى البيع و الجعالة و الإجارة و غيرها لأن المتنازع فيه هناك شىء واحد و هو الثمن و الأجرة و كل منهما مدع و مدعى عليه بخلاف ما هنا فإن المتنازع فيه شفعة أحدهما على الآخر و شفعة الآخر عليه و هما شيان مستقلان فلا تكون الدعوى بهما واحدة فلا يمكن سماعهما دفعة بل لا بد من تقديم من يجب تقديمه ثم قال (فإن قلت) إنهما إذا أقاما بينه تساقطتا أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان و اعتبرت البيتان (قلت) المراد فيما سبق أنه إذا ادعى أحدهما أو كل منهما السبق و سمعنا دعوى كل واحد منهما فأقام بينه بالسبق أقام الآخر و هو المدعى عليه بينه أخرى بكونه السابق من غير إنشاء دعوى مستأنفة و قبل صدور الحكم و القضاء بالشفعة للمدعى فإن البينة من المدعى عليه مسموعة هنا لأن كلا منهما مدع سلطنة على ملك الآخر فله أن يدفعها عن نفسه كما سمعت بينه المشتري إذا اختلف هو و الشفيع فى الثمن مع أن الشفيع هو المدعى و كما تسمع بينه البائع إذا اختلف هو و المشتري مع بقاء العين انتهى كلامه (و هو) غير ملتئم الأطراف لأنه حرر أولاً أن الدعويين لا تسمعان فى شىء واحد أو شيئين كما هو قضية إطلاقه و رتب على ذلك أن قولهم بالتحالف هنالك أن من سبق بدعوى السبق تسمع دعواه حتى ينتهى حلف المنكر ثم يدعى المنكر ثم قال إنه غير التحالف فى البيع و الإجارة و الجعالة لأن المدعى فيه فى الثلاثة و نحوها شىء واحد بخلاف ما هنا فإنه شفعتان و قضية ذلك أن الدعويين تسمعان فى الشىء الواحد و قد نفى ذلك أولاً بإطلاقه على أن ما نحن فيه قد نقول إنه يئول إلى دعوى واحدة و شىء واحد و هو السبق و لو لحظنا فى البيع و نحوه مما قالوا فيه بالتحالف كما إذا تداعيا عينا فى يدهما ما لحظه فيما نحن فيه من أنهما شفعتان لقلنا إنهما فى البيع و العين دعويان أيضاً (سلمنا) خفاء ذلك فى البيع لكن وضوحه فى العين لا يكاد ينكر هذا يقول النصف الذى فى يدك لى و ذاك يقول بل النصف الذى فى يدك لى كما هو الشأن فى الشفعة لأن مآلها إلى أن كلا منهما يدعى النصف الذى فى يد صاحبه و قد احتجوا على تحالفهما فى العين بأن كلا- منهما مدع و منكر فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر و يتخير

القاضى فيبدأ بتحليف من يراه أو يقرع بينهما كما يستسمع على أنه فى جامع المقاصد علل تحالفهما فى باب البيع باختلافهما فى المبيع كما إذا قال بعتك العبد بمائة فقال بل الجارية بمائة أو الثمن المقتضى لتعدد الدعوى انتهى وقد فرق هنا بين الشفعة و البيع بأن الدعوى فى الشفعة ليست واحدة كالبيع ثم إنه ما زاد فيما اعترضه على نفسه على أن البيئه تسمع من المدعى عليه و لم ينف سماع الدعويين كما ذكر فى السؤال بل صرح فى أول كلامه بسماع الدعويين ثم قال إنا نسمع بيئه المدعى عليه من دون إنشاء دعوى مستأنفة فيكون مراده أنه ليس هناك دعويان و إنما هى دعوى واحدة سمعنا فيها بيئه المنكر فتأمل (و نحن نقول)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ۶، ص: ۴۳۰

و لو اختلف المتبايعان فى الثمن و أوجبا التحالف أخذه الشفيغ بما حلف عليه البائع لا بما حلف المشتري لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه (۱) فإن رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز و ملك الشفيغ أخذه بما قال المشتري (۲) فإن عاد المشتري و صدق البائع و قال كنت غالطا فهل للشفيغ أخذه بما حلف عليه الأقرب ذلك (۳)

