المعلّقات

على العروة الوثقىٰ

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الجزء الرابع

تأليف

آية الله محمّد علي گرامي القمّي

کتابخانه
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی
شماره ثبت: ۳۸۴۵۶
تاریخ ثبت:

هوية الكتاب

- اسم الكتاب ..... المعلقات
- المؤلّف ..... الشيخ محمّد علي گرامي القمّي
- الموضوع ..... الفقه
- الجزء ..... الرابع
- الطبعة الأولىٰ ..... عام١٤١٨ هـ. ق
- الكميّة ..... ٥٠٠ نسخة
- المطبعة ..... اعتماد ـ قم
- الصفّ الإخراج الفنّي ..... مؤسسة النورس ـ قم

التوزيع

مكتبة التوحيد

قم ـ ساحة الشهداء ـ ☎ ٧٤٢١٥١

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على ما أنعم وله الشكر على ما الهم والصلوة والسلام على نبيّه المكرم وآله المفخّم، ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربّنا انك رؤف رحيم.

وبعد فهذا هو السفر الرابع من المعلقات على رسالة العروة الوثقى للآية العظمى اليزدي(قدس سره) اقدّمها الى القرّاء الكرام بعد تجديد النظر فيها بعد مضي سنوات متمادية من كتبها وثبتها، أسأل الله تعالى صحة الانظار وسلامة الافكار وخلوص الاعمال وذخرها ليوم تشخص فيه الابصار وموقف لاينجو إلا من أتى الله تعالى بقلب سليم. واذ تمّت بهذا السفر معلقاتي فاهديها الى ولي امرنا صاحب الولاية التامّة قطب الملك والملكوت ونخبة السفراء وعالم الجبروت، بقية الله المنتظر والمدّخر لاقامة العدل وازالة الجور ونرجو القرب الى الله تعالى بهدايته وولايته فلاريب في ان من اراد الله تعالى بدء به وبآبائه الكرام ومن وحّده تسلّم التوحيد عنهم، فالتوحيد اصل وطريقه ولاية اهل بيت العصمة والطهارة عليهم السلام. ودعوى الوصول الى الواحد الاحد من غير وساطتهم والتمسك بهم كدعوى التمكن في المقصد بلا عبور الطريق نرجو التوفيق في العكوف الدائم على باب هدايتهم والتمسك بحبل ولايتهم. آمين ربّ العالمين.

قم المشرفة

محمد علي گرامي

رمضان المبارك ١٤١٨ دي ١٣٧٦


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحج

الذّي هو احد أركان الدين، ومن أوكد فرائض المسلمين، قال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حجّ البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ غير خفيّ على الناقد البصير ما في الآية الشريفة من فنون التاكيد، وضروب الحثّ والتشديد، ولا سيّما ما عرّض به تاركه من لزوم كفره وإعراضه عنه بقوله عزّ شانه: «ومن كفر فإنّ الله غنيّ عن العالمين» وعن الصادق عليه السلام في قوله عزّ من قائل: «من كان في هذه اعمى فهو في الآخرة اعمى واضلّ سبيلا» ذاك الّذي يسوّف الحجّ، يعني حجّة الاسلام حتّى ياتيه الموت. وعنه عليه السلام من مات وهو صحيح مؤسر لم يحجّ فهو ممّن قال الله تعالى: «ونحشره يوم القيامة اعمى». وعنه عليه السلام: من مات ولم يحجّ حجّة الاسلام لم يمنعه من ذلك حاجة تحجف به أو مرض لا يطيق فيه الحجّ أو سلطان يمنعه فليمت يهوديّا او نصرانيّا. وفي آخر: من سوّف الحجّ حتّى يموت بعثه الله يوم القيامة يهوديّاً او نصرانيّاً. وفي آخر: ما تخلّف رجل عن الحجّ إلّا بذنب وما يعفو الله اكثر. وعنهم عليهم السلام مستفيضاً: بني الإسلام على خمس: الصلاة والزكاة والحجّ والصوم والولاية، والحجّ فرضه ونفله عظيم فضله، خطير أجره، جزيل ثوابه، جليل جزاؤه، وكفاه ما تضمّنه من وفود العبد على سيّده، ونزوله في بيته ومحلّ ضيافته وامنه، وعلى الكريم إكرام ضيفه وإجارة الملتجئ إلى بيته، فعن الصادق عليه السلام: الحاجّ والمعتمر وفد الله إن سالوه اعطاهم، وإن دعوه أجابهم، وإن شفّعوا شفّعهم، وإن سكتوا بدأهم، ويعوّضون بالدرهم الف الف درهم. وعنه عليه السلام: الحجّ والعمرة سوقان من أسواق الآخرة اللازم لهما في ضمان الله، إن أبقاه اداه إلى عياله، وإن اماته ادخله الجنّة. وفي آخر: إن أدرك ما يامل غفر الله له، وإن قصر به اجله وقع أجره على الله عزّ وجلّ. وفي آخر: فإن مات متوجّها غفر الله له ذنوبه، وإن مات محرماً بعثه ملبّياً، وإن مات باحد الحرمين بعثه من الآمنين، وإن مات منصرفاً غفر الله له جميع ذنوبه. وفي الحديث: إنّ من الذنوب مالا يكفّره إلّا الوقوف بعرفة. وعنه عليه السلام في مرضه الّذي توفّي فيه في آخر ساعة من عمره الشريف: يا ابا ذرّ اجلس بين يدي اعقد بيدك: من ختم له بشهادة أن لا إله إلّا الله دخل الجنّة «إلى أن قال:» ومن ختم له بحجّة دخل الجنّة، ومن ختم له بعمرة دخل الجنّة... الخبر. وعنه عليه السلام وفد الله ثلاثة: الحاجّ والمعتمر والغازي دعاهم الله فاجابوه، وسالوه فاعطاهم. وسئل الصادق عليه السلام رجل في المسجد الحرام من أعظم الناس وزراً فقال: من يقف بهذين الموقفين عرفة والمزدلفة وسعى بين هذين الجبلين ثمّ طاف بهذا البيت وصلّى خلف مقام ابراهيم، ثمّ قال في نفسه وظن انّ الله لم يغفر له، فهو من أعظم الناس وزراً. وعنهم عليهم السلام: الحاجّ مغفور له وموجوب له الجنّة، ومستانف به

العمل ومحفوظ في أهله وماله، وإنّ الحجّ المبرور لا يعدله شيء ولا جزاء له إلّا الجنّة، وإنّ الحاجّ يكون كيوم ولدته امّه، وإنّه يمكث اربعة أشهر تكتب له الحسنات، ولا تكتب عليه السيّئات إلّا أن يأتي بموجبه، فإذا مضت الاربعة الاشهر خلط بالناس، وإنّ الحاجّ يصدرون على ثلاثة أصناف: صنف يعتق من النار، وصنف يخرج من ذنوبه كهيئة يوم ولدته امّه، وصنف يحفظ في أهله وماله، فذلك أدنى ما يرجع به الحاجّ، وإنّ الحاجّ إذا دخل مكّة وكّل الله به ملكين يحفظان عليه طوافه وصلاته وسعيه، فإذا وقف بعرفة ضربا منكبه الايمن، ثمّ قالا: أمّا ما مضى فقد كفيته، فانظر كيف تكون فيما تستقبل. وفي آخر: وإذا قضوا مناسكهم قيل لهم: بنيتم بنياناً فلا تنقضوه، كفيتم ما مضى فأحسنوا فيما تستقبلون. وفي آخر: إذا صلّى ركعتي طواف الفريضة ياتيه ملك فيقف عن يساره، فإذا انصرف ضرب بيده على كتفه فيقول: يا هذا أمّا ما قد مضى فقد غفر لك، وأمّا ما يستقبل فجدّ. وفي آخر: إذا أخذ الناس منازلهم بمنى نادى مناد: لو تعلمون بفناء من حللتم لايقنتم بالخلف بعد المغفرة. وفي آخر: إن أردتم أن ارضي فقد رضيت. وعن الشماليّ: قال: قال رجل لعليّ بن الحسين عليه السلام: تركت الجهاد وخشونته ولزمت الحجّ ولينه، فكان متّكئاً فجلس وقال: ويحك أما بلغك ما قال رسول الله صلى الله عليه وآله في حجّة الوداع: إنّه لمّا وقف بعرفة وهمّت الشمس ان تغيب، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يا بلال قل للناس: فلينصتوا، فلمّا انصتوا قال: إنّ ربكم تطوّل عليكم في هذا اليوم فغفر لمحسنكم، وشفّع محسنكم في مسيئكم فافيضوا مغفوراً لكم. وقال النبيّ صلى الله عليه وآله لرجل مميل فانه الحجّ والشمس منه ما به ينال أجره: لو انّ أبا قبيس لك ذهبة حمراء فانفقته في سبيل الله تعالى ما بلغت ما يبلغ الحاجّ، وقال: إنّ الحاجّ إذا اخذ في جهازه لم يرفع شيئاً ولم يضعه إلّا كتب الله له عشر حسنات، ومحى عنه عشر سيّئات، ورفع له عشر درجات، وإذا ركب بعيره لم يرفع خفّاً ولم يضعه إلّا كتب الله له مثل ذلك، فإذا طاف بالبيت خرج من ذنوبه، فإذا سعى بين الصفا والمروة خرج من ذنوبه، فإذا وقف بعرفات خرج من ذنوبه، فاذا وقف بالمشعر خرج من ذنوبه، فإذا رمى الجمار خرج من ذنوبه، قال: فعدّ رسول الله صلى الله عليه وآله كذا وكذا موقفا إذا وقفها الحاجّ خرج من ذنوبه، ثمّ قال: انّى لك ان تبلغ ما يبلغ الحاجّ. وقال الصادق عليه السلام: إنّ الحجّ افضل من عتق رقبة بلّ سبعين رقبة. بل ورد انّه: إذا طاف بالبيت وصلّى ركعتيه كتب الله له سبعين الف حسنة، وحطّ عنه سبعين الف سيّئة، ورفع له سبعين الف درجة، وشفّعه في سبعين الف حاجة، وحسب له

في الحج

تركت الجهاد وخشونته: لاريب في اهمية الدفاع أو الجهاد مع الوجوب العيني أو الكفائي مع الحاجة اذا كان تحت راية الامام العادل وبنفسي الامام المظلوم لم يمكنه عند التقية الشديدة آنذاك بيان ان الخليفة غاصب لا جهاد تحت رايته.

عتق سبعين ألف رقبة، قيمة كلّ رقبة عشرة آلاف درهم، وإنّ الدرهم فيه افضل من الفي ألف درهم فيما سواه من سبيل الله تعالى، وإنّه افضل من الصيام والجهاد والرباط، بل من كلّ شيء ما عدا الصلاة، بل في خبر آخر: إنّه افضل من الصلاة ايضاً، ولعلّه لإشتماله على فنون من الطاعات لم يشتمل عليها غيره حتّى الصلاة التي هي أجمع العبادات، او لانّ الحجّ فيه صلاة، والصلاة ليس فيها حجّ، أو لكونه اشقّ من غيره وافضل الاعمال احمزها، والاجر على قدر المشقّة. ويستحب تكرار الحجّ والعمرة وإدمانهما بقدر القدرة، فعن الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله: تابعوا بين الحجّ والعمرة فإنّهما ينفيان الفقر والذنوب، كما ينفي الكير خبث الحديد. وقال عليه السلام: حجّ تترى وعمرة تسعى يدفعن عيلة الفقر وميتة السوء. وقال عليّ بن الحسين عليه السلام: حجّوا واعتمروا تصحّ ابدانكم وتتّسع ارزاقكم، وتكفون مؤنة عيالكم. وكما يستحبّ الحجّ بنفسه كذا يستحبّ الإحجاج بماله، فعن الصادق عليه السلام انّه كان إذا لم يحجّ احجّ بعض أهله، او بعض مواليه، ويقول لنا: يا بنيّ إن استطعتم فلا يقف الناس بعرفات إلاّ وفيها من يدعولكم، فإنّ الحاج ليشفع في ولده وأهله وجيرانه. وقال عليّ ابن الحسين عليه السلام لإسحاق بن عمّار لمّا اخبره انّه موطّن على لزوم الحجّ كلّ عام بنفسه او برجل من أهله بماله: فايقن بكثرة المال والبنين، او ابشر بكثرة المال. وفي كلّ ذلك روايات مستفيضة يضيق عن حصرها المقام، ويظهر من جملة منها انّ تكرارها ثلاثاً او سنة وسنة لا إدمان، ويكره تركه للموسر في كلّ خمس سنين، وفي عدّة من الاخبار انّ من اوسع الله عليه وهو موسر ولم يحجّ في كلّ خمس، وفي رواية: اربع سنين، إنّه لمحروم. وعن الصادق عليه السلام من احجّ اربع حجج لم يصبه ضغطة القبر.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(مقدمة)

في آداب السفر ومستحبّاته لحجّ او غيره، وهي امور، «اوّلها»: ومن أوكدها الاستخارة بمعنى طلب الخير من ربّه، ومسئلة تقديره له، عند التردّد في اصل السفر او في طريقه او مطلقاً، والامر بها للسفر وكلّ امر خطير او مورد خطر مستفيض، ولا سيّما عند الحيرة والاختلاف في المشورة، وهي الدعاء لان يكون خيره فيما يستقبل امره، وهذا النوع من الاستخارة هو الاصل فيها، بل أنكر بعض العلماء ما عداها ممّا يشتمل على التفال والمشاورة بالرقاع والحصى والسبحة والبندقة وغيرها، لضعف غالب اخبارها، وإن كان العمل بها للتسامح في مثلها لا باس به ايضاً، بخلاف هذا النوع، لورود اخبار كثيرة بها في كتب اصحابنا، بل في روايات مخالفينا ايضاً عن النبيّ صلى الله عليه وآله الامر بها والحثّ عليها وعن الباقر والصادق عليهما السلام كنّا نتعلّم الاستخارة كما نتعلّم السورة من القرآن. وعن الباقر عليه السلام انّ عليّ بن الحسين عليه السلام كان يعمل به إذا همّ بامر حجّ او عمرة او بيع او شراء او عتق. بل في كثير من رواياتنا النهي عن العمل بغير استخارة، وإنّه من دخل في أمر بغير استخارة ثم ابتلي لم يؤجر، وفي كثير منها ما استخار الله عبد مؤمن إلاّ خار له، وإن وقع ما يكره، وفي بعضها: إلاّ رماه الله بخير الامرين، وفي

بعضها: استخر الله مائة مرّة ومرّة ثمّ انظر أجزم الامرين لك فافعله، فإنّ الخيرة فيه إن شاء الله تعالى، وفي بعضها: ثمّ انظر أيّ شيء يقع في قلبك فاعمل به، وليكن ذلك بعنوان المشورة من ربّه وطلب الخير من عنده، وبناء منه انّ خيره فيما يختاره الله له من أمره، ويستفاد من بعض الروايات أن يكون قبل مشورته منه سبحانه، وأن يقرنه بطلب العافية، فعن الصادق عليه السلام ولتكن استخارتك في عافية فإنّه ربما خير للرجل في قطع يده، وموت ولده، وذهاب ماله، واخصر صورة فيها ان يقول: استخير الله برحمته، او استخير الله برحمته خيرة في عافية، ثلاثاً او سبعاً أو عشراً أو خمسين او سبعين أو مائة مرّة ومرّة، والكلّ مرويّ، وفي بعضها في الامور العظام مائة، وفي الامور اليسيرة بما دونه، والمأثور من أدعيته كثيرة جداً، والاحسن تقديم تحميد وتمجيد وثناء وصلوات وتوسّل وما يحسن من الدعاء عليها، وافضلها بعد ركعتين للاستخارة أو بعد صلاة فريضة، أو في ركعات الزوال او في آخر سجدة من صلاة الفجر، او في آخر سجدة من صلاة الليل، أو في سجدة بعد المكتوبة، او عند راس الحسين عليه السلام، أو في مسجد النبيّ صلى الله عليه وآله والكلّ مرويّ، ومثلها كلّ مكان شريف قريب من الإجابة، كالمشاهد المشرّفة، أو حال أو

مقدمة... يقع في قلبك: ومن الظاهر ان ذلك حقيقة الاستخارة المرسومة (وكذا مفاد قوله عليه السلام: «انظر احزم الامرين لك فافعله»، وهذا مفاد روايات مستفيضة مضموناً راجع ١ و٤ ابواب استخارات الوسائل وينطبق هذا المعنى العام على الاستخارة المرسومة فانه فيها يقع في القلب من النظر في المصحف بعد الدعاء وطلب الخير هذا مع المستفيضة بل المتواترة اجمالاً، مضموناً في الاستخارة بالرقاع في الباب ٢ الاستخارة وبالمصحف كما في ٦/١ ولا اشكال في سنده إلّا من جهة عدم تصريح توثيق اليسع بن عبدالله القمي، وبالسبحة في الباب ٨ هذا كُلّه مع سيرة السلف الصالح في الاستخارة المرسومة ومع التجارب المتكررة في ذلك: كما في اصل تشكيل الحوزة العلمية بقم بيد المؤسس بعد استخارته بالقرآن في البقاء بقم فجاء: «واتوني باهلكم اجمعين» فارسل الى أهله في «سلطان آباد» فجاؤوا بهم واقام في قم وكما في ذهاب الشيخ الاعظم الى النجف مع انكار والدته فجاء من القرآن: ﴿لا تخافي ولا تحزني انا رادّوه اليك ...﴾ الخ وجرّبنا ذلك فوق حدّ الاحصاء، وكيف كان فالخيرة عندي تشبه المعجزات وهذه من افتخارات الشيعة والآن يراجع غير واحد من أهل السنة أيضاً الينا في ذلك ويعدّونها ملجاهم في الضرورات مع أنهم مخالفون في الاصل للاستخارة ومنكرون اشدّ الانكار ومع ذلك راجع مقدمة «التاج الجامع للاحاديث» حيث استخار بالقرآن لتاليفه. ومع ذلك

كذلك، ومن أراد تفصيل ذلك فليطلبه من مواضعه، كمفاتيح الغيب للمجلسيّ (قدس سره)، والوسائل ومستدركه، وبما ذكر من حقيقة هذا النوع من الاستخارة وأنّها محض الدعاء والتوسّل وطلب الخير وانقلاب امره إليه، وبما عرفت من عمل السجّاد عليه السلام في الحجّ والعمرة ونحوهما يعلم أنّها راجحة للعبادات ايضاً، خصوصاً عند إرادة الحجّ، ولا يتعيّن فيما يقبل التردّد والحيرة، ولكن في رواية أخرى: ليس في ترك الحجّ خيرة، ولعلّ المراد بها الخيرة لاصل الحجّ او للواجب منه.

«ثانيها»: اختيار الازمنة المختارة له من الاسبوع والشهر، فمن الاسبوع يختار السبت، وبعده الثلاثاء والخميس، والكلّ مرويّ، وعن الصادق عليه السلام من كان مسافراً فليسافر يوم السبت، فلو انّ حجراً زال عن جبل يوم السبت لردّه الله إلى مكانه. وعنهم عليهم السلام: السبت لنا، والاحد لبني أميّة. وعن النبيّ صلى الله عليه وآله: اللّهم بارك لامّتي في بكورها يوم سبتها وخميسها. ويتجنّب ما امكنه صبيحة الجمعة قبل صلاتها والاحد، فقد روي انّ له حدّاً كحدّ السيف، والاثنين فهو لبني أميّة، والاربعاء فإنّه لبني العبّاس، خصوصاً آخر اربعاء من الشهر، فإنّه يوم نحس مستمرّ، وفي رواية ترخيص السفر يوم الاثنين مع قراءة سورة هل أتى في اوّل ركعة من غداته، فإنّه يقيه الله به من شرّ يوم الاثنين، وورد ايضاً اختيار

فالعجب من بعض الفضلاء حيث يستشكلون وأعجب من ذلك ان بعضهم جعلها كالكهانة وليس ذلك إلّا من سوء الفهم وعدم الوصل الى مرام اهل بيت العصمة عليهم السلام، فهل الكهانة طلب الفهم من الله تعالى؟! وياحسرتي على بعض خواص الشيعة حيث يهدمون ما بنى لهم ائمّتهم عليهم السلام هذا وليعلم الفرق بين التفوّل والاستخارة فان الاول صرف تحقيق المآل ولو لغير العمل بل ولو لم يكن موقع للعمل فهو نوع من استخبار المغيبات وقد نهى عن التفوّل بالقرآن بخلاف الثاني فهو طلب الخير وتحقيقه ليعمله فهو دستور العمل وكان الماتن خلط بين الامرين وايضاً قد عرفت ان الاستخارة من مصاديق ما ورد مستفيضاً من طلب الخير ثم العمل بما يقع في القلب هذا مع ورود روايات دالة عليها بالمطابقة نعم هي غير معتبرة لكن العمل سيرة عليها. فلا نحتاج الى التمسك بقاعدة التسامح مع عدم ثبوت الاستحباب أو الكراهة بها وانما الثابت صرف الثواب).

ومستدركه: وراجع رسالة الاستخارة من القرآن المجيد تأليف الميرزا أبي المعالي الكلباسي الاصفهاني (قدس سره).

والكل مروي: ولكن بعضها لم يرد بطريق معتبر فليراعى رجاءً، وكذا بعض ما يذكرها من الامور بعد ذلك.

يوم الاثنين وحملت على التقيّة وليتجنبّ السفر من الشهر والقمر في المحاق، أو في برج العقرب أو صورته، فعن الصادق عليه السلام من سافر أو تزوّج والقمر في العقرب لم ير الحسنى. وقد عدّ أيّام من كلّ شهر وأيّام من الشهر منحوسة يتوقّى من السفر فيها، ومن ابتداء كلّ عمل بها، وحيث لم نظفر بدليل صالح عليه لم يهمّنا التعرّض لها، وإن كان التجنّب منها ومن كلّ ما يتطيّر بها اولى، ولم يعلم أيضاً أنّ المراد بها شهور الفرس او العربيّة، وقد يوجّه كلّ بوجه غير وجيه، وعلى كلّ حال فعلاجها لدى الحاجة بالتوكّل والمضي، خلافاً على أهل الطيرة، فعن النبي صلى الله عليه وآله: كفّارة الطيرة التوكّل. وعن أبي الحسن الثاني عليه السلام: من خرج يوم الاربعاء لا يدور خلافاً على أهل الطيرة وقي من كلّ آفة، وعوفي من كلّ عاهة وقضى الله حاجته، وله أن يعالج نحوسة ما نحس من الأيّام بالصدقة، فعن الصادق عليه السلام: تصدّق واخرج أيّ يوم شئت، وكذا يفعل أيضاً لو عارضه في طريقه ما يتطيّر به الناس، ووجد في نفسه من ذلك شيئاً، وليقل حينئذ: «اعتصمت بك يا ربّ من شرّ ما أجد في نفسي فاعصمني» وليتوكّل على الله وليمض خلافاً لاهل الطيرة. ويستحبّ اختيار آخر الليل للسير، ويكره اوّله، ففي الخبر: الارض تطوى من آخر الليل. وفي آخر: وإيّاك والسير في اوّل الليل وسر في آخره.

ثالثها: وهو اهمّها، التصدّق بشيء عند افتتاح سفره، ويستحبّ كونها عند وضع الرجل في الركاب خصوصاً إذا صادف المنحوسة او المتطيّر بها من الأيّام والاحوال، ففي المستفيضة: رفع نحوستها بها، وليشتري السلامة من الله بما يتيسّر له، ويستحبّ أن يقول عند التصدّق: «اللّهمّ إنّي اشتريت بهذه الصدقة سلامة سفري، اللّهمّ احفظني واحفظ ما معي، وسلّمني وسلّم ما معي، وبلّغني وبلّغ ما معي ببلاغك الحسن الجميل».

رابعها: الوصيّة عند الخروج لاسيّما بالحقوق الواجبة.

خامسها: توديع العيال بأن يجعلهم وديعة عند ربّه، ويجعله خليفة عليهم، وذلك بعد ركعتين أو اربع يركعها عند إرادة الخروج، ويقول: «اللّهمّ إنّي استودعك نفسي وأهلي ومالي وذرّيتي ودنياي وآخرتي وأمانتي وخاتمة عملي» فعن الصادق عليه السلام: ما استخلف رجل على أهله بخلافة افضل منها، ولم يدع بذلك الدعاء إلّا اعطاه الله عزّ وجلّ ما سال.

سادسها: إعلام إخوانه بسفره، فعن النبيّ صلى الله عليه وآله: حقّ على المسلم إذا اراد سفراً أن يعلم إخوانه، وحقّ على إخوانه إذا قدم أن يأتوه.

«**سابعها**»: العمل بالمأثورات من قراءة السور والآيات والادعية عند باب داره، وذكر الله والتسمية والتحميد وشكره عند الركوب، والاستواء على الظهر، والإشراف والنزول، وكلّ انتقال وتبدّل حال، فعن الصادق عليه السلام: كان رسول الله صلى الله عليه وآله في سفره إذا هبط سبّح، وإذا صعد كبّر. وعن النبيّ صلى الله عليه وآله من ركب وسمّى ردفه ملك يحفظه، ومن ركب ولم يسمّ ردفه شيطان يمنّيه حتّى ينزل.

«**ومنها**» قراءة القدر للسلامة حين يسافر، او يخرج من منزله، أو يركب دابّته، وآية الكرسيّ

والسخرة والمعوّذتين والتوحيد والفاتحة والتسمية وذكر الله في كلّ حال من الاحوال.

«ومنها» ما عن ابي الحسن عليه السلام انّه يقوم على باب داره تلقاء ما يتوجّه له، ويقرأ الحمد والمعوّذتين والتوحيد وآية الكرسيّ امامه وعن يمينه وعن شماله، ويقول: «اللّهمّ احفظني واحفظ ما معي وبلّغني وبلّغ ما معي ببلاغك الحسن الجميل» يحفظ ويبلغ ويسلم هو وما معه.

«ومنها» ما عن الرضا عليه السلام: إذا خرجت من منزلك في سفر أو حضر، فقل: «بسم الله وبالله توكّلت على الله، ما شاء الله لا حول ولا قوّة إلا بالله» تضرب به الملائكة وجوه الشياطين، وتقول: ما سبيلكم عليه وقد سمّى الله وآمن به وتوكّل عليه.

«ومنها» ما كان الصادق عليه السلام يقول إذا وضع رجله في الركاب: «سبحان الّذي سخّر لنا هذا وما كنّا له مقرنين» ويسبّح الله سبعاً، ويحمده سبعاً، ويهلّله سبعاً، وعن زين العابدين عليه السلام: انّه لو حجّ رجل ماشياً وقرأ إنّا انزلناه في ليلة القدر ما وجد الم المشي. وقال: ما قراه احد حين يركب دابّته إلا نزل منها سالماً مغفوراً له، ولقاريها أثقل على الدوابّ من الحديد. وعن ابي جعفر عليه السلام لو كان شيء يسبق القدر لقلت: قارئ إنّا انزلناه في ليلة القدر حين يسافر، او يخرج من منزله، والمتكفلّ لبقية المأثور منها على كثرتها، الكتب المعدة لها. وفي وصيّة النبيّ صلى الله عليه وآله: يا عليّ إذا اردت مدينة او قرية فقل حين تعاينها: اللّهمّ إنّي اسالك خيرها، واعوذبك من شرّها، اللّهمّ حبّبنا إلى اهلها، وحبّب صالحي اهلها إلينا. وعنه صلى الله عليه وآله: يا عليّ إذا نزلت منزلاً فقل: اللّهمّ انزلني منزلاً مباركاً وانت خير المنزلين ترزق خيره ويدفع عنك شرّه، وينبغي له زيادة الاعتماد والانقطاع إلى الله سبحانه، وقراءة ما يتعلّق بالحفظ من الآيات والدعوات وقراءة ما يناسب ذلك كقوله تعالى: «كلّا إنّ معي ربّي سيهدين» وقوله تعالى: «إذ يقول لصاحبه لا تحزن إنّ الله معنا» ودعاء التوجّه، وكلمات الفرج ونحو ذلك، وعن النبيّ صلى الله عليه وآله يسبّح تسبيح الزهراء، ويقرأ آية الكرسيّ عندما ياخذ مضجعه في السفر، يكون محفوظاً من كلّ شيء حتّى يصبح.

«ثامنها»: التحنّك بإدارة طرف العمامة تحت حنكه، ففي المستفيضة عن الصادق والكاظم عليهما السلام: الضمان لمن خرج من بيته معتمّاً تحت حنكه أن يرجع إليه سالماً، وأن لا يصيبه السرق ولا الغرق ولا الحرق.

تاسعها: استصحاب عصا من اللوز المرّ، فعنه: من أراد ان تطوى له الارض فليتّخذ النقد من العصا، والنقد: عصا لوز مرّ، وفيه نفي للفقر، وامان من الوحشة والضواري وذوات الحمّة، وليصحب شيئاً من طين الحسين عليه السلام ليكون له شفاء من كلّ داء وامانا من كلّ خوف، ويستصحب خاتماً من عقيق اصفر مكتوب على احد جانبيه: «ما شاء الله لا قوّة إلا بالله، استغفر الله» وعلى الجانب الآخر: «محمّد وعليّ» وخاتماً من فيروزج مكتوب على احد جانبيه: «الله الملك» وعلى الجانب الآخر: «الملك لله الواحد القهّار».

السرق ولا الغرق: (وبهذا يعلم عدم صحة ما قاله الفيض (قدس سره) من ان اصرار الادلة على تحت الحنك لتميز المسلم عن الكافر في الصدر الاول فلا يهدر دمه).

عاشرها: اتّخاذ الرفقة في السفر، ففي المستفيضة الامر بها، والنهي الاكيد عن الوحدة، ففي وصيّة النبيّ ﷺ لعليّ عليه السلام لا تخرج في سفر وحدك، فإنّ الشيطان مع الواحد، وهو من الاثنين أبعد، ولعن ثلاثة: الآكل زاده وحده، والنائم في بيت وحده، والراكب في الفلاة وحده، وقال: شرّ الناس من سافر وحده، ومنع رفده، وضرب عبده. واحبّ الصحابة إلى الله اربعة، وما زاد على سبعة إلّا كثر لغطهم، أي تشاجرهم، ومن اضطرّ إلى السفر وحده فليقل: «ما شاء الله لا حول ولا قوّة إلّا بالله، اللّهمّ آمن وحشتي، واعنّي على وحدتي، وادّ غيبتي» وينبغي أن يرافق مثله في الانفاق، ويكره مصاحبته دونه او فوقه في ذلك، وان يصحب من يتزيّن به، ولا يصحب من يكون زينته له، ويستحبّ معاونة أصحابه وخدمتهم، وعدم الاختلاف معهم، وترك التقدّم على رفيقه في الطريق.

الحادي عشر: استصحاب السفرة والتنوّق فيها، وتطييب الزاد والتوسعة فيه، لا سيّما في سفر الحجّ، وعن الصادق عليه السلام «إنّ من المروّة في السفر كثرة الزاد وطيبه، وبذله لمن كان معك» نعم يكره التنوّق في سفر زيارة الحسين عليه السلام بل يقتصر فيه على الخبز واللبن لمن قرب من مشهده، كاهل العراق، لا مطلقاً في الاظهر، فعن الصادق عليه السلام بلغني انّ قوماً إذا زاروا الحسين عليه السلام حملوا معهم السفرة فيها الجداء والاخبصة واشباهه، ولو زاروا قبور آبائهم ما حملوا معهم هذا وفي آخر: تالله إنّ أحدكم ليذهب إلى قبر ابيه كئيباً حزيناً، وتاتونه انتم بالسفر، كز حتّى تاتونه شعثاً غبراً.

الثاني عشر: حسن التخلّق مع صحبه ورفقته، فعن الباقر عليه السلام: «ما يعبأ بمن يؤمّ هذا البيت إذا لم يكن فيه ثلاث خصال: خلق يخالق به من صحبه أو حلم يملك به غضبه، أو ورع يحجزه عن معاصي الله» وفي المستفيضة: «المروّة في السفر بذل الزاد، وحسن الخلق والمزاح في غير المعاصي وفي بعضها: «قلّة الخلاف على من صحبك، وترك الرواية عليهم إذا انت فارقتهم» وعن الصادق عليه السلام «ليس من المروّة ان يحدث الرجل بما ينّفق في السفر من خير أو شرّ» وعنه عليه السلام: «وطّن نفسك على حسن الصحابة لمن صحبت في حسن خلقك، وكفّ لسانك، واكظم غيظك، واقلّ لغوك، وتفرش عفوك، وتسخي نفسك».

الثالث عشر: استصحاب جميع ما يحتاج إليه من السلاح والآلات والادوية، كما في ذيل ما يأتي من وصايا لقمان لابنه وليعمل بجميع ما في تلك الوصيّة.

الرابع عشر: إقامة رفقاء المريض لاجله ثلاثاً، فعن النبيّ ﷺ: إذا كنت في سفر ومرض أحدكم فاقيموا عليه ثلاثة أيّام، وعن الصادق عليه السلام: حقّ المسافر ان يقيم عليه أصحابه إذا مرض ثلاثاً.

الخامس عشر: رعاية حقوق دابّته، فعن الصادق عليه السلام قال رسول الله ﷺ: للدابّة على صاحبها خصال: يبدأ بعلفها إذا نزل ويعرض عليها الماء إذا مرّ به، ولا يضرب وجهها فإنّها تسبّح بحمد ربّها، ولا يقف على ظهرها إلّا في سبيل الله، ولا يحمّلها فوق طاقتها، ولا يكلّفها من المشي إلّا ما تطيق. وفي آخر: ولا تتورّكوا على الدوابّ، ولا تتّخذوا ظهورها مجالس. وفي آخر: «ولا يضربها على

النفار، ويضربها على العثار، فإنّها ترى مالا ترون» ويكره التعرّس على ظهر الطريق، والنزول في بطون الاودية، والإسراع في السير، وجعل المنزلين منزلاً إلاّ في أرض جدبة، وان يطرق اهله ليلاً حتّى يعلمهم، ويستحبّ إسراع عوده إليهم، وان يستصحب هديّة لهم إذا رجع إليهم، وعن الصادق عليه السلام: «إذا سافر أحدكم فقدم من سفره فليات اهله بما تيسّر ولو بحجر» الخبر، ويكره ركوب البحر في هيجانه، وعن ابي جعفر عليه السلام: إذا اضطرب بك البحر فاتّكأ على جانبك الايمن، وقل: «بسم الله اسكن بسكينة الله، وقرّ بقرار الله واهدأ بإذن الله ولا حول ولا قوّة إلاّ بالله» وليناد إذا ضلّ في طريق البرّ: «يا صالح يا أبا صالح ارشدونا رحمكم الله» وفي طريق البحر: «ياحمزة، وإذا بات في ارض قفر فليقل: «إنّ ربّكم الله الّذي خلق السماوات والارض» إلى قوله: «تبارك الله ربّ العالمين» وينبغي للماشي أن ينسل في مشيه، اي يسرع، فعن الصادق عليه السلام: «سيروا وانسلوا فإنّه أخفّ عنكم» وجاءت المشاة إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فشكوا إليه الإعياء، فقال: عليكم بالنسلان، ففعلوا فذهب عنهم الإعياء. وان يقرأ سورة القدر لئلّ يجد الم المشي كما مرّ عن السجاد عليه السلام، وعن رسول الله صلى الله عليه وآله: «زاد المسافر الحذا والشعر ما كان منه ليس فيه خناء» وفي نسخة «جفاء» وفي أخرى «حنان» وليختر وقت النزول من بقاع الارض احسنها لوناً، وألينها تربة، وأكثرها عشباً، هذه جملة ما على المسافر، وامّا اهله ورفقته فيستحبّ لهم تشييع المسافر وتوديعه وإعانته والدعاء له بالسهولة والسلامة، وقضاء المآرب عند وداعه، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من اعان مؤمناً مسافراً فرّج الله عنه ثلاثاً وسبعين كربة، واجاره في الدنيا والآخرة من الغمّ والهم، ونفّس كربه العظيم يوم يعضّ الناس بانفاسهم» وكان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا ودّع المؤمنين قال: «زوّدكم الله التقوى، ووجّهكم إلى كلّ خير، وقضى لكم كلّ حاجة وسلّم لكم دينكم ودنياكم، وردّكم سالمين إلى سالمين» وفي آخر: «كان إذا ودّع مسافراً اخذ بيده ثمّ قال: أحسن لك الصحابة، واكمل لك المعونة، وسهّل لك الحزونة، وقرّب لك البعيد، وكفاك المهمّ، وحفظ لك دينك وامانتك وخواتيم عملك، ووجّهك لكلّ خير، عليك بتقوى الله، استودع الله نفسك، سر على بركة الله عزّ وجلّ» وينبغي ان يقرأ في اذنه: «إنّ الذي فرض عليك القرآن لرادّك إلى معاد إن شاء الله» ثمّ يؤذن خلفه وليقم كما هو المشهور عملاً، وينبغي رعاية حقّه في اهله وعياله وحسن الخلافة فيهم، لا سيّما مسافر الحجّ، فعن الباقر عليه السلام: «من خلف حاجّاً بخير كان له كاجره كانّه يستلم الاحجار» وان يوقّر القادم من الحج، فعن الباقر عليه السلام: «وقّروا الحاجّ والمعتمر فإنّ ذلك واجب عليكم» وكان عليّ بن الحسين عليه السلام يقول: «يا معشر من لم يحجّ استبشروا بالحاجّ وصافحوهم وعظّموهم، فإنّ ذلك يجب عليكم تشاركوهم في الاجر» وكان رسول الله صلى الله عليه وآله يقول للقادم من مكّة: «قبل الله منك، واخلف عليك نفقتك، وغفر ذنبك».