الذى حررناه فى باب القضاء فى التحالف هو ما حرره أولا من أن الحاكم يبدأ بأحدهما على حسب ما يقتضيه الحال من سبق و غيره إلى آخر ما ذكره لكنا لم نفرق بين البيع و غيره سواء انحلت إلى دعويين كما ادعاه هنا أم لا لكن ظاهر كلام الأكثر أنه لا يحتاج إلى ذلك أى إلى أن الحاكم يسمع من أحدهما حتى تنتهى دعواه ثم يسمع من الآخر على التفصيل المذكور و هو قضية كلام المصنف فى التحرير و غيره حيث تعرضوا للبداء باليمين فيما إذا تنازعا عينا فى يدهما قال فى التحرير إن الخيرة للقاضى فيبدأ بمن يراه أو من تخرجه القرعة و جزم فى مجمع البرهان بأنه لا بد منها أى القرعة للاحتياط (و الذى) يخطر فى البال الآن هو ما أشار إليه فى المذهب من أنهما إذا بدرا معا بالدعوى تحالفا و إن سبق أحدهما بها جاء ما فى المبسوط (أو نقول) إنه إذا بدر أحدهما و قدمه القاضى فقال ملكى أسبق أو بعث بالجارية مثلا أو العين كلها لى فقال للآخر أجب عن الدعوى فقال ملكى هو الأسبق و اشتريت بالعبد أو العين كلها لى تحالفا و الخيرة فى البداء للقاضى كما فى التحرير و إن قال لا يستحق على الشفعة أو لا يستحق على الجارية أو لا يستحق على النصف الذى فى يدي حلف المنكر ثم سمع دعواه و حلف المدعى أو لا- بل فى كلام الشيخ إشارة إلى ذلك حيث قال فإن أجاب فقال لا- يستحق على الشفعة إذ قضيته أنه له أن يجيب بأن ملكى أسبق فليحظ ذلك و تظهر الفائدة فى البداء باليمين فى تعددها على المبتدى على تقدير نكول الآخر

(قوله) (و لو اختلف المتبايعان فى الثمن و أوجبا التحالف أخذه بما حلف عليه البائع لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه)

أى منع الآخذ بما قاله المشتري من فسخ البائع لأنه لا يكون حينئذ ليمين البائع و فسخه فائده و إن قرئ مجهولا صار المعنى منع البائع من الفسخ و قد تقدم الكلام فى المسألة مسبقا مشبعا

(قوله) (فإن رضى المشتري بأخذه بما قاله البائع جاز و ملك الشفيغ أخذه بما قال المشتري)

أى رضى المشتري بالزيادة التى ادعاها البائع فوق ما ادعاه المشتري جاز ذلك و إن تحالفا كما فى الحواشى قال لأن المشتري قد رضى بما قاله البائع و يأخذه الشفيغ بما ادعاه المشتري لا بما رضى به انتهى (و هو) المحكى عن كثر الفوائد و حاصله أنه لا يمنع منه كما منع فى صورة ما إذا لم يرض إذ الفائدة فى يمين البائع و فسخه موجودة (و يبقى) الكلام فى المأخوذ منه و قضية كلاميهما أنه المشتري و إن انفسخ البيع بالتحالف أو فسخه البائع لمكان رضاه بالزيادة و إن لم يرجع عن قوله و لا يحتاج إلى عقد جديد بالنسبة إلى الشفيغ لأن المشتري يملك الآخذ من البائع إذا شاء تسليم المبيع إلى الشفيغ و يكون الدررك عليه و أما أن الآخذ بما ادعاه لا بما رضى به فلمؤاخذته بقوله الذى لم يرجع عنه و اعترافه بأن البائع ظالم (و الحاصل) أنه لا منافاة بين التحالف و الآخذ من يد المشتري

بما قال (و نزل) في الإيضاح رضا المشتري في العبارة على أنه كان قبل تمام الحلف و معناه أنه رضى بعد حلفه و قبل حلف البائع و ذلك لأنه بعده يفسخ أو يفسخ فلا بد من عقد آخر فإن لم يكن كان الأخذ من البائع و بما قاله (قلت) على ما سلف لنا من أن الأخذ يتقدر بقدر الحاجة لا مانع حينئذ من أن يكون الأخذ من البائع و بما قال المشتري في دفعه إليه و هو يتمه و يدفعه إلى البائع (قوله) (فإن عاد المشتري و صدق البائع و قال كنت غالطا فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه الأقرب ذلك)

كما في الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد لقولهم (عليهم السلام) إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و قوله أى المشتري الثانى إقرار فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٣١

و لو ادعى على أحد وارثى الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل (١) فإن عفا و أعاد الشهادة لم تقبل (٢) لأنها ردت للتهمة و لو شهد ابتداء بعد العفو قبلت (٣) و لو ادعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة (٤) و لو نكل أحدهما فإن صدق الحالف الناكّل فى عدم العفو فالشفعة لهما (٥) و يأخذ الناكّل

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 ٦، ص: ٤٣١

حق الغير أى الشفيع فلا يسمع بل قال فى الأول إنه لا يحتمل عنده غيره لأنه فرض عود المشتري و تصديقه البائع قبل حلف البائع قال فيحكم عليه باعترافه بصحة البيع للشفيع أخذه حينئذ بما حلف عليه المشتري أى بما ادعاه (و وجه) غير الأقرب فيؤخذ بما قال ثانيا ثبوته بإقراره و دعواه الغلط أمر ممكن و أنه لا يدخل عليه ضرران الشفعة و نقص الثمن مع إمكان صدقه و الأصل أن لا ينقل ملك الشخص عنه إلا بقوله و فى كثر الفوائد على ما حكى و الحواشى أن فى قول المصنف بما حلف عليه مساهلة لأنه يحلف على نفى ما ادعاه البائع لا على ما يدعيه هو (و أجب) فى الإيضاح عن ذلك بأن عنوان الموضوع ليس بشرط فى الحكم لأنه يصدق كل نائم مستيقظ فى الجملة (و قال) الشارحان على قول ابن إدريس بانتفاء الشفعة مع التحالف و التفاسخ يرجح أخذه بما قاله ثانيا لأن قوله الثانى سبب ثبوت الشفعة و ثبوت الفرع ينافى نفى الأصل (و قال) فى جامع المقاصد إنه يمكن أن يقال إنه و إن كان سببا إلا أنه لا يعين الأخذ بالثمن الذى رجع إليه لعدم سماع ما يكذب إقراره (و احترز) المصنف بقوله كنت غالطا عما لو أكذب نفسه فإنه لا يسمع أصلا و هذه المسائل ساقطة على المعروف بين الأصحاب من عدم القول بالتحالف (و قال) فى الإيضاح و لم يذكروا لتحالف المشتري و الشفيع لأن الشفيع مدع لا غير و المشتري مدعى عليه لا غير فاختص بالتحليف و لأن البائع و المشتري مباشران للعقد و الاحتمال فى قولهما على السواء و الشفيع أجنبى فتصديق المباشر أولى و لرجوع كل من البائع و المشتري إلى ماله و لو تحالف الشفيع و المشتري لم يرجع الشفيع إلى شىء فلا فائدة فى تحليفه و لو اختلفا بعد قبض الثمن و أخذ الشفيع فإذا تحالفا أقرت العين فى يد الشفيع و يرجع البائع على المشتري بقيمته بعد الفسخ يوم قبضه

(قوله) (و لو ادعى على أحد وارثى الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط و التذكرة و الدروس فى مسألة الكثرة لأن ذلك يجر إليه نفعاً لأنه يستحق الأخذ للجميع إذا ثبت ذلك فيصير مدعياً و ينبغى أن يقيدوه بما إذا لم يكن عاجزا لعدم التهمة حينئذ و الضمير فى ادعى

راجع إلى المشتري

(قوله) (فإن عفا و أعاد الشهادة لم تقبل)

كما في التحرير و الدروس و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط و التذكرة لأنها ردت للتهمة فيستصحب فكان كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب و أعادها

(قوله) (و لو شهد ابتداء بعد العفو قبلت)