ولنتبرّك بختم المقام بخير خبر تكفّل مكارم اخلاق السفر بل والحضر، فعن الصادق عليه السلام قال: «قال لقمان لابنه: يا بنيّ إذا سافرت مع قوم فاكثر استشارتهم في أمرك وأمورهم واكثر التبسّم في وجوههم، وكن كريماً على زادك، وإذا دعوك فاجبهم، وإذا استعانوا بك فاعنهم، واستعمل طول

الصمت، وكثرة الصلاة، وسخاء النفس بما معك من دابّة أو ماء أو زاد، وإذا استشهدوك على الحقّ فاشهد لهم واجهد رأيك لهم إذا استشاروك، ثمّ لا تعزم حتّى تثبّت وتنظر، ولا تجب في مشورة حتّى تقوم فيها وتقعد وتنام وتأكل وتضع وأنت مستعمل فكرتك وحكمتك في مشورتك، فإنّ من لم يمحّض النصح لمن استشاره سلبه الله رأيه، ونزع منه الأمانة، وإذا رأيت أصحابك يمشون فامش معهم، وإذا رأيتهم يعملون فاعمل معهم، فإذا تصدّقوا أو أعطوا قرضاً فأعط معهم، واسمع لمن هو أكبر منك سنّاً، وإذا أمروك بأمر وسألوك شيئاً فقل: نعم، ولا تقل: لا، فإنّها عيٌّ ولؤم، وإذا تحيّرتم في الطريق فانزلوا وإذا شككتم في القصد فقفوا أو تؤامروا، وإذا رأيتم شخصاً واحداً فلا تسألوه عن طريقكم ولا تسترشدوه، فإنّ الشخص الواحد في الفلاة مريب، لعلّه يكون عين اللصوص، أو يكون هو الشيطان الّذي حيّركم، واحذروا الشخصين أيضاً إلّا أن ترون مالا أرى، فإنّ العاقل إذا أبصر بعينه شيئاً عرف الحقّ منه، والشاهد يرى ما لا يرى الغائب، يا بني: إذا جاء وقت الصلاة فلا تؤخرها لشيء، صلّها واسترح منها، فإنّها دين، وصلّ في جماعة ولو على رأس زجّ، ولا تنامنّ على دابّتك، فإنّ ذلك سريع في دبرها، وليس ذلك من فعل الحكماء إلّا أن تكون في محمل يمكنك التمدّد لاسترخاء المفاصل، وإذا قربت من المنزل فانزل عن دابّتك وابدأ بعلفها، فإنّها نفسك، وإذا أردتم النزول فعليكم من بقاع الأرض بأحسنها لوناً، وألينها تربة، وأكثرها عشباً، وإذا نزلت فصلّ ركعتين قبل أن تجلس، وإذا أردت قضاء حاجتك فأبعد المذهب في الارض، وإذا ارتحلت فصلّ ركعتين، ثمّ ودّع الارض الّتي حللت بها، وسلّم عليها وعلى أهلها، فإنّ لكلّ بقعة أهلاً من الملائكة، فإن استطعت أن لا تأكل طعاماً حتّى تبدأ وتصدّق منه فافعل، وعليك بقراءة كتاب الله مادمت راكباً، وعليك بالتسبيح مادمت عاملاً عملاً، وعليك بالدعاء ما دمت خالياً، وإيّاك والسير في أوّل الليل، وسر في آخره، وإيّاك ورفع الصوت، يا بنيَّ سافر بسيفك وخفّك وعمامتك وحبالك وسقائك وخيوطك ومخرزك، وتزوّد معك من الادوية فانتفع به أنت ومن معك، وكن لاصحابك موافقاً إلّا في معصية الله عزّ وجل». هذا ما يتعلّق بكلّي السفر، ويختصّ سفر الحجّ بامور أُخر:

«منها» اختيار المشي فيه على الركوب على الارجح بل الحفاء على الانتعال إلّا أن يضعفه عن العبادة، أو كان لمجرّد تقليل النفقه، وعليهما يحمل ما يستظهر منها أفضليّة الركوب.

وروي ما تقرّب العبد إلى الله عزّ وجلّ بشيء أحبّ إليه من المشي إلى بيته الحرام على القدمين وإنّ الحجّة الواحدة تعدل سبعين حجّة، وما عبد الله بشيء مثل الصمت والمشي إلى بيته.

«ومنها»: أن تكون نفقة الحجّ والعمرة حلالاً طيّباً، فعنهم عليهم السلام إنّا أهل بيت حجّ صرورتنا ومهور نسائنا وأكفاننا من طهور أموالنا. وعنهم عليهم السلام: من حجّ بمال حرام نودي عند التلبية: لا لبّيك عبدي ولا سعديك، وعن الباقر عليه السلام: من أصاب مالاً من أربع لم يقبل منه في أربع: من أصاب مالاً من غلول أو رياء أو خيانة أو سرقة لم يقبل منه في زكاة ولا صدقة ولا حجّ ولا عمرة.

«ومنها»: استحباب نيّة العود إلى الحجّ عند الخروج من مكّة، وكراهة نيّة عدم العود، فعن النبيّ ﷺ من رجع من مكّة وهو ينوي الحجّ من قابل زيد في عمره، ومن خرج من مكّة ولا يريد العود إليها فقد اقترب أجله ودنا عذابه وعن الصادق عليه السلام مثله مستفيضاً، وقال لعيسى ابن أبي منصور: يا عيسى إنّي أحبّ أن يراك الله فيما بين الحجّ إلى الحجّ وأنت تتهيّأ للحجّ.

«ومنها»: أن لا يخرج من الحرمين الشريفين بعد ارتفاع النهار إلّا بعد اداء الفرضين بهما.

«ومنها»: البدءة بزيارة النبيّ ﷺ لمن حجّ على طريق العراق.

«ومنها»: أن لا يحجّ ولا يعتمر على الإبل الجلّالة، ولكن لا يبعد اختصاص الكراهة باداء المناسك عليها، ولا يسري إلى ما يسار عليها من البلاد البعيدة في الطريق، ومن أهمّ ما ينبغي رعايته في هذا السفر احتسابه من سفر آخرته بالمحافظة على تصحيح النيّة، وإخلاص السريرة، واداء حقيقة القربة، والتجنّب عن الرياء والتجرّد عن حبّ المدح والثناء، وأن لا يجعل سفره هذا على ما عليه كثير من مترفي عصرنا من جعله وسيلة للرفعة والافتخار، بل وصلة إلى التجارة والانتشار ومشاهدة البلدان وتصفّح الامصار، وان يراعي اسراره الخفيّة ودقائقه الجليّة كما يفصح عن ذلك ما اشار إليه بعض الاعلام: انّ الله تعالى سنّ الحجّ ووضعه على عباده إظهاراً لجلاله وكبريائه، وعلوّ شانه وعظم سلطانه، وإعلاناً لرقّ الناس وعبوديّتهم وذلّهم واستكانتهم، وقد عاملهم في ذلك معاملة السلاطين لرعاياهم، والمزك لمماليكهم، يستذلّونهم بالوقوف على باب بعد باب واللبث في حجاب بعد حجاب، وإنّ الله تعالى قد شرّف البيت الحرام واضافه إلى نفسه، واصطفاه لقدسه، وجعله قياماً للعباد، ومقصداً يؤمّ من جميع البلاد، وجعل ما حوله حرماً، وجعل الحرم آمناً، وجعل فيه ميداناً ومجالاً وجعل له في الحلّ شبيهاً ومثالاً، فوضعه على مثال حضرة الملوك والسلاطين، ثمّ اذّن في الناس بالحجّ ليأتوه رجالاً وركبانا من كلّ فجّ، وامرهم بالإحرام وتغيير الهيئة واللباس شعثاً غبراً متواضعين مستكينين، رافعين أصواتهم بالتلبية، وإجابة الدعوة، حتّى إذا أتوه كذلك حجبهم عن الدخول، واوقفهم في حجبه يدعونه ويتضرّعون إليه حتّى إذا طال تضرّعهم واستكانتهم ورجموا شياطينهم بجمارهم، وخلعوا طاعة الشيطان من رقابهم أذن لهم بتقريب قربانهم وقضاء تفثهم، وليطهروا من الذنوب الّتي كانت هي الحجاب بينهم وبينه، وليزوروا البيت على طهارة منهم، ثمّ يعيدهم فيه بما يظهر معه كمال الرقّ وكنه العبوديّة، فجعلهم تارة يطوفون فيه، ويتعلّقون باستاره، ويلوذون باركانه، وأخرى يسعون بين يديه مشياً وعدواً، ليتبيّن لهم عزّ الربوبيّة، وذلّ العبوديّة، وليعرفوا انفسهم، ويضع الكبر من رؤسهم، ويجعل نير الخضوع في اعناقهم، ويستشعروا شعار المذلّة، وينزعوا ملابس الفخر والعزّة، وهذا من أعظم فوائد الحجّ، مضافاً إلى ما فيه من التذكّر بالإحرام والوقوف في المشاعر العظام لاحوال المحشر، واهوال يوم القيامة، إذ الحجّ هو الحشر الأصغر، وإحرام الناس وتلبيتهم وحشرهم إلى المواقف ووقوفهم بها والهين متضرّعين راجعين إلى الفلاح أو الخيبة والشقاء أشبه شيء بخروج الناس من أجداثهم،

وتوشّحهم باكفانهم، واستغاثتهم من ذنوبهم، وحشرهم إلى صعيد واحد إلى نعيم أو عذاب أليم، بل حركات الحاجّ في طوافهم وسعيهم ورجوعهم وعودهم يشبه أطوار الخائف الوجل المضطرب المدهوش الطالب ملجأ ومفزعاً نحو أهل المحشر في أحوالهم وأطوارهم، فبحلول هذه المشاعر والجبال والشعب والتلا ولدى وقوفه بمواقفه العظام يهون ما بامامه من أهوال يوم القيامة من عظائم يوم المحشر وشدائد النشر، عصمنا الله وجميع المؤمنين، ورزقنا فوزه يوم الدين، آمين ربّ العالمين.

(١ ـ فصل)

من أركان الدين الحجّ، وهو واجب على كلّ من استجمع الشرائط الآتية من الرجال والنساء والخناثى بالكتاب والسنّة والإجماع من جميع المسلمين، بل بالضرورة، ومنكره في سلك الكافرين وتاركه عمداً مستخفاً به بمنزلتهم، وتركه من غير استخفاف من الكبائر، ولا يجب في اصل الشرع إلا مرّة واحدة في تمام العمر، وهو المسمّى بحجّة الإسلام، اي الحجّ الّذي بني عليه الإسلام، مثل الصلاة

فصل ١

والخناثى: والممسوحين.

في سلك الكافرين: مع العلم بحكمه والالتفات اليه كما مرّ واوضحناه في الطهارة وهنا في التعليقة المفصّلة على حجّ العروة.

وخلاصته ان ملاك الكفر على نحو العموم ما ذكرنا في الطّهارة وهو انكار احدى الشّهادتين، قيل: والمعاد. واما الحج فلا خصوصية لإنكاره، واما قوله تعالى: ﴿ومن كفر فان الله غني عن العالمين﴾(٩٧/ آل عمران) حيث عبر عن الترك بالكفر اي تركه كفر، فنقول: ان الكفر هنا لعله بمعنى الستر اللغوي اي لم يعتن بحكم الحج وستره في قلبه أو لم يؤمن بالحج او بمعنى الستر العملي أي لم يهيّئ اسبابه أو لم يوجد الحج فانه ستر كما في صحيح ٢/ ٧ وجوب الحج: ... كفر: يعني تركش ويحتمل الكفران قبال الشكر، واما صحيح ١/ ٢ وجوب الحج: قلت فمن لم يحج منّا فقد كفر قال: لا ولكن من قال ليس هذا هكذا فقد كفر» فليس المراد كفر من نفي وجوب الحج بل نفي القرآن والنبي ﷺ حيث ان الجملة بعد قراءة الامام عليه السلام آية الحج.

مستخفاً به: الاستخفاف به بل بكل حكم الهي مذموم ولكن لا دليل على كونه بمنزلة الكفر (الاستخفاف مذموم حتى في نفي نجاسة النجاسات ـ كما في ٢/ ٥

الماء المضاف ـ النهي عن استخفاف نجاسة الفارة الميتة الواقعة في السمن، وحيث ان والصوم والخمس والزكاة، وما نقل عن الصدوق في العلل من وجوبه على اهل الجدة كلّ عام على فرض ثبوته شاذّ مخالف للاجماع والاخبار، ولا بدّ من حمله على بعض المحامل، كالاخبار الواردة بهذا المضمون من إرادة الاستحباب المؤكّد، او الوجوب على البدل بمعنى انّه يجب عليه في عامه، وإذا تركه ففي العام الثاني وهكذا، ويمكن حملها على الوجوب الكفائيّ، فإنّه لا يبعد وجوب الحجّ كفاية على كلّ أحد في كلّ عام إذا كان متمكّناً بحيث لا تبقى مكّة خالية عن الحجّاج، لجملة من الاخبار الدالّة على انّه لا يجوز تعطيل الكعبة عن الحجّ، والاخبار الدالّة على انّ على الإمام كما في بعضها وعلى الوالي كما في آخر أن يجبر الناس على الحجّ والمقام في مكّة، وزيارة الرسول ﷺ، والمقام عنده، وانّه إن لم يكن لهم مال انفق عليهم من بيت المال.

الماء المضاف ـ النهي عن استخفاف نجاسة الفارة الميتة الواقعة في السمن، لكونه استخفافاً بالدين. ترك الحج كبيرة كما في الباب ٤٦ جهاد النفس، فالاستخفاف ايضاً كبيرة فانه مع الترك يكون مصداق هذه الروايات واما فعله مع الاستخفاف ـ ان تصور ذلك ـ فلعله ايضاً كبيرة لثبوت الويل للمصلي الساهي عن صلاته لو كان المراد بالسهو هو الاستخفاف، والحج في عداد الصلاة مما بنى عليه الاسلام. واما استخفاف سائر الوظائف فلا دليل على كونه كبيرة خلافاً للشاهرودي (قدس سره) فيما يأتي).

الوجوب الكفائي: هو وان كان ثابتاً لكنه لا يختص بالمستطيعين (ويحتمل قوياً رجوع قيد كل عام الى أهل الجدة أي يجب على مستطيعي كل عام اذ كل عام يحصل مستطيعون جديدون باكتسابهم الأموال واحتمل الشيخ (قدس سره) الحمل على الاستحباب لكن خلاف ظاهر قوله ﷺ: فرض الحج على اهل الجدة في كلّ عام. وذلك قول الله عزّوجلّ ﴿ولله ...﴾ الخ، فراجع الحديث ١/ ٢ وجوب الحج، وكذلك حمله على ارادة الوجوب على البدل بحسب السنوات أي لو لم يفعل في هذه السنة فبعدها، إذ الوجوب البدلي بهذا المعنى لا يختص بالحج لوجوب الاداء أو قضاء كل واجب، واما الوجوب الكفائي الذي قاله في الوسائل مستشهداً بروايات الباب٤ وجوب الحج ففيه: ان هذا الوجوب لا يختص باهل الجدة والثروة وايضاً الوجوب الكفائي يختص بمن به الكفاية لا على كل اهل الجدة، فالحمل على ما ذكرنا اقرب من هذه كلها، واما ما حمله الخوئي اي حمله على ردّ عمل أهل الجاهلية أي النسئ حيث كانوا يعدون الاشهر احياناً بالحساب الشمسي فيتداخل بعض السنين

مسألة ١ : لا خلاف في أنّ وجوب الحجّ بعد تحقّق الشرائط فوريّ، بمعنى أنّه يجب المبادرة إليه في العام الأوّل من الاستطاعة، فلا يجوز تأخيره عنه، وإن تركه فيه ففي العام الثاني وهكذا، ويدلّ عليه جملة من الاخبار، فلو خالف وأخّر مع وجود الشرائط بلا عذر يكون عاصياً، بل لا يبعد كونه كبيرة، كما صرّح به جماعة ويمكن استفادته من جملة من الاخبار.

مسألة ٢: لو توقّف إدراك الحجّ بعد حصول الاستطاعة على مقدّمات من السفر وتهيئة أسبابه وجب المبادرة إلى إتيانها على وجه يدرك الحجّ في تلك السنة، ولو تعدّدت الرفقة وتمكّن من المسير مع كلّ منهم اختار أوثقهم سلامة وإدراكاً، ولو وجدت واحدة ولم يعلم حصول أخرى أو لم

في بعض وربما لا يقع الحج في ذي الحجة فردّه الامام عليه السلام بانه واجب في كل عام ففيه ان الحديث من كلام الكاظم عليه السلام ولا خبر عندئذ عن هذه العقيدة الجاهلية).

المسألة ١ : فوري (فإنه مقتضىٰ الدينية مالم يرخص في التأخير وصرف بيان كونه مرةً واحدة في العمر لا يدل على الترخيص وأما أطلاق الأمر فهو في غير المقام مما صرح به بمرة واحدةً في العمر فإنه فيها يقتضي الفور مع أحتمال الفوت وأما المقام الذي صرح فيه بمرة واحدة فصرف أطلاق الأمر لا يدلُ على الفور بل في غير المقام أيضاً لا يقتضي الفور إلّا مع أحتمال الفوت فلا وجه لإستدلال الخوئي (مُدّ ظله) بذلك.

واما ادلة التسويف فلعلّها ـ بل لا يبعد ـ احتياطي أي الغاء اصالة السلامة لا الدلالة على الفور. ثم ان الفورية يمكن ان يستفاد من اطلاق العذاب في ترك الحج الشامل لمن يرى سلامة نفسه وبقاء امكاناته مثل ٦/٧ وجوب الحج وإلّا فلا وجه للعذاب بصرف الترك مع البناء على الاتيان في القادم).

كبيرة: فيه منع إلّا اذا كان استخفافاً (ولا نسلم كون استخفاف سائر التكاليف كبيرة اذ الاستخفاف بمعنى كونه عنده غير مهم وهذا لا يلازم كونه كبيرة خلافاً للشاهرودي(نشر سره) نعم لو كان بمعنى الردّ مع العلم بالاهمية عند الشارع كان كبيرة بل كفراً لرجوعه الى انكار قول الشارع ملتفتاً به.

واما استخفاف الحج فقد مر امكان كونه كبيرة لكنه مبتن على كون الويل في ﴿ويل للمصلين﴾ ... الخ بمعنى العذاب وعلى اتحاد الحج والصلاة في هذا الحكم ولا يبعد الثاني).

المسألة ٢ : أوثقهم: فيه منع إذا كان غيره أيضاً موثوقاً به.

يعلم التمكّن من المسير والادراك للحج بالتاخير فهل يجب الخروج مع الأولى، او يجوز التاخير إلى الأخرى بمجرّد احتمال الإدراك، أو لا يجوز إلا مع الوثوق؟ اقوال، أقواها الاخير، وعلى أيّ تقدير إذا لم يخرج مع الأولى واتّفق عدم التمكّن من المسير او عدم إدراك الحجّ بسبب التاخير استقرّ عليه الحجّ وإن لم يكن آثماً بالتاخير، لانّه كان متمكّناً من الخروج مع الاولى إلا إذا تبيّن عدم إدراكه لو سار معهم أيضاً.

(٢ ـ فصل)

في شرائط وجوب حجّة الاسلام وهي امور:

أحدها: الكمال بالبلوغ والعقل، فلا يجب على الصبيّ وإن كان مراهقاً، ولا على المجنون وإن كان أدواريّاً إذا لم يف دور إفاقته بإتيان تمام الاعمال، ولو حجّ الصبيّ لم يجز عن حجّة الإسلام، وإن قلنا بصحّة عباداته وشرعيّتها كما هو الاقوى، وكان واجداً لجميع الشرائط سوى البلوغ، ففي خبر مسمع عن الصادق عليه السلام: لو انّ غلاماً حجّ عشر حجج ثمّ احتلم كان عليه فريضة الإسلام، وفي خبر إسحاق بن عمّار عن ابي الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين، يحجّ؟ قال عليه السلام: عليه حجّة الاسلام إذا احتلم، وكذا الجارية عليها الحجّ إذا طمثت.

آثماً: إن كان واثقاً بغير الاولى ايضاً (لرد أصالة السلامة هنا كما مر).

تبين عدم أدراكه: بل الاستقرار يتوقف على تبين الادراك لو سار معهم.

فصل ٢

تمام الاعمال: مع شرائطها ومنها الاستطاعة (فالصبي اذا حج أو حج به لا يجزيه عن حجة الاسلام كما صرّح به ١٢/٢ وجوب الحج وصحيح ١٢/١ واما قوله عليه السلام في رواية ١٣/١: «الصبي اذا حج به فقد قضى حجة الاسلام حتى يكبر» فالمراد حجة اسلامه وايمانه ويشهد له قوله عليه السلام: حتى يكبر، وقوله عليه السلام: اذا حج به، فانه ظاهر في غير المميز. مع ان ابان في السند مجهول).

كما هو الاقوى: (كما مرّ مراراً لعموم الخطابات الشاملة للصبي المميز سيما المراهق، والمرفوع قلم الالزام فقط فانه المناسب للامتنان خلافاً للخوئي(مُدَّ ظله)، وايضاً الامر بالامر امر ولا ريب في مأمورية الاولياء بأمر الصبي بالاعمال).

مسألة ١ : يستحبّ للصبيّ المميّز أن يحجّ وإن لم يكن مجزياً عن حجة الإسلام، ولكن هل يتوقّف ذلك على إذن الوليّ أولا؟ المشهور بل قيل : لاخلاف فيه، انّه مشروط بإذنه، لاستتباعه المال في بعض الاحوال للهدي وللكفّارة، ولانّه عبادة متلقّاة من الشرع مخالف للاصل، فيجب الاقتصار فيه على المتيقّن، وفيه إنّه ليس تصرفاً مالياً، وإن كان ربما يستتبع المال، وانّ العمومات كافية في صحّته وشرعيّته مطلقاً، فالاقوى عدم الاشتراط في صحّته وإن وجب الاستيذان في بعض الصور، وامّا البالغ فلا يعتبر في حجّه المندوب إذن الابوين إن لم يكن مستلزماً للسفر المشتمل على الخطر الموجب لاذيّتهما، وامّا في حجه الواجب فلا إشكال.

المسألة ١ : يستحب: (لمشروعية حجه كما يستفاد مما مرّ والعمل عبادي فهو مستحب مضافاً الى ما مرّ من عموم التكليف).

ليس تصرفاً مالياً: (وعلى فرضه لا يكون الحج ممنوعاً لانتقاله الى البدل كالعاجز عن الهدي وكذا الكفارات مع احتمال عدم وجوبها على الصبي).

بعض الصور: كان المراد ما اذا استلزم الخطر أو الهتك له أو لاحد أبويه مثلاً فيقال حينئذ بالوجوب الشرطي فانه لازم نفوذ المنع الذي هو جائز للولي أو من حقوقه (لعدم تكليف للصبي فالوجوب شرطي كما قال الآملي(قدس سره) بالاولوية من البالغ، أو ان للولي منعه حينئذ بالاستفادة من ادلة الولاية ولا ينفذ المنع اذا كان العمل صحيحاً شرعاً).

الموجب لاذيتهما: ايذاء يرجع الى شؤونهما وكانه المراد من تقييد وجوب الاطاعة في كلمات غير واحد بما اذا كان الامر عن شفقة من الوالدين له (كما قال الآملي(قدس سره) في الصّوم وإلّا فالايذاء غير الراجع الى شؤونهما غير محرم كايذاء الاجنبي بتصرفي في مال نفسي، وقال الخوئي في صومه: لا يحرم حتى في الشفقة لعدم الدليل فالمحرم هو الايذاء المستقيم كما في الاجنبي لكنه فيهما آكد، وقال الحكيم(قدس سره): يحرم اذا كان عن شفقة. والظاهر ذلك ويكون ذلك بيان موضوع الايذاء اي اشفاقهما الّذي من شؤنهما، فالمخالفة ايذاء يرجع الى شؤونهما واما اصل الايذاء فهو ظلم وقد هو عقوق وهو حرام فان الادلة اما في وجوب الاطاعة أو حرمة العقوق ولابد من ارجاع احدهما الى الآخر كما قال الاراكي(مُدَّ ظله) في موضع والظاهر عرفاً تقديم جانب حرمة العقوق فانه كالملاك لوجوب الاطاعة فالملاك هو الظلم والعقوق والايذاء الظلمي. ولعل المخالفة للامر الاشفاقي المنبعث عن شفقتهما ظلم وايذاء ويفرق عن اشفاق الحبيب، لخصوصية فيهما، هذا والقاعدة تقتضي عدم بطلان الحج اذا كان السفر حراماً لايذائهما اذ السفر مقدمة الحج.

مسألة ٢: يستحبّ للوليّ ان يحرم بالصبيّ الغير المميّز بلا خلاف، لجملة من الاخبار، بل وكذا الصبيّة، وإن استشكل فيها صاحب المستند، وكذا المجنون وإن كان لا يخلو عن إشكال لعدم نصّ فيه

هذا مقتضى القاعدة العامة في ناحية التكليف والوضع واما في خصوص الحج فقد تمسك الحدائق بحديث علل الصدوق ٣/ ١٠ الصوم المحرم: «من فقه الضيف ... ومن برّ الولد ان لا يصوم تطوعاً ولا يحج تطوعاً ولا يصلي تطوعاً إلاّ بإذن أبويه وامرهما» وفيه ان جملة: ومن برّ الولد. . الخ. لم يذكر في الكافي ٤: ١٥١ كذا قال الخوئي لكنه اشتباه بل لم يذكر الحج والصلاة وانما ذكر الصوم فقط. وكذلك الفقيه ٢: ٩٩.

ثم ان الحديث دل على مقتضى البر لا على وجوب البر ثم انه ذكر حتى الصلاة تطوعاً ولم يقل به أحد، ثم انه ادخل الامر ايضاً مضافاً الى الاذن ولم يقل أحد بتوقف الصوم والصلاة والحج على الامر بل نهاية الامر هي دخالة الإذن لا الامر. ولعله لهذه كلها قال الصدوق في العلل بعد ذكر الحديث في بيان ما اعتقده: «... ولكن ليس للوالدين على الولد طاعة في ترك الحج تطوعاً كان أو فريضة ... ولا في شيء من ترك الطاعات ...».

المسألة ٢: غير المميز: على المشهور وفيه تأمل إلاّ رجاءً (فإن معتبر ٢/ ٢٠ قيد الحكم بزمان سقوط الاسنان الرواضع وهو ست سنين تقريباً ولا يبعد حصول التمييز له عندئذ).

عن إشكال: لا بأس به رجاءً (فإن قياسه على الصبي مع الفارق لكن الرجاء غير ممنوع وفاقاً للاستاذ و... وان كان رجائه ضعيفاً ايضاً لجنونه المانع من توجه أي تكليف فهو كالبهائم لكن غير المميز ايضاً ليس احسن حالاً منه فانظر الطفل في اول شهور تولده والروايات مطلقة تشمل مثل هذا الطفل راجع الباب ١٧ اقسام الحج، إلاّ ان يقال رواية ٢/ ٢٠ وجوب الحج: «عن الصبي متى يحرم به؟ قال: اذا اثغر» ـ أي سقطت اسنانه الرواضع ـ مقيدة للمطلقات فلا يصح إحجاج اصغر من ذلك فان سقوط الاسنان معمولاً بعد ست سنين من عمره، ولا يبعد حينئذ تمييز الطفل إلاّ ان يقال تحمل على مراتب الفضل لكون العمل مستحباً لكنه محل تأمل بل ظاهر مفهوم الشرط عدم الصحة قبل ذلك.

بالخصوص فيستحقّ الثواب عليه، والمراد بالإحرام به جعله محرماً، لا أن يحرم عنه، فيلبسه ثوبي الاحرام ويقول: «اللّهمّ إنّي أحرمت هذا الصبيّ» الخ، ويأمره بالتلبية، بمعنى ان يلقّنه إيّاها، وإن لم يكن قابلاً يلبّي عنه، ويجنّبه عن كلّ ما يجب على المحرم الاجتناب عنه، ويأمره بكلّ من افعال الحجّ يتمكّن منه، وينوب عنه في كلّ مالا يتمكّن، ويطوف به، ويسعى به بين الصفا والمروة، ويقف به في عرفات ومنى، ويأمره بالرمي، وإن لم يقدر يرمي عنه، وهكذا يأمره بصلاة الطواف، وإن لم يقدر يصلّي عنه ولا بدّ من ان يكون طاهراً ومتوضّئاً ولو بصورة الوضوء وإن لم يمكن فيتوضّأ هو عنه، ويحلق راسه، وهكذا جميع الاعمال.

ثم ان الحكم في الصبية كالصبي خلافاً للمستند لفهم عدم الفرق عرفاً وتمسك الخوئي(مدّ ظلّه) بمثل ١٧/٧ اقسام الحج: «ان معنى صبية صغاراً وانا أخاف عليهم البرد فمن اين يحرمون قال إيت بهم العرج فليحرموا منها» بتقريب ان مفاد «صبية صغاراً» بحسب العرف هو الاولاد ذكراً وانثى بلا فرق وان كان مقتضى اللغة كون جمع الصبية صبايا لا صبية. هذا ولكنه(مدّ ظلّه) غفل عن ان الرواية غير صريحة ولا ظاهرة في الاحجاج بل لعلها في الحج فتدبرها جيداً).

احرمت هذا الصبي: لاباس بهذا الكلام عن الولي رجاء الثواب لكنه ليس فيه نيّة احرام الصبي نفسه بل يعمل كسائر الاعمال، فيلقّنه بتلفظ نية الاحرام فان لم يتمكن يتلفظ عنه لا عن عمل نفسه اي الولي.

بصورة الوضوء: ان كان يطوف الصبي او يطاف به وحينئذ فالاحوط وضوء المطيف ايضاً وان كان الاقوى عدم اللزوم.

واما ان كان يطاف عنه ـ عند عدم تمكن غير ذلك وان كان الفرض بعيداً ـ فلا وجه لوضوء الصبي حينئذ فان الوضوء للطائف ولو نيابة. (ثم المراد من صورة الوضوء ان كان نقص العمل بحيث يكون باطلاً فلا وجه للزومه فينوب الولي حينئذ وان كان المراد فقد النيّة فلا يلزم فيها سوى قصد العمل له تعالى والظاهر امكانه بإجماله من الصبي غير المميز ولو فرض عدم تميزه ايضاً كاول شهور تولده فينوب الولى ايضاً في الطواف، والوضوء حينئذ وضوء النائب في الطواف لا في الوضوء. والحاصل ان الوضوء للطائف وقد لا يتمكن الطفل منه فيطاف عنه وحينئذ فلا وضوء له بل للنائب لكن الفرض بعيد ولذا لم يرد في روايات الباب الطواف عنه واما ما

مسألة ٣: لا يلزم كون الوليّ محرماً في الإحرام بالصبيّ، بل يجوز له ذلك وإن كان محلاً.

مسألة ٤: المشهور على أنّ المراد بالوليّ في الإحرام بالصبيّ الغير المميّز الوليّ الشرعيّ من الاب والجدّ والوصيّ لاحدهما والحاكم وأمينه او وكيل احد المذكورين، لامثل العمّ والخال ونحوهما والاجنبيّ، نعم الحقوا بالمذكورين الأم وإن لم تكن وليّاً شرعياً للنصّ الخاصّ فيها، قالوا: لانّ الحكم على خلاف القاعدة فاللازم الاقتصار على المذكورين، فلا يترتّب احكام الإحرام إذا كان المتصدّي غيرهم، ولكن لا يبعد كون المراد الاعمّ منهم وممّن يتولى امر الصبيّ ويتكفّله وإن لم يكن وليّاً شرعياً، لقوله ﷺ: «قدّموا من كان معكم من الصبيان إلى الجحفة أو إلى بطن مرّ» الخ، فإنّه يشمل غير الوليّ الشرعيّ ايضاً، واماّ في المميّز فاللازم إذن الوليّ الشرعيّ إن اعتبرنا في صحّة إحرامه الإذن.

تمسك به الخوئي(مدّ ظلّه) من صحيح ١٧/٥ اقسام الحج ففيه مالا يخفى فان صريحه الطواف به لا عنه فراجع، ولعل الاشتباه من المقرّر. ثم المراد بالوقوف في منى لعله البيتوتة لا الوقوف الاصطلاحي، واما ما ذكره الخوئي(مدّ ظلّه) من عدم دليل على اتيان الصورة في الوضوء مطلقاً وانما هو في اعمال الحج كالطواف والسعي و ... ففيه عدم الفرق عرفاً بين العمل وشرطه. واما احتياط وضوء المطيف ايضاً في مورد الاطافة به كما قلنا فهو لاستفادة اتحاد عمل الولي والصبي من مجموع روايات الباب لكنه ممنوع والاقوى عدم اللزوم كسائر المطيفين. واما احتمال الخوئي عدم لزوم الوضوء ولو على الطفل في صورة الطواف به ففيه استفادة الشرطية المطلقة من ادلة اشتراط الطواف بالطهارة).

المسألة ٤: الام: لم اجد دليلاً واضحاً والرجاء ايضاً مشكل (فإن ما تمسكوا به هو ٢٠/١ وجوب الحج، ولكن عبارة الحديث: «أيحج عن مثل هذا؟ قال ﷺ: نعم، ولك أجره» وظاهره النيابة الى الحج عن الصبي لا احجاجه. هذا مع أن الحديث غير ناظر إلى جهة الولاية بل الى جهة نقص الطفل من جهة الصغر، فلا اطلاق له يشمل ما لا إذن من الولي الشرعي للام كما قال الحكيم (قدس سرّه)).

يشمل غير الولي: فيه اشكال قوي إلّا أن يكون بإذن الولي الشرعي (فإن اطلاق هذه العبارة في عرف المتشرعة سيما في صدر الاسلام الذي كان كل امور الاطفال تحت نظر الاولياء ينطبق على الولي اي من بيده أمر الطفل، وأذا اعتبر اصل الولاية فصدور لفظها من الشارع ينطبق على ما تعتبره ولياً نظير انطباق «أولي الامر»

مسالة ٥ : النفقة الزائدة على نفقة الحضر على الوليّ لامن مال الصبي إلّا إذا كان حفظه موقوفاً على السفر به أو يكون السفر مصلحة له.