كما في التحرير و جامع المقاصد لعدم المانع لأنه حينئذ كالأجنبي

(قوله) (و لو ادعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و وجهه واضح

(قوله) (و لو نكل أحدهما فإن صدق الحالف الناكل فالشفعة لهما)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس (أما) الحالف فقد استحقها بيمينه (و أما) الناكل فإنه إذا صدقه الحالف على عدم العفو كان إقرارا باستحقاقه بعض ما ثبت فيكون قد أخذ بإقرار الحالف لا بيمين الحالف فلا مخالفه فيه للقاعدة القائلة بأنه لا يستحق أحد بيمين غيره و لا يحلف أحد لإثبات حق غيره و لا يرد الناكل و لا الحاكم اليمين على المشتري لأنه لا يستفيد بيمينه شيئا لأنه إذا حلف أى المشتري استحق الآخر بيمينه الشفعة كلها و لم ينتفع باليمين كما بين ذلك في المبسوط و التذكرة و الدروس فعلى هذا يسقط حقه هنا عن المشتري بمجرد نكوله نعم إن عفا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف الآن لأنه يسقط الشفعة عنه كما نبه عليه في التذكرة

(قوله) (و يأخذ الناكل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٣٢

بالتصديق لا بيمين غيره (١) و دركه على المشتري (٢) و إن كذبه أحلف الناكل له (٣) و لا يكون النكول مسقطا لأن ترك اليمين عذر على إشكال (٤) فإن نكل قضى للحالف بالجميع (٥) و إن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة و إلا أخذ الآخر بالجميع (٦) و لو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت (٧)

بالتصديق لا بيمين غيره)

كما في التذكرة (الدروس خ ل) و جامع المقاصد و هذا جواب عن سؤال مقدر تقدم بيانه

(قوله) (و دركه على المشتري)

كما في التذكرة و جامع المقاصد أى ترك ما يأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يد المشتري و إن كان سببه اعتراف الشريك الآخر لا منافاة بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالنكول و ثبوت الدرك بسبب ترتب يده على يده فاحتمال العدم لذلك ضعيف

(قوله) (و إن كذبه أحلف الناكل له)

أى إن كذب الحالف الناكل فى كونه لم يعف أحلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق الشفعة لأن دعواه استحقاق الأخذ منه غير دعواه استحقاق الأخذ من المشتري و به صرح فى الدروس و جامع المقاصد و هو قضية كلام المبسوط

(قوله) (و لا يكون النكول مسقطا لأن ترك اليمين عذر على إشكال)

ينشأ من جوازها على الصدق و كراهتها للخطر كما فى الإيضاح و نحوه ما فى الحواشى من الترغيب فى تركها و من أنه قادر على الأخذ بها لأنها جائزة قال و منشأ الإشكال هل العذر ما لا يمكن معه الفعل بحيث ترتفع القدرة أو ما هو الأصلح تركه لوجود ما يتوقع معه الضرر (قلت) كلاهما عذر بل قالوا إنه لا يجب مخالفة العادة فى المشى و إن عيادة المريض و قضاء حاجة المؤمن عذر فما ظنك

بالحلف الذي ورد المدح و الترغيب في تركه و التهيب و المذام على فعله فلا يكون تركه إلى حين إحضار البينة الحاضرة في البلد إلى مجلس الحاكم يعد تراخيا و به جزم في الدروس و هو قضية كلام المبسوط أو صريحه و في جامع المقاصد أن فيه قوة و لا ترجيح في التذكرة و الإيضاح
(قوله) (فإن نكل قضى للحالف بالجميع)

على القول بالقضاء بالنكول و على القول الآخر لا بد من رد اليمين عليه فيحلف أنه عفا و به صرح هنا في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و إن نكل قال في المبسوط صرفا و لم يكن لهما حكم عندنا و فيه تأمل لأن اليمين إذا عرضت على المدعى فنكل سقطت دعواه

(قوله) (و إن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة و إلا أخذ الآخر الجميع)