مسالة ٦ : الهدي على الوليّ وكذا كفّارة الصيد إذا صاد الصبيّ، وامّا الكفّارات الأخر المختصّة بالعمد فهل هي ايضاً على الوليّ أو في مال الصبيّ، اولا يجب الكفّارة في غير الصيد، لانّ عمد الصبيّ خطا، والمفروض ان تلك الكفّارات لا تثبت في صورة الخطا؟ وجوه لا يبعد قوّة الاخير، إمّا لذلك، وإمّا لانصراف ادلّتها عن الصبيّ، لكن الاحوط تكفّل الوليّ، بل لا يترك هذا الاحتياط بل هو الاقوى لانّ قوله ﷺ: «عمد الصبيّ خطا» مختصّ بالديات، والانصراف ممنوع، وإلّا فيلزم الالتزام به في الصيد أيضاً.

على الاولياء من عنده تعالى، هذا مع أن اعتبار الولاية ولو إذناً في المميز وعدم اعتباره في غير المميز مما يأباه الطباع مع أنه خلاف اطلاق اعتبار الولاية، وما قاله الخوئي (مدّ ظلّه) من عدم اعتبار اذن الولي في التصرف الذي لا يستلزم تصرفاً مالياً فيه أن اعتبار الولاية أعم وقد مرّ في الصلاة شطر من الكلام في المسالة ٤٦ من صلاة القضاء. فهل يجوز الذهاب بالصبي بلا اذن الولي ولو للتفرّج في الحديقة؟ واما مع الإذن ففي الحقيقة ذلك احجاج الولي).

المسالة ٥ : على السفر به: أي سفر الحج فقد يكون للحج نفقة زائدة على أصل السفر.

المسالة ٦ : بل لا يترك: لا يلزم مراعاته، نعم لا ينبغي تركه لعدم امكان استفادة حكم سائر الكفارات عن الصيد لأهمية الصيد فلا دليل على كونه على الولي ولا على الصبي لحديث الرفع فان مفاده رفع قلم التكليف فلا تكليف هنا واما عمد الصبي خطا، أو الانصراف فلا شيء منهما يدل على حكم المقام. واما كون المستحب كالواجب كما في الصلاة وغيرها من جهة الاجزاء والشرائط فهو فيما يرجع الى العمل لا الشخص المكلف وغيره. نعم لا ينبغي ترك الاحتياط لقوة وحدة أحكام هذا الحج وغيره حتى في الموانع فيستحب احجاج الصبي حجاً كغيره.

وحاصل الكلام ان كفارة الصيد على الولي لصراحة ١٧/ ٥ اقسام الحج والشهرة، وان كان مقتضى القاعدة عدم الوجوب لا عليه لعدم كون الحج حجة ولا على الصبي لحديث الرفع، ولعله لأهمية الصيد في الاحرام كالحرم فلا وجه لنفي ابن ادريس كفارة الصيد مطلقاً (على الطفل وعلى الولي) ولا وجه لما قال العلامة

مسألة ٧: قد عرفت انّه لو حجّ الصبيّ عشر مرات لم يجزه عن حجّة الإسلام، بل يجب عليه بعد البلوغ والاستطاعة، لكن استثنى المشهور من ذلك ما لو بلغ وأدرك المشعر فإنّه حينئذ يجزي عن حجّة الاسلام، بل ادّعى بعضهم الاجماع عليه، وكذا إذا حج المجنون ندباً ثمّ كمل قبل المشعر، واستدلّوا على ذلك بوجوه: أحدها: النصوص الواردة في العبد على ما سياتي بدعوى عدم خصوصيّة للعبد في ذلك، بل المناط الشروع حال عدم الوجوب، لعدم الكمال ثمّ حصوله قبل المشعر، وفيه إنّه قياس، مع انّ لازمه الالتزام به فيمن حجّ متسكّعاً، ثمّ حصل له الاستطاعة قبل المشعر ولا يقولون به. الثاني: ما ورد من الاخبار من انّ من لم يحرم من مكّة أحرم من حيث امكنه، فإنّه يستفاد منها انّ الوقت صالح لإنشاء الاحرام، فيلزم ان يكون صالحاً للانقلاب أو القلب بالاولى وفيه ما لا يخفى. الثالث: الاخبار الدالّة على انّ من أدرك المشعر فقد ادرك الحجّ، وفيه انّ موردها من لم يحرم فلا يشمل من احرم سابقاً لغير حجّة الإسلام، فالقول بالاجزاء مشكل، والاحوط الاعادة بعد ذلك إن كان مستطيعاً بل لا يخلو عن قوّة، وعلى القول بالاجزاء يجري فيه الفروع الآتية في مسألة العبد، من انه هل يجب تجديد النية لحجة الاسلام اول ا؟ وانه هل يشترط في الاجزاء استطاعته بعد البلوغ من البلد او من الميقات أولا؟ وانّه هل يجري في حجّ التمتّع مع كون العمرة بتمامها قبل البلوغ اولا؟ إلى غير ذلك.

من الوجوب في مال الصبي. واما سائر الكفارات فعلى القاعدة من العمل بمقتضى رفع القلم امّا عمد الصبي خطأ ٢ و٣/ ١١ ابواب العاقلة فلا يرتبط بالمقام فانه فيما له قسمان وحكمان وهنا لا حكم للخطأ اصلاً. واما الهدي فالمشهور انه على الولي لعدم كونه من مصالح الطفل وفيه ان الحج اذا كان بمصلحة الطفل فهذا ايضاً من أحكامه. ولروايات الباب١٧ اقسام الحج منها صحيح زرارة: «... ليس لهم مايذبحون، قال: يذبح عن الصغار ويصوم الكبار» ونظيره غيره كذا قيل وفيها ان ظاهرها مربوط بالنيابة عن الذبح وتقديم الذبح عنهم على ما عن الكبار عند عدم التمكن، لا كون المال على ذمة من؟

المسألة ٧: بل لا يخلو من قوة: القوة ممنوعة لكن الاحتياط لازم (لعدم العلم بكون حجة الاسلام وغيره حقيقة واحدة لتفاوت الشروط والعنوان وان كانت الشروط راجعة الى الشخص من البلوغ والحرية والاستطاعة لا العمل لكن تلك الشرائط وغيرها لعلّها اوجبت عنواناً مستقلاً (حجة الاسلام) والشك يكفي في عدم الاجزاء خلافاً للشيرازي والسيد جمال(قدس سرّهما) والاستاذ.

مسالة ٨ : إذا مشى الصبيّ إلى الحجّ فبلغ قبل أن يحرم من الميقات وكان مستطيعاً لا إشكال في أنّ حجّه حجّة الاسلام.

مسالة ٩ : إذا حجّ باعتقاد أنّه غير بالغ ندباً، فبان بعد الحجّ أنّه كان بالغاً، فهل يجزي عن حجّة الاسلام أولا؟ وجهان، او جههما الاوّل، وكذا إذا حجّ الرجل باعتقاد عدم الاستطاعة بنيّة التدب ثمّ ظهر كونه مستطيعاً حين الحجّ. الثاني: من الشروط الحريّة، فلا يجب على المملوك وإن أذن له مولاه وكان مستطيعاً من حيث المال، بناء على ما هو الاقوى من القول بملكه أو بذل له مولاه الزاد والراحلة، نعم لو حجّ باذن مولاه صحّ بلا إشكال، ولكن لا يجزيه عن حجّة الاسلام، فلو أعتق بعد ذلك اعاد، للنصوص منها خبر مسمع: لو أنّ عبداً حجّ عشر حجج كانت عليه حجة الاسلام إذا استطاع إلى ذلك

واما سائر الوجوه المستدل بها فقد ردّها في المتن هو الحق اما روايات اجزاء حج العبد اذا ادرك المشعر حراً الباب ١٧ وجوب الحج فهو قياس واما روايات: من لم يحرم من مكة احرم من حيث امكنه ولو قبل المشعر الباب ١٤ المواقيت فهو افحش فان الكلام في اجزاء عمل غير المكلف لا ما اذا ترك المكلف جهلاً او ايّ عذر واما روايات: من ادرك المشعر فقد ادرك الحج الباب ٢٣ الوقوف بالمشعر، فهي في تصحيح الحج والمقام في اجزاء الحج الصحيح غير الواجب عن الواجب إلّا ان يقال: المفهوم من هذه كلها امر واحد وهو كون الملاك هو درك المشعر جامعاً للشرائط إلّا ما خرج بدليل كما في غير المستطيع، وفهم المشهور ايضاً دليل ومع ذلك فلا يترك الاحتياط وافتى الشيرازي والسيد جمال(قدس سرهما) والاستاذ(مدّ ظلّه) بالاجزاء).

المسالة ٨: مستطيعاً: ولو من ذلك الموضع.

المسالة ٩: اوجههما الاول: ان كان بصدد ما هو الوظيفة واخطأ في التطبيق (من غير فرق بين القول بالتباين وغيره وتعدد المطلوب والوحدة اذ ما ذكرنا يصحّح العمل مطلقاً اذا كان الخطأ في التطبيق. نعم لو علمنا بوحدة الحقيقة لم يضرّ مطلقاً الا التقييد لكن ذلك مشكوك كما مرّ).

الحرية.. لو حج باذن مولاه صح: واما لو حج بلا اذن منه فلو كان منافياً لحق المولى فهو باطل على الاوجه وان كان للصحة وجه. واما اذا لم يكن منافياً لحقه فحجه صحيح وان لم يكن مجزياً عن حجة الاسلام كمورد الإذن (ذكرنا في تعليقتنا المفصّلة تفصيل المقام وحاصله:

سبيلاً، ومنها: المملوك إذا حج وهو مملوك أجزاه إذا مات قبل أن يعتق، فإن أُعتق أعاد الحج، وما في خبر حكم ابن حكيم: أيّما عبد حجّ به مواليه فقد ادرك حجّة الاسلام، محمول على إدراك ثواب الحجّ، أو على انّه يجزيه عنها ما دام مملوكاً، لخبر ابان: العبد إذا حجّ فقد قضى حجّة الاسلام حتّى يعتق، فلا إشكال في المسئلة، نعم لو حجّ بإذن مولاه ثمّ انعتق قبل إدراك المشعر اجزاه عن حجّة الاسلام بالاجماع والنصوص، ويبقى الكلام في أمور:

---

١ ـ لا يترتب استطاعة العبد على القول بملكيّته اذ يمكن حصولها بنحو البذل بان يقول له أحد: حج معي وعليّ نفقتك فعدم كفاية حج العبد لا يرتبط بمسالة قابليته للملكيّة فما في بعض الكلمات غير وجيه.

٢ ـ الظاهر في النظر بعد التأمل في روايات الأبواب المتفرقة قابليته للتملك غاية الأمر انه محجور عن التصرف مطلقاً أو في غير الحقير من الاموال نظير الصبي اما الأول فلعدم دليل واضح على منع القابلية وقد استدل على المنع بصحيح ابن سنان ٤/٤ من تجب عليه الزكاة: «مملوك في يده مال أعليه زكاة؟ قال: لا. قلت: فعلى سيده. فقال: لا انه لم يصل الى السيد وليس هو للمملوك». بتقريب ان المال مال العبد ومع ذلك نفى عنه وقال ليس هو للمملوك فمعنى ذلك انه اكتسب لكن مالك ما اكتسبه هو السيد لا العبد. وفيه احتمال كون المال مال السيد وكان تحت يد العبد، وسرّ عدم وجوب الزكاة على السيد عدم كون المال فعلاً تحت اختيار السيد وعلى ذلك معنى: لم يصل اليه، واضح اي لم يصل مال السيد اليه وليس تحت اختياره واما على الحمل الاول يكون المعنى ان المال مال العبد لا السيد، لم يصل اي لم يدخل في ملكه، ولا ريب انه خلاف الظاهر فالرواية غير مربوطة بالبحث. واستدل بصحيح محمد بن قيس ١/٧٨ الوصايا: «في المملوك مادام عبداً فانه وماله لاهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلّا ان يشاء سيّده» نظراً الى تصريح: . . ماله لاهله. وفيه انه لو كان المراد ذلك أي كون المال للسيد لم يكن وجه للتحرير و ... إلّا الفضولية، وحينئذ فلا اختصاص في لزوم اجازة صاحب المال اي السيد بالعبد ففي الفضولية مطلقاً لابد من اجازة صاحب المال. فالمراد هو الحجر بل هو الظاهر لفرض المال للعبد (ماله) فمع كون المال ماله لا معنى لكونه لأهله سوى

الحجر كما فهم صاحب الوسائل من حديث ٢/٧٨ الوصايا: «لا وصية لمملوك» ذلك، حيث قال: «تقدم ـ في الباب ٤ من ابواب الحجر ـ ما يدل على انه لا يجوز له التصرف في ماله» ويستفاد من تقييد العطاء بالكثير ومن حصر المحجورات في الثلاثة امور عدم حجر العبد في مطلق الامور وان ابيت عن الظهور في الحصر فظاهر القيد لا يمكن انكار دخالته أي لا منع من قليل العطاء فكأنه مثل الصبيّ على التحقيق في عدم الحجر في الحقير من البيوع كما هو السيرة.

واستدل ايضاً بصحيح ابن بزيع ٢/١ الاستيلاد: «عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم او متاع أيجوز ذلك له؟ فقال: نعم اذا كانت امّ ولده» نظراً الى تجويز أخذ ما وهبها منها. وفيه ان الأمر بالعكس فانه لو لم تملك لم تصح الهبة لعدم امكان التملك والامام عليه السلام لم ينف الهبة فالهبة صحيحة فجواز الاخذ من مالها ليس إلاّ للتعبد من باب الولاية أو لان الرجوع لم يكن بعد التصرف.

واستدل بما دل من الروايات على انه اذا مات العبد وترك مالاً فلمالكه مثل ١و١٩/٢ موانع الارث و١ و٢٤/٢ نظراً الى حكم الامام عليه السلام بكون المال بعد موت العبد للسيد، وأنت خبير بأن الأمر على العكس فان السيد وارث العبد لا ان المال لم يكن للعبد اصلاً. واستدل بمثل ١ و٢ و٧/٣ بيع الحيوان حيث يدل على كون مال العبد المبيع للبائع مطلقاً أو ان كان يعلم ان للعبد مالاً، وفيه تعارض اللام الداخل على البايع والمشتري للام الداخل على العبد ـ للعبد مال، للمشتري أو للبائع ـ ولعل الجمع بأن لام العبد ملك ولام البائع والمشتري ولاية، اولى و اقرب وإلاّ فلابدّ أن يلغي لام العبد أو يحمل على بعض محامل بعيدة. وقد استدل ايضاً بآية النمل ٧٥ «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» وفيه انها تنفي قدرة العبد لا ملكيته وكم فرق فان الصبي يملك ولا يقدر، فهي تدل على الحجر لا نفي الملك. بل ولعل الآية اشارة الى امر تكويني فقط أي قضية خارجية فرضية.

وبأزاء ما ذكر روايات كثيرة يستفاد منها امكان تملكه منها روايات جعل الضرائب على العبد المكاتب فان المولى يطلب منه رأس الاجل الضريبة من دون النظر الى عمل العبد وكسبه ومن هو طرف معاملات العبد فهذا شاهد قول على امكان تملكه لا انه في خصوص المكاتب كذا بعد ان لم يكن كذا ولا ان ما يكسبه العبد لا يدخل في ملكه بل يدخل في ملك المولى مستقيماً فالمولى كانه طرف المعاملات! فراجع ابواب المكاتبة وسيما الباب الاول الدالة رواياتها على استحباب مكاتبة المملوك اذا كان له مال، فله امكان التملك وكذا روايات نفي الزكاة عن مال المملوك فراجع، واطلاق ادلة الاسباب والمسببات بلا فرق بين العبد والحرّ وروايات نفي وجوب الحج عن العبد فان المانع هو الرقية لا عدم الاستطاعة وحملها على صورة حصول الاستطاعة بذلاً لا ملكاً بعيد سيما في مثل ١٥/٥ وجوب الحج. وايضاً الدقة في قوانين الرق في الاسلام ترشدنا الى انها ليست لهدم انسانية انسان بل فقط لمصالح سياسية واجتماعية لا تنافيها ملكية العبد مع نظارة المولى واستيلائه. وفي المسلمين كانت عبيد ذووا ثروة كما كانت عبيد فقهاء وعلماء وكما صار بعضهم ملوكاً. ثم دقق النظر في صحيح ٩/١ بيع الحيوان: ... فاصاب المملوك في تجارته مالاً سوى ما كان يعطي مولاه من الضريبة؟ فقال ﷺ: «اذا ادّى الى سيّده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك» حيث يدل على ان كل ما يكسبه فهو له وما يؤدي الى مولاه بهبة الضريبة فهو اعطاء منه وما بقى فهو للمملوك، وكيف كان فالمسالة واضحة.

٣ ـ اذا كان عدم الحرية مانعاً لوجوب الحج فهل يجب الحج اذا اذن المولى؟ الظاهر لا، لاطلاق الروايات النافية في الباب ١٥ وجوب الحج ولتصريح روايات عدم الاجزاء في الباب ١٦ ومن البعيد جداً الايجاب مع عدم الاجزاء.

٤ ـ لو حج بلا اذن المولى فان لم يكن منافياً لحق المولى لا حرمة ولا بطلان لعدم دليل على هذا المقدار من سلطنة المولى بحيث لم يجز للعبد حتى صلاة مستحبة ولو في طريقه الى حلّ مشاكل مولاه ولو لم يأذن للصلاة بل ولو نهاه عنها ومرّ ان الآية

احدهما: هل يشترط في الاجزاء تجديد النيّة للإحرام بحجّة الاسلام بعد الانعتاق، فهو من باب القلب اولا بل هو انقلاب شرعيّ. قولان، مقتضى إطلاق النصوص الثاني وهو الاقوى، فلو فرض أنّه لم يعلم بانعتاقه حتّى فرغ او علم ولم يعلم الاجزاء حتّى يجدّد النيّة كفاه واجزاه.

اشارة الى قضية خارجية فرضية فقط واما عدم مضيّ طلاقه كما في الحديث فهو مربوط بآثار الطلاق في حياته المادية لا الى صرف اللفظ والانشاء فلا وجه لاستدلال الشاهرودي(قدّس سرّه) به، واما الملكية فهي بصرفها لا توجب نفوذ كلّ ارادة على العبد فالمالك يملك دابّته ايضاً فهل يجوز قتلها ظلماً ولهواً؟ وامّا ان كان منافياً لحقّه فهو حرام لدليل السّلطنة والسّيرة ومقتضى ادلّة الملكيّة لكنّه لا وجه للبطلان ايضاً فانه من باب اجتماع الامر والنهي فانه نظير اقدام الزوجة بما ينافي حق الزوج ولعل ذلك يظهر من ١ و٢/٨ كفارات الاستمتاع في استمتاع السيّد فراجع واما رواية يونس ١٥ وجوب الحج: المملوك لا حج له ولا عمرة ولا شيء، فلعل الظاهر نفي الوجوب اي الحج المعهود الشرعي لا يرتبط به. ومع ذلك يمكن ان يقال عمله في مورد المنافي لحق المولى ولا يمكن التقرب بعمل ليس له.

٥ ـ ولو حج باذن المولى أو لا باذنه فيما يجوز، لا يجزيه عن حجة الاسلام لصراحة روايات الباب ١٦ وجوب الحج واما ١٦/٧ : «... فقد قضى حجة الاسلام» فالظاهر كون المراد: ... حتى يعتق كما في ١٦/٢.

٦ ـ لو انعتق قبل ادراك المشعر اجزء لروايات الباب ١٧ وحقيقتها روايتان من شهاب ومعاوية. ان قلت: لعلها في مورد اعتق العبد عشية عرفة غير حاج فالموقف اول حجه فلا اشكال من جهة تجديد النيّة وقبول الناقص منزلة التام قلت لا يلائم تصريح رواية عمار ١٧/٥ : «... ويتم حجّه». نعم هي مرسلة لكنها منجبرة بعمل الاصحاب وفهمهم من سائر الروايات.

كفاه: إلّا اذا علم تعدد الحقيقة وتعمد ترك تجديد النية ولعله فرض محض والاحتياط احسن مهما امكن (الكفاية لاطلاق ادلة الباب ويبعد تخصيصه بصورة تجديد النيّة خصوصاً والفاظها بصورة المغايب ـ لو ان عبداً ... يجزيه ـ نعم في صورة تعمد الترك مع التوجه الى تعدد الحقيقة مشكل لإنصراف الروايات عنها واذا جدّد النيّة فكفاية الباقي على القاعدة وكفاية ما سبق للتعبد ولو لم يجدد النيّة كالغافل

الثاني: هل يشترط في الاجزاء كونه مستطيعاً حين الدخول في الاحرام، او يكفي استطاعته من حين الانعتاق، اولا يشترط ذلك اصلاً؟ اقوال: اقواها الاخير، لاطلاق النصوص وانصراف ما دلّ على اعتبار الاستطاعة عن المقام.

الثالث: هل الشرط في الاجزاء إدراك خصوص المشعر، سواء ادرك الوقوف بعرفات ايضاً اولا، او يكفي إدراك أحد الموقفين، فلو لم يدرك المشعر، لكن ادرك الوقوف بعرفات معتقاً كفى. قولان، الاحوط الاوّل كما انّ الاحوط اعتبار إدراك الاختياري من المشعر، فلا يكفي إدراك الاضطراري منه، بل الاحوط اعتبار إدراك كلا الموقفين، وإن كان يكفي الانعتاق قبل المشعر لكن إذا كان مسبوقاً بإدراك عرفات ايضاً ولو مملوكاً.

والجاهل فالكفاية على التعبد، لتعدد الحقيقة، لا من باب الكشف عن كونه حجة الاسلام من الاول كما ذكر الحكيم (قدس سره) وجعله الاظهر في الصبي.

وبما ذكرنا من اطلاق الادلة ظهر عدم صحة اشكال الگلپايگاني (قدس سره) في الاجزاء مع عدم تجديد النية.

ثم ان حكم هذه الروايات حيثي فلا يرفع اشتراط الاستطاعة ولا وجه لانصراف دليل اشتراطها عن المورد، ان قلت: فاذا كان الحكم حيثياً فلا نظر له الى جهة تعدد الحقيقة ايضاً فاذا لم يجدد النية باطل. قلت: كثرة الروايات مع عدم التنبيه على ذلك مع عدم تنبه اكثر الناس دليل اطلاق الحكم بخلاف الاستطاعة فان اشتراطها معلوم لكل احد.

إلّا ان يقال: ما ذكرنا في تجديد النية يجري هنا ايضاً فان عدم استطاعة العبد شائع جداً وعدم التذكر شاهد كفاية الاستطاعة من حين العتق. اما عدم وجودها قبل العتق فلا يضرّ لاطلاق النصوص الدالة على عدم قدح العبودية السابقة مع شيوع التشكيك في العبد واما الاعتبار من حين العتق فلرفع العبودية فيرجع الى القواعد الاولية في الحر).

اقواها الاخير: بل الاوسط، وسيأتي تفسير الاستطاعة.

الاحوط الاول: ولكن لا يبعد الثاني.

ادراك الاضطراري: بل يكفي على الاظهر، كما انه يكفي درك المشعر حراً، ولا يعتبر سبق الإنعتاق (فإنه ادرك احد الموقفين، فان الدرك لا يستلزم السبق كما ان ادلة الإدراك الاضطراري حاكمة على المقام لو فرض ظهوره في الاختياري).

الرابع: هل الحكم مختصّ بحجّ الإفراد والقران، أو يجري في حجّ التمتّع أيضاً وإن كانت عمرته بتمامها حال المملوكيّة؟ الظاهر الثاني، لإطلاق النصوص، خلافاً لبعضهم فقال بالاوّل، لانّ إدراك المشعر معتقاً إنّما ينفع للحجّ لا للعمرة الواقعة حال المملوكيّة، وفيه ما مرّ من الاطلاق، ولا يقدح ما ذكره ذلك البعض لانّهما عمل واحد، هذا إذا لم ينعتق إلّا في الحجّ، وامّا إذا انعتق في عمرة التمتّع وادرك بعضها معتقاً فلا يرد الاشكال.

مسألة ١: إذا اذن المولى لمملوكه في الاحرام فتلبّس به ليس له ان يرجع في إذنه لوجوب الاتمام على المملوك، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، نعم لو اذن له ثمّ رجع قبل تلبّسه به لم يجز له ان يحرم إذا علم برجوعه وإذا لم يعلم برجوعه فتلبّس به هل يصحّ إحرامه ويجب إتمامه، أو يصحّ ويكون

المسألة ١: ليس له أن يرجع: (تحقيق المقام أن دليل سلطنة المولى إما يكون اطلاقياً شاملاً او اهمالياً غير شامل، وكذلك دليل حرمة الرجوع عن الاحرام، ويمكن أن يستفاد من دليلها مضافاً الي الاطلاق، اهميتها بحيث لا يمكن معارضة شيء لها، فلو كان دليل السلطنة مهملاً ودليل حرمة الرجوع مطلقاً يحرم الرجوع، ولا حق للمولى كما هو واضح، ولو كانا مهملين تخيّر العبد، ولو كانا مطلقين تعارضا، وحيث لا ترجيح على الفرض تخيّر أيضاً، ولا ينفذ نهي حينئذ لكنه ينهى لتحقق موضوع التخيير عند العبد، ولو كان عكس الاول جاز بل وجب الرجوع عن الاحرام والظاهر أن دليل السلطنة يشمل المستحبات صلاة وغيرها اذا كان للمولى غرض عقلائي، واما الواجبات والمحرمات ومنها حرمة الرجوع في المقام فلم يثبت دليل على السلطنة ولو فرض اطلاق دليله يمكن أن يستفاد من دليل حرمه قطع الحج اطلاق بتّي كالعلّية التامة بحيث لا يمكن لشيء معارضته فلا يجوز للعبد قطع الحج حينئذ إلّا في الحرج كما يخاف من المولى ايلاماً شديداً، وليس للمولى حق في قطع حج العبد حينئذ.

وقد يقال: دليل لا طاعة لمخلوق في سخط الخالق (الباب ٥٩ وجوب الحج والباب ١١ الامر بالمعروف والباب ٣ جهاد النفس) انما هو لبيان الحال في تعارض الدليلين المطلقين فيما يدل احدهما على لزوم طاعة المخلوق كالزوج والوالد والآخر يثبت طاعة الخالق كدليل الصلاة فحيث ينهى الوالد عن الصلاة يظهر معنى لا طاعة ... الخ، ولو لم يكن هذا مورده لم يظهر له فائدة إذ لابد من وروده فيما يرى العرف بحسب

للمولى حلّه، أو يبطل؟ وجوه أوجهها الاخير، لانّ الصحّة مشروطة بالاذن المفروض سقوطه بالرجوع، ودعوى أنّه دخل دخولا مشروعاً فوجب إتمامه فيكون رجوع المولى كرجوع الموكّل قبل التصرّف ولم يعلم الوكيل مدفوعة بأنّه لا تكفي المشروعيّة الظاهرية وقد ثبت الحكم في الوكيل بالدليل، ولا يجوز القياس عليه.

مسألة ٢ : يجوز للمولى ان يبيع مملوكه المحرم بإذنه وليس للمشتري حلّ إحرامه، نعم مع جهله بأنّه محرم يجوز له الفسخ مع طول الزمان الموجب لفوات بعض منافعه.

الشرع طاعته وإلّا ففيما لا يرى العرف طاعته بحسب الشرع ولو في غير سخط الخالق لا وجه لهذا الدليل كما أنه فيما يفهم من دليل طاعة الخالق العلية التامة لا نحتاج الى هذه القاعدة فورود هذه القاعدة انما هو فقط فيما ورد المطلقان وتردد الامر ...».

وفيه أن هذه الخطابة لا ترفع اشكال الشبهة المصداقية، فإن موضوع لا طاعة بعد اللّتيا والتي انما هو سخط الخالق وهو غير ثابت في المقام بعد الابتلاء بالمعارض ـ بعد فرض اطلاق كلا الدليلين ـ ثم ان الشاهرودي (قدس سره) ذكر مسئلتين هنا، وقال: «دليلهما منحصر في حديث: لا طاعة ... الخ، وهو عدم حق للمالك في الرجوع عن اذنه في ايجاد الرحى على شاطئ النهر، وفي الرجوع عن اذنه في دفن الميت» وفيه انه يمكن ان يقال: دليلهما قاعدة الإقدام، وحرمة هتك الميت، فتأمل).

المسألة ١ : أوجهها الاخير : اذا اعلم المولى رجوعه عن الاذن بطريق عقلائي ولم يتحصله العبد تقصيراً كعدم فتح مكتوبه ولا يترك الاحتياط فيما اعلم ولم يصل الى العبد لمانع بلا تقصير من العبد واما اذا رجع عن اذنه ولم يعلمه بطريق عقلائي فيصح الحج وليس له الابطال (فان وزان الاذن وزان الرعاية وعدم المخالفة ولا يعد العبد حينئذ مخالفاً واما مسألة انه تصرف في مال الغير ـ فان العبد كله للمولى ـ فقد مرّ غير مرة ان صرف ذلك لا يوجب البطلان على جواز اجتماع الامر والنهي فاطلاق ابطال السيد (قدس سره) ليس على ما ينبغي).

المسألة ٢ : له الفسخ : (لحديث الضرر او من باب الشرط الضمني، وكيف كان فهو في مورد الضرر حتى يكون خلاف الشرط الضمني بان يكون الحج موجباً لتفويت منافع غير متسامح فيها).

مسألة ٣: إذا انعتق العبد قبل المشعر فهديه عليه، وإن لم يتمكّن فعليه أن يصوم، وإن لم ينعتق كان مولاه بالخيار بين أن يذبح عنه أو يأمره بالصوم، للنصوص والاجماعات.

مسألة ٤: إذا أتى المملوك المأذون في إحرامه بما يوجب الكفّارة فهل هي على مولاه، أو عليه ويتبع بها بعد العتق، أو تنتقل إلى الصوم فيما فيه الصوم مع العجز، أو في الصيد عليه، وفي غيره على مولاه؟ وجوه اظهرها كونها على مولاه لصحيحة حريز، خصوصاً إذا كان الاتيان بالموجب بأمره أو بإذنه، نعم لو لم يكن ماذوناً في الاحرام بالخصوص بل كان ماذوناً مطلقاً إحراما كان أو غيره لم يبعد كونها عليه، حملاً لخبر عبد الرحمن بن أبي نجران النافي لكون الكفّارة في الصيد على مولاه، على هذه الصورة.

المسألة ٣: للنصوص: (راجع روايات الباب ٢ من الذبح فانها تدل على ذلك واما ٢/٤ ـ وفي السند علي بن أبي حمزة ـ الامرة بالذبح فلا ينافي التخيير لفرض الرواية مضيّ وقت الصوم، قال عليه السلام: ذهبت الايام التي قال الله ...، فهي تؤكد التخيير وان اللازم على فرض بقاء وقت الصوم احد الامرين واما قوله عليه السلام: كما طلبت الخير، وكذا قوله عليه السلام: شاة ثمينة، فلا ينافي الوجوب، واما ٢/٣ النافية لوجوب الذبح معللاً بقوله تعالى: ﴿عبداً مملوكاً ... الخ﴾ فلعل المراد نفي الوجوب التعييني كما ذكر الشيخ (قدس سره) ولولا الاجماع وفتوى الاصحاب امكن الجمع بين الروايات بأن العبد كالحرّ اما الذبح أو الصوم لكن يستحب للمولى النيابة في الذبح).

المسألة ٤: لصحيحة حريز: (المؤيدة بالشهرة ولا تختص بالصيّد على النقل الاشهر كما لا اختصاص للغة اصاب بالصيد ويمكن حمل المنافي على صورة عدم الاذن بناء على ما ذكرنا من الصحة اذا لم يناف حق المولى.

ففي صحيح حريز ٥٦/١ كفارات الصيد: «كلما اصاب العبد وهو محرم في احرامه فهو على السيد إذا اذن له في الاحرام» وهذا على رواية الصدوق والكليني وأحد كتابي الشيخ (قدس سرهم) وفي كتابه الآخر: المملوك كلما اصاب الصيد، والاول اصح، والاصابة أعم من الصيد وغيره، وفي مصحح عبدالرحمن ٥٦/٣: عن عبد اصاب صيداً وهو محرم هل على مولاه شيء من الفداء، فقال: «لا شيء على مولاه». والجمع بالاطلاق والتقييد بحسب الصيد وغيره ولكن يمكن الجمع بالاذن وعدمه في الحج بناء على ما مرّ من امكان الصحة بلا اذن ايضاً. او نقول: النسبة هي

مسألة ٥ : إذا أفسد المملوك المأذون حجّه بالجماع قبل المشعر فكالحرّ في وجوب الاتمام والقضاء، وأمّا البدنة ففي كونها عليه أو على مولاه فالظاهر انّ حالها حال سائر الكفّارات على ما مرّ، وقد مرّ انّ الاقوى كونها على المولى الآذن له في الاحرام، وهل يجب على المولى تمكينه من القضاء، لان الاذن في الشيء إذن في لوازمه أولا، لانّه من سوء اختياره؟ قولان، اقواهما الاوّل سواء قلنا: إنّ القضاء هو حجّة، أو انّه عقوبة وانّ حجّة هو الاوّل، هذا إذا أفسد حجّه ولم يعتق، وأمّا إن أفسده بما ذكر ثمّ اعتق فإن اعتق قبل المشعر كان حاله حال الحرّ في وجوب الاتمام والقضاء والبدنة، وكونه مجزياً عن حجّة الاسلام إذا اتى بالقضاء على القولين من كون الاتمام عقوبة، وانّ حجّه هو القضاء، أو كون القضاء عقوبة، بل على هذا إن لم يأت بالقضاء ايضاً اتى بحجّة الاسلام وإن كان عاصياً في ترك القضاء، وإن اعتق بعد المشعر فكما ذكر، إلاّ انّه لا يجزيه عن حجّة الاسلام فيجب عليه بعد ذلك إن استطاع وإن كان مستطيعاً فعلاً ففي وجوب تقديم حجّة الاسلام أو القضاء وجهان مبنيّان على انّ القضاء فوريّ اولا، فعلى الاوّل يقدّم لسبق سببه، وعلى الثاني تقدّم حجّة الاسلام لفوريّتها دون القضاء.

مسألة ٦: لا فرق فيما ذكر من عدم وجوب الحجّ على المملوك وعدم صحّته إلاّ بإذن مولاه، وعدم إجزائه عن حجّة الاسلام إلاّ إذا اعتق قبل المشعر بين القنّ والمدبّر والمكاتب وامّ الولد والمبعّض إلاّ إذا هاياه مولاه وكانت نوبته كافية، مع عدم كون السفر خطرياً فإنّه يصحّ منه بلا إذن، لكن لا يجب، ولا يجزيه حينئذ عن حجّة الاسلام وإن كان مستطيعاً، لانّه لم يخرج عن كونه مملوكاً، وإن كان يمكن

العموم من وجه فغير الصيد مع الاذن يكون على المولى والصيد بلا اذن على العبد، ويقع التعارض في الصيد مع الاذن والقاعدة تقتضي كون الكفارة على العبد فانه حاج وينتج كون كفارة الصيد مطلقاً على العبد).

المسألة ٥ : اذن في لوازمه: بل لعدم حق للمولى في منع العبد عن الواجبات.

على القولين: على القول الاول ينحصر الاجزاء فيما اتى بالمفسد بعد العتق قبل المشعر. واما اذا افسد قبل العتق وان كان العتق قبل المشعر فالاتمام عقوبة والقضاء قضاء الحج المستحب.

سبق سببه: سبق السبب لا يكفي في الاهمية ولزوم التقديم واعترف هو بذلك في المسالة ١٦، بل يلزم احراز وجوب الفورية واهميتها عن حجة الاسلام واصل الفورية وكذا الاهمية على فرضها غير ثابت بل الظاهر اهمية حجة الاسلام فتقدم.

المسألة ٦ : عدم صحته إلاّ باذن مولاه: لم يظهر ممّا مرّ ذلك اذا لم يناف حق المولى كما قد يتفق في القران والافراد بل يمكن تصوره في التمتع ايضاً.

دعوى الانصراف عن هذه الصورة، فمن الغريب ما في الجواهر من قوله: ومن الغريب ما ظنّه بعض الناس من وجوب حجّة الاسلام عليه في هذا الحال، ضرورة منافاته للاجماع المحكيّ عن المسلمين الّذي يشهد له التتبّع على اشتراط الحريّة المعلوم عدمها في المبعّض انتهى، إذ لا غرابة فيه بعد إمكان دعوى الانصراف مع انّ في أوقات نوبته يجري عليه جميع آثار الحريّة.

مسالة ٧: إذا أمر المولى مملوكه بالحجّ وجب عليه طاعته وإن لم يكن مجزياً عن حجّة الاسلام، كما إذا آجره للنيابة عن غيره فإنّه لا فرق بين إجارته للخياطة او الكتابة وبين إجارته للحجّ أو الصوم.

الثالث: الاستطاعة من حيث المال وصحّة البدن وقوته وتخلية السرب وسلامته وسعة الوقت وكفايته بالاجماع والكتاب والسنّة.

مسالة ١: لا خلاف ولا إشكال في عدم كفاية القدرة العقلية في وجوب الحجّ، بل يشترط فيه الاستطاعة الشرعيّة، وهي كما في جملة من الاخبار الزاد والراحلة، فمع عدمهما لا يجب وإن كان قادراً عليه عقلاً بالاكتساب ونحوه، وهل يكون اشتراط وجود الراحلة مختصاً بصورة الحاجة إليها لعدم قدرته على المشي، او كونه مشقّة عليه أو منافياً لشرفه، او يشترط مطلقاً ولو مع عدم الحاجة إليه، مقتضى إطلاق الاخبار والاجماعات المنقولة الثاني، وذهب جماعة من المتاخّرين إلى الاوّل لجملة من الاخبار المصرّحة بالوجوب إن أطاق المشي بعضاً أو كلاً، بدعوى انّ مقتضى الجمع بينها وبين الاخبار الأولة حملها على صورة الحاجة، مع أنّها منزّلة على الغالب، بل انصرافها إليها، والاقوى هو القول الثاني،

امكان دعوى الانصراف: دعواه ممنوع، كاجراء جميع آثار الحرية مع انها في كل مورد بالدليل كما ان تقسيم المنافع لا يدل على الحريّة.

المسالة ٧: وجب عليه طاعته: فان للمولى امره بالعمل بلا فرق بين الخياطة مثلاً والصلاة والحج (كما قال الحكيم والخوئي (قدس سرهما) خلافاً للخونساري (قدس سره) حيث تأمل فيما لم يكن الحج للمولى. وفيه: عدم الفرق فللمولى ان يوجره للغير أو يامره بالحج لنفسه او للمولى.

إلّا ان يقال: المتيقن وجوب الاطاعة فيما يرتبط بالمولى لا ما يرتبط بعبادات العبد نفسه لكن يمكن ان يقال: ذلك ايضاً ربما يرتبط بالمولى بالمآل).

الثالث: الاستطاعة ...

المسالة ١: ... القول الثاني: بل الاول اقوى (راجع البحث من تعليقتنا المفصلة

لإعراض المشهور عن هذه الاخبار مع كونها بمرأىً منهم ومسمع، فاللازم طرحها او حملها على بعض المحامل، كالحمل على الحجّ المندوب وإن كان بعيداً عن سياقها، مع انّها مفسّرة للاستطاعة في الآية الشريفة،

على حج العروة. ولا نسلم كون الثاني قول المشهور وقد أوضحنا فيه وفاقاً لصاحب الوسائل في عنوان الباب ٨ وجوب الحج.

وحاصل الكلام: ان الحج يفرق عن سائر التكاليف حيث علق على الاستطاعة، فان حكم غيره مطلق، غاية الامر ان العجز عذر عقلي، والاستطاعة مفهوم عرفي من الطوع والطاعة، واستطاع أي طلب الطوع والطاعة، هو مستطيع: أي يطلب طاعة المولى وطوعه، وفي العرف لا يختص بمن تهيا له جميع الاسباب بل يشمل الفاقد المحصّل للاسباب، فلعلها اصرح في المراد وآكد من القدرة حيث ان القادر لعله ينصرف الى الفعلي منه اي من له القدرة بالفعل فاذا كان الطريق الى المولى بعيداً يحتاج طيّه الى قوت في الطريق وراحلة يعد من له القوت والراحلة قادراً ومستطيعاً، وكذا من يقدر على القوت والراحلة بالسعة مالاً ولو كان شخص لا يحتاج الى الطعام والراحلة بحسب مزاجه بحيث يستوي وجود ذلك وعدمه يعدّ قادراً ومستطيعاً بلا ذلك ايضاً وان كان سائر الناس محتاجين الى ذلك بل ولو كان مع مشقة يسيرة تتحمل عادة في الامور، نعم إلاّ في المشقة الحرجية التي يقال عرفاً: هو لا يقدر ولا يستطيع كما نفهم المراد من كريمة: ﴿انك لا تسطيع معي صبراً﴾. كما اذا كان قريباً من المولى بحيث لا يحتاج عادة ايضاً الى ذلك يعد قادراً ومستطيعاً ايضاً هذا، ومن ناحية اخرى لو كان قادراً على الزاد والراحلة للمسير الى المولى لكن لا يقدر على العود الى بيته مع لزوم الرجوع الى موطنه وبيته بحسب معيشته العادية، لا يعدّ مستطيعاً ايضاً فان الاستطاعة ولو انها مربوطة بالذهاب لا الاياب لكن العرف يفهم امكان الاياب ايضاً للقطع بأن المولى لا يريد بكلامه: أيتني ان استطعت، الاقامة والتوطن عنده ابداً.

وهكذا لو كان قادراً على العود ايضاً لكن يبقى عياله بلا قوت او قوت غير مناسب بحيث يستلزم الهتك عرفاً أو الحرج لا يعد مستطيعاً ايضاً وكذا في ناحية الزاد والراحلة ان كان حرجياً لا يتحمل عادة. لا يقال: هو مستطيع إلاّ ان يصرّح المولى

وحمل الآية على القدر المشترك بين الوجوب والندب بعيد، أو حملها على من استقرّ عليه حجّة الاسلام

ويقول: أيتني ان قدرت وعليّ نفقتك ونفقة عيالك أو أيتني ولو مع الحرج، هذا كله بحسب ما نفهمه عرفاً من كلمة الاستطاعة.

واما الروايات فقد وردت روايات، مثل ما في الباب ٧ و٨ وجوب الحج، شرطت الزاد والراحلة في وجوب الحج، ولقد فهم غير واحد الاشتراط مطلقاً، لكن الظاهر انها وردت في مقام الحاجة فهل ترى اذا قال المولى أيتني ان استطعت وقال: الاستطاعة هو الزاد والراحلة، لزومهما ولو لم يكن مورد الحاجة مثلاً من امتلأ طعاماً لابد ايضاً ان ياكل؟! ومن اوصى له الطبيب بالمشي على الاقدام للصحة لابد ان يركب؟ كلاّ! والعجب من بعضهم كالحكيم(قدس سره) مع اعتقاده انصراف ادلة الزاد والراحلة عن القريب، غير المحتاج عادة الى المركب، كيف لا يعتقد الانصراف عن البعيد غير المحتاج؟ فهل للقرب والبعد دخالة؟ او للحاجة وعدمها؟ فما يظهر من غير واحد وكان الاستاذ الداماد(قدس سره) يصرح بان الاستطاعة عرفية والزاد والراحلة توسعة فينفى الوجوب عمن يستطيع بلا زاد وراحلة، فيه مالا يخفى فانه لا دليل على ذلك سوى الروايات الشارطة للوجوب بظاهرها، بوجود الزاد والراحلة، مع ان الروايات مفسرة للآية وقد عرفت مرام الكريمة. فدقق النظر في مثل ٢/٣، وتعبير: وجد السبيل اليه في مثل ٢/٦ وفي عبارة ٧/١: «... حاجة تجحف به او مرض لا يطيق فيه الحج او سلطان يمنعه»، ونظير هذه ٨ و٨/١١ و٦/٣، وعبارة: «... وعنده ما يحج به» في ٨ و٦/٩ وفي ٦/١٠: «... اذا قدر الرجل على الحج». وفي ٧/٣: من وجد سعة فمات ولم يحج، وفي ١ و٩/٢: «... السعة في المال اذا كان يحج ببعض ويبقى بعضاً لقوت عياله». وفي ١ و٥ و٩ و١٠/١٠: «... فان كان يستطيع ان يمشي بعضاً ويركب بعضاً فليفعل» ان قلت: هذه الروايات تشمل موارد الحرج ايضا. قلت: كلاّ، لشمولها على كلمة الاستطاعة وعرفت عدم شمولها الحرج عرفاً ولو ابيت إلاّ عن الشمول فيرفعها دليل نفي الحرج. ان قلت: في هذه الروايات مالا يمكن الاخذ به مثل صحيح معاوية ١١/١ الدال على وجوب الحج على القادر على المشي ولو حرجاً: «... كان اكثر من حج مع النبي ﷺ مشاة...

سابقاً. وهو أيضاً بعيد، أو نحو ذلك، وكيف كان فالاقوى ما ذكرنا وإن كان لا ينبغي ترك الاحتياط بالعمل بالاخبار المزبورة، خصوصاً بالنسبة إلى من لا فرق عنده بين المشي والركوب، او يكون المشي

فشكو اليه الجهد والعناء فقال ﷺ: شدوا ازركم واستبطنوا» قلت: لا نسلم ذلك لاحتمال ارادة الجهد دون الحرج كما يقع في السفر راكباً ايضاً فهل ترى السفر الآن الى مكة في الطائرة مرتاحاً كالسكون في الدار في الوطن؟ ولعل النسخة الاصلية استبطئوا بدل استبطنوا. أي الامر بالبطوء في المشي لتقليل الجهد، والجهد الذي يدفع بالبطوء في الطريق ليس حرجياً. وايضاً لا يعلم انهم كانوا من اول الامر في زحمة فلعلهم وقعوا في الزحمة بعداً. ويحتمل انهم حجّوا ندباً، واما ما قال الخوئي(قدس سره) من ان المراد من قوله ﷺ يجب الحج على كل من اطاق المشي، المشي في داره وبلده في مقابل المريض غير القادر على المشي اصلاً، ولم يرد المشي الى الحج. ففيه مالا يخفى من عدم الارتباط بالمشاة مع النبي ﷺ.

والحاصل ان الآية وردت على شرطية الاستطاعة فقط والروايات مفسرة لها لا شارطة شرطاً آخر وعبارات التفسير الواردة في الروايات اما الزاد والراحلة واما ما يحج به واما اليسار والقوة واما غير ذلك وكلها مشيرة الى الامكان العرفي الذي هو الاستطاعة فاذا كان المشي والركوب متساويين ـ فضلاً عن كون المشي اسهل ـ وجب الحج لصدق الاستطاعة ويظهر ذلك من الحدائق والمدارك وصاحب الوسائل ايضاً واما دعوى الاجماع على كون الروايات بصدد شرط زائد وهو الزاد والراحلة ولو زائدة على الاستطاعة العرفية ففيها المنع فراجع كتب القدماء. ففي ناصريات السيد(قدس سره) بعد نقل قول المالك بانه اذا قدر على الحج يجب بلا اشتراط شيء من الزاد والراحلة: (دليلنا: ... وقوله تعالى: ﴿ولله على الناس ... الخ﴾ والاستطاعة في عرف الشرع وعهد اللغة ايضاً عبارة عن تسهيل الامر وارتفاع المشقة وليست عبارة عن مجرد القدرة، الا ترى أنهم يقولون: ما يستطيع النظر الى فلان، اذا كان يبغضه ويثقل عليه النظر اليه وان كانت معه قدرة على ذلك، وكذا يقال: لا استطيع شرب الدواء اذا كان ينفر منه وان كان قادراً وقال تعالى: ﴿انك لا تستطيع معي صبراً﴾.

اسهل، لإنصراف الاخبار الأولة عن هذه الصورة، بل لولا الاجماعات المنقولة والشهرة لكان هذا القول في غاية القوّة.

وانما أراد هذا المعنى لإمكانه فاذا تقرر ذلك وكان الصحيح الجسم يشق عليه المشي الطويل الى الحج لم يكن مستطيعاً له في العرف ... فوجب ان يكون الاستطاعة ما ذكرنا لإرتفاع المشاق والكلف معه ومما يدل على بطلان مذهب مالك ما روى ان النبي ﷺ سئل عن قوله تعالى: ﴿ولله على الناس ... الخ﴾ ما الاستطاعة؟ فقال ﷺ: «الزائد والراحلة ...») فترى من ذلك صدراً وذيلاً ان المخالفة مع مالك في اشتراطه صرف القدرة ولو مع الحرج واشتراط السيد (قدس سره) عدم المشقة، لا في عدم اشتراطه الزاد والراحلة واشتراط السيد (قدس سره) ذلك.

وقال في الغنية: (... والاستطاعة وهي الزاد والراحلة والكفاية ... بدليل الاجماع وايضاً قد ثبت ان من شرط حسن الامر بالعبادة القدرة عليها على ما دللنا عليه في الاصول فلما شرط الله سبحانه في الامر بالحج الاستطاعة اقتضى ذلك زيادة على القدرة، من التمكن من النفقة وغيرها، ومن لا يجد لعياله نفقة الى حين عوده لا يكون كذلك ... ويحتج على مالك بما روى من طرقهم ان رجلاً سئله عن الآية فقال ﷺ: الزاد والراحلة، وتعلق مالك بآية: ﴿وأذّن في الناس بالحج يأتوك رجالاً وعلى كلّ ضامر ... .﴾ مخدوش ... «بانه أعم من الوجوب»).

وفي المعتبر: «الزاد والراحلة وهما شرط لمن يحتاج اليهما لبعد مسافته واما القريب فيكفيه اليسير من الاجرة بنسبة حاجته ومن لا كلفة عليه كالمكّي فليس الراحلة معتبرة ... ومن لا راحلة له ولا زاد وليس له أحدهما لا يجب عليه الحج، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وقال مالك: من قدر على المشي وجب عليه، لنا: ان النبي ﷺ فسّر السبيل بالزاد والراحلة ...». وفي الخلاف بعد بيان شرطية الزاد والراحلة مطلقاً واعتقاد جميع الفقهاء ذلك عدا مالك: «دليلنا اجماع الفرقة والاصل براءة الذمة عن الوجوب في غير ما ذكرنا، والآية، اذ الاستطاعة تناول القدرة وجميع ما يحتاج اليه» انتهى ملخصاً. واذا دققت النظر في هذه العبارات ونظائرها من كتب القوم تعلم باليقين مرام القوم وان هذا الاشتراط تفسير

مسالة ٢: لا فرق في اشتراط وجود الراحلة بين القريب والبعيد حتّى بالنسبة إلى اهل مكّة، لإطلاق الادلّة، فماعن جماعة من عدم اشتراطه بالنسبة اليهم لا وجه له.

مسالة ٣: لا يشترط وجودهما عيناً عنده، بل يكفي وجود ما يمكن صرفه في تحصيلهما من المال، من غير فرق بين النقود والأملاك من البساتين والدكاكين والخانات ونحوها، ولا يشترط إمكان

الاستطاعة ويكون في مورد الحاجة، وان الاختلاف بين الفقهاء ومالك في عدم اشتراط مالك سوى القدرة، واشتراطهم الاستطاعة العرفية وبالنتيجة الزاد والراحلة انما هو للمحتاج، فما يرى من ظاهر عبارة ابن رشد في البداية ١: ٣٠٩، وكذا من الفقه على المذاهب الأربعة من اشتراط الفقهاء الزاد والراحلة مطلقاً، واشتراط مالك ذلك عند الحاجة ليس على ما ينبغي. واما ما ذكره جمع منهم الخوئي(قدس سره) من انه لو كان واجباً على من تمكن من المشي وان لم يكن له راحلة لكان وجوبه حينئذ من جملة الواضحات لكثرة الابتلاء بذلك ... ، ففيه: شيوع المشي في سالف الزمان ولم يرد النكير من احد من العلماء. سيما في القريب من الميقات والحرم. وسيما في تبعيض الطريق من جهة الركوب في بعضه والمشي في بعض. فتدبر ما ذكرنا جيّداً).

المسالة ٢: اهل مكة: الملاك هو الحاجة، (فان «حج البيت» المذكور في الآية، وان كان معناه المطابقي قصد البيت الشريف لكنه اشارة الى جميع اعمال الحج ومنها الوقوفان، كما ان الاستطاعة المذكورة في الآية وان كانت للسبيل الى البيت لكن المتفاهم العرفي منها يشمل التمكن من العود ايضاً فما في بعض الكلمات من ان الاستطاعة للسبيل الى البيت، وفي القرآن والافراد لا يحتاج الى ذلك، فيه: ان المراد التمكن من جميع الاعمال ومنها الذهاب الى عرفات ومشعر ومنى، ويدخل في مرام الآية التمكن من العود ايضاً هذا مع ان القران والافراد يشملان من كان خارج البلد الحرام ايضاً والاستطاعة مشككة، فقد لا يحصل مقدمات حج الساكن في مكة لزمانته مثلاً او لاحتياجه الى مركب يجيئ به الى مسجد الحرام، وقد يحصل مقدمات حج البعيد غاية البعد عن جزيرة العرب، وبما ذكرنا تعرف النظر في حاشية الگلپايگاني(قدس سره) والقمي وبعض آخر).

حملها الزاد معه، بل يكفي إمكان تحصيله في المنازل بقدر الحاجة، ومع عدمه فيها يجب حمله مع الامكان مَن غير فرق بين علف الدابّة وغيره، ومع عدمه يسقط الوجوب.

مسالة ٤ : المراد بالزاد هنا المأكول والمشروب وسائر ما يحتاج إليه المسافر من الاوعية التي يتوقّف عليها حمل المحتاج إليه وجميع ضروريّات ذلك السفر بحسب حاله قوّةً وضعفاً، وزمانه حراً وبرداً، وشانه شرفاً وضعةً، والمراد بالراحلة مطلق ما يركب ولو مثل السفينة في طريق البحر. واللازم وجود ما يناسب حاله بحسب القوّة والضعف، بل الظاهر اعتباره من حيث الضعة والشرف كمّاً وكيفاً، فإذا كان من شانه ركوب المحمل أو الكنيسة بحيث يعدُّ ما دونها نقصاً عليه يشترط في الوجوب القدرة عليه ولا يكفي ما دونه وإن كانت الآية والاخبار مطلقة وذلك لحكومة قاعدة نفي العسر والحرج على الاطلاقات، نعم إذا لم يكن بحدٍّ الحرج وجب معه الحجُّ وعليه يحمل ما في بعض الاخبار من وجوبه ولو على حمار أجدع مقطوع الذنب.

مسالة ٥: إذا لم يكن عنده الزاد ولكن كان كسوباً يمكنه تحصيله بالكسب في الطريق لاكله وشربه وغيرهما من بعض حوائجه هل يجب عليه أولا؟ الاقوى عدمه وإن كان احوط.

مسالة ٦ : إنّما يعتبر الاستطاعة من مكانه لا من بلده، فالعراقيُّ إذا استطاع وهو في الشام وجب عليه وإن لم يكن عنده بقدر الاستطاعة من العراق بل لو مشى إلى ما قبل الميقات متسكّعاً أو لحاجة أُخرى من تجارة او غيرها وكان له هناك ما يمكن أن يحجّ به وجب عليه، بل لو احرم متسكّعاً فاستطاع

المسالة ٣ : يجب حمله : اي وجوباً عقلياً.

المسالة ٤ : مطلقة : لا اطلاق لها بالنسبة الى موارد الذل بحيث يعدّ في العرف خارجاً عن الطاقة العرفية.

المسالة ٥ : احوط : ولكن لا يكفيه عن حجة الاسلام (فان الوجوب معلق على الاستطاعة وهي ظاهرة في الفعلية ويفترق معناها عن معنى القدرة فان القدرة على القدرة قدرة وهذا بخلاف الاستطاعة. وهكذا سائر التعابير مثل: له القوة في المال، عنده ما يحج به، اليسار و... فانها ظاهرة في الفعلية وعلى فرض الاجمال فحيث انها مفسره للآية فتوجب اجمال المفسّر المحكوم فيؤخذ بالمتيقن، وعلى ما ذكرنا فلا نفهم وجهاً وجيهاً لايجاب الشيرازي (قدس سره) احتياط المائتن).

المسالة ٦ : ما يمكن أن يحج به: المراد من الإمكان هو الاستطاعة (فلا وجه لما

وكان أمامه ميقات آخر أمكن ان يقال بالوجوب عليه، وإن كان لا يخلو عن إشكال.

مسألة ٧: إذا كان من شأنه ركوب المحمل أو الكنيسة ولم يوجد سقط الوجوب، ولو وجد ولم يوجد شريك للشقّ الآخر، فإن لم يتمكّن من أُجرة الشقّين سقط أيضاً، وإن تمكّن فالظاهر الوجوب لصدق الاستطاعة، فلا وجه لما عن العلاّمة من التوقّف فيه، لانّ بذل المال له خسران لا مقابل له، نعم لو كان بذله مجحفاً ومضراً بحاله لم يجب كما هو الحال في شراء ماء الوضوء.

مسألة ٨: غلاء أسعار ما يحتاج إليه أو أُجرة المركوب في تلك السنة لا يوجب السقوط، ولا يجوز التاخير عن تلك السنة مع تمكّنه من القيمة، بل وكذا لو توقّف على الشراء بأزيد من ثمن المثل والقيمة

في بعض الحواشي من عدم فائدة في صرف الإمكان).

عن اشكال: يشبه موارد الخطأ في النية بل هو منها فاذا لم يكن تقييد في النية كان صحيحاً ويجدّد النية بعنوان حجة الاسلام من الميقات الثاني.

ونظيره ما اذا علم بالاستطاعة بعد الاحرام ولم يكن ميقات آخر فيرجع الى الميقات ويحرم وينوي حجة الاسلام.

المسألة ٧: الوجوب: (لعدم دليل على رافعية الضرر للاحكام فان لا ضرر في الاضرار بالغير كما قال الداماد (قدس سره) والاستاذ (مدظله) وإلاّ فالظاهر عدم الوجوب ولا يفيد أن طبع الحج ضرري لانه حينئذ زائد على طبعه الاولي كما قال الخوئي (مدّ ظله). قال الداماد (قدس سره): «لم يتمسك أحد من الاعلام بلا ضرر لنفي الغسل الضرري ...» وهو كذلك وانما الاشكال فيها لحرمة الغسل الضرري بل الظاهر الوجوب حتى على مبنى رافعية الضرر للاحكام وشمول هذا الرفع للضرر الزائد على طبع الحكم، لعدم عدّ ذلك ضرراً عرفاً بل هو مؤنة نظير حاجته في الجلوس الى ازيد من المتعارف لسمنة لعدم الفرق بينه وبين المقام من الحاجة لشرفه، فلا وجه لنفي الخوئي (مدّ ظلّه) الوجوب هنا).

ومضراً: ان كان بحيث لم يعدّ مستطيعاً للحرج ونحوه (لما مرّ من كونه من المؤنة فليس ضرراً عرفاً هذا واما على مبنى عدم رافعية الضرر للاحكام الضرري فالحكم واضح كما مرّ. فلا دخالة لكون الحكم هنا بطبعه ضررياً كما قاله الخوئي والحكيم (قدس سرهما).

المتعارفة، بل وكذا لو توقّف على بيع أملاكه بأقلّ من ثمن المثل، لعدم وجود راغب في القيمة المتعارفة، فما عن الشيخ من سقوط الوجوب ضعيف، نعم لو كان الضرر مجحفاً بماله مضرّاً بحاله لم يجب، وإلاّ فمطلق الضرر لا يرفع الوجوب بعد صدق الاستطاعة وشمول الادلّة، فالمناط هو الاجحاف والوصول إلى حدّ الحرج الرافع للتكليف.

مسالة ٩: لا يكفي في وجوب الحجّ وجود نفقة الذهاب فقط، بل يشترط وجود نفقة العود إلى وطنه إن أراده، وإن لم يكن له فيه أهل ولا مسكن مملوك ولو بالاجارة، للحرج في التكليف بالاقامة في غير وطنه المالوف له، نعم إذا لم يرد العود أو كان وحيداً لا تعلّق له بوطن لم يعتبر وجود نفقة العود، لإطلاق الآية والاخبار في كفاية وجود نفقة الذهاب، وإذا أراد السكنى في بلد آخر غير وطنه لابدّ من وجود النفقة إليه إذا لم يكن ابعد من وطنه، وإلاّ فالظاهر كفاية مقدار العود إلى وطنه.

مسالة ١٠: قد عرفت أنّه لا يشترط وجود أعيان ما يحتاج إليه في نفقة الحجّ من الزاد والرحلة، ولا وجود أثمانها من النقود، بل يجب عليه بيع ما عنده من الأموال لشرائها، لكن يستثنى من ذلك ما يحتاج إليه في ضروريّات معاشه فلا تباع دار سكناه اللائقة بحاله، ولا خادمه المحتاج إليه، ولا ثياب تجمّله اللائقة بحاله، فضلاً عن ثياب مهنته، ولا اثاث بيته من الفراش والاواني وغيرهما ممّا هو محلّ حاجته، بل ولا حليّ المراة مع حاجتها بالمقدار اللائق بها بحسب حالها في زمانها ومكانها، ولا كتب العلم لاهله الّتي لابدّ له منها فيما يجب تحصيله، لانّ الضرورة الدينيّة أعظم من الدنيويّة، ولا آلات الصنائع المحتاج إليها في معاشه، ولا فرس ركوبه مع الحاجة إليه، ولا سلاحه ولا سائر ما يحتاج إليه، لا ستلزام التكليف بصرفها في الحجّ العسر والحرج ولا يعتبر فيها الحاجة الفعليّة، فلا وجه لما عن كشف اللثام من انّ فرسه إن كان صالحاً لركوبه في طريق الحجّ فهو من الراحلة، وإلاّ فهو في مسيره إلى الحجّ لا يفتقر إليه بل يفتقر إلى

المسالة ٨: ضعيف: إلاّ فيما كان غلاء السعر اقتراحاً من البائع أو المشتري الحاضر لا من ترقي السعر وتنزله.

المسالة ٩: **أبعد من وطنه**: المراد كون نفقته أكثر، والحكم لا يجرى في مورد الاضطرار بالتوطن في الثاني بل يلزم رعاية النفقة اليه ايضاً اذا اضطرّ اليه.

المسالة ١٠: **العسر والحرج**: بل لعدم صدق الاستطاعة حينئذ (والظاهر انه لا وجه لتامل الخونساري (قدس سره) في اطلاق استثناء المذكورات إلاّ ان يريد عدم الضرورة في بعضها فهو اشكال صغروي أو ينظر الى صورة الاستقرار وليس محل الكلام).

غيره، ولا دليل على عدم وجوب بيعه حينئذ، كما لا وجه لما عن الدروس من التوقّف في استثناء ما يضطرّ إليه من أمتعة المنزل والسلاح وآلات الصنائع، فالاقوى استثناء جميع ما يحتاج إليه في معاشه ممّا يكون إيجاب بيعه مستلزماً للعسر والحرج، نعم لو زادت أعيان المذكورات عن مقدار الحاجة وجب بيع الزائد في نفقة الحجّ، وكذا لو استغنى عنها بعد الحاجة كما في حليّ المرأة إذا كبرت عنه ونحوه.

مسألة ١١ : لوكان بيده دار موقوفة تكفيه لسكناه وكان عنده دار مملوكة فالظاهر وجوب بيع المملوكة إذا كانت وافية لمصارف الحجّ او متمّمة لها، وكذا في الكتب المحتاج إليها إذا كان عنده من الموقوفة مقدار كفايته، فيجب بيع المملوكة منها، وكذا الحال في سائر المستثنيات إذا ارتفعت حاجته فيها بغير المملوكة، لصدق الاستطاعة حينئذٍ إذا لم يكن ذلك منافياً لشأنه ولم يكن عليه حرج في ذلك، نعم لو لم تكن موجودة وأمكنه تحصيلها لم يجب عليه ذلك، فلا يجب بيع ما عنده وفي ملكه، والفرق عدم صدق الاستطاعة في هذه الصورة بخلاف الصورة الاولى إلّا إذا حصلت بلا سعي منه، او حصلها مع عدم وجوبه فإنّه بعد التحصيل يكون كالحاصل أوّلا.

مسألة ١٢ : لو لم تكن المستثنيات زائدة عن اللائق بحاله بحسب عينها لكن كانت زائدة بحسب القيمة وأمكن تبديلها بما يكون اقلّ قيمة مع كونه لائقاً بحاله ايضاً فهل يجب التبديل للصرف في نفقة الحجّ او لتتميمها؟ قولان من صدق الاستطاعة ومن عدم زيادة العين عن مقدار الحاجة، والاصل عدم وجوب التبديل، والاقوى الاوّل إذا لم يكن فيه حرج او نقص عليه وكانت الزيادة معتدّاً بها، كما إذا كانت له دار تسوى مائة وأمكن تبديلها بما يسوى خمسين مع كونه لائقاً بحاله من غير عسر فإنّه يصدق الاستطاعة، نعم لو كانت الزيادة قليلة جدّاً بحيث لا يعتنى بها أمكن دعوى عدم الوجوب، وإن كان الاحوط التبديل ايضاً.

المسألة ١١ : **وجوب بيع المملوكة**: بل الظاهر عدم الوجوب ولا فرق بين هذه الصورة وما بعد الاستدراك في عدم صدق الاستطاعة نعم لو فرض الاعتماد ببقاء الموقوفة بيده واولاده وعلم بذلك ولم يكن اي ذل عليه من سكونه او سكون اولاده فيه وبني معيشته على ذلك لا يبعد صدق الاستطاعة لكنه لعلّه مجرد فرض. واستشكل الگلپايگاني في الوقف العام لا الخاص لكن الملاك واحد.

المسألة ١٢ : **قليلة**: اي بحيث لم يحسب زائداً عن الحاجة والشان فهو الملاك ولو لم تكن الزيادة قليلة (ولعل الماتن ايضاً لا يريد الفرق بالقلة والكثرة بل بالتسامح عرفاً في احتساب الزيادة وعندئذ لا يبعد عدم وجوب التبديل إلّا من باب الاحتياط فلا يرد اشكال الاستاذ(مدّ ظلّه) بعدم تاثير القلة اذا كانت الزيادة متممة وكذا الاحتياط اللازم من الخونساري (قدس سرّه).

مسألة ١٣ : إذا لم يكن عنده من أعيان المستثنيات لكن كان عنده ما يمكن شراؤها به من النقود أو نحوها ففي جواز شرائها وترك الحجّ إشكال، بل الاقوى عدم جوازه إلّا ان يكون عدمها موجباً للحرج عليه، فالمدار في ذلك هو الحرج وعدمه، وحينئذ فإن كانت موجودة عنده لا يجب بيعها إلّا مع عدم الحاجة، وإن لم يكن موجودة لا يجوز شراؤها إلّا مع لزوم الحرج في تركه، ولو كانت موجودة وباعها بقصد التبديل بآخر لم يجب صرف ثمنها في الحجّ، فحكم ثمنها حكمها، ولو باعها لا بقصد التبديل وجب بعد البيع صرف ثمنها في الحجّ إلّا مع الضرورة إليها على حدّ الحرج في عدمها.

مسألة ١٤ : إذا كان عنده مقدار ما يكفيه للحجّ ونازعته نفسه إلى النكاح صرّح جماعة بوجوب الحجّ وتقديمه على التزويج، بل قال بعضهم: وإن شقّ عليه ترك التزويج، والاقوى وفاقاً لجماعة أُخرى عدم وجوبه مع كون ترك التزويج حرجاً عليه، أو موجباً لحدوث مرض، أو للوقوع في الزنا ونحوه، نعم لو كانت عنده زوجة واجبة النفقة ولم يكن له حاجة فيها لا يجب ان يطلّقها وصرف مقدار نفقتها في تتميم مصرف الحجّ لعدم صدق الاستطاعة عرفاً.

مسألة ١٥ : إذا لم يكن عنده ما يحجّ به ولكن كان له دين على شخص بمقدار مؤنته أو بما تتمّ به مؤنته، فاللازم اقتضاؤه وصرفه في الحجّ إذا كان الدين حالاً، وكان المديون باذلاً، لصدق الاستطاعة حينئذ، وكذا إذا كان مماطلاً وامكن إجباره باعانة متسلّط أو كان منكراً وامكن إثباته عند الحاكم الشرعيّ وأخذه بلا كلفة وحرج، وكذا إذا توقّف استيفاؤه على الرجوع إلى حاكم الجور بناء على ما هو الاقوى من

المسألة ١٣ : عدم جوازه: لا فرق بين عين المستثنى وقيمته اذا كان مورد الحاجة أو الشأن.

لا بقصد التبديل: اي كان بحيث لا حاجة له اليه اصلاً وإلّا فصرف القصد حينئذ لا يؤثر في الحكم.

المسألة ١٤ : حرجاً: الملاك كما مر كونه من حاجاته عرفاً لا الحرج والمرض مع ان الوقوع في الزنا ونحوه انما يؤثر لو كان المعتبر الاستطاعة الشرعية وهو ممنوع بل العرفية أي القدرة المتوسطة بين العقلية والشرعية.

كما انه مستطيع اذا لم يقدر على النكاح حتّى ولو لم يحجّ، سواء في ذلك الحرج وغيره وأما ما قاله الخونساري (قدس سره) من امكان رفع الحرج بالعقد الانقطاعي ففيه منع كما لا يخفى).

المسألة ١٥ : قبل الاجل: اي بلا استدعاء وإلّا فهو تحصيل الاستطاعة ومنع الجواهر حينئذ في محله. وهل يجب تقليل الدين اذا امكن الوصول بذلك مع عدم

جواز الرجوع إليه مع توقّف استيفاء الحقّ عليه، لانّه حينئذ يكون واجباً بعد صدق الاستطاعة، لكونه مقدّمة للواجب المطلق، وكذا لو كان الدين مؤجّلاً وكان المديون باذلاً قبل الاجل لو طالبه، ومنعُ صاحب الجواهر الوجوب حينئذ بدعوى عدم صدق الاستطاعه محلُّ منع، وامّا لو كان المديون معسراً او مماطلاً لا يمكن إجباره، او منكراً للدين ولم يمكن إثباته، او كان الترافع مستلزماً للحرج، او كان الدين مؤجّلاً مع عدم كون المديون باذلاً فلا يجب، بل الظاهر عدم الوجوب لو لم يكن واثقاً ببذله مع المطالبة.

مسالة ١٦ : لا يجب الاقتراض للحجّ إذا لم يكن له مال وإن كان قادراً على وفائه بعد ذلك بسهولة، لانّه تحصيل للاستطاعة وهو غير واجب، نعم لو كان له مال غائب لا يمكن صرفه في الحجّ فعلاً، او مال حاضر لا راغب في شرائه أو دين مؤجّل لا يكون المديون باذلاً له قبل الاجل، وامكنه الاستقراض والصرف في الحجّ، ثمّ وفاؤه بعد ذلك فالظاهر وجوبه لصدق الاستطاعة حينئذٍ عرفاً إلّا إذا لم يكن واثقاً بوصول الغائب، أو حصول الدين بعد ذلك فحينئذٍ لا يجب الاستقراض، لعدم صدق الاستطاعة في هذه الصورة.

مسالة ١٧ : إذا كان عنده ما يكفيه للحجّ وكان عليه دين ففي كونه مانعاً عن وجوب الحجّ مطلقاً، سواء كان حالاً مطالباً به اولا، او كونه مؤجّلاً، او عدم كونه مانعاً إلّا مع الحلول والمطالبة، او كونه مانعاً إلّا مع التاجيل، او الحلول مع عدم المطالبة، او كونه مانعاً إلّا مع التاجيل وسعة الاجل للحجّ والعود اقوال، والاقوى كونه مانعاً إلّا مع التاجيل والوثوق بالتمكّن من اداء الدين إذا صرف ما عنده في الحجّ وذلك لعدم صدق الاستطاعة في غير هذه الصورة، وهي المناط في الوجوب، لا مجرّد كونه مالكاً

الحرج في ذلك؟ فقال الاستاذ الداماد (قدس سره): نعم، فانه نظير شراء الزاد والراحلة بالازيد قيمة وفيه الفرق وكذلك ما اذا اشترط المديون عدم حق للدائن على المطالبة الى وقت معين ولكن بالاستدعاء يمكن رفع يده عن حقه.