كما في المبسوط على الظاهر منه لأن ما حضرني من نسخه لا يخلو من غلط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (و معناه) أنه إن شهد أجنبي عن الشفعة بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من اليمين فإن حلف المشتري مع شاهده بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها لمكان عفو أحدهما و ثبوت عفو الآخر بالشاهد و اليمين و إن لم يعف حتى حلف المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة و هو قضية مفهوم الشرط في العبارة و نحوها و قال في جامع المقاصد و لقائل أن يقول لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف لأن الاستحقاق يرجع إلى الآخر و إن لم يكن مانعا لم يمنع هناك و في حواشي شيخنا الشهيد تكون فائدة يمينه مع الشاهد رفع درك المشهود عليه قلت يجيء مثله في صورة النكول بغير فرق انتهى (قلت) و لا فرق أيضا بينهما بعد عفو الآخر لأننا قلنا بإعادتها أو بعدمها حينئذ قلنا بهما في صورتين و الظاهر أنه لا إعادة فيهما هذا و قال الشهيد في حواشيه هذه الفروع مبنية على أن نصيب العافى لشريكه في الشفعة و قال في التذكرة إنه للمشتري قال فعلى هذا تسقط هذه الأحكام (قلت) المعروف الأول كما تقدم في فروع القول بثبوت الشفعة مع الكثرة

(قوله) (و لو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت)

كما في التذكرة و التحرير لانتفاء التهمة و في الدروس و أحد وجهي الشافية أنها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٣٣

و لو قال أحد الوارثين للمشتري شراؤك باطل و قال الآخر صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة و كذا لو قال إنما اتهمته أو ورثته و قال الآخر اشتريته (١) و لو ادعى المتبايعان غصبيه الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما و لا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم (٢) و لو أقر الشفيع و المشتري خاصة لم تثبت الشفعة و على المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه و يبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع و يدعى وجوب رد الثمن و البائع ينكرهما فيشتري الشقص منه اختيارا و يتبارءان للشفيع في الثاني الشفعة (٣)

لا- تقبل لأنه ربما توقع العود إلى العين لسبب ما (و قال) في جامع المقاصد إنه لا يخلو عن قوة و لا ترجيح فيه و في الحواشي و لو كانت قبل قبض الثمن لم تقبل كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بل في الأخير أنها لا تقبل قطعا لأنه يجر إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري فإنه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه و لا يخفى أن نحو هذا محتمل على التقدير الأول (و قد) تقدم مثله فيما إذا ادعى على شريكه الابتاع و حررنا القول في ذلك و قلنا إن هناك ضابطا يرجع إليه فليرجع إليه
(قوله) (و لو قال أحد الوارثين للمشتري شراؤك باطل و قال الآخر صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة و كذا لو قال إنما اتهمته أو ورثته و قال الآخر اشتريته)

كما نص على الأمرين في المبسوط و غيره قالوا لأنه اعترف في الموضوعين بأنه لا شفعة له

(قوله) (و لو ادعى المتبايعان غصبيه الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما و لا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم)

أما عدم نفوذه في حق الشفيع فقد صرح به في المبسوط و التحرير و الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك (و أما) أنه ينفذ في حقه أو أنه لا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم فقد صرح به فيما عدا الأولين (أما الأول) فالاتفاق الثلاثة على وقوع البيع و ذلك يقتضى الشفعة لأنه محمول على الصحيح و دعوى المتبايعين فساده لا تقبل في حق الشفيع استصحابا لما ثبت له من الحق بالبيع فيأخذ الشفيع من المشتري و يكون الدرر عليه (و أما) أنه ينفذ في حقهما فواضح فيجب دفع ذلك الثمن المعين إلى المقر له به و لا يكون النماء قبل الأخذ بالشفعة للمشتري (و أما) أنه لا يمين عليه إلا إذا ادعى عليه العلم فيحلف على نفيه لأنه حلف على نفي فعل الغير و لم يتعرض لحكم الثمن الذي يعترف به الشفيع و الواجب أن يأخذه المشتري و يدفعه إلى البائع ليأخذه معاوضة عن قيمة الشقص لزمها أنه غير مستحق لأخذه فإن بقي من الثمن بقية عن القيمة فهو مال لا يدعيه أحد فيدفعه إلى الحاكم

(قوله) (و لو أقر الشفيع و المشتري خاصة لم تثبت الشفعة و على المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه و يبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع و يدعى وجوب رد الثمن و البائع ينكرهما فيشتري الشقص منه اختيارا و يتبارءان للشفيع في الثاني الشفعة)