واثقاً: لا يلزم الوثوق بل الاحتمال العقلائي كاف في لزوم مطالبة الدين الحال فانه كالفحص.

المسالة ١٦ : تحصيل الاستطاعة: اي الاقتراض مع امكان الاداء لسهولة تحصيل الاستطاعة ولا يجب، فلو اقترض والحال هذه فهو مستطيع (فلا وجه لاشكال الشريعتمداري وتبعه بعض اهل العصر فان المال الموجود حينئذ وان كان قرضاً لكنه ممكن الاداء بسهولة).

لصدق الاستطاعة: فيه اشكال بل منع (لعدم كفاية صرف الملك في صدقها).

المسالة ١٧ : في غير هذه الصورة: واما فيها فالظاهر صدقها اذا وثق بالتمكن من الاداء على حدّ الوثوق بالتمكن من سائر المئون (فلا وجه لحاشية بعضهم في عدم

للمال وجواز التصرّف فيه بايّ وجه أراد، وعدم المطالبة في صورة الحلول أو الرضا بالتاخير لا ينفع في صدق الاستطاعة، نعم لا يبعد الصدق إذا كان واثقاً بالتمكّن من الاداء مع فعليّة الرضا بالتاخير من الدائن، والاخبار الدالّة على جواز الحجّ لمن عليه دين لا تنفع في الوجوب، وفي كونه حجّة الاسلام، وامّا صحيح معاوية بن عمّار، عن الصادق عليه السلام عن رجل عليه دين، أعليه ان يحجّ؟ قال: نعم إنّ حجّة الاسلام واجبة على من أطاق المشي من المسلمين. وخبر عبد الرحمن عنه عليه السلام انّه قال: الحجّ واجب على الرجل وإن كان عليه دين، فمحمولان على الصورة التي ذكرنا، أو على من استقرّ عليه الحجّ سابقاً وإن كان لا يخلو عن إشكال كما سيظهر، فالاولى الحمل الاوّل، وامّا ما يظهر من صاحب المستند من انّ كلاً من أداء الدين والحجّ واجب، فاللازم بعد عدم الترجيح التخيير بينهما في صورة الحلول مع المطالبة، أو التاجيل مع عدم سعة الاجل للذهاب والعود، وتقديم الحجّ في صورة الحلول مع الرضا بالتاخير، أو التاجيل مع سعة الاجل للحجّ والعود، ولو مع عدم الوثوق بالتمكّن من اداء الدين بعد ذلك حيث لا يجب المبادرة إلى الاداء فيهما فيبقى وجوب الحجّ بلا مزاحم، ففيه انّه لا وجه للتخيير في الصورتين الاوليين، ولا لتعيين تقديم الحجّ في الاخيرتين بعد كون الوجوب تخييراً أو تعييناً مشروطاً بالاستطاعة الغير الصادقة في المقام، خصوصاً مع المطالبة وعدم الرضا بالتاخير، مع انّ التخيير فرع كون الواجبين مطلقين وفي عرض واحد، والمفروض انّ وجوب اداء الدين مطلق، بخلاف وجوب الحجّ فإنّه مشروط بالاستطاعة الشرعيّة، نعم لو استقرّ عليه وجوب الحجّ سابقاً فالظاهر التخيير لانّهما

الصدق حتى في هذه الصورة كما لا وجه لحاشية الخونساري بالاشكال في منع الدين في غير هذه الصورة).

نعم لا يبعد: وان كان رعاية الاحتياط اولى فلا يكتفى بذلك الحج (لكن الظاهر ما في المتن من صدق الاستطاعة وما ورد في الروايات المفسّرة لها من اليسار والقدرة وعنده ما يحج به وغير ذلك).

بالاستطاعة الشرعية: بل بالاستطاعة العرفية لا العقلية ولا الشرعية، وهي غير صادقة حينئذ فلا وجه لحاشية الاستاذ في اثبات صحة القيد هنا بتوجيه ان المراد نفي العقلية.

فالظاهر التخيير: أي عند التزاحم وعدم القدرة على الجمع ولو بالتسكع ولا يبعد حينئذ تقديم حق الناس ايضاً بل هو الاظهر. ويبقى الحج على عهدته (وفاقاً للبروجردي والسيد جمال فانه الموافق لمرتكز المتشرعة والاظهر من جميع الادلة المتفرقة).

حينئذ في عرض واحد وإن كان يحتمل تقديم الدين إذا كان حالاً مع المطالبة، أو مع عدم الرضا بالتأخير لاهميّة حقّ الناس من حقّ الله لكنّه ممنوع، ولذا لو فرض كونهما عليه بعد الموت يوزع المال عليهما، ولا يقدّم دين الناس، ويحتمل تقديم الاسبق منهما في الوجوب، لكنّه أيضاً لا وجه له كما لا يخفى.

مسألة ١٨ : لا فرق في كون الدين مانعاً من وجوب الحجّ بين ان يكون سابقاً على حصول المال بقدر الاستطاعة اولا، كما إذا استطاع للحجّ ثمّ عرض عليه دين بأن أتلف مال الغير مثلاً على وجه الضمان من دون تعمّد قبل خروج الرفقة، أو بعده قبل أن يخرج هو، أو بعد خروجه قبل الشروع في الاعمال فحاله حال تلف المال من دون دين، فإنّه يكشف عن عدم كونه مستطيعاً.

مسألة ١٩ : إذا كان عليه خمس أو زكاة وكان عنده مقدار ما يكفيه للحجّ لولاهما فحالهما حال الدين مع المطالبة، لانّ المستحقّين لهما مطالبون فيجب صرفه فيهما، ولا يكون مستطيعاً، وإن كان الحجّ مستقرّاً عليه سابقاً يجيء الوجوه المذكورة من التخيير، أو تقديم حقّ الناس، أو تقديم الاسبق، هذا إذا كان الخمس أو الزكاة في ذمّته، وامّا إذا كانا في عين ماله فلا إشكال في تقديمهما على الحجّ، سواء كان مستقرّاً عليه اولا، كما انّهما يقدّمان على ديون الناس ايضاً، ولو حصلت الاستطاعة والدين والخمس والزكاة معاً فكما لو سبق الدين.

مسألة ٢٠ : إذا كان عليه دين مؤجّل باجل طويل جداً كما بعد خمسين سنة فالظاهر عدم منعه عن الاستطاعة، وكذا إذا كان الديّان مسامحاً في اصله، كما في مهور نساء أهل الهند، فإنّهم يجعلون المهر ما لا يقدر الزوج على اداته كمائة الف روبية، أو خمسين الف، لإظهار الجلالة، وليسوا مقيّدين بالاعطاء والاخذ، فمثل ذلك لا يمنع من الاستطاعة ووجوب الحجّ، وكالدين ممّن بناؤه على الابراء إذا لم يتمكّن المديون من الاداء، أو واعده بالابراء بعد ذلك.

يوزع المال: (ويظهر من بعض الادلة كصحيح بريد وصحيح معاوية ٢٦/٢ وجوب الحج و٢١/٢ مستحقين الزكاة تقديم الحج لا التوزيع، بل ويظهر ذلك من صحيح معاوية ١١/١ وجوب الحج ايضاً، ولكن في مرتكز المتشرعة تقديم حق الناس واما ما في بعض الحواشي والشروح من عدم دلالة التوزيع بعد الموت لانه وضعي متعلق بالمال عيناً بخلاف زمان الحيوة فان الحكم عندئذ تكليفي ايضاً ففيه (ان المراد انه لو كان الدين اهم لزم عدم تعلق الحج بالمال في عرض تعلق الدين كما في الدين والوصية).

المسألة ١٨ : يكشف: (لعدم الاستطاعة واقعاً عندئذ فلا وجه لاشكال الخوئساري (قدس سره).

المسألة ٢٠ : بنائه على الابراء: بحيث عدّ في العرف بمنزلة غير مديون بلا ذل ومهانة وهذا قبل فعلية الابراء بعيد.

مسألة ٢١ : إذا شكّ في مقدار ماله وأنّه وصل إلى حدّ الاستطاعة أولا، هل يجب عليه الفحص أم لا؟ وجهان أحوطهما ذلك، وكذا إذا علم مقداره وشكّ في مقدار مصرف الحجّ وأنّه يكفيه أولا.

مسألة ٢٢ : لو كان بيده مقدار نفقة الذهاب والإياب وكان له مال غائب لو كان باقياً يكفيه في رواج أمره بعد العود، لكن لا يعلم ببقاءه أو عدم بقائه فالظاهر وجوب الحجّ بهذا الذي بيده استصحاباً لبقاء الغائب، فهو كما لو شكّ في أنّ أمواله الحاضرة تبقى إلى ما بعد العود أولا فلا يعدّ من الاصل المثبت.

المسألة ٢١ : احوطهما ذلك: بل لا يخلو عن قوة اذا لم يحتج الى تعمق غير المعتاد. واذا اعتقد عدم الاستطاعة فبان الاستطاعة ثم زالت فان لم يكن مقصراً لعلمه بعدمها أو للتمسك بأصل صحيح فلا يبعد عدم كون الحج مستقراً وان كان الاحوط ذلك (فان الفحص في كل شيء بحسبه ومالا يعلم عادة وفي الغالب إلّا بالرجوع الى الدفتر والحساب مثلاً لا يعد الرجوع الى الدفتر فحصاً ولك ان تقول: لم يرد الفحص في الادلة بل الملاك انه عالم او جاهل، وحينئذ نقول يعدّ: صاحب الدفتر عالماً اذا كان يعلم الواقع بالرجوع الى الدفتر.

ويؤيد المطلوب رواية زيد الصائغ في الزكاة ١/ ٧/ زكاة الذهب والفضة، لكنها في الشك في المقدار الواجب دفعه لا في أصل النصاب واصل الوجوب).

المسألة ٢٢ : فالظاهر وجوب: بل عدم الوجوب اقوى إلّا ان يطمئن بالبقاء من جهة عدم الاعتناء بالاحتمال الضعيف وكذلك المثال (فان الاستصحاب لا يفيد الاطمينان العقلائي فلا يعدّ مستطيعاً بصرف الاستصحاب وفاقاً للاملي (قدّس سرّه) والحكيم (قدّس سرّه) والبروجردي في الممثل لا المثال، واما ان الاستصحاب يجري في المستقبل أم لا؟ فالظاهر الجريان وان كان فيه كلام فصلّناه في تعليقتنا المبسوطة هنا وحاصله: ان شمول ادلة الاستصحاب للمستقبل انما هو بعموم الكبرى المذكورة في ذيل بعضها أو الغاء الخصوصية وهل يكفي ذلك فيما كان خلاف طريقة العقلاء كما اذا ظن بعدم البقاء؟ الظاهر ذلك لان ذلك لا يختص بالمستقبل لوجود هذا القسم في الماضي ايضاً.

واما الاشكال بالاثبات من جهة ان الحكم مترتب على حضور المال لا صرف وجوده، ففيه: ان صرف وجوده في مكان ممكن الوصول اليه يوجب الاستطاعة فلا

مسألة ٢٣ : إذا حصل عنده مقدار ما يكفيه للحجّ يجوز له قبل ان يتمكّن من المسير أن يتصرّف فيه بما يخرجه عن الاستطاعة، وامّا بعد التمكّن منه فلا يجوز وإن كان قبل خروج الرفقة، ولو تصرّف بما يخرجه عنها بقيت ذمّته مشغولة به، والظاهر صحّة التصرّف مثل الهبة والعتق وإن كان فعل حراماً، لانّ النهي متعلّق بأمر خارج، نعم لو كان قصده في ذلك التصرّف الفرار من الحجّ لا لغرض شرعي امكن

وجه لكلام الخوئي في ان الموضوع للحكم الرجوع الى الكفاية وهو لا يثبت بهذا الاصل وقد اثبت وجوب الحج بادلة تفسير الاستطاعة بالزاد والراحلة، وفيه: انها بمنزلة التفسير الاحياني اي فيما تحتاج اليهما لا مطلقاً مع انا نعلم بدخالة امور اخر ايضاً غيرهما اي فاذا علمنا بان الاصل هو الاستطاعة فهي الملاك.

ثم لو كان الملاك هو الاصل الشرعي هنا واشكلنا أجراء الاصل في الغائب من جهة الاثبات امكن الفرق بين المثال والممثل واما لو قلنا الملاك واحد وهو الاطمينان فلا فرق بينهما).

المسالة ٢٣ : ما يكفيه للحج: مع سائر ما هو دخيل في الاستطاعة بحيث لا يبقى إلّا الزمان.

يجوز له: بل لا يجوز على الاقوى في الزائد على ما يحتاج في العادة.

بعدم الصحة: قصد الفرار لا يوجب البطلان.

في السنة الاخرى لم يمنع: فيه اشكال بل الاوجه عدم الجواز (حاصل الكلام في المقام انه لم يرد حكم اتلاف الموضوع في دليل شرعي وانما هو امر عقلي او عقلائي، والتحقيق انه قبل ورود الحكم يجوز التعجيز عن امتثال الحكم الذي سيرد لعدم اقتضاء للمعدوم حتى اذا كان بقصد الفرار عن الامتثال وان كان يعدّ الشخص حينئذ بطّالاً مسامحاً لكنه تقبيح فاعلي لا فعلي ولو شك في ذلك ايضاً لا يحكم بالقبح الفعلي، واما بعد الورود والفعلية فلا يجوز اذهاب الموضوع لان الحكم فعلي وكذا الموضوع واما بعد الورود وقبل الفعلية كالمشروط بوقت ـ لا المعلق ـ فالظاهر انه كحكمه قبل الورود حتى في صورة قصد الفرار لعدم فعلية الحكم هذا كله فيما لم يستفد من الحكم انه مصراعي ذكر لحفظ الجامع بين المصراعين لا خصوص هذا الطرف وإلّا فيجوز اذهاب الموضوع ولو بعد الفعلية كالحاضر والمسافر فان العناية التامة في ذلك على اصل الصلاة أي الجامع لا خصوص القصر أو التمام.

ان يقال بعدم الصحّة، والظاهر انّ المناط في عدم جواز التصرّف المخرج هو التمكّن في تلك السنة، فلو لم يتمكّن فيها ولكن يتمكّن في السنة الأخرى لم يمنع عن جواز التصرّف، فلا يجب إبقاء المال إلى العام القابل إذا كان له مانع في هذه السنة، فليس حاله حال من يكون بلده بعيداً عن مكّة بمسافة سنتين.

وفي المقام الموضوع هو المستطيع وليس امراً مصراعياً والاستطاعة قيد الموضوع حدوثاً وبقاءً بل ما لم تبق قبل تمام الاعمال ليس استطاعة إلّا تخيلاً.

ومن كان له زاد وراحلة وصحة في البدن ومخلّى السرب والكفاية فهو مستطيع أي يقدر على ايقاع الحج في ظرفه، والظاهر ان الوجوب فعلي ويرد على هذا الموضوع وان كان الواجب استقبالياً، وانما الكلام في ان الاستطاعة في أي وقت تلاحظ؟ يتفرع ذلك على ان قيد «اشهر معلومات» قيد الموضوع. أي يجب الحج في الاشهر، أو قيد الحكم أي يجب في الاشهر الحج، أو قيد المتعلق أي يجب على المستطيع في الاشهر الحج، ولعلّ الظاهر من جمع الآيتين ان الوجوب والاستطاعة مطلقان والاشهر قيد الحج اي يجب على الناس الحج في الاشهر، فالوجوب مطلق غير مشروط وكذا الاستطاعة فمن يجد الآن اليسار المالي ويرى السرب مخلّى في ظرفه يعدّ مستطيعاً لا يجوز له اذهاب الموضوع ولو قبل سنوات إلّا ما هو على السيرة كمن يعلم امكان الحج بعد عشرين سنة فالسيرة على جواز التصرف فعلاً إلّا ان يقال: المتفاهم عرفاً من كل حكم جعل في ظرف الاشهر ان ضيق التكليف انما هو في السنة، كما ان ما جعل على احد أيام الاسبوع فالضيق ولزوم المراعاة انما هو في الاسبوع وكما ان ما جعل في ظرف العمر فالمراعاة في جميع العمر، وعلى ذلك فحفظ الاستطاعة انما يجب في سنة امكان الخروج فقط، لكن ذلك غير مسلم عرفاً نعم السيرة على جواز التصرف فيما لا يتمكن من الخروج في السنوات القريبة واما فيها فلا يجوز التصرف المفني للمال ولا سيرة عليه إلّا في غير المفني كهبة أو انفاق او اكرام ضيف غير مفني للمال. وعلى ذلك فلا عبرة بخروج الرفقة ولا بشروع الاشهر ولا بالتمكن من المسير في السنة كما ليس عدم جواز اذهاب الموضوع هنا لتعبد خاص بدليل خارج كما قال الحكيم (قدس سره) أو لدعوى ظهور من استطاع في كفاية الاستطاعة آناً ما كما قاله ايضاً. بل على القاعدة العامة كما ذكرنا.

مسألة ٢٤ : إذا كان له مال غائب بقدر الاستطاعة وحده أو منضماً إلى ماله الحاضر وتمكّن من التصرّف في ذلك المال الغائب يكون مستطيعاً، ويجب عليه الحجّ، وإن لم يكن متمكّناً من التصرّف فيه ولو بتوكيل من يبيعه هناك فلا يكون مستطيعاً إلّا بعد التمكّن منه، أو الوصول في يده، وعلى هذا فلو تلف في الصورة الأولى بقي وجوب الحجّ مستقراً عليه إن كان التمكّن في حال تحقّق سائر الشرائط، ولو تلف في الصورة الثانية لم يستقرّ، وكذا إذا مات مورثه وهو في بلد آخر وتمكّن من التصرّف في حصّته أو لم يتمكّن فإنّه على الاول يكون مستطيعاً بخلافه على الثاني.

مسألة ٢٥ : إذا وصل ماله إلى حدّ الاستطاعة لكنّه كان جاهلاً به أو كان غافلاً عن وجوب الحجّ عليه ثمّ تذكّر بعد أن تلف ذلك المال فالظاهر استقرار وجوب الحجّ عليه إذا كان واجداً لسائر الشرايط حين وجوده، والجهل والغفلة لايمنعان عن الاستطاعة، غاية الامر أنّه معذور في ترك ما وجب عليه، وحينئذ فاذا مات قبل التلف أو بعده وجب الاستيجار عنه إن كانت له تركة بمقداره، وكذا إذا نقل ذلك المال إلى غيره بهبة أو صلح ثمّ علم بعد ذلك أنّه كان بقدر الاستطاعة، فلا وجه لما ذكره المحقّق القميّ في

واما المعاملات المذهبة للمال فتحرم وتصح ولو بقصد الفرار عن الامتثال اذ النهي عن الانشاء او المنشا يدل على البغض فقط لا الفساد، فانه توصلي لا يعتبر فيه القربة، وانما يدل على الفساد فيما قامت قرينة على ان تعلق النهي بعنوان المعاملة ارشاد الى الفساد ولا دليل على ذلك في المقام فهو كسائر التوصليات كالنهي عن الغسل بالماء المغصوب، ان لم تعتبر القربة لا اشكال في التطهر به بخلاف ما اعتبر فيه القربة كالغسل ويمكن ان يقال: النهي المتعلق بعنوان المعاملة ظاهر في الارشاد الى الفساد بخلاف المقام مما تعلق بأمر آخر وهو الفرار عن الامتثال).

المسألة ٢٤ : فلو تلف: بالتقصير أو مع التواني في السنة الاولى.

المسألة ٢٥ : فالظاهر استقرار: فيما كان جهله عن تقصير بخلاف الاشتباه عند الفحص. (والظاهر ان القصور والتقصير هنا يختلف بحسب الجهل لا التلف فلا وجه لحاشية الاستاذ والگلپايگاني (مدّظلهما) والحكيم (قدّس سرّه).

ثم انّ مقتضى القواعد فنياً ما ذكره الماتن (قدّس سرّه) اذ العلم شرط التنجز لا فعلية التكليف بخلاف القدرة، خلافاً للمحقق القمي (قدّس سرّه) لكن من البعيد من الشريعة السهلة الزام الحج على الجاهل قصوراً بقدر ماله لزم التسكّع.

بهبة أو صلح: فيما لا يكونان من شؤونه وحوائجه.

أجوبة مسائله من عدم الوجوب، لانه لجهله لم يصر مورداً، وبعد النقل والتذكّر ليس عنده ما يكفيه فلم يستقرّ عليه، لانّ عدم التمكّن من جهة الجهل والغفلة لا ينافي الوجوب الواقعيّ والقدرة الّتي هي شرط في التكليف القدرة من حيث هي، وهي موجودة، والعلم شرط في التنجز لا في أصل التكليف.

مسألة ٢٦ : إذا اعتقد انّه غير مستطيع فحجّ ندباً، فإن قصد امتثال الامر المتعلّق به فعلاً وتخيّل انّه الامر الندبيّ أجزأ عن حجّة الاسلام، لانّه حينئذٍ من باب الاشتباه في التطبيق، وإن قصد الامر الندبيّ

المسألة ٢٦ : اجزء : وان كان فيه اشكال من جهة قصد العنوان لاحتمال تعدد حجة الاسلام وغيرها عنواناً في الشريعة لكن الظاهر كفاية الارتكاز (فقد مرّ تفاوت الآثار والعنوان نظير صلاة الصبح ونافلته فلا وجه لما في بعض الحواشي. لكن الظاهر كفاية الارتكاز والقصد الاجمالي في ذلك.

واما اشكال القربة فلا يرد اذا لم يكن تقييد. واما قول الخوئي بعدم تصور التقييد في الامر الجزئي الخارجي وانما هو في الكلي فانه ذو سعة صالحة للتقييد ففيه انه بناء على التقييد يكون هذا العمل مأتياً بعنوان مصداق لحقيقة ندبية، وهذا ظاهر فالتوسعة بحسب احتمال هذا الفرد المصداقية لحجة الاسلام او غيرها).

على وجه التقييد : ان كان المراد قصد الامتثال مشروطاً بحيث لو علم ان وظيفته الواقعية ايضاً الجانب الآخر لم يمتثل فبطلانه واضح (اذ الامتثال قصدي عند العقلاء فلا وجه لبعض الحواشي في عدم تأثير التقييد لكنه انما يأتي من غير المتديّن بل من غير العاقل وان كان المراد صورة علمه القطعي بان الوظيفة هذا الجانب فلا يلتفت الى الجانب الآخر اصلاً وهو الذي تصوره الشاهرودي(قدس سره) في الحج ويقول هذا هو المراد فيتصور فيه ايضاً الخطأ في التطبيق والتقييد بالمعنى الاول، لعدم منافاة العلم القطعي للارتكاز فيكن بحسب ارتكازه ارادة الامتثال مطلقاً وأيّ وظيفة واقعية، كما يمكن ان يكون من الذين يعبد الله تعالى على حرف.

وبهذا التشقيق يظهر ان المراد من التقييد هو المعنى الاول. واما اشكال الاستاذ(مدّ ظلّه) بأن الخطا في التطبيق مع العلم والالتفات بالحكم والموضوع مشكل ففيه ان الارتكاز كاف في المقصود واما اشكال الگلپايگاني(مدّ ظله) في الاجزاء في هذه الصورة ولعله للزوم قصد العنوان أي عنوان حجة الاسلام وفي هذه الصورة غير متحقق ففيه كفاية قصد العنوان ارتكازاً ايضاً).

على وجه التقييد لم يجز عنها، وإن كان حجّه صحيحاً وكذا الحال إذا علم باستطاعته ثمّ غفل عن ذلك، وأمّا لو علم بذلك وتخيّل عدم فوريّتها فقصد الامر الندبيّ فلا يجزي، لانّه يرجع إلى التقييد.

مسألة ٢٧: هل تكفي في الاستطاعة الملكيّة المتزلزلة للزاد والراحلة وغيرهما، كما إذا صالحه شخص ما يكفيه للحجّ بشرط الخيار له إلى مدّة معيّنة، أو باعه محاباة كذلك، وجهان أقواهما العدم، لانّها في معرض الزوال إلاّ إذا كان واثقا بانّه لا يفسخ وكذا لو وهبه واقبضه إذا لم يكن رحماً، فإنّه ما دامت العين موجودة له الرجوع، ويمكن ان يقال بالوجوب هنا حيث إنّ له التصرّف في الموهوب فتلزم الهبة.

مسألة ٢٨: يشترط في وجوب الحجّ بعد حصول الزاد والراحلة بقاء المال إلى تمام الاعمال، فلو تلف بعد ذلك ولو في اثناء الطريق كشف عن عدم الاستطاعة. وكذا لو حصل عليه دين قهراً عليه، كما

حجّه صحيحاً: فيه اشكال (لعدم تحمل هذا الظرف لغير حجة الاسلام إلاّ على الترتب لكنه يحتاج الى الدليل وان قلنا بإمكانه وفاقاً للبروجردي والاستاذ والگلپايگاني خلافاً للسيد عبد الهادي(قدس سره) والخوئي واما ما في بعض الحواشي من كفاية الحسن الفعلي والفاعلي في الصحة فالحج هنا صحيح ففيه منع الاول اذ بناءً على عدم ظرفيّة الزمان للحج الندبي، وبناءً على اثر التقييد من عدم عدّه امتثالاً للحج الواجبي فلا حسن فعلي بعنوان الحج وان كان حسناً بعنوان العبادة المطلقة واصل التضرّع الى الباري تعالى).

المسألة ٢٧: **واثقاً**: لا يفيد الوثوق هنا لرفع التزلزل فلو انكشف الخلاف بان عدم الاستطاعة (وليس التصرف هنا كالهبة ملزماً لإمكان الانتقال الى البدل. فان التصرف من غير ذي الخيار لا يوجب اللزوم. واما ما قال الخوئي(مد ظله) من عدم منع التزلزل صدق الاستطاعة وكذا عنوان: عنده ما يحج به، ونحو ذلك حتى مع علمه بالزوال فضلاً عن الاحتمال ... ففيه ان هذه العناوين منصرفة عرفاً عمّا هو زائل بل ومحتمل الزوال ايضاً فاذا قال المولى: لينفق ذو سعة من سعته؛ لا ينبعث منه من له المال المتزلزلة التي يمكن استرجاعها من ناحية الغير بعد ساعة).

له التصرف في الموهوب: وهذا أظهر (خلافاً للسيد جمال وبعض آخر حيث يقول هذا من تحصيل الاستطاعة وفيه ان التصرف غير قبول الهبة فانه للادخال في الملك

إذا أتلف مال غيره خطأً، وأمّا لو أتلفه عمداً فالظاهر كونه كإتلاف الزاد والراحلة عمداً في عدم زوال استقرار الحجّ.

مسألة ٢٩ : إذا تلف بعد تمام الأعمال مؤنة عوده إلى وطنه، أو تلف ما به الكفاية من ماله في وطنه بناءً على اعتبار الرجوع إلى كفاية في الاستطاعة، فهل يكفيه عن حجّة الاسلام أولا؟ وجهان، لا يبعد الاجزاء، ويقرّبه ما ورد من انّ من مات بعد الاحرام ودخول الحرم اجزاه عن حجّة الاسلام، بل يمكن ان يقال بذلك إذا تلف في أثناء الحجّ أيضاً.

وهذا لرفع قدرة الواهب للاسترجاع فيصدق الاستطاعة عرفاً).

المسألة ٢٩ : لا يبعد : (للارتكاز عند المتشرعة بأن الاستطاعة لحصول الاعمال وهنا قد حصلت فتأمل.

وسكوت الائمة عليهم السلام مع كثرة وقوع هذه الامور مع ان لازم عدم الاجزاء عدمه في تلف قدر من كراء العود كتلف كراء انتقاله من طهران الى قم مثلاً في العود بل وأقل من ذلك وهو بعيد جداً فالقاعدة الاولية تقتضي عدم الاجزاء لكن الاجزاء اظهر لذلك ولان عدم الاجزاء نوع ايقاع من الشارع في الحرج، ولروايات الاستنابة في الطواف لمن مرض، بلا تفصيل بين الواجب والندب بل يمكن ان يقال ظاهر الآية اعتبار الاستطاعة لإتيان البيت لا الرجوع وانما اعتبر الرجوع لان البقاء هناك حرج فلا يعدّ استطاعة فاعتباره في الاستطاعة من جهة دخالة الحرج في تغيير عنوان الموضوع وهنا لا يجري الحرج لكونه خلاف الامتنان فالظاهر لذا وذاك، الصحة وفاقاً للماتن والشيرازي(قدس سره) والخوئي(مد ظله) وبعض آخر واستدل بعض اهل العصر بان الاعمال تحققت بعد حصول الاستطاعة ثم زالت الاستطاعة والزوال بعد الاعمال لا يؤثر في صحة ما وقع قبلاً وفيه : ان الاستطاعة لم تكن حاصلة بل تخيل حصولها وانكشف الخلاف فالاوجه في الاستدلال ما ذكرنا واما ما ذكره الماتن ففيه ما سنذكره).

ويقربه : هو اجزاء الجزء عن الكل والمقام اجزاء غير الواجب عن الواجب فلا يرتبطان.

في اثناء الحج : ان استطاع التتميم وان كان للصحة مطلقاً وجه (لما مرّ من كثرة

مسألة ٣٠ : الظاهر عدم اعتبار الملكيّة في الزاد والراحلة، فلو حصلا بالاباحة اللازمة كفى في الوجوب لصدق الاستطاعة، ويؤيّده الاخبار الواردة في البذل، فلو شرط أحد المتعاملين على الآخر في ضمن عقد لازم ان يكون له التصرفّ في ماله بما يعادل مائة ليره مثلاً وجب عليه الحجّ، ويكون كما لو كان مالكاً له.

مسألة ٣١ : لو أوصى له بما يكفيه للحجّ فالظاهر وجوب الحجّ عليه بعد موت الموصي، خصوصاً إذا لم يعتبر القبول في ملكيّة الموصى له، وقلنا بملكيّته ما لم يردّ، فإنّه ليس له الردّ حينئذ.

الابتلاء وعدم التذكر. مع انه نوع ايقاع في الحرج فكلام الاستاذ والخونساري وبعض آخر على القاعدة لكن الوجه ما ذكرنا).

المسألة ٣٠ : بالاباحة اللازمة : (قال الخوئي لادخالة للزوم الاباحة وفيه ان التقييد باللزوم لاعتقاده عدم افادة الاختصاص المتزلزل في الاستطاعة واما اعتبار اللزوم في العقد فلأن العقد الخياري لا يلزم بالتصرف من غير ذي الخيار فينتقل الى البدل فيكون خساراً على المتصرف.

واما أصل المسألة فلشمول تعبير: عنده ما يحج به، أو يقدر و ... للمقام وكذا عنوان الاستطاعة واما تعبير: له زاد وراحلة، في مثل حديث حفص الكناسي فان كان اللام للملك فهل هو مقيد لما سبق من المطلقات أو يكون من باب أحد المصاديق، والثاني اظهر لأظهرية تلك التعابير المطلقة. ولعل اللام في الحديث للاختصاص لا الملك فلا اشكال.

وقال الخوئي(مد ظله): انما يحمل المطلق على المقيد اذا وردا في متعلقات الاحكام مثل: اعتق رقبة واعتق رقبة مؤمنة، لا في موضوعاتها كنجاسة الخمر والمسكر لعدم التنافي، وفيه: عدم وجود قاعدة اصولية أو غيرها على هذا العنوان وانما الملاك هو الاظهرية وهنا لولا ما ذكرنا من اظهرية المطلقات لامكن ان يقال: يحمل المطلق على المقيد وإلاّ لزم كون اخذ الملكية لغواً. ثم الفرق بين الاباحة المالكية والشرعية التي في المباحات الاصلية واضح جداً فلا تحصل الاستطاعة العرفية بالثاني وإلاّ لكان جميع الناس مستطيعين).

المسألة ٣١ : خصوصاً : وجوب الحج مبتن عليه فلا يجب على غير هذا المبنى إلاّ اذا كان الايصاء بعنوان الحج فهو من الاستطاعة البذلية.

مسالة ٣٢ : إذا نذر قبل حصول الاستطاعة أن يزور الحسين عليه السلام في كلّ عرفة ثمّ حصلت لم يجب عليه الحجّ، بل وكذالو نذر إن جاء مسافره أن يعطي الفقير كذا مقداراً، فحصل له ما يكفيه لاحدهما بعد حصول المعلّق عليه، بل وكذا إذا نذر قبل حصول الاستطاعة ان يصرف مقدار مائة ليره مثلاً في الزيارة أو التعزية أو نحو ذلك، فإن هذا كلّه مانع عن تعلّق وجوب الحجّ به، وكذا إذا كان عليه واجب مطلق فوريّ قبل حصول الاستطاعة، ولم يمكن الجمع بينه وبين الحجّ، ثمّ حصلت الاستطاعة وإن لم

المسالة ٣٢ : لم يجب عليه الحج : بل يجب عليه الحج ولا يجب عليه قضاء الزيارة إلّا اذا كان نذرها من باب تعدد المطلوب فيأتي بها اداءً.

(حاصل الكلام في المقام ان النذر هل ينعقد بالرجحان الذاتي أو مع لحاظ المقارنات فيبقى الرجحان بعد تزاحم المقتضيات ثم الاستطاعة في الحج هو الزاد والراحلة والكفاية وتخلية السرب فقط أو هي مع القدرة الشرعية، فلو قلنا بكفاية الرجحان الذاتي في انعقاد النذر وان الاستطاعة الزاد والراحلة و ... مع القدرة الشرعية فلا ريب في تقدم النذر كما انه لو قلنا بإنعقاد النذر بالرجحان مع لحاظ المقارنات وان الاستطاعة خصوص الزاد والراحلة و ... يقدم الحج بلا ريب، واما لو قلنا بإنعقاد النذر بصرف الرجحان ذاتاً وان الاستطاعة خصوص الزاد والراحلة و ... فيقع التزاحم ويلاحظ الاهم، ولا وجه لرعاية التقدم زماناً خلافاً للحكيم (قدس سرّه) فهل ترى التقدم زماناً هو الملاك في حلّ تعارض قولي القائل : بعتك هذا الكتاب لو لم أبعه بعداً من زيد، وقال بعد ذلك لزيد : بعتك لو لم ابعه قبلاً من غيرك؟

وكيف كان فلا نرى عرفيّة ذلك، واما ان قلنا بإشتراط النذر بالرجحان مع لحاظ المقارنات والاستطاعة اعم من الزاد والراحلة، وعدم مزاحم شرعاً فالظاهر انه يدور الأمر، إذ وجوب الحج يتوقف على الاستطاعة وهي على عدم انعقاد النذر وهو على وجوب الحج وليس الدور في مقام الامتثال بل في مقام توارد الملاك وانشاء الحكم فبحسب الظاهر ينتفي الحكمان لاجل الدور واستحالة الانشاء لكن بعد العلم خارجاً بعدم رضى الشارع بتركهما وتمامية مصلحية احدهما يحكم العقل بلزوم اتيان الاهم منهما، هذا والظاهر ان الرجحان الذاتي كاف لانعقاد النذر لعدم دليل على أزيد من كون متعلقه طاعة أو عدم كونه معصية ولا ريب في ان المتعلق هنا بنفسه كذلك وان كان يقارن المعصية لكنها ليست متعلقة للنذر فما قاله الخوئي(مد ظله) هنا

يكن ذلك الواجب اهمّ من الحجّ لانّ العذر الشرعيّ كالعقليّ في المنع من الوجوب، وامّا لو حصلت الاستطاعة اولاً ثمّ حصل واجب فوريّ آخر لا يمكن الجمع بينه وبين الحجّ يكون من باب المزاحمة، فيقدّم الاهمّ منهما، فلو كان مثل إنقاذ الغريق قدّم على الحجّ، وحينئذ فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجب الحجّ فيه، وإلاّ فلا إلاّ ان يكون الحجّ قد استقرّ عليه سابقاً، فإنّه يجب عليه ولو متسكّعاً.

من عدم امكان اضافة مثل المورد اليه تعالى لإستلزامه ترك الواجب، واللازم في النذر اضافته اليه تعالى فيه ان المراد من الاضافة لابد ان يكون هو الطاعة، وهذا معلوم انما الكلام في كونه كذا بالذات أو مع المقارنات ولا نسلم عدم الاضافة اليه تعالى اذا كان المتعلق بذاته راجحاً. واما الاستطاعة فالظاهر بحسب الادلة انها نفس الزاد والراحلة و ... لا هي مع القدرة الشرعية فالمراد هو المعنى العرفي من الاستطاعة وفاقاً لغير واحد منهم الشاهرودي (قدّس سرّه) خلافاً للحكيم (قدّس سرّه) كما انه اعتقد في النذر ايضاً الرجحان الملاحظ مع المقارنات. وحينئذ فلابد ان يلاحظ الاهم ولا اشكال في اهمية الحج أي اصله لا فوريته فاذا استلزم النذر ترك الحج مطلقاً انحل النذر لاهمية الحج ولو استلزم تركه لسنة أو سنتين فلا نسلم الاهمية فلو لم يات ومات أخرج من التركة.

وبما ذكرنا يظهر النظر في حاشية الگلپايگاني (مد ظله) ايضاً في المسألة ٣٣: «... النذر ايضاً مشروط بالرجحان الفعلي حين العمل» على ما هو الظاهر منه من ارادة الرجحان مع المقارنات فان استلزام راجح لمرجوح لا يجعل الراجح ذاتاً مرجوحاً فان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضدّه).

أهم من الحج: بل يعتبر الاهمية فان الاستطاعة عرفية كما مرّ واللازم في النذر الرجحان الذاتي لا الظرفي اي بحسب المقارنات فيقع التزاحم ولا ريب في أهمية الحج (ويظهر من الخونساري (قدّس سرّه) نوع شك في اهمية الحج قال: «... لا يبعد اهمية الحج» وقال البهبهاني (قدّس سرّه): بلزوم قضاء الزيارة ولا وجه له ايضاً اذ لم يكن مقدوراً في وقته فلو كان الزمان من باب تعدد المطلوب لزم الاتيان بها بعداً).

الاستطاعة اولاً: لا فرق بين الصورتين على مبناه ايضاً اذ العذر الشرعي المتاخر ايضاً مانع عن تحقق الاستطاعة ولو بقاءً ولا ريب في اعتبار بقائها ايضاً كحدوثها. كما انه على ما ذكرنا لا فرق بين الصورتين ويلزم رعاية الاهمية.

مسألة ٣٣: النذر المعلّق على أمر قسمان، تارة يكون التعليق على وجه الشرطيّة، كما إذا قال إن جاء مسافري فللّه عليّ ان ازور الحسين عليه السلام في عرفة، وتارة يكون على نحو الواجب المعلّق، كان يقول: لله عليّ ان ازور الحسين عليه السلام في عرفة عند مجيء مسافري فعلى الاوّل يجب الحجّ إذا حصلت الاستطاعة قبل مجيء مسافره، وعلى الثاني لا يجب فيكون حكمه حكم النذر المنجّز في انّه لو حصلت الاستطاعة وكان العمل بالنذر منافياً لها لم يجب الحجّ، سواء حصل المعلّق عليه قبلها أو بعدها وكذا لو حصلا معاً لا يجب الحجّ، من دون فرق بين الصورتين، والسرّ في ذلك انّ وجوب الحجّ مشروط والنذر مطلق، فوجوبه يمنع من تحقّق الاستطاعة.

مسألة ٣٤: إذا لم يكن له زاد وراحلة ولكن قيل له: حجّ وعليّ نفقتك ونفقة عيالك وجب عليه، وكذا لو قال: حجّ بهذا المال وكان كافياً له ذهاباً وإياباً ولعياله، فتحصل الاستطاعة ببذل النفقة كما تحصل بملكها، من غير فرق بين ان يبيحها له او يملّكها إيّاه، ولا بين أن يبذل عينها أو ثمنها، ولا بين ان يكون البذل واجباً عليه بنذر او يمين أو نحوهما أولا، ولا بين كون الباذل موثوقاً به أولا على الاقوى، والقول بالاختصاص بصورة التمليك ضعيف، كالقول بالاختصاص بما إذا وجب عليه أو بأحد الامرين من التمليك أو الوجوب وكذا القول بالاختصاص بما إذا كان موثوقاً به، كلّ ذلك لصدق الاستطاعة، وإطلاق المستفيضة من الاخبار، ولو كان له بعض النفقة فبذل له البقيّة وجب أيضاً، ولو بذل

المسألة ٣٣: قسمان: الحج مقدم على جميع التقادير لما مرّ (وان قبل الشاهرودي وبعض آخر ما في المتن وذلك لما مرّ من تقدم الحج لاهميته، حتى في النذر المطلق).

المسألة ٣٤: أو يملّكها اياه: أي ليصرفه في الحج (وهذا من شواهد امكان التقييد في التمليك كما قلنا سابقاً في التمليك لتذكار الصديق (يادگاري) ثم لا ريب في أصل المسألة أي الوجوب بالبذل كما في ٢/٨ و٢ و٣ و٥/١٠ وجوب الحج وغير ذلك وموضوع الحكم في غير واحد منها هو العرض وهو أعم من التمليك والاباحة بل والوعد بالاباحة مثل قوله: حج واتحمل مخارجك، اذا كان موثوقاً به).

موثوقاً به: اعتبار الوثوق لا يخلو عن قوة فاستقرار الحج على من لم يثق وان بان بعد ذلك صحة القرار والقول بعيد جداً (فان البذل مصداق الاستطاعة في الآية بنوع من التوسعة لكن الحكم بالاستقرار على غير موارد الوثوق خلاف سيرة العقلاء في امثال الموارد تحسيناً وتقبيحاً وخلاف ارتكاز المتشرعة ولو كان هذا هو المراد لزم التصريح. فالوثوق معتبر في صدق الاستطاعة اذا ارتبطت بعمل الغير فتدبره).

له نفقة الذهاب فقطّ ولم يكن عنده نفقة العود لم يجب، وكذا لو لم يبذل نفقة عياله إلاّ إذا كان عنده ما يكفيهم إلى ان يعود، او كان لا يتمكّن من نفقتهم مع ترك الحجّ ايضاً.

مسالة ٣٥: لا يمنع الدين من الوجوب في الاستطاعة البذليّة، نعم لو كان حالاً وكان الدبّان مطالباً مع فرض تمكّنه من ادائه لو لم يحجّ ولو تدريجاً ففي كونه مانعاً اولا وجهان.

مسالة ٣٦: لا يشترط الرجوع إلى كفاية في الاستطاعة البذليّة.

مسالة ٣٧: إذا وهبه ما يكفيه للحجّ لان يحجّ وجب عليه القبول على الاقوى، بل وكذا لو وهبه وخيّره بين ان يحجّ به اولا، واما لو وهبه ولم يذكر الحجّ لا تعييناً ولا تخييراً فالظاهر عدم وجوب القبول كما عن المشهور.

نفقة العود لم يجب: إلاّ ان لا يريد العود.

المسالة ٣٥: نفقة عياله: لا دخالة لذلك في الاستطاعة البذلية، نعم مع منع الحج عن تحقق الانفاق الواجب لا يجب الحج وان كان صحيحاً لو حج. (واعتقد الخوئي(قدس سره) عدم وجوب الحج فيما لم يكن الانفاق واجباً ايضاً اذا كان عدم الانفاق حرجاً عليه وكان الحج مانعاً عن الانفاق، ولا يبعد ذلك ان فرض ذلك. والظاهر عدم صحة اطلاق كلام الخونساري (قدس سره) في ايجاب الحج مطلقاً).

وجهان: اقواهما الاول (لعدم صدق الاستطاعة، وكذا انصراف ادلّة البذل، وايضاً اهمية اداء الدين لو فرض اطلاق ادلة البذل، ولا فرق بين حلول الدين وتاجيله اذا فرض منع الحج ادائه).

المسالة ٣٦: لا يشترط: إلاّ اذا اوجب سفره حرجاً عليه من هذه الجهة بان كان كسبه في هذه الايام مثلاً، (بل يمكن نفي اطلاق الادلة ايضاً من هذه الجهة فان مفادها التسوية بين البذل والملك لا نفي جميع الشرائط حتى تخلية السرب مثلاً، ان قلت: في المالية ايضاً لا يعتبر الرجوع الى الكفاية إلاّ من باب الحرج فالتسوية توجب الوجوب، قلت: سياتي البحث عن ذلك لكن صورة الحرج مستثناة على أي حال من الوجوب.

المسالة ٣٧: وخيّره: في الوجوب حينئذ تامل بل منع (لو وجب في هذه الصورة وجب في الهبة المطلقة فان التخيير موجود فيها ايضاً لكنه عقلي والظاهر عدم شمول ادلة البذل له ولو كانت ادلة البذل بيان احدى مصاديق الاستطاعة كان هذا من تحصيل الاستطاعة نظير القبول في الهبة المطلقة).

مسالة ٣٨: لو وقف شخص لمن يحجّ أو أوصى أو نذر كذلك فبذل المتولّي او الوصي أو الناذر له وجب عليه، لصدق الاستطاعة، بل إطلاق الاخبار، وكذا لو اوصى له بما يكفيه للحجّ بشرط ان يحجّ، فإنّه يجب عليه بعد موت الوصيّ.

مسالة ٣٩: لو اعطاه ما يكفيه للحجّ خمساً او زكاة وشرط عليه أن يحجّ به فالظاهر الصحّة ووجوب الحجّ عليه إذا كان فقيراً، او كانت الزكاة من سهم سبيل الله.

مسالة ٤٠: الحجّ البذليّ مجز عن حجّة الإسلام، فلا يجب عليه إذا استطاع مالا بُعد ذلك على الاقوى.

مسالة ٤١: يجوز للباذل الرجوع عن بذله قبل الدخول في الاحرام، وفي جواز رجوعه عنه بعده

المسالة ٣٨: فبذل المتولي: (اي ادلة عرض الحج مطلقة من هذه الجهة فلا فرق بين كون الباذل مالكاً أو وصياً أو غيرهما لإطلاق الدليل).

المسالة ٣٩: الصحة: في صحة الشرط و وجوب الحج اشكال إلّا اذا كانت من سهم سبيل ... تعالى وكان الحج عندئذ من المصالح العامة لامر قد وقع خارجاً، وكذا اذا اعطاه الحاكم الشرعي وعيّن المصرف بعنوان الولاية. (فان ما بيد المالك التطبيق على الأفرار في السهام واما تعيين المصرف فليس له الولاية واما سهم سبيل ... فحيث يكون التعيين فيه تعيين الجهة فللمالك ايضاً التطبيق. واما اشكال ان الاعطاء عمل خارجي لا يقبل التعليق والاشتراط: ففيه ان الاعطاء بعنوان الزكاة يشتمل على جهة اعتباريّة وهو تطبيق الزكاة عليه قصداً. ان قلت: فهو حينئذ امر انشائي والتعليق فيه يبطل، قلت: لا مانع من تعليق المنشا على التزام الطرف الحاصل بالفعل كما لا مانع من تعليق الالتزام بالانشاء على العمل الخارجي فالبائع يعلق انشائه البيعي على التزام الطرف بشيء بالفعل كما يمكنه تعليق التزامه بهذا الانشاء على عمل الطرف خارجاً).

المسالة ٤٠: مجز: (بلا ريب لصحيح ٢/ ١٠ وجوب الحج: «... حجّة تامة» واما ٦/ ١٠ الدال على الوجوب اذا ايسر بعد ذلك فضعيف سنداً ومعرض عنه، وحمله الشيخ في التهذيب على الاستحباب خلافاً لإستبصاره في الايجاب).

المسالة ٤١: قبل الدخول في الاحرام: لكن الباذل ضامن لضرره وقد يحرم فيما

وجهان، ولو وهبه للحجّ فقبل فالظاهر جريان حكم الهبة عليه في جواز الرجوع قبل الاقباض، وعدمه بعده إذا كانت لذي رحم، أو بعد تصرّف الموهوب له.

كان ذلك هتكاً للمبذول (إذا شرع في العمل ففي الرجوع اشكال مطلقاً فانه نوع قرار يشمله عموم أوفوا بالعقود. وبالشروع يتحقق القبول إلّا ان يقال: العقد ليس صرف القرار بل اذا كان معاوضة ومعاملة أي روح المقارّة ولا يتحقق اذا كان من طرف واحد أي كان منه الانفاق بلا عوض من الطرف المقابل وفيه ان الهبة غير المعوضة كذلك بحسب روح العمل مع انه عقد، إلّا ان يقال: كل ما كان كذلك فهو وان كان عقداً لكن يعلم باستقصاء من الشرع عدم كونه لازماً هذا ولكن الاضرار موجب للضمان كما ان الهتك حرام).

وجهان: اقواهما الجواز مع ضمان الضرر الحاصل فيتم المبذول له الحج ويضمن الباذل لاجل الغرور بل لعدم الجواز تكليفاً ايضاً وجه بل هو حرام ان كان هتكاً (لإحتمال تحقق العقد والقرار بين الباذل والمبذول له بنفس قوله: حج وعليّ نفقتك وقبول المبذول له قولاً أو فعلاً. إلّا ان يقال: صرف الانعقاد لا يدل على اللزوم. ان قلت: فاين اطلاق كريمة ﴿أوفوا﴾؟ قلت: يعلم الجواز بالاولوية من الهبة ونحوها هذا ولكن الرجوع قد يكون هتكاً فيحرم ان كان كذلك، واما الغرور فهو قاعدة عقلائية مع ما في ١/ ٧ عيوب النكاح: «... كما غرّ الرجل وخدعه» ولا بأس بمحمد بن سنان الواقع في السند كما ان المراد من الخدعة ليس العمد القصدي منه بل انخداع المغرور بعمل الغار فالانخداع لازم لا الاخداع العمدي، وذلك بحسب فهم العقلاء من الدليل ما هو مبني عليه في اعمالهم وسيرتهم.

واما احتمال عدم وجوب اتمام الحج في المقام والقول باختصاصه بالواجب واقعاً أو المستحبّ لا ما تخيّله واجباً لتخيّل الاستطاعة ففيه ان اتمام الحج واجب بإطلاق دليل: اتموا الحج، الشامل حتى لمورد البذل وعند الرجوع ايضاً فلا وجه لقول الخوئي (قدس سره) بعدم وجوب الاتمام اذا شرع بعنوان الوجوب وانكشف عدم الاستطاعة بل اطلاق الدليل يوجب وجوب الاتمام باي وجه كان، وكذا قوله بجواز الرجوع تكليفاً مطلقاً والضمان، للسيرة على ضمان ما يقع بامر الغير لا للغرور أو الاضرار، ففيه:

مسالة ٤٢ : إذا رجع الباذل في أثناء الطريق ففي وجوب نفقة العود عليه اولا وجهان.

مسالة ٤٣ : إذا بذل لاحد اثنين او ثلاثة، فالظاهر الوجوب عليهم كفاية فلو ترك الجميع استقرّ عليهم الحجّ فيجب على الكلّ لصدق الاستطاعة بالنسبة إلى الكلّ نظير ما إذا وجد المتيمّمون ماءً يكفي لواحد منهم فإنّ تيمّم الجميع يبطل.

اولاً: انه عقد وقرار ولو ثبت انه جائز فالهتك حرام.

ثانياً: ان المراد من الغرور هنا ايقاع الغير في الضرر لا خصوص الخدعة عمداً لعدم دخالة العمد في ايراد الضرر والحرج على الغير بحسب فهم العرف وبنائه عملاً مع انه يعدّ خدعة عمداً في مقام الاثبات نوعاً).

في جواز الرجوع: وحكم الضمان.

تصرف الموهوب له: تصرفاً مانعاً من الرجوع وهو الذي لم يكن العين معه باقياً بعينها (لصحيح الحلبي ١/ ٧ الهبة في الرحم).

المسالة ٤٢ : وجهان: أظهرهما الاول (للسيرة الجارية في كلّ موارد الاقدام على ضرر الغير وان لم يكن خدعة وغروراً حيث لم يكن علمٌ وعمد بل هو غرور).

المسالة ٤٣ : نظير: التنظير من جهة صدق الوجدان لواحد لا بعينه كالمقام في صدق الاستطاعة لواحد لا بعينه ولا دليل على انصراف ادلّة البذل عن المورد كما لا وجه يعتد به لاختصاصها بالتمليك.

وان كان فرق بين المسئلتين من جهة كفاية القدرة على تحصيل الماء ولزوم حصول الاستطاعة. فالاستطاعة حاصلة لواحد لا بعينه والاستقرار كذلك وينتج تحقق المعصية لو تركوا وسقوط التكليف لو اتى واحد منهم وهذا ليس شيئاً مستبعداً والفرق بين المقام وموارد العلم الاجمالي واضح كالفرق بين جميع موارد الوجوب الكفائي والعلم الاجمالي فان المكلف في الاجمالي معين والشك منّا وفي الآخر الحكم على غير المعين واقعاً وهذا سنخ من الحكم واقعاً له احكام خاصة عند العقلاء فما في غير واحد من الحواشي مما لا ينبغي (قال البهبهاني: فرق بين المسئلتين لكفاية القدرة على تحصيل الماء وعدم كفاية القدرة على تحصيل الاستطاعة بل يلزم حصولها وفيه ما ذكرنا من كونه غير فارق، وقال الحكيم بعدم شمول اخبار البذل للمقام، وفيه: ان مطلقات ادلة البذل شاملة للاباحة ايضاً لعدم المنافاة بينها وبين ما دل على ان

مسألة ٤٤ : الظاهر أنّ ثمن الهدي على الباذل وأمّا الكفّارات فإن اتى بموجبها عمداً اختياراً فعليه وإن أتى بها اضطرارا أو مع الجهل او النسيان فيما لا فرق فيه بين العمد وغيره ففي كونه عليه او على الباذل وجهان.

مسألة ٤٥ : إنّما يجب بالبذل الحجُّ الّذي هو وظيفته على تقدير الاستطاعة، فلو بذل للآفاقي بحجّ القران أو الافراد أو لعمرة مفردة لا يجب عليه، وكذا لو بذل للمكيّ لحجّ التمتّع لا يجب عليه، ولو

الاستطاعة تكون بملكية الزاد والراحلة، لعدم ثبوت التقييد بالنسبة الى البذلية وعدم ثبوت وحدة الارادة فيلزم الحج عند تحقق التمليك وكذا عند الاباحة على ان ذلك غير فارق في المقام فان الاشكال من جهة عدم التعيين ولا وجه للقول بلزوم الاستطاعة التعيينية حتى يقال بان الاستطاعة لكل واحد متوقفة على اعراض غيره كما قال الگلپايگاني(قدس سره) لعدم توقفها إلّا على سؤال فقط فانا لايريد غيره فهو المستطيع بالتعيين فالحق مع المتن والخونساري والخوئي والداماد(قدس سرهم)، وتأمّل الاستاذ والبروجردي في المقام).

المسألة ٤٤ : على الباذل: اي بحسب طبع البذل لو أراد الباذل العمل بقوله واما انه يجوز له الرجوع وعدم البذل ام لا فهو امر آخر مرّ الكلام فيه (والظاهر ما في المتن إذ ثمن الهدي من نفقة الحج كما ان المشيقن بل الظاهر من ادلة البذل وعرض الحج هو الاختياري منه ففي وجوب الحج اذا لم يبذل له ثمن الهدي حتى ينتقل الى الصوم تامل. (خلافاً للداماد والبروجردي ولبعض آخر (قدس سرهم) ولو حج حينئذ والحال هذه فهو كمن حج وقد رجع الباذل بعد الاحرام، وقد مر، بل هنا أسهل لإمكان الاتمام بالصوم فحجّه صحيح كما ان الاتمام حينئذٍ واجب لمثل كريمة: ﴿اتمّوا الحج﴾).

وجهان: الاقوى الاول (وفاقاً لغير واحد لعدم دخولها في نفقة الحج بحسب طبعه الاولي خلافاً للگلپايگاني (قدس سره) ولا وجه ظاهراً لما قاله من انها من النفقات التي التزم الباذل بذلها. نعم إلّا اذا كان مما يتعارف نوعاً بحيث يدخل في مثل عبارة: وعليّ نفقة حجّك، أو يشمله قاعدة التسبيب أو الغرور).

المسألة ٤٥ : مفردة: بناءً على عدم وجوبها ان استطاع لها خاصة كما هو المشهور وسياتي في محلّه ان شاء الله تعالى.

بذل لمن حجّ حجّة الاسلام لم يجب عليه ثانياً، ولو بذل لمن استقرّ عليه حجّة الاسلام وصار معسراً وجب عليه، ولو كان عليه حجّة النذر أو نحوه ولم يتمكّن فبذل له باذل وجب عليه، وإن قلنا بعدم الوجوب لو وهبه لالحجّ، لشمول الاخبار من حيث التعليل فيها بانّه بالبذل صار مستطيعاً، ولصدق الاستطاعة عرفاً.

مسالة ٤٦ : إذا قال له: بذلت لك هذا المال مخيّراً بين أن تحجّ به أو تزور الحسين عليه السلام وجب عليه الحجّ.

مسالة ٤٧ : لو بذل له مالاً ليحجّ بقدر ما يكفيه فسرق في أثناء الطريق سقط الوجوب.

مسالة ٤٨ : لو رجع عن بذله في الاثناء وكان في ذلك المكان يتمكّن من ان يأتي ببقيّة الاعمال من مال نفسه أو حدث له مال بقدر كفايته وجب عليه الاتمام، واجزاء عن حجّة الاسلام.

وجب عليه: من جهة لزوم تحصيل أيّ تمكن ولو حرجياً للحج المستقر وكذا الحج النذري لا من جهة تحقق ملاك الحج البذلي. (كما ان التعليل بشمول الاخبار وصدق الاستطاعة اجنبي عن المقام ولعله مربوط بالمسالة الآتية اشتبه النساخ).

المسالة ٤٦ : وجب عليه الحج: (الظاهر ذلك لصدق عرض الحج ولا يلزم في صدقه التعيين خلافاً للخوئي والحكيم وبعض آخر حيث يلزمون التعيين في صدق اخبار البذل والظاهر ان بين هذه المسالة والمسالة ٣٧ فرقاً حيث لم نقل بالوجوب هناك فان التخيير المالكي هناك بين الحج وعدمه وهنا بين الحج والزيارة فهناك كانه صرّح بمصاديق التخيير العقلي اذا كان التعبير نفس الهبة المطلقة فكما لا يصدق اخبار العرض في مورد التعبير بالهبة المطلقة فكذا هناك للتصريح بعدم الفرق بخلاف المقام لدفع سائر مصاديق التخيير وحصره بين الحج والزيارة وصرف زيادة ذلك تخييراً لا يوجب انصراف اخبار العرض. خلافاً لغير واحد من المحشين حيث يجعلونهما من واد واحد).

المسالة ٤٧ : سقط الوجوب: أي ينكشف عدم الاستطاعة البذليّة.

المسالة ٤٨ : اجزئه: ان اجتمع سائر الشرائط اللازمة في الاستطاعة غير البذلية. نعم اذا كان ذلك بعد الاحرام فالظاهر الاجزاء حتى مع التسكع. (والاجزاء متسكعاً اذا شرع في العمل لاجل السيرة وسكوت الائمة عليهم السلام فان سرقة الاموال من الحجاج كانت سلفاً الى خلف امراً رائجاً ولم يعهد من الائمة عليهم السلام واصحابهم الاصرار

مسألة ٤٩ : لا فرق في الباذل بين ان يكون واحداً او متعدّداً، فلو قالا له: حجّ وعلينا نفقتك وجب عليه.

مسألة ٥٠ : لو عيّن له مقداراً ليحجّ به واعتقد كفايته فبان عدمها وجب عليه الاتمام في الصورة التي لا يجوز له الرجوع، إلاّ إذا كان ذلك مقيّداً بتقدير كفايته.

مسألة ٥١ : إذا قال: اقترض وحجّ وعليّ دينك ففي وجوب ذلك عليه نظر، لعدم صدق الاستطاعة عرفاً، نعم لو قال: اقترض لي وحجّ به وجب مع وجود المقرض كذلك.

مسألة ٥٢ : لو بذل له مالاً ليحجّ به فتبيّن بعد الحجّ انّه كان مغصوباً ففي كفايته للمبذول له عن حجّة الاسلام وعدمها وجهان، اقواهما العدم امّا لو قال: حجّ وعليّ نفقتك، ثمّ بذل له مالاً فبان كونه مغصوباً فالظاهر صحّة الحجّ، واجزاه عن حجّة الاسلام، لانّه استطاع بالبذل وقرار الضمان على الباذل في الصورتين عالماً كان بكونه مال الغير أو جاهلاً.

بإعادة الحج. ولكون عدم الاجزاء خلاف الامتنان مع ان التقيد بالاستطاعة في ادلة الحج يشعر بنوع من الامتنان فان من الواضح ان عدم الوجوب ليس لعدم الملاك بل للتسهيل واما الحرج فلا يرفع الملاك والصحة حتى في المستحبات خلافاً لما عليه النائيني (قدس سره) وجمع، فانظر كريمة: ﴿طه ما انزلنا عليك القرآن لتشقى﴾ لا تريد البطلان بل عدم اللزوم فقط بخلاف المقام مما يلزم الاتمام لدليل وجوب اتمام الحج ما أمكن. ثم انه يضمن الباذل ما صرفه الحاجّ حينئذ بمقتضى قاعدة التسبيب والغرور).

المسألة ٥٠ : الاتمام: ان كان ظاهر عبارته البذل لكل نفقة الحج بحيث يصدق في حقه انه ادخله في هذا الامر (فينطبق عليه قانون الالزام بما امر، التي هي أوسع من قاعدة الغرور وحينئذ فلا وجه لإستظهار الاستاذ (قدس سره) عدم الوجوب).

المسألة ٥١ : وجب: بل الاقوى عدم الوجوب كالسابقة كما ان التعليل فيها عليل لكن لو اقترض له وبقي الاذن والاباحة وجب (اذ المقام مقام اخبار العرض والبذل لا الاستطاعة، وحيث لا يصدق عرض الحج هنا فلا يجب).

المسألة ٥٢ : اقواهما العدم: بل الكفاية لا تخلو عن قوة (وفاقاً للگلپايگاني (قدس سره) وبعض آخر وخلافاً للاستاذ والخوئي (قدس سرهما) لان الضمان بالاخرة يستقر على الباذل فهو بحسب الواقع قد عرض الحج غاية الامر انه لم يكن ممن له البذل بحسب هذا المال بل بحسب بذله. فالصحة ثابتة في الصورتين، واما الاستاذ القائل بالعدم حتى في

مسالة ٥٣ : لو آجر نفسه للخدمة في طريق الحجّ بأجرة يصير بها مستطيعاً وجب عليه الحجّ، ولا ينافيه وجوب قطع الطريق عليه للغير، لانّ الواجب عليه في حجّ نفسه افعال الحجّ، وقطع الطريق مقدّمة توصّلية بايّ وجه اتى بها كفى، ولو على وجه الحرام، او لا بنيّة الحجّ، ولذا لو كان مستطيعاً قبل الاجارة جاز له إجارة نفسه للخدمة في الطريق، بل لو آجر نفسه لنفس المشي معه بحيث يكون العمل المستاجر عليه نفس المشي صحّ ايضاً، ولا يضرّ بحجّه، نعم لو آجر نفسه لحجّ بلديّ لم يجز له ان يوجر نفسه لنفس المشي كإجارته لزيارة بلديّة ايضاً، امّا لو آجر للخدمة في الطريق فلا باس وإن كان مشيه للمستاجر الاوّل فالممنوع وقوع الاجارة على نفس ما وجب عليه اصلا أو بالاجارة.

الصورة الثانية فلأن الباذل اذا كان نظره الى مال معين فهو بحكم بذل هذا العين الخارجي المغصوب، وفيه: ان ما ذكره ويذكره في جميع الابواب مدفوع بانه اذا دفع خارجاً من غير المغصوب على الصدفة والاتفاق يصحّ قطعاً فلو اشترى شيئاً بمائة وكان نظره ان يدفع المائة المغصوبة الموجودة في كيسه لكنه بعد ذلك انصرف مثلاً ودفع من مال آخر وجد له فالشراء صحيح والدفع صحيح والحلّ ان القرارات انما هي على الانشاءات لا النيّات حتى النذر وشبهه على الاقوى، ثم ان هذا كله فيما قبل الباذل الضمان على فرض تبين الغصبية أو سلّم المال بلا تعرض لذلك مع غفلة المتسلم واما اذا اسقط الباذل عند تسليم المال، كل ضمان عن نفسه مع عدم الاطمينان بالملكية فلا يجب الحج لإنصراف ادلّة البذل عن مثله إلّا اذا كان امارة عقلائية موثوق بها كاليد المطمئنة ونحوها).

المسالة ٥٣ : لنفس المشي كإجارته: ويجوز لخصوصياته ككونه ملازماً لشخص (والوجه واضح اذ الطبيعي غير الخصوصية ثم انه لا ريب في وجوب الحج بعد تحقق الاجارة دون قبله فانه تحصيل الاستطاعة إلّا فيمن لا يفرق حاله في العمل في طريق الحج وغيرها فهو كيف كان في تحصيل المعاش فقال الاستاذ الداماد (قدس سرّه): يجب عليه الحج لصدق الاستطاعة، ولعلّه كذلك بل قال في المستند: تجب الاجارة في الصورة الاولى ايضاً لتحصيل نفقة الحج فانه مالك لاعماله التي هي مال ولذا تصح الاجارة عليها لإشتراط المالية في متعلق الاجارة، لكن فيه: انا لا نسلّم اعتبار المالية قبل عقد الاجارة بل المالية في ظرف التسليم كافية والعمل قبل الوجود يكون من شؤون العامل ولا معنى لملكية الشخص لنفسه أو شؤونه.

مسالة ٥٤ : إذا استوجر، أي طلب منه إجارة نفسه للخدمة بما يصير به مستطيعاً لا يجب عليه القبول، ولا يستقرّ الحجّ عليه، فالوجوب عليه مقيّد بالقبول ووقوع الاجارة، وقد يقال بوجوبه إذا لم يكن حرجاً عليه، لصدق الاستطاعة، لانّه مالك لمنافعه فيكون مستطيعاً قبل الاجارة، كما إذا كان مالكاً لمنفعة عبده او دابّته وكانت كافية في استطاعته، وهو كما ترى، إذ نمنع صدق الاستطاعة بذلك، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط في بعض صوره، كما إذا كان من عادته إجارة نفسه للأسفار.

مسالة ٥٥ : يجوز لغير المستطيع أن يوجر نفسه للنيابة عن الغير وإن حصلت الاستطاعة بمال الاجارة قدّم الحجّ النيابي فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجب عليه لنفسه وإلاّ فلا.

مسالة ٥٦ : إذا حجّ لنفسه أو عن غيره تبرّعاً او بالاجارة مع عدم كونه مستطيعاً لا يكفيه عن حجّة الاسلام فيجب عليه الحجّ إذا استطاع بعد ذلك، وما في بعض الاخبار من إجزائه عنها محمول على الاجزاء مادام فقيراً، كما صرّح به في بعضها الآخر فالمستفاد منها انّ حجّة الاسلام مستحبّة على غير المستطيع، وواجبة على المستطيع، ويتحقّق الاوّل بايّ وجه أتى به، ولو عن الغير تبرّعاً أو بالاجارة، ولا يتحقّق الثاني إلاّ مع حصول شرائط الوجوب.

وتكلف الشاهرودي (قدس سره) بأنه ليس اجارة بل تضمين وتعهد للعمل في الذّمة بأزاء الاجرة، وفيه: صدق الاجارة بلا ريب وليست الاجارة سوى ذلك في الاجارة للعمل. ثم ان المشي قبل الميقات واجب غيري لا نفسي واما من الميقات فلابد من التأمل في دليل الاحرام هل الواجب هو المشي محرماً او الكون محرماً وسياتي ان شاء الله تعالى).

المسالة ٥٤ : **لا ينبغي**: بل لا يترك اذا لم يكن ايّ مشكلة له في ذلك (وفاقاً للمستند، لاحتمال صدق الاستطاعة قوياً وهو ظاهر استاذنا الداماد (قدس سره) ايضاً، لكن تعليل المستند بان اعماله مال عليل كما مرّ).

المسالة ٥٥ : **قدّم الحج النيابي**: ان كانت الاجارة للسنة الاولى وإلاّ فحجة الاسلام لنفسه إلاّ اذا كان الانفاق فيها معجزاً له عن النيابي فلا يكون مستطيعاً اصلاً.

المسالة ٥٦ : **حجة الاسلام مستحبة**: بل الحج فان حجة الاسلام نوع خاص بشرائطه كما مرّ (لا ريب في اقتضاء القاعدة عدم الاجزاء وهو العمدة مع الاجماع لا خبر آدم بن علي ٢١/١ وجوب الحج فانه مجهول كما ان محمد بن سهل لم يوثق، واما الروايات الدالة على الاجزاء مثل صحيحي معاوية وصحيح جميل ٢ و٤ و٢١/٦ وجوب الحج فمعرض عنها حتى ان صاحب المدارك مع شجاعته في قبال الشهرة

مسالة ٥٧ : يشترط في الاستطاعة مضافاً إلى مؤنة الذهاب والاياب وجود ما يمون به عياله حتّى يرجع، فمع عدمه لا يكون مستطيعاً، والمراد بهم من يلزمه نفقته لزوماً عرفيّاً وإن لم يكن ممّن يجب عليه نفقته شرعاً على الاقوى، فإذا كان له اخ صغير او كبير فقير لا يقدر على التكسّب وهو ملتزم بالانفاق عليه او كان متكفّلاً لإنفاق يتيم في حجره ولو اجنبيّ يعدّ عيالاً له فالمدار على العيال العرفيّ.

مسالة ٥٨ : الاقوى وفاقاً لاكثر القدماء اعتبار الرجوع إلى كفاية من تجارة أو زراعة او صناعة أو منفعة ملك له من بستان أو دكّان او نحو ذلك، بحيث لا يحتاج إلى التكفّف، ولا يقع في الشدّة والحرج، ويكفي كونه قادراً على التكسّب اللائق به او التجارة باعتباره ووجاهته، وإن لم يكن له راس مال يتّجر به. نعم قد مرّ عدم اعتبار ذلك في الاستطاعة البذليّة، ولا يبعد عدم اعتباره ايضاً فيمن يمضي

قال: «... إلّا انه لا خروج عمّا عليه الاصحاب..» ـ وهذا تاديب لكثير من الطلبة المعاصرين المدّعين للشجاعة فيغيّرون احكام الشرع المبين! هذا مع احتمال إرادة الاجزاء مالم يستطع او ارادة البعث من لفظ (عن) لا النيابة، والمراد بيان قسمي البذل اي بعث الغير أو اذهابه معه).

المسالة ٥٧ : ما يمون به عياله: (فان الاستطاعة عرفاً لا تنفك عن لحاظ نفقة اللوازم للشخص هذا مع الحرج في اهمالهم مع دلالة خبر ابي الربيع ٩/١ وجوب الحج على ذلك).

المسالة ٥٨ : الرجوع الى كفاية: (للروايات وان كانت ضعاف مثل خبر ابي الربيع ٩/١ وجوب الحج وكذا ٤ و٩/٥ لكنها مؤيدة بالشهرة، واعتبر الخوئي (قدس سرّه) الاول لذكره في تفسير علي بن ابراهيم. وقد مرّ ما في مسلكه. وقائد الاعمش في الثاني من اصحاب الاجماع.

وللحرج، مع امكان الاستدلال بنفس اعتبار الاستطاعة. والظاهر عدم الوجوب ايضاً على من لم يكن عنده شيء من انواع الكسب وكان عنده مال يكفي لمؤنة حجه وعياله ولما بعد المراجعة الى مدّة يعتد بها فقط كالسنة واكثر خلافاً للگلپايگاني (قدس سرّه) اذ الكفاية بالاخرة مما يلزم للحياة والمعيشة وهذا الشخص وان لم يتوجه الى مهمه لكنه مهم له واقعاً فاذا كان له عشرة الآف يكفيه الى سنة مثلاً لكنه بعده يفتقر فليس بمستطيع ولو شك فالاصل عدم الوجوب).