كما صرح بذلك كله في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (أما) عدم ثبوت الشفعة فلاعترافه بفساد البيع (و أما) أنه يجب على المشتري رد قيمة الثمن فلاعترافه بغصبيته (و قد) سبق تعلق حق البائع به و لا يقبل إقراره فيه فلا يمكن رد عينه فيضمن قيمته إن كان قيميا و مثله إن كان مثليا (و أما) وجه زعمه بأن الشقص للبائع فظاهر (و أما) أنه يدعى على البائع وجوب رد الثمن إليه فلا أنه قد دفع إلى المالك عوضه فملكه أو لأنه يريد أن يرد إلى مالكة ليسترد ماله لأنه دفعه للحيلولة و قد أشار بقوله فيشتري الشقص منه إلى آخره إلى طريق التخلص (و كيفية البيع) أن يقول إن كان هذا ملكي فقد بعته لك بكذا و لا يضر التعليق لأنه هنا من مقومات العقد لأنه معتبر في نفس الأمر إذ لا تمكن صحة البيع بدونه و ذلك لأن المشتري يعتقد أنه ليس ملكه و البائع يخشى لو لا هذه الكيفية إن يلزم بما تضمنه لفظ البيع من الإقرار بالملك المقتضى لفساد العقد الأول فإذا وقع العقد كذلك أبرأ كل منهما ذمة الآخر مما له عنده (و قال) في جامع المقاصد و ينبغي أن يقع التقاص إذا حصلت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٣٤

و لو أقر الشفيع و البائع خاصة رد البائع الثمن على المالك و ليس له مطالبة المشتري و لا شفعة (١) لو ادعى ملكا على اثنين فصدقه أحدهما فباع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة و إن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة (٢)

شرائطه و لا- يضر كون أحد العوضين للمغصوب منه بإقرار المشتري لتعذر الوصول إليه و أما أن للشفيع في البيع الثاني الشفعة فلاستجماعه الشرائط

(قوله) (و لو أقر الشفيع و البائع خاصة رد البائع الثمن على المالك و ليس له مطالبة المشتري و لا شفعة)

كما صرح بذلك في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد (أما) رد الثمن على المالك فلنفوذ إقراره فيه (و أما) أنه ليس له مطالبة المشتري بالشقص فلأن إقراره لا ينفذ عليه (و أما) أنه لا شفعة للشفيع فلاعترافه بفساد البيع و لو أقر الشفيع خاصة بطلت شفيعته و لا تنفذ في حق المتعاقدين

(قوله) (و لو ادعى ملكا على اثنين فصدقه أحدهما فباع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة و إن نفى دعواه عن نفسه فله شفعة)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و الوجه في الحكمين ظاهر (أما الأول) فلا أنه إذا نفى الملك عنه فقد نفى البيع فلا شفعة (و أما الثاني) فلحصول المقتضى لثبوتها و الحمد لله كما هو أهله و الشكر لله و الشكر طوله و صلى الله على خير خلقه أجمعين محمد و آل الطاهرين المعصومين صلوات الله عليهم ليلة الخميس الثامنة و العشرين من شهر ربيع الثاني سنة ١٢٢٣ و يتلوه بلطف الله و بركة آل الله صلى

اللّه عليهم فى المجلد الذى بعده (المقصد الثالث) فى إحياء الموات و لا قوة إلا باللّه العلى العظيم

و فى هذه السنة جاء الخارجى الذى اسمه سعود فى جمادى الآخرة من نجد بما يقرب من عشرين ألف مقاتل أو أزيد فجاءتنا النذر بأنه يريد أن يدهمنا فى النجف الأشرف غفلة فتحذرنا منه و خرجنا جميعا إلى سور البلد فأتانا ليلا فرآنا على حذر و قد أحطنا بالسور بالبندق و الأطواب فمضى إلى الحلة فراهم كذلك ثم مضى إلى مشهد الحسين عليه السلام على حين غفلة نهارا فحاصرهم حصارا شديدا فثبتوا له خلف السور و قتل منهم و قتلوا منه و رجع خائبا ثم عاث فى العراق فقتل من قتل و بقينا مدة تاركين البحث و النظر على خوف منه و وجل و لا حول و لا قوة إلا باللّه العلى العظيم و قد استولى على مكة شرفها الله تعالى و المدينة المنورة و قد تعطل الحاج ثلاث سنين و ما ندرى ما ذا يكون و لا حول و لا قوة إلا باللّه