في الاستطاعة البذلية: إلّا فيما يوجب تعطيل كسبه الحرج كمن يكون اعاشته من كسب ايام الحج.

أمره بالوجوه اللائقة به كطلبة العلم من السادة وغيرهم، فإذا حصل لهم مقدار مؤنة الذهاب والاياب ومؤنة عيالهم إلى حال الرجوع وجب عليهم، بل وكذا الفقير الّذي عادته وشغله اخذ الوجوه ولا يقدر على التكسّب إذا حصل له مقدار مؤنة الذهاب والاياب له ولعياله، وكذا كلّ من لا يتفاوت حاله قبل الحجّ وبعده إذا صرف ما حصل له من مقدار مؤنة الذهاب والاياب من دون حرج عليه.

مسألة ٥٩: لا يجوز للولد أن يأخذ من مال والده ويحجّ به، كما لا يجب على الوالد أن يبذل له، وكذا لا يجب على الولد بذل المال لوالده ليحجّ به، وكذا لا يجوز للوالد الاخذ من مال ولده للحجّ، والقول بجواز ذلك أو وجوبه كما عن الشيخ ضعيف، وإن كان يدلّ عليه صحيح سعد بن يسار سئل الصادق عليه السلام الرجل يحجّ من مال ابنه وهو صغير؟ قال: نعم يحجّ منه حجّة الاسلام، قال: وينفق منه؟ قال: نعم، ثمّ قال: إنّ مال الولد لوالده، إنّ رجلاً اختصم هو ووالده إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقضى انّ المال والولد للوالد. وذلك لإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على الاقتراض من ماله مع استطاعته من مال نفسه، أو على ما إذا كان فقيراً وكانت نفقته على ولده ولم يكن نفقة السفر إلى الحجّ أزيد من نفقته في الحضر إذ الظاهر الوجوب حينئذٍ.

بالوجوه اللائقة: بل عدم الوجوب أقوى فيصرف مقدار المؤنة في امره المعيشي ايضاً ولا ياخذ من الوجوه إلّا لمن ياخذ الوجوه قبال عمل له للاسلام والمسلمين فهو شغله. وحكم الفقير ايضاً ما ذكر فيصرف ما حصل له في امره ولا يتكدى فانه لا يعدّ مستطيعاً (ويشير اليه عنوان: يستغنون به عن الناس في خبر أبي الربيع، ونحوه في غيره خلافاً للگلپايگاني وما ذكره الحكيم (قدس سرهما) من الموارد فيه انها حرفة للشخص).

المسألة ٥٩: ياخذ: اي من دون رضاه وكذا فيما بعد (والمراد معلوم).

مع امكان حمله: ولا يبعد ارادة الجواز عند الضرورة مع الضمان في العهدة والاحتياط لا يترك على ايّ حال (ظاهر صحيح سعيد ٧٨/٤ ما يكتسب به وذيله في ٣٦/١ وجوب الحج جواز الاخذ مطلقاً وان مال الولد للوالد بحكم الشرع فيجب عليه الحج لكونه حينئذ ذا مال، وكذا يظهر من ١ و٧٨/١٠ ما يكتسب به ولكن ظاهر صحيح عبدالله بن سنان ٧٨/٣ ما يكتسب به اختصاص الجواز بصورة الحاجة والضرورة وكذا٢ و٧٨/٨ وصحيح ٧٩/٢ ما يكتسب به فتحمل المطلقات على هذه المقيدة فلعل اتيان الحج المذكور في صحيح ٧٨/٤ ايضاً مربوط بصورة الحاجة اي

مسألة ٦٠ : إذا حصلت الاستطاعة لا يجب أن يحجّ من ماله، فلو حجّ في نفقة غيره لنفسه أجزأه، وكذا لو حجّ متسكّعاً، بل لو حجّ من مال الغير غصباً صحّ وأجزاه، نعم إذا كان ثوب إحرامه وطوافه وسعيه من المغصوب لم يصحّ، وكذا إذا كان ثمن هديه غصباً.

مسألة ٦١ : يشترط في وجوب الحجّ الاستطاعة البدنيّة، فلو كان مريضاً لا يقدر على الركوب أو كان حرجاً عليه ولو على المحمل أو الكنيسة له يجب. وكذا لو تمكّن من الركوب على المحمل لكن لم يكن عنده مؤنته، وكذا لو احتاج إلى خادم ولم يكن عنده مؤنته.

الاستقرار فيأخذ مع الضمان في العهدة، إلّا ان يقال: ذلك ايضاً معرض عنه لعدم فتوى من المشهور عليه لكن ثبوت الاعراض مشكل مع فتوى الشيخ والمفيد وبعض آخر فالاحتياط طريق النجاة.

ويظهر من ٧٨/٧ ما يكتسب به ارادة حكم ادبيّ من قول النبي ﷺ: «انت ومالك لابيك» ويؤيده ان تملك الوالد لشخص الولد بالملكية الاعتبارية لا معنى له فتملكه لماله ايضاً مثله في المعنى).

المسألة ٦٠ ثوب احرامه: في الاحرام والسعي لا تبعد الصحة وفي ابطال غصبيّة الزائد على الستر في الطواف اشكال بل منع (لعدم دخالة الثوب في تحقق الاحرام والسّعي وفي الطواف يعتبر الستر واما الزائد فمن باب اجتماع الامر والنهي بل اهون لأن التصرف في الزائد عن مقدار الستر امر مقارن للستر لا عينه فتدبره. وسياتي في محلّه ان اللباس ليس ركناً ولا جزءً في الاحرام والسعي بل واجب مستقل في الاحرام).

ثمن هديه غصباً: أي كانت المعاملة على العين لا الذمة.

المسألة ٦١ على الركوب: وكذا اذا لم يقدر على بعض الاعمال غير القابل للنيابة كالوقوف (لا ريب في اعتبار صحة البدن في الوجوب مباشرة ويدل عليه بعد دخالتها في مفهوم الاستطاعة ظاهر مثل صحيح هشام ٨/٧ وجوب الحج وصحيح ٤و٦و١٠ و١٢ و٨/١٣. لكن تجب الاستنابة كما يأتي بخلاف عدم الاستطاعة مالاً فلا تجب، ولا يبعد أن يكون عدم مؤنة الخادم المساعد له في الركوب او عدم مؤنة المحمل من قبيل عدم الاستطاعة اذ اعتبارها يختلف بحسب الاشخاص كماً وكيفاً خلافاً للخوئي (قدّس سرّه)).

مسالة ٦٢ : ويشترط ايضاً الاستطاعة الزمانيّة، فلو كان الوقت ضيقاً لا يمكنه الوصول إلى الحجّ او امكن لكن بمشقّة شديدة لم يجب، وحينئذٍ فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجب وإلاّ فلا.

مسالة ٦٣ : ويشترط ايضاً الاستطاعة السربيّة، بان لا يكون في الطريق مانع لا يمكن معه الوصول إلى الميقات او إلى تمام الاعمال وإلاّ لم يجب، وكذا لو كان غير مأمون بأن يخاف على نفسه او بدنه او عرضه او ماله وكان الطريق منحصراً فيه، او كان جميع الطرق كذلك، ولو كان هناك طريقان احدهما اقرب لكنّه غير مامون وجب الذهاب من الا بعد المامون، ولو كان جميع الطرق مخوفاً إلاّ انّه يمكنه الوصول إلى الحجّ بالدوران في البلاد، مثل ما إذا كان من اهل العراق ولا يمكنه إلاّ أن يمشي إلى كرمان، ومنه إلى خراسان، ومنه إلى بخارا، ومنه إلى الهند، ومنه إلى بوشهر، ومنه إلى جدّه مثلاً، ومنه إلى المدينة، ومنها إلى مكّة فهل يجب اولا؟ وجهان اقواهما عدم الوجوب، لانّه يصدق عليه انّه لا يكون مخلّى السرب.

مسالة ٦٤ : إذا استلزم الذهاب إلى الحجّ تلف مال له في بلده معتدّ به لم يجب، وكذا إذا كان

المسالة ٦٢ : بقيت: بل يجب ابقاء الاستطاعة (لعدم تقيد وجوب الحج بزمان وانما المقيد نفس الواجب لا الوجوب).

المسالة ٦٣ : غير مامون: (والظاهر دخالته في مفهوم الاستطاعة وكذا الكلام في مفهوم: مخلّى السرب).

عدم الوجوب: فيما يكون كالمثال لا مطلقاً إلاّ ان يكون حرجاً (وفاقا للسيد عبدالهادي (قدس سره) واستشكل الخوئي مطلقاً وقال بالوجوب في غير مورد الحرج لعدم تقييد الاستطاعة لطبيعي الحج بطريق خاص لكن الظاهر عدم عدّ مورد المثال مستطيعاً عرفاً واما اصل الحكم فلدلالة الكريمة والروايات المفسّرة لها الذاكرة لتخلية السرب ايضاً راجع ٤ و٥ و٧/٨ وجوب الحج).

المسالة ٦٤ : معتد به: يوجب الحرج واما دون ذلك فالاحتياط بالاتيان لا يترك وان كان السقوط لا يخلو من وجه (وجه الاحتياط ضعف عموم لا ضرر لغير الاضرار بل قال الاستاذ (قدس سره) وجمع انه مخصوص بذلك وانه حكم مولوي منه ﷺ في قصة سمرة وغيرها، لكن بعد الدقة في الرواية وكلمات الاصحاب لم نجد دليلاً واضحاً على التخصيص فلا يبعد كونه كبرى كلية وقصة سمرة مصداق وبمنزلة

هناك مانع شرعيّ من استلزامه ترك واجب فوريّ سابق على حصول الاستطاعة أو لاحق مع كونه أهمّ من الحجّ كإنقاذ غريق أو حريق، وكذا إذا توقّف على ارتكاب محرّم كما إذا توقّف على ركوب دابّة غصبيّة أو المشي في الأرض المغصوبة.

مسألة ٦٥: قد علم ممّا مرّ أنّه يشترط في وجوب الحجّ مضافاً إلى البلوغ والعقل والحرّيّة الاستطاعة الماليّة والبدنيّة والزمانيّة والسربيّة، وعدم استلزامه الضرر، أو ترك واجب، أو فعل حرام ومع فقد أحد هذه لا يجب، فبقي الكلام في امرين: أحدهما: إذا اعتقد تحقّق جميع هذه مع فقد بعضها واقعاً أو اعتقد فقد بعضها وكان متحقّقاً فنقول: إذا اعتقد تحقّق سائر الشرائط فحجّ، ثمّ بان أنّه كان صغيراً أو عبداً فالظاهر بل المقطوع عدم إجزائه عن حجّة الاسلام، وإن اعتقد كونه غير بالغ او عبداً مع تحقّق سائر الشرايط وأتى به أجزاه عن حجّة الاسلام كما مرّ سابقاً، وإن تركه مع بقاء الشرائط إلى ذي الحجّة

الصغرى فلا ضرر من الغير ولا من الشخص نفسه ولا من الشارع نفساً ومالا، وما خرج عنه انما هو ما كان طبعه ضررياً كأصل الحج لا الزائد فلو كان واجباً شرعاً لزم الضرر من ناحية الشرع، وكذلك في نظائر المقام كشراء ماء الوضوء ضررياً وقد فصلنا الكلام في رسالتنا في «لا ضرر» بل لعل قوله ﷺ: لا ضرر، مربوط بالشرع والشخص، ولا ضرار، مربوط بالغير فتأمل. ويمكن ان يقال: نفي الاضرار بالغير ايضاً احدى طرقه رفع الحكم الذي يوجب قبول اضرار الغير فتدبره جيّداً. ومع ذلك كله ان لم يكن حرجاً عليه لا ينبغي ترك الاحتياط).

مانع شرعي: مرّ ان الاستطاعة في الحج عرفية لا عقلية ولا شرعية ففي هذه الموارد يقع التزاحم ويحكم بتقديم الاهم سابقاً أو لاحقاً.

المسألة ٦٥: عدم اجزائه: (لعدم الامر بحجة الاسلام حينئذ، وهذا ظاهر وجوب الحج في اشتراط البلوغ والباب ١٦ في الحرية).

اتى به اجزئه: فيه اشكال بناء على ما مر من كون حجة الاسلام عنواناً خاصاً إلّا ان ينوي ما عليه من الوظيفة الوجوبيّة لو كانت وإلّا فالندبيّة فيصح ويجزي.

الى ذي الحجة: بل الى وقت تمام الاعمال والاستطاعة للعود.

وجهان: اقواهما عدم الاجزاء (لعدم الدليل على الاجزاء ولا نسلّم الاختصاص بالقدر المسلّم).

فالظاهر استقرار وجوب الحجّ عليه، فإن فقد بعض الشرائط بعد ذلك كما إذا تلف ماله وجب عليه الحجّ ولو متسكّعاً وإن اعتقد كونه مستطيعاً مالاً وأن ما عنده يكفيه فبان الخلاف بعد الحجّ ففي إجزاءه عن حجة الاسلام وعدمه وجهان: من فقد الشرط واقعاً ومن أن القدر المسلّم من عدم اجزاء حج غير المستطيع عن حجّة الاسلام غير هذه الصورة، وإن اعتقد عدم كفاية ما عنده من المال وكان في الواقع كافياً وترك الحج فالظاهر الاستقرار عليه، وإن اعتقد عدم الضرر أو عدم الحرج فحجّ فبان الخلاف فالظاهر كفايته، وإن اعتقد المانع من العدوّ أو الضرر أو الحرج فترك الحجّ فبان الخلاف فهل يستقرّ عليه الحجّ اولا؟ وجهان، والاقوى عدمه، لانّ المناط في الضرر الخوف وهو حاصل إلاّ إذا كان اعتقاده على خلاف رويّة العقلاء وبدون الفحص والتفتيش، وإن اعتقد عدم مانع شرعيّ فحجّ فالظاهر الاجزاء إذا بان الخلاف،

فالظاهر الاستقرار عليه: فيه اشكال اذا كان اعتقاده لا عن تقصير كالاشتباه بعد الفحص بل الظاهر عدم الاستقرار حينئذ (لانصراف دليل من تركه من غير عذر يعذره الله ... الخ عن هذه الصورة وفاقاً للداماد والخوئي (قدس سرهما) فالقاعدة الاولية تقتضي الاستقرار لكن ظاهر دليل الاستقرار شرعاً مثل ما ذكر، ارادة غير هذه الصورة).

فالظاهر كفايته: اذا لم يكن مانعاً عن تحقق الاستطاعة أو كان قبل الشروع في الاعمال ثم صار مستطيعاً لكون دليل الضرر والحرج امتنانياً ولا امتنان في الحكم بالبطلان بعد العمل مع الجهل بالضرر فلا وجه لحاشية الاستاذ ظاهراً، نعم بعض موارد الحرج ينفي تحقق الاستطاعة عرفاً كما مرّ.

والاقوى عدمه: لكن التعليل بالنسبة الى الحرج عليل (والعلة ما مرّ من انصراف دليل الاستقرار عن موارد العذر، واما ما في المتن ففيه عدم جريانه في الحرج، بل في الضرر ايضاً يمكن ان يقال: الخوف طريق والحكم على الواقع وان كان معذوراً عند الخوف).

خلاف رويّة العقلاء: الملاك هو التقصير كما مرّ وكأنه مراد المتن (فلا وجه لإطلاق كلام الخوئي (قدس سره).

فالظاهر الاجزاء: (لعدم فعلية التزاحم عند الجهل بناء على عدم كون الاستطاعة شرعية إلاّ اذا لم يكن معذوراً في جهله. ولا وجه لحاشية البروجردي والگلپايگاني (قدس سرهما) من استثناء صورة اتحاد بعض الاعمال مع الحرام عند عدم العذر في الجهل أو استلزام الحرام الاشد من ترك الحج لعدم فعلية التزاحم عند الجهل

وإن اعتقد وجوده فترك فبان الخلاف فالظاهر الاستقرار ثانيهما: إذا ترك الحجّ مع تحقّق الشرائط متعمّداً، أو حجّ مع فقد بعضها كذلك، أمّا الاوّل فلا إشكال في استقرار الحجّ عليه مع بقائها إلى ذي الحجّة وأمّا الثاني فإن حجّ مع عدم البلوغ أو مع عدم الحريّة فلا إشكال في عدم إجزائه إلّا إذا بلغ أو اعتق قبل أحد الموقفين على إشكال في البلوغ قد مرّ، وإن حجّ مع عدم الاستطاعة الماليّة فظاهرهم مسلّمية عدم الاجزاء ولا دليل عليه إلّا الاجماع، وإلاّ فالظاهر أنّ حجّة الاسلام هو الحجّ الاوّل، وإذا أتى به كفى ولو كان ندباً، كما إذا أتى الصبيّ صلاة الظهر مستحبّاً. بناء على شرعيّة عباداته فبلغ في أثناء الوقت، فإنّ الاقوى عدم وجوب إعادتها، ودعوى أنّ المستحبّ لا يجزي عن الواجب ممنوعة بعد اتّحاد ماهيّة الواجب والمستحبّ، نعم لو ثبت تعدّد ما هيّة حجّ المتسكّع والمستطيع تمّ ما ذكر، لا لعدم إجزاء المستحبّ عن الواجب، بل لتعدّد الماهيّة، وإن حجّ مع عدم أمن الطريق أو مع عدم صحّة البدن مع كونه حرجاً عليه، أو مع ضيق الوقت كذلك فالمشهور بينهم عدم إجزائه عن الواجب، وعن الدروس الاجزاء إلّا إذا

والاتحاد الخارجي لا يضرّ بالامتثال، نعم فيما كان الجهل لا عن عذر فالتزاحم واقع. هذا كله بناءً على تفسير الاستطاعة بالقدرة عرفاً أو خصوص الزاد والراحلة، واما بناءً على تفسيرها بالقدرة عرفاً وشرعاً فهو غير مستطيع في الفرض وان كان معذوراً في جهله).

فالظاهر الاستقرار: فيه ما مرّ من عدم شمول دليل الاستقرار للمعتقد بعدم التنجز (وفاقاً للخوئي والداماد(قدس سرهما)) ولعدم فعلية التكليف فلا يشمله عموم من تركه من غير عذر، واما دليل دينية الحج فهو على موضوع المستطيع والظاهر عدم صدقه على المعتقد بالخلاف فتامل او نقول: اذا وضعناه قبال دليل التسويف وكانا من باب وحدة المطلوب قدمُ مفاد دليل التسويف بالنسبة الى الاستقرار).

ذي الحجة: بل الى تمام الاعمال مع استطاعة العود كما مرّ.

الاجماع: (وهو كاف مع اطلاق دليل وجوب الحج على من استطاع وان حج قبلاً مع ان التفرقة في ذلك بين البلوغ والحريّة وبين الاستطاعة الماليّة بلا وجه، وقد صرّح بعدم الاجزاء فيهما، ومثال صلاة ظهر الصبي غير صحيح بل المقام مثل صلاة المرأة الحائض لا تكفي، أو مثل كفاية صلاة ظهر يوم عن يوم آخر ومرّ تعدد المهيّة.

فالمشهور بينهم: الاقوى الاجزاء فيما كان الى ما قبل الاعمال وعدم الاجزاء فيما كان من الميقات الى تمام الاعمال أو جزء منها هذا في أمن الطريق وكذا في الحرج

كان إلى حدّ الإضرار بالنفس، وقارن بعض المناسك، فيحتمل عدم الاجزاء فرق بين حجّ المتسكّع وحجّ هؤلاء، وعلّل الإجزاء بانّ ذلك من باب تحصيل الشرط، فانّه لا يجب، لكن إذا حصله وجب، وفيه انّ مجرّد البناء على ذلك لا يكفي في حصول الشرط، مع انّ غاية الامر حصول المقدّمة الّتي هو المشي إلى مكّة ومنى وعرفات، ومن المعلوم انّ مجرّد هذا لا يوجب حصول الشرط الّذي هو عدم الضرر، او عدم الحرج نعم لو كان الحرج او الضرر في المشي إلى الميقات فقطّ ولم يكونا حين الشروع في الاعمال تمّ ما ذكره، ولا قائل بعدم الاجزاء في هذه الصورة، هذا، ومع ذلك فالاقوى ما ذكره في الدروس، لا لما ذكره، بل لانّ الضرر والحرج إذا لم يصلا إلى حدّ الحرمة إنّما يرفعان الوجوب والالزام لا اصل الطلب، فإذا تحمّلهما وأتى بالمامور به كفى.

مسالة ٦٦ : إذا حج مع استلزامه لترك واجب او ارتكاب محرّم لم يجزه عن حجّة الاسلام، وإن اجتمع سائر الشرايط، لا لانّ الامر بالشيء نهي عن ضدّه، لمنعه اوّلا، ومنع بطلان العمل بهذا النهي ثانياً، لانّ النهي متعلّق بامر خارج بل لان الامر مشروط بعدم المانع ووجوب ذلك الواجب مانع، وكذلك النهي المتعلّق بذلك المحرّم مانع ومعه لاامر بالحجّ نعم لو كان الحجّ مستقراً عليه وتوقّف الاتيان به على ترك واجب او فعل حرام دخل في تلك المسئلة، وأمكن ان يقال بالاجزاء، لما ذكر من منع اقتضاء الامر بشيء للنهي عن ضدّه، ومنع كون النهي المتعلّق بامر خارج موجباً للبطلان.

بناءً على كونه رافعاً للاستطاعة كما مرّ واما الضرر ففي النفس يرفع الاستطاعة بخلاف المال اذا لم يكن بالغاً حدّ الحرج، وحينئذ فيكون من التزاحم فيما كان المزاحم أهم فلا أمر بالحج لكن بناءً على الترتب يصحّ الحج ولكن مرّ حسن الاحتياط في الضرر المالي ايضاً.

هذا كله ان بنينا على رافعية الحرج أو الضرر للحكم من اصله، واما ان قلنا بأن دليلهما امتناني لابد ان يلاحظ الامتنان فلا امتنان في الفرض ونظائره كالغسل الضرري ونحوه ولعل هذا اظهر.

فالاقوى: بل الاقوى ما ذكرنا والتعليل عليل والحرج يرفع اصل الحكم لا حدّه الالزامي لعدم التركيب وكذا الضرر فيما كان رافعاً للحكم.

المسالة ٦٦ : لم يجزء: بل الاقوى الاجزاء حتى فيما كان المزاحم اهم (لجريان الترتب في الحج اذ استطاعة الحج عرفية لا شرعية واما حديث النهي عن الضدّ بناء على ذلك أي اقتضاء الامر النهي عن ضدّه الخاص فالنهي متعلق بنفس العمل لكنه غيري تبعي لا يقتضي الفساد.

مسألة ٦٧ : إذا كان في الطريق عدوّ لا يدفع إلّا بالمال فهل يجب الحجّ أولا؟ أقوال، ثالثها الفرق بين المضرّ بحاله وعدمه، فيجب في الثاني دون الأوّل.

مسألة ٦٨ : لو توقّف الحجّ على قتال العدوّ لم يجب حتّى مع ظنّ الغلبة عليه والسلامة، وقد يقال: بالوجوب في هذه الصورة.

مسألة ٦٩ : لو انحصر الطريق في البحر وجب ركوبه إلّا مع خوف الغرق او المرض خوفاً عقلائياً. او استلزامه الاخلال بصلاته او إيجابه لاكل النجس أو شربه ولو حجّ مع هذا صحّ حجّه، لانّ ذلك في المقدّمة، وهي المشي إلى الميقات، كما إذا ركب دابّة غصبيّة إلى الميقات.

مسألة ٧٠ : إذا استقرّ عليه الحجّ وكان عليه خمس أو زكاة أو غيرهما من الحقوق الواجبة وجب

المسألة ٦٧ : ثالثها : ورابعها الاقوى وهو التفصيل بين عدم خلو السرب لمنع العدو لكن يمكن دفعه بالمال فلا يجب وبين الخلو وعدم المنع لكن يأخذ الظالم أو المأمور من طرف حكومة الحق شيئاً فيجب، إلّا اذا كان الدفع حرجياً فلا يجب بلا فرق بين الظلم وحكومة الجور وبين الامر من ناحية حكومة الحق. (هذا بناء على عدم رفع الضرر للحكم لكنّ مرّ الاشكال وان لا ضرر عام لا يختص بمثل قصة سمرة اي الاضرار بالغير.

المسألة ٦٨ : قتال العدو: اذا كان في الطريق فلا يجب حتى مع القطع بالظفر بالقتال لعدم صدق خلو السرب، نعم المشاجرات الجزئية لا تؤثر في الحكم اذا لم تكن حرجياً. واذا كان الطريق مخلى لكن في البلد أو على رأس الحكومة من يزاحم الخروج للحج وكان باستطاعة المكلف بلا حرج رفعه يجب ذلك (ولا يكفي صدق الاستطاعة في الصورة الاولى للزوم تخلية السرب ايضاً على ما في الادلة بل لا تصدق الاستطاعة ايضاً).

المسألة ٦٩ : بصلاته: اي بأصلها واما تبديل الصورة بحسب الحالات فلا يضرّ، واما أكل النجس أو شربه فلا يبعد عدم سقوط الحج به بل يسافر ويقتصر على الضرورة إلّا اذا كان ذلك حرجياً عليه بحسب حالاته الخاصّة. (لعدم اخذ ذلك في الاستطاعة فانها عرفية كما مرّ لا شرعية).

صح حجه: أي وأجزء.

المسألة ٧٠ : قبلها: اي الحج بالمال بخلاف ما لو امكنه ماشياً بلا تصرف في المال

عليه اداؤها، ولا يجوز له المشي إلى الحجّ قبلها ولو تركها عصى، وامّا حجّه فصحيح إذا كانت الحقوق في ذمّته، لا في عين ماله، وكذا إذا كانت في عين ماله ولكن كان ما يصرفه في مؤنته من المال الّذي لايكون فيه خمس أو زكاة أو غيرهما، أو كان ممّا تعلّق به الحقوق، ولكن كان ثوب إحرامه وطوافه وسعيه وثمن هديه من المال الّذي ليس فيه حقّ، بل وكذا إذا كانا ممّا تعلق به الحقّ من الخمس والزكاة إلّا انّه بقي عنده مقدار ما فيه منهما، بناءً على ما هو الاقوى من كونهما في العين على نحو الكلّي في المعيّن لاعلى وجه الاشاعة.

مسالة ٧١: يجب على المستطيع الحجّ مباشرة، فلا يكفيه حجّ غيره عنه تبرّعاً أو بالاجارة إذا كان متمكّناً من المباشرة بنفسه.

نعم اذا كان مستلزماً لعدم امكان اداء الحق حرم بالعرض.

ثوب احرامه: سياتي ان اللباس واجب مستقل عن الاحرام فلا يضر غصبيّته بالاحرام، واما السعي فلا يعتبر فيه اللباس، واما الطواف فيعتبر في الساتر منه فقط ما يعتبر من الشرائط واما ثمن الهدي فان كان الحق متعلقاً بعينه فيبطل ويسري الاشكال الى ما يترتب عليه من الاعمال وقد مرّ تقوية احتمال الاشاعة في الخمس والزكاة، اشاعة حقّية أو ملكية.

مسئله٧٢: اولهما: بل ثانيهما (خلافاً للخوئي (قدس سرّه)) مستدلاً بإطلاق صحيح الحلبي ٢/٢٤ وجوب الحج، وظاهر الصحيح وان كان كذلك لكن مقابلته للصحاح المعتبرة لصحة البدن في الاستطاعة نظير الزاد والراحلة بلا بيان انه للمباشرة، بعيدة) فيمكن ارجاع ضمير «وان كان موسراً» في الصحيح الى «من قدر على الحج» في صدر الحديث، الظاهر بل الصريح في المستقر.

وحاصل الكلام في الباب ان المتيقن من روايات الباب مثل ١ و٦ و٨ و .../٢٤ وجوب الحج، وجوب الاستنابة على من استقر عليه الحج ولا اطلاق ولا عموم لها يشمل غير المستقر عليه الحج بل يمكن حمل بعضها على الندب فان ١ و٦ و٨ لم يذكر فيها الاستقرار ولكن لم يذكر الاستطاعة ايضاً فلعل الشخص اراد الحج لصرف الفضل اذ الموضوع عدم الحج وعدم القدرة للكبر فقط بلا ذكر الاستطاعة ولا الاستقرار فليس سوى ظهور كلمة الامر ـ امر رجلاً ـ ويعارضه ظهور الذيل في عدم تحقق الاستطاعة لعدم ذكرها، ويؤيد الندب قوله ﷺ في ٨: ... ان شئت ان تجهّز،

مسالة ٧٢ : إذا استقرَّ الحجّ عليه ولم يتمكّن من المباشرة لمرض لم يرج زواله أو حصر كذلك أو هرم بحيث لا يقدر، أو كان حرجاً عليه فالمشهور وجوب الاستنابة عليه، بل ربما يقال: بعدم الخلاف فيه وهو الاقوى، وإن كان ربما يقال بعدم الوجوب، وذلك لظهور جملة من الاخبار في الوجوب، وامّا إن كان مؤسراً من حيث المال ولم يتمكّن من المباشرة مع عدم استقراره عليه ففي وجوب الاستنابة وعدمه

وفي سندها سهل بن زياد وجعفر بن محمد والقداح ولا بأس بهم، ويؤيد الاستقرار قوله في ٢٤/٣ (ولعله لا بأس بأبي حفص سلمه لنقل الاجلاء من اصحاب الاجماع عنه): ... وفرّطت في الحج ... ، واما ٢٤/٤ فمع الارسال وعدم وثوق فضل بن عباس لعدم دلالة صرف اعانته عليا عليه السلام في تغسيله النبي صلى الله عليه وآله على الوثوق، لا دليل على ارادة غير المستقر بل يمكن ارادة خصوص الميّت المستقر عليه الحج، لصحّة هذا التعبير في مورد الميت وترك الاستفصال بالنسبة الى الحياة والممات لعلّه لقرائن الحال، وايضاً مضمون الحديث ظاهره التبرع لا الاستنابة ولا ريب في عدم وجوب التبرع، واما ٢٤/٥: لو ان رجلاً اراد الحج ... الخ فالموضوع ارادة الحج ولا يمكن الايجاب على فرض الارادة فالمراد هو الندب ولا نسلم انه من باب: اذا اردت الصلاة، كما قال الشاهرودي (قدس سره) لاحتمال ما ذكرنا ايضاً فيحمل قوله: فليجهّز، على الندب، واما ٢٤/٢ فيحتمل رجوع ضمير (كان) الى المذكور في صدر الحديث وهو القادر على ما يحج به التارك من غير عذر فمورده المستقر، اضف اليه عدم فتوى احد (إلا الخوئي (قدس سره) وبعض من تبعه من أهل العصر حيث احتاطوا) بلزوم كون النائب صرورة، ودل الحديث على اللزوم إلا ان يحمل ذلك على الندب وارادة استحباب احجاج الصرورة.

واما ٢٤/٧ وفي السند علي بن ابي حمزة ـ وظاهره منعه المرض مطلقاً أي من الاول لكن بعد التامل في سائر الادلة يحتمل الحمل على المستقر كما في ٢٤/٢ كما هو مقتضى الجمع بينه وبين روايات تفسير الاستطاعة في الكريمة.

بل لا يمكن رفع اليد عن الكريمة وسائر الادلة بصرف هذه الرواية. فلا دليل على الاستنابة في غير المستقر نعم في المستقر المشهور بل الاجماع والمتيقن من بعض روايات الباب وفهم المشهور منها. وبعد ما ذكرنا فالظاهر عدم وجه وجيه لفتوى الماتن واحتياط الخونساري والگلپايگاني (قدس سرهما) في غير المستقر).

قولان، لا يخلو اوّلهما عن قوّة لاطلاق الاخبار المشار إليها، وهي وإن كانت مطلقة من حيث رجاء الزوال وعدمه لكنّ المنساق من بعضها ذلك، مضافا إلى ظهور الاجماع على عدم الوجوب مع رجاء الزوال، والظاهر فوريّة الوجوب كما في صورة المباشرة، ومع بقاء العذر إلى أن مات يجزيه حج النائب، فلا يجب القضاء عنه وإن كان مستقرّاً عليه، وإن اتّفق ارتفاع العذر بعد ذلك فالمشهور انّه يجب عليه مباشرة وإن كان بعد إتيان النائب، بل ربما يدّعى عدم الخلاف فيه، لكن الاقوى عدم الوجوب لانّ ظاهر الاخبار انّ حجّ النائب هو الّذي كان واجباً على المنوب عنه، فإذا اتى به فقد حصل ما كان واجبا عليه، ولا دليل على وجوبه مرّة أُخرى، بل لو قلنا: باستحباب الاستنابة فالظاهر كفاية فعل النائب، بعد كون الظاهر الاستنابة فيما كان عليه، ومعه لاوجه لدعوى انّ المستحبّ لا يجزي عن الواجب، إذ ذلك فيما إذا

رجاء الزوال: الظاهر ان الحكم على واقع العذر لكن اليأس عن البرء طريق عقلائي (فمن يرجو رحمة ربه عاجلاً او بعد مدة ليس داخلاً في هذه الادلة بحسب تفاهم العرف ولا اقل من الاجمال فراجع الباب ٢٤ فلا وجه لفتوى الشاهرودي (قدس سره) بإطلاق الحكم واحتياط الگلپايگاني (قدس سره)).

فورية الوجوب: (واحتاط الاستاذ والظاهر ما في المتن من الظهور لظهور النيابة في وحدة الحكم لنفس عمل المنوب عنه فالنائب يأتي بوظيفة المنوب عنه اي حجة الاسلام ولا ريب ان وجوب الحج فوري).

لأن ظاهر الاخبار: (هو كذلك بعد الدقة، وان قلت: هذا ما دامي قلت: بعد كثرة تقلب الاحوال وعدم تذكر الائمة عليهم السلام على ذلك يستفاد دوام الحكم كما فصّلناه في تعليقتنا المفصّلة، سيما واثبات الفورية في موضوع لا طريق له إلّا الرجاء واليأس ثم الحكم بالتكرار ضرر زائد على طبع الحكم بعيد من الشارع ذي السمحة السهلة ولذلك فالعجب من الخوئي (قدس سره) هنا مع قوله بأن لا ضرر ينفي الاحكام الضررية حتى فيما طبع الحكم ايضاً ضرري كالحج بالنسبة الى الضرر الزائد. وكذا لا وجه لفتوى الحكيم (قدس سره) وبعض آخر بعدم الاجزاء نظراً الى كون الحكم على واقع العذر وقد ارتفع، وان امتثال الحكم الظاهري لا يجزي عن الواقع اذ فيه ما ذكرنا من الدلالة على الاجزاء فيما لم ينبّه عليه مع كثرة التخلف بل رأينا في جميع الاوامر الظاهرية امارة واصلاً على الاجزاء إلّا اذا دلّ الدليل على عدمه).

لم يكن المستحبّ نفس ما كان واجباً، والمفروض في المقام أنّه هو، بل يمكن أن يقال: إذا ارتفع العذر في أثناء عمل النائب بأن كان الارتفاع بعد إحرام النائب أنّه يجب عليه الاتمام ويكفي عن المنوب عنه، بل يحتمل ذلك وإن كان في أثناء الطريق قبل الدخول في الاحرام، ودعوى أنّ جواز النيابة مادامي كما ترى، بعد كون الاستنابة بأمر الشارع، وكون الاجارة لازمة لا دليل على انفساخها خصوصاً إذا لم يمكن إبلاغ النائب الموجر ذلك، ولا فرق فيما ذكرنا من وجوب الاستنابة بين من عرضه العذر من المرض وغيره وبين من كان معذوراً خلقة، والقول بعدم الوجوب في الثاني وإن قلنا بوجوبه في الاوّل ضعيف، وهل يختصّ الحكم بحجّة الاسلام أو يجري في الحجّ النذريّ والافساديّ أيضاً؟ قولان، والقدر المتيقّن هو الاوّل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة، وإن لم يتمكّن المعذور من الاستنابة ولو لعدم وجود النائب، أو وجوده مع عدم رضاه إلاّ بأزيد من أجرة المثل ولم يتمكّن من الزيادة، أو كانت مجحفة سقط الوجوب، وحينئذ فيجب القضاء عنه بعد موته إن كان مستقراً عليه، ولا يجب مع عدم

بل يمكن أن يقال: الظاهر ذلك ان لم يمكن الاعلام وفسخ الاجارة بلا حرج سيما اذا كان تكرار العمل حرجاً عليه (لبعد الحكم بالتكرار في امثاله إلاّ مع تصريحات، فالاجزاء مع هذا السكوت في الروايات اظهر بل لعل سيرة العقلاء في امثال المورد على كون الملاك زمان الشروع في العمل وامكان الاعلام والفسخ. بل الاطلاق المقامي في ادلة الباب دليل الاجزاء. نعم قبل الشروع في العمل لا نتجرأ على القول بالاجزاء لعدم امكان دعوى الشيوع والسيرة. وبذلك كله يظهر ان موضوع الحكم لبّاً ليس الواقع المحض من العذر).