(نقل من خط المصنف قدس سره) و قد تم بحمده تعالى طبع مجلد الأمانات الذى هو (المجلد السادس) من كتاب (مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة) للعلامة الفقيه المتبحر السيد محمد جواد العاملى المجاور بالنجف الأشرف الغروى على مشرفه السلام حيا و ميتا قدس الله روحيهما و كان الفراغ من طبعه فى أواخر شهر محرم الحرام سنة ١٣٣٣ هجرية (بالمطبعة الوطنية العلوية) الكائنة بدمشق المحمية و يليه المجلد السابع الذى طبع سابقا مع المجلد الثامن و المجلدات الخمسة الأولى بمصر القاهرة أوله (المقصد الثالث) فى إحياء الموات و سنباشر قريبا بمشيتته تعالى فى طبع المجلد التاسع و العاشر و منه تعالى نستمد التوفيق للإكمال و قد صحح هذا المجلد بتمام الدقة و كمال الضبط و قوبل على عدة نسخ مرات عديدة إلا ما زاغ عنه البصر و خرج عن قدرة البشر و ذلك بمباشرة العبد الفقير إلى عفو ربه الغنى (محسن الحسينى العاملى) نزيل دمشق الشام غفر الله ذنوبه و ستر عيوبه فأصبح هذا المجلد ممتازا فى صحته عن المجلدات السبعة المطبوعة سابقا بمصر التى لم نحضره على تصحيحها و إنما صححناها قبل الطبع و بعده و وضعنا لها الفهرست

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٦، ص: ٤٣٥

و جدول الخطأ و الصواب أما هذا المجلد فأصبح غنيا عن جدول الخطأ و الصواب سوى أن تسع كراريس (ملازم) منه طبعت فى وقت غيابنا عن دمشق و هى من ابتداء كراس ٤٤ إلى نهاية كراس ٥٢ فوق فيها أغلاط يسيرة و نقص شىء من متنها الموضوع فى أعلى الصفحات لأن الطابعين اشتباها منهم نقلوا متنها من أصل الكتاب لا من القواعد و قد تداركنا ذلك فى جدول الخطأ و الصواب و وضعنا له فهرستا جامعا يهتدى به إلى أى مسألة تطلب بأسرع من لمح البصر فأصبح هذا المجلد قليل النظير فى صحته و جودة طبعه و حسن وضعه و المسئول من كرمه تعالى أن يعوضنا على عثائنا فى تصحيحه و طبعه و إحيائه و تسهيل الانتفاع به الثواب العظيم يوم لا ينفع مال و لا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم و الملتمس ممن نظر فيه أن يذكرنى و والدى بصالح الدعاء و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله و سلم تسليما كثيرا

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيَعْلَمُهَا النَّاسُ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و

بِسَاحَةِ صَاحِبِ الزَّمَانِ (عَجَّلَ اللَّهُ تَعَالَى فَرَجَهُ الشَّرِيفَ)؛ وَ لِهَذَا سَيَسَّ مَعَ نَظَرِهِ وَ دَرَايَتِهِ، فِي سَنَةِ ١٣٤٠ هِجْرِيَّةِ الشَّمْسِيَّةِ (= ١٣٨٠ هِجْرِيَّةِ الْقَمْرِيَّةِ)، مَوْسَسَةٌ وَ طَرِيقَةٌ لَمْ يَنْطَفِئِ مِصْبَاحُهَا، بَلْ تُتَبَّعُ بِأَقْوَى وَ أَحْسَنِ مَوْقِفٍ كُلِّ يَوْمٍ.

مركز "القائمة" للتحرى الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشطته من سنة ١٣٨٥ هجريّة الشمسيّة (= ١٤٢٧ هجريّة 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: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرى الأدقّ للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعته ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيّة: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الاسلاميّة و الإيرانيّة - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيّة و مكتبيّة، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيّة، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنّة

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / "ما بين شارع" پنج رمضان " و مفترق "وفائي" / "بنايه" القائمة "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ هجريّة الشمسيّة (= ١٤٢٧ هجريّة القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنيّة: 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 الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحبَ هذا البيتِ (المُسمّى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بغيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجه الشريف) أن يُوفّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِعانتهم - في حدّ التّمكّن لكلِّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء اللهُ تعالى؛ و اللهُ وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصححان

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