على انفساخها: إلاّ اذا قيدت الاجارة بأنها للحج الموظف ويشك حينئذ في الوظيفة.

في الحج النذري والافسادي: الاظهر الوجوب في الافسادي لاظهرية كون الثاني هو الموظف ولا يترك الاحتياط في النذر اذا تركه عصياناً ثم صار ذا عذر وكذا المطلق اذا كان متمكناً وتركه اعتماداً على اصل السلامة ثم صار معذوراً. نعم لا يجب في المقيد سنة لم يتمكن فيها (وفاقاً للسيد(قدس سره) في المسألة ١١ من الحج النذري وللگلپايگاني(قدس سره). لاستفادة دينية الحج من الادلة (حجة الاسلام والنذر) وعقلائية الاستنابة في الديون وعدم كون اصل الحكم في المقام على خلاف القاعدة خلافاً للماتن هنا والاستاذ والخوئي(قدس سرهم)).

مجحفة سقط: سقوط الحكم عمن استقر عليه الحج بصرف طلب النائب اجرة زائدة مجحفة محل تأمل، إلاّ فيما يقطع بعدم ارادته الشارع كاختلال معيشة

الاستقرار، ولو ترك الاستنابة مع الامكان عصى بناءً على الوجوب، ووجب القضاء عنه مع الاستقرار وهل يجب مع عدم الاستقرار ايضاً اولا؟ وجهان، اقواهما نعم لانّه استقرّ عليه بعد التمكّن من الاستنابة، ولو استناب مع كون العذر مرجوّ الزوال لم يجز عن حجّة الاسلام فيجب عليه بعد زوال العذر، ولو استناب مع رجاء الزوال وحصل اليأس بعد عمل النائب فالظاهر الكفاية، وعن صاحب المدارك عدمها ووجوب الاعادة، لعدم الوجوب مع عدم اليأس فلا يجزي عن الواجب، وهو كما ترى، والظاهر كفاية حجّ المتبرّع عنه في صورة وجوب الاستنابة، وهل يكفي الاستنابة من الميقات كما هو الاقوى في القضاء عنه بعد موته؟ وجهان، لا يبعد الجواز حتى إذا امكن ذلك في مكّة مع كون الواجب عليه هو التمتّع، ولكن الاحوط خلافه لانّ القدر المتيقّن من الاخبار الاستنابة من مكانه، كما انّ الاحوط عدم كفاية التبرّع عنه لذلك ايضاً.

المكلف على وجه لا يمكن بعده تيسير الامور اصلاً (ولا موافق لي في ذلك ظاهراً لكن لعلّ المستفاد من ادلة الاستقرار عدم تاثير الحرج ونحوه في حكمه والظاهر عدم الفرق بين حرجيّة الطريق والمال في ذلك).

اقواهما نعم: مرّ عدم وجوب الاستنابة فلا يجب القضاء.

فالظاهر الكفاية: ان لم يضرّ رجائه الزوال بقصده القربة فعلاً (واحتاط السيد جمال والاصطهباناتي (قدس سرهما). ولعلّه لذلك وإلّا فالموضوع هو العذر الواقعي واليأس طريقه.

كفاية حج المتبرع: ان كان بتسبيب من المكلف ابتداء او بعد عرض المتبرع ذلك (لظهور فليجهز في ذلك، لكن لا اشكال في اصل التبرع لعدم لزوم الاستيجار بل الاستنابة كافية).

حتى اذا امكن: لا يترك الاحتياط بوحدة صورة حج النائب والمنوب عنه بل هو الاوجه لكن لا باس من الميقات (وفاقاً للخوئي وبعض آخر لإطلاق صحيح الحلبي وغيره من هذه الجهة. ولو سلم ظهور «فليجهز رجلاً من ماله ثم ليبعثه مكانه» في صحيح ٢٤/٥ في كونه من مكانه فالظاهر انه مقدمة تمهيدية للحج بلا دخالة للطريق مع انه ليس بظاهر في ذلك لصدق البعث مكانه في الاستنابة من الميقات ايضاً فتدبره، فالظاهر الكفاية لكن لا يبعد لزوم وحدة الحج نوعاً فانه النائب فقط فلا معنى لتغير نوع الحج).

مسالة ٧٣ : إذا مات من استقرّ عليه الحجّ في الطريق فإن مات بعد الاحرام ودخول الحرم اجزاه عن حجّة الاسلام، فلا يجب القضاء عنه، وإن مات قبل ذلك وجب القضاء عنه وإن كان موته بعد الاحرام على المشهور الاقوى، خلافاً لما عن الشيخ وابن إدريس فقالا بالإجزاء حينئذ أيضاً، ولا دليل لهما على ذلك إلّا إشعار بعض الاخبار كصحيحة بريد العجليّ حيث قال فيها بعد الحكم بالاجزاء إذا مات في الحرم: وإن كان مات وهو صرورة قبل أن يحرم جعل جمله وزاده ونفقته في حجّة الاسلام، فإنّ مفهومه الاجزاء إذا كان بعد أن يحرم، لكنّه معارض بمفهوم صدرها، وبصحيح ضريس وصحيح زرارة ومرسل المقنعة، مع انّه يمكن أن يكون المراد من قوله: قبل أن يحرم، قبل أن يدخل في الحرم، كما يقال: انجد، أي دخل في نجد، وأيمن أي دخل اليمن، فلا ينبغي الاشكال في عدم كفاية الدخول في الاحرام، كما لا يكفي الدخول في الحرم بدون الاحرام، كما إذا نسيه في الميقات ودخل الحرم ثمّ مات، لانّ المنساق من اعتبار الدخول في الحرم كونه بعد الاحرام، ولا يعتبر دخول مكّة وإن كان الظاهر من بعض الاخبار ذلك لإطلاق البقيّة في كفاية دخول الحرم، والظاهر عدم الفرق بين كون الموت حال الاحرام أو بعد الاحلال، كما إذا مات بين الاحرامين، وقد يقال بعدم الفرق أيضاً بين كون الموت في الحلّ أو الحرم بعد كونه بعد الاحرام ودخول الحرم، وهو مشكل، لظهور الاخبار في الموت في الحرم، والظاهر عدم الفرق بين حجّ التمتّع والقران والافراد، كما انّ الظاهر انّه لو مات في اثناء عمرة التمتّع اجزاه عن حجّه أيضاً، بل لا يبعد الاجزاء إذا مات في اثناء حجّ القران أو الافراد عن عمرتهما وبالعكس، لكنّه مشكل،

المسالة ٧٣: وهو مشكل: بل ممنوع (لتقييد الموت بكونه في الحرم في بعض الاخبار الصحيحة مثل صحيح ضريس ٢٦/١ وجوب الحج، ولا وجه لرفع اليد عن القيد الواقع في كلام الامام عليه السلام فلا وجه لقبول الگلپايگاني والخوئي(قدّس سرّهما) ذلك. إلّا ان يقال: المراد منه الموت بعد الدخول في الحرم وبتعبير صحيح زرارة «الموت بعد الانتهاء» فلا وجه لحاشية البروجردي والگلپايگاني(قدّس سرّهما) وبعض أهل العصر.

واما ذكر مكة في صحيح زرارة ٢٦/٣: «... قلت: فان مات وهو محرم قبل ان ينتهي الى مكة؟ قال: يحج عنه ان كان حجة الاسلام». فهو في كلام السائل مع انه لا يقاوم الروايات الصريحة في ان الاعتبار بالحرم لا مكة، سيما وان دلالة هذا الصحيح بالمفهوم وتلك بالمنطوق مع احتمال ارادة الحرم من مكة بإرادة الحوالي ايضاً من كلمة مكة).

لكنه مشكل: بل ممنوع (لوجوب العمرة فيهما مستقلة عن الحج. والادراج في التمتع فقط).

لانّ الحجّ والعمرة فيهما عملان مستقلاّن بخلاف حجّ التمتّع فإنّ العمرة فيه داخلة في الحجّ، فهما عمل واحد، ثمّ الظاهر اختصاص حكم الإجزاء بحجّة الاسلام فلا يجري الحكم في حجّ النذر والافساد إذا مات في الاثناء، بل لا يجري في العمرة المفردة ايضاً، وإن احتمله بعضهم، وهل يجري الحكم المذكور فيمن مات مع عدم استقرار الحجّ عليه فيجزيه عن حجّة الاسلام إذا مات بعد الاحرام ودخول الحرم، ويجب القضاء عنه إذا مات قبل ذلك؟ وجهان، بل قولان: من إطلاق الاخبار في التفصيل المذكور، ومن انّه لا وجه لوجوب القضاء عمّن لم يستقرّ عليه بعد كشف موته عن عدم الاستطاعة الزمانيّة، ولذا لا يجب إذا مات في البلد قبل الذهاب، او إذا فقد بعض الشرائط الأخر مع كونه موسراً، ومن هنا ربما يجعل الامر بالقضاء فيها قرينة على اختصاصها بمن استقرّ عليه، وربما يحتمل اختصاصها بمن لم يستقرّ عليه، وحمل الامر بالقضاء على الندب، وكلاهما منافٍ لإطلاقها، مع انّه على الثاني يلزم بقاء الحكم فيمن استقرّ عليه بلا دليل، مع انّه مسلّم بينهم، والاظهر الحكم بالإطلاق، إمّا بالتزام وجوب القضاء في خصوص هذا المورد من الموت في الطريق كما عليه جماعة وإن لم يجب إذا مات مع فقد سائر الشرائط، او الموت وهو في البلد، وإمّا بحمل الامر بالقضاء على القدر المشترك واستفادة الوجوب فيمن استقرّ عليه من الخارج، وهذا هو الاظهر، فالاقوى جريان الحكم المذكور فيمن لم يستقرّ عليه ايضاً فيحكم بالاجزاء

النذر والافساد: الاظهر جريانه في الافساد كما مرّ (لاظهرية انه حجة الاسلام، واما النذر فهو خارج عن موضوع الادلة والاجزاء خلاف القاعدة).

هو الاظهر: بل الاظهر الاول (وظهور صحيح بريد العجلي لا يقبل الانكار كما ان توجيهه بإرادة جعل الزاد والنفقة في الحج كماً مستقلاً بعيد غاية البعد بعد لحاظ ذيل الحديث (وفقاً للداماد والخوئي-قدس سرهما- خلافاً للاستاذ والحكيم ولايمكن في مقابلة النص القول بانه كيف يجب مع عدم الاستطاعة لإمكان القول بأنه استطاعة فانها المال وامكان الاستنابة كما قال الداماد (قدس سره). او يقال: هي المال وصحة البدن و... لكن في خصوص مورد الخروج والسفر للحج يجب القضاء عنه وهذا أظهر لمسلّمية عدم الاستطاعة ان مات في البلد ولوجود الروايات الكثيرة المعتبرة لصحة البدن كتخلية السرب وسائر الشرائط. وحاصل الكلام في المقام ان ادلة الباب ٢٦ وجوب الحج، مطلقة من حيث الاستقرار وعدمه.

ولا يوجد فيها قرينة على ارادة خصوص المستقر سوى كلمة الاجزاء في مثل ٢٦/١ «اجزأت عنه حجة الاسلام» وكلمة القضاء فيه: «... ليقض عنه وليه» لكن شيء من ذلك لا يقاوم ترك الاستفصال والتفصيل بل الاطلاق بل الظهور كالصراحة

إذا مات بعد الامرين، واستحباب القضاء عنه إذا مات قبل ذلك.

مسألة ٧٤: الكافر يجب عليه الحجّ إذا استطاع، لانّه مكلّف بالفروع، لشمول الخطابات له أيضاً، ولكن لا يصحّ منه ما دام كافراً كسائر العبادات وإن كان معتقداً لوجوبه، وآتياً به على وجهه مع قصد القربة، لانّ الاسلام شرط في الصحّة، ولو مات لا يقضى عنه لعدم كونه أهلاً للاكرام والابراء،

في صحيح بريد ٢/٢٦: «... ان كان صرورة ثم مات في الحرم فقد أجزء عنه حجة الاسلام وان كان مات وهو صرورة قبل ان يحرم جعل جمله وزاده ونفقته وما معه في حجة الاسلام». والظاهر ان جعل الجمل والزاد في حجة الاسلام ليس حكماً مستقلاً استحبابياً بل مربوط بما سبق، فلابد ان يقال: الاستطاعة البدنية المباشرية غير لازمة فيما اذا خرج حاجّاً، فراجع ادلة الباب. فلا وجه لغير واحد من الحواشي حيث استشكلوا حتى في استحباب القضاء إلاّ من سهم الكبار برضاهم كما ان ما ذكره الماتن (قدس سره) في الحقيقة طرح لادلة الباب اذ يعتقد استحباب القضاء فقط فلا يلزم يعني ما فعله بنفسه صحيح في الموت بعد الحرم ويكتب له حجة وان لم تكن لازمة، وفي الموت قبل الحرم والاحرام لا شيء سوى استحباب القضاء مع رضى الورثة او بلا رضاهم فلا يفيد الادلة شيئاً من الناحية الفنّية الفقهية سوى استحباب القضاء، وهل له اطلاق يشمل سهم الصغار؟ كما ان اعتقاد الاستاذ (قدس سره) أي اختصاص الادلة بالمستقر ليس بدليل موجّه، وكيف كان فاعتقادنا الاطلاق بحسب الاستقرار وعدمه).

واستحباب القضاء: هذا لازم التوجيه الثاني ولا يمكن التفكيك، فلا وجه لما في بعض الحواشي.

المسألة ٧٤: مكلف بالفروع: في الحج وكل حكم ورد على عنوان الناس وامثاله مما يعم لا مطلقاً (مرّ الكلام في ذلك في المجلد الثالث من هذه المعلقات واقول هنا: يمكن استفادة عموم التكليف للكافر من دليل الاشارة بالنظر الى دليلين: دليل لزوم الاسلام على الكافر والزام المسلم بالفروع، فان معنى ذلك عرفاً لزوم الاسلام ثم الاعمال، بنحو الترتب العقلي لا الزماني، هذا ولكن المتيقن من ذلك في الحربي.

واما الذمي الذي قبله الاسلام وتعهد له قبال الجزية وشرائط الذمّة فلا نسلم هذا المفهوم العرفي، والمتعارف العقلائي هو الجزاء على الاصل لا الفروع كما يشير

ولو أسلم مع بقاء استطاعته وجب عليه، وكذا لو استطاع بعد إسلامه، ولو زالت استطاعته ثمّ أسلم لم يجب عليه على الاقوى لانّ الاسلام يجبُ ما قبله كقضاء الصلوات والصيام، حيث إنّه واجب عليه حال كفره كالاداء، وإذا أسلم سقط عنه، ودعوى انّه لا يعقل الوجوب عليه، إذ لا يصحّ منه إذا اتى به وهو كافر ويسقط عنه إذا أسلم مدفوعة بانّه يمكن ان يكون الامر به حال كفره أمراً تهكّميًا ليعاقب، لاحقيقيًا، لكنّه مشكل بعد عدم إمكان إتيانه به، لا كافراً ولا مسلماً، والاظهر ان يقال: إنّه حال استطاعته مامور بالاتيان به مستطيعاً وإن تركه فمتسكّعاً وهو ممكن في حقّه لإمكان إسلامه وإتيانه مع الاستطاعة ولا معها إن ترك، فحال الاستطاعة مامور به في ذلك الحال، ومامور على فرض تركه حالها بفعله بعدها، وكذا يدفع الاشكال في قضاء الفوائت فيقال: إنّه في الوقت مكلّف بالاداء، ومع تركه بالقضاء وهو مقدور له بان يسلم فياتي بها اداء، ومع تركها قضاء، فتوجّه الامر بالقضاء إليه إنّما هو في

اليه حديث: «ساحر المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل فانه يقتل لكفره لا لسحره»، (راجع ابواب السحر).

واما اشتراط العمل بالاسلام فادعي عليه الاجماع وروايات شرطية الايمان وان بدنه نجس فلا يمكن منه الوضوء والغسل وادلة حبط اعمالهم وان اعمالهم كرماد وعدم تمشي القربة، والكل مخدوشة إلّا الاجماع فكانه ثابت، فان مساق روايات شرطية الايمان انه تمهيد لتعلّم قانون العمل بدلالة ولّي الله تعالى لا الشرطية، والنجاسة ـ ومنهم من انكرها ـ غير مانعة عن التيمم فتأمل. أو يقال: برفع اشتراطها للضرورة اذا كان الكافر في حال التحريّ، وادلّة الحبط مربوطة بموارد خاصة أو باعمالهم الفاسدة وكذا آية الرماد، والقربة تمكن بالاحتمال سيما من أهل الكتاب فتامل. ثم لا تجري هذه الادلة في سابّ النبي ﷺ والائمة، وكذا منكر الضروري لعدم دلالة على اطلاق التنزيل منزلة الكافر).

لم يجب عليه على الاقوى: (وان كان فيه اشكال لبقاء الوقت نظير الاسلام في وقت الصلاة لكن له وجه من ناحية تقيّد الموضوع بالاستطاعة وهي منتفية فعلاً فحديث الجبّ يرفع سببية الاستطاعة الحاصلة حال الكفر لوجوب الحج نظير سقوط سببيّة سبب الكفارات والحدود، واما الكلام في حديث الجب سنداً ودلالة فقد مرّ في الزكاة).

لكنه مشكل: مع ان الامر غير الحقيقي لا امتثال له إلّا بحسب الظاهر فيما لم يعلم الحال.

حال الاداء على نحو الامر المعلّق، فحاصل الاشكال انّه إذا لم يصح الإتيان به حال الكفر ولا يجب عليه إذا أسلم فكيف يكون مكلّفاً بالقضاء ويعاقب على تركه؟ وحاصل الجواب انّه يكون مكلّفاً بالقضاء في وقت الاداء على نحو الوجوب المعلّق، ومع تركه الاسلام في الوقت فوّت على نفسه الاداء والقضاء، فيستحقّ العقاب عليه، وبعبارة أخرى كان يمكنه الاتيان بالقضاء بالاسلام في الوقت إذا ترك الاداء وحينئذ فإذا ترك الاسلام ومات كافراً يعاقب على مخالفة الامر بالقضاء، وإذا أسلم يغفر له، وإن خالف أيضاً واستحقّ العقاب.

مسألة ٧٥: لو أحرم الكافر ثمّ أسلم في الاثناء لم يكفه، ووجب عليه الاعادة من الميقات، ولو لم يتمكّن من العود إلى الميقات أحرم من موضعه ولا يكفيه إدراك أحد الوقوفين مسلماً، لانّ إحرامه باطل.

مسألة ٧٦: المرتد يجب عليه الحجّ، سواء كانت استطاعته حال إسلامه السابق، او حال ارتداده، ولا يصحّ منه، فإن مات قبل ان يتوب يعاقب على تركه، ولا يقضى عنه على الاقوى، لعدم

الوجوب المعلق: لكنه وان كان ممكناً يحتاج الى الدليل وظاهر الادلة في باب قضاء التكاليف هو الوجوب المشروط فالحق بناءً على التكليف والسقوط ان السقوط حينئذ تفضل وعفو فان الجب دال على الثبوت ثم العفو وفائدته بيان سعة الرحمة اذا اسلم، لكن الامر حقيقي وله القدرة على الامتثال، والعفو انما هو في ظرف البناء على الامتثال لولا العفو ولا عفو فيما لا يبنى على الامتثال عمداً أو يقال: القدرة على أحد مصراعي التكليف كاف للتكليف المصراعي بناءً على ان القضاء من الامر الاول على تعدد المطلوب.

المسألة ٧٥: من موضعه: بناءً على شمول المعذور له على ما سيأتي، ويأتي انه يرجع الى ما يمكن (وقال الداماد (قدس سره): يمكن اجراء حديث الجب بالنسبة الى الاحرام السابق فينفي جزئيته أو يكتفي به، لكن الاصحاب لم يعتنوا به ولعله لعدم الاعتناء بأصل الحديث الضعيف السند وفي المسائل السابقة كان تمسكهم بالسيرة ولم تكن هنا لندرته ولكن قد ذكرت في تعليقتنا المفصّلة هنا ان حديث الجب لا يثبت الصحة والاجزاء بل ينفي التكليف والعقاب فقط).

المسألة ٧٦: المرتد يجب عليه: (فان الاجماع المدعى على تكليف الكفار بالفروع وان ليس فيه لكن مرّ عموم دليل الحج مع انه كان مسلماً يشمله العمومات وبعد الارتداد لا دليل على السقوط).

اهليّته للاكرام وتفريغ ذمّته، كالكافر الاصليّ، وإن تاب وجب عليه وصحّ منه وإن كان فطرياً على الاقوى من قبول توبته، سواء بقيت استطاعته أو زالت قبل توبته، فلا تجري فيه قاعدة جبّ الاسلام لانّها مختصّة بالكافر الاصلي بحكم التبادر، ولو أحرم في حال ردّته ثمّ تاب وجب عليه الاعادة كالكافر الاصلي، ولو حجّ في حال إحرامه ثمّ ارتدّ لم يجب عليه الإعادة على الاقوى ففي خبر زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: من كان مؤمناً فحجّ ثمّ اصابته فتنة ثمّ تاب يحسب له كلّ عمل صالح عمله ولا يبطل منه شيء. وآية الحبط مختصة بمن مات على كفره بقرينة الآية الأخرى وهي قوله تعالى: «ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت اعمالهم» وهذه الآية دليل على قبول توبة المرتدّ الفطريّ، فما ذكره بعضهم من عدم قبولها منه لا وجه له.

مسألة ٧٧: لو احرم مسلماً ثمّ ارتدّ ثمّ تاب لم يبطل إحرامه على الاصح كما هو كذلك لو ارتد

لعدم اهليته للاكرام: (على ما يستفاد من الادلة ان القضاء انما هو فيما يليق الشخص بإسقاط ديونه وايضاً يشترط في المنوب عنه الاسلام، بناء على ما مرّ من اشتراط الاسلام في صحة الاعمال فلا عبرة بما ذكرته في التعليقة المفصّلة من اقتضاء دينيّة الحج وجوب عموم القضاء).

تاب وجب عليه: على الاحوط (لإحتمال شمول حديث الجب وان الانصراف الى الاسلام الاول بدويّ، كما قال الشاهرودي(قدس سره) فتأمل).

دليل على قبول: (حيث يدل بعموم المفهوم على عدم حبط الاعمال قبلاً وبعداً وهذا يستلزم القبول فلا وجه لتأمل البروجردي(قدس سره) مع ان الآية المستدل بها الشيخ(قدس سره) لوجوب الاعادة وهي الآية ١١٦ من التوبة: **﴿ما كان الله ليضلّ قوماً بعد إذ هداهم حتى يبيّن لهم ما يتقون﴾** انما تفيد عدم امكان الاضلال بعد الهداية فقط ولا تثبت عدم تحقق الهداية سابقاً فقل ان اسلامه السابق كاشف عن عدم ارتداده بعداً كما قال الداماد(قدس سره) لا أن ارتداده اللاحق كاشف عن عدم تحقق اسلامه سابقاً. مع ان رواية زرارة ١/ ٣٠ مقدمة العبادات «يحسب له كل عمل ...» مرويّة في تهذيب الشيخ(قدس سره) نفسه وتردّ اعتقاد الشيخ(قدس سره) واما آية الحبط فالجمع بين الآيات يقتضي تخصيصه بمن مات في كفره على ان الحبط اعم من بطلان العمل).

المسألة ٧٧: على الاصح: وان كان الاحوط تجديده رجاءً وكذا في الصلاة والاذان والاقامة بل لا يترك في الاحرام فيما اذا قطع مسافة فليعد من مكان الارتداد (لعدم كون الاحرام كالصوم بل كالغسل في تحقق الاثر كما سيأتي لكن لاحتمال الخلاف

في أثناء الغسل ثمّ تاب، وكذا لو ارتدّ في أثناء الأذان أو الاقامة أو الوضوء ثمّ تاب قبل فوات الموالاة، بل وكذا لو ارتدّ في أثناء الصلاة ثمّ تاب قبل أن يأتي بشيء أو يفوت الموالاة على الاقوى من عدم كون الهيئة الاتّصاليّة جزء فيها، نعم لو ارتدّ في أثناء الصوم بطل وإن تاب بلا فصل.

مسألة ٧٨: إذا حجّ المخالف ثمّ استبصر لا يجب عليه الاعادة، بشرط أن يكون صحيحاً في مذهبه، وإن لم يكن صحيحاً في مذهبنا من غير فرق بين الفرق، لإطلاق الأخبار وما دلّ على الاعادة من الاخبار محمول على الاستحباب بقرينة بعضها الآخر من حيث التعبير بقوله عليه السلام: يقضي احبّ إليّ. وقوله عليه السلام: والحجّ أحبّ إليّ.

مجال لاحتمال دخالة الآنات كاحتمال دخالة الهيئة في الصلاة والاذان فالاحوط اعادته).

في اثناء الصلاة: إلّا فيما فات الموالاة بل غيره ايضاً محل تأمل. (في غير فوات الموالاة لاحتمال كون الصلاة بهيئتها عملاً واحداً عبادياً).

المسألة ٧٨: **صحيحاً في مذهبه**: أو في مذهبنا، بل لاحتمال كفاية الفاسد في كلا المذهبين مع تمشي القربة ايضاً وجه لكن لا يترك الاحتياط، ولا فرق بين الركن وغيره (كما ان في حج القران والافراد يخلّون بالركن وهو اتيان احرام واحد للحج والعمرة، وفاقاً للحكيم والداماد خلافاً للخوئي (قدس سره) وكل من لم يتعرض لمخالفة المتن منهم الاستاذ (قدس سره) نظراً منهم الى ان النصوص تتعرض لحيث فساد العقيدة فقط لكن فيه: ان التعرض لفساد الزكاة من حيث عدم الوضع موضعه يدل على التوجه الى سائر الجهات ايضاً.

لإطلاق الاخبار: لكن في شمولها للغلاة الكافرين اشكال ولا نسلم الاولوية بالنسبة الى النصّاب (راجع الاخبار مثل ١ و٢/٣ مستحقين الزكاة و٥/٣١ مقدمة العبادات فانها في المسلم ولو بحكم الكافر كالناصب لا الكافر الداخل في جماعة المسلمين كالغالي ـ وهو الذي يعتقد الوهيّة الائمة عليهم السلام ـ واما مثل ٣/٣١ ... مقدمة العبادات و٥/٣١ وجوب الحج، الدال على الاعادة فيحمل على الاستحباب جمعاً. ثم ان اصل اعتبار الولاية في صحة العمل مشهور أو اجماعي لكن روايات الباب قابلة لارادة لزوم كون العمل بهداية الامام عليه السلام ليهديه لا لإعتبار الولاية بنفسها في صحة العمل، وبعضها مربوط بأنهم معاقبون لعدم اطاعة الامام عليه السلام لا لبطلان سائر اعمالهم لذلك حتى مثل رواية علي بن جعفر (البحار ١٠: ٢٦٦): «هل يسلم الناس حتى يعرفوا ذلك؟ قال: لا، إلّا المستضعفين ...».

مسألة ٧٩ : لا يشترط إذن الزوج للزوجة في الحجّ إذا كانت مستطيعة، ولا يجوز له منعها منه، وكذا في الحجّ الواجب بالنذر ونحوه إذا كان مضيّقاً، وامّا في الحجّ المندوب فيشترط إذنه، وكذا في الواجب الموسّع قبل تضيّقه على الأقوى، بل في حجّة الاسلام يجوز له منعها من الخروج مع أوّل الرفقة مع وجود الرفقة الأخرى قبل تضيّق الوقت، والمطلّقة الرجعيّة كالزوجة في اشتراط إذن الزوج ما دامت في العدّة، بخلاف البائنة لإنقطاع عصمتها منه، وكذا المعتدّة للوفاة فيجوز لها الحجّ واجباً كان أو مندوباً، والظاهر أنّ المنقطعة كالدائمة في اشتراط الاذن، ولا فرق في اشتراط الاذن بين أن يكون ممنوعاً من الاستمتاع بها لمرض أو سفر اولا .

المسألة ٧٩ : بالنذر : ان كان النذر قبل التزوج أو كانت ماذونة في النذر وإلاّ فمحل اشكال (لتعلق حق الزوج بها من جهة اعتبار اذنه في الخروج عن البيت كما في احاديث الباب ٧٩ مقدمات النكاح والباب ٦ النفقات، واما ادلة الباب فلا تشمل حج النذر فراجع الباب ٥٩ وجوب الحج).

المندوب فيشترط اذنه : (لما اشير اليه من الاحاديث فلا وجه لقول المدارك وحاشية بعض اهل العصر بعدم الاشكال ان لم يكن منافياً لحقه، والخوئي (قدس سره) وافقنا على ذلك للنصوص المشار اليها لكنه خالف شديداً في سائر المجلدات في شرح العروة واعتقد عدم الدليل على لزوم الاستيذان في الخروج عن البيت).

أول الرفقة : على الاحوط وكذا في الموسّع قبل التضيّق ولو استلزم التأخير ضرراً زائداً او حرجاً لا يلزم الاطاعة عليها.

كالدائمة : (لعدم صارف للاطلاق فانه زوج بحسب الشريعة فلا وجه لحاشية الگلپايگاني وراي الداماد (قدس سرهما) في المنع، وان كان بينهما فرق من جهة تعبير الاجرة في المنقطعة، الظاهرة في انها بأزاء عمل خاص لا اصل وجودها واشتراكها في الحيوة، ولذا لا يلزم النفقة لكن ذلك لا يزيد على الاستيناس وإلاّ فهي زوجة فتشملها الاطلاقات ويمكن الاستدلال بآية : ﴿قوامون على النساء﴾.

وخلاصة الكلام في هذه المسألة :

١ ـ لا يشترط اذن الزوج في حجة اسلام المراة للروايات الخاصة في المقام، واما مرسلة المحقق : لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، المروية عن العامة، والخاصة ايضاً مضموناً، فلا يدل على المقام لإحتمال دخل اذنه في استطاعتها فلا يجب الحج شرعاً عليها.

مسالة ٨٠ : لا يشترط وجود المحرم في حجّ المرأة إذا كانت مامونة على نفسها، وبضعها، كما دلّت عليه جملة من الاخبار، ولا فرق بين كونها ذات بعل أولا، ومع عدم أمنها يجب عليها استصحاب

---

٢ ـ في الحج النذري قبل الاستقرار للزوج منعها لإطلاق ادلة منعها عن الخروج بدون اذنه في الباب ٧٩ مقدمات النكاح، نعم لو انعقد النذر قبلاً ثم تزوج أو استقر حجة الاسلام عليه صحّ الاستدلال بالمرسلة وفي مثله يصحّ عبارة الشاهرودي(قدس سره): عدم اعتبار اذنه في الواجبات من ضروريات الفقه.

٣ ـ المطلقة الرجعية زوجة بحكم روايات المقام من الباب ١٦ الحج وغيرها بخلاف البائن بحكم ١/ ٢٠ الطلاق عن سعد بن أبي خلف وكذا معتدة الوفاة لروايات الباب ٦٢.

٤ ـ في المندوب لا يجوز إلّا باذن الزوج لرواية اسحاق ١/ ٥٩ وجوب الحج الحج وما كان يقوله الداماد(قدس سره) من احتمال كون المنع من جهة حق الاسكان ـ فانه بيد الزوج ـ لا لإعتبار اذنه في الحج فيه ان ظاهر الدليل ان له المنع مطلقاً وكذا لا وجه لما عن المستند من دلالة الرواية على جواز المنع لا اعتبار الاذن، لظهورها في ان المنع وقع في محلّه لا ان له المنع ولها الحج فيتنازعان.

٥ ـ المنقطعة بحكم الدائمة وان أمكن دعوى انصراف موضوع الروايات سيما عنوان المرأة الموسرة في رواية الحق، الى الدائمة، لكنه بدوي).

المسالة ٨٠ : استصحاب المحرم: أو غيره اذا افاد الامن (ثم انه ليس من تحصيل الاستطاعة فان السرب حينئذ مخلى عرفاً وهي قادرة).

وجهان: أقويهما الثاني (فان التزويج ليس علّة تامة لمصاحبة المحرم مع ان الملاك تحصيل الامن بأي وجه لا التزويج بعنوانه نعم فيما كان مقدمة منحصرة للامن لزم عقلاً. فلا وجه ظاهراً لحاشية الگلپايگاني (قدس سره) ولرأي الداماد (قدس سره) ـ على ما نقلناه في تعليقتنا المفصّلة ـ بالوجوب معللاً بصدق المامونة حينئذ كمن يمكنه شراء الزاد والراحلة بادنى زحمة).

قدّم قولها: حيث أن حق الزوج ساقط بالنسبة الى حجة الاسلام فلا كلام هنا من جهة تفويت الحق إلّا مع عدم وجوب الحج، وحيث ان موضوع وجوب الحج ليس عدم الخوف على نفسها فالموضوع ليس مما لا يعلم إلامن قبلها بل الموضوع هو الامن

المحرم ولو بالأجرة مع تمكّنها منها، ومع عدمه لا تكون مستطيعة، وهل يجب عليها التزويج تحصيلاً للمحرم؟ وجهان ولو كانت ذات زوج و ادّعى عدم الامن عليها وانكرت قدّم قولها مع عدم البيّنة او القرائن الشاهدة، والظاهر عدم استحقاقه اليمين عليها إلاّ ان ترجع الدعوى إلى ثبوت حقّ الاستمتاع له عليها، بدعوى انّ حجّها حينئذ مفوّت لحقّه مع عدم وجوبه عليها، فحينئذٍ عليها اليمين على نفي الخوف، وهل للزوج مع هذه الحالة منعها عن الحجّ باطناً إذا أمكنه ذلك؟ وجهان في صورة عدم تحليفها. وامّا معه فالظاهر سقوط حقّه، ولو حجّت بلا محرم مع عدم الامن صحّ حجّها إن حصل الامن قبل

فاذا علمت الزوجة حصول الامن وجب الحج واذا علم الزوج عدم الامن وعدم وجوب الحج عليها فله منعها والاختلاف حينئذ ليس من التداعي بل الزوجة حينئذ مدعية بحسب مصبّ الدعوى إلاّ ان يقال: الاصل هو الامن والزوج يدعي الخلاف فهو المدّعي وهذا اظهر فلو اقام بينة فهو وإلاّ فلا يمين بحسب مصب الدعوى. (إلاّ ان يقال: دليل اليمين على من انكر مطلق ولو لم يكن النزاع في اثبات حق على الطرف نعم إلاّ اذا لم يسمع الدعوى اصلاً لعدم دعوى عليها، نعم للزوج دعوى آخر لازم الاول وهو حق الاستمتاع وبحسبه له الاحلاف لكن لا نزاع فيه بنفسه فالظاهر ما في المتن من عدم حق الاستحلاف كما ان له المنع اذا علم عدم الامن بل قد يجب. إلاّ اذا حكم الحاكم بعد رفع التنازع اليه فانّ الظاهر عدم جواز المنع باطناً ايضا وإلاّ لزم عدم فصل النزاع وبما ذكرنا يظهر الاشكال في حاشية الاستاذ والگلپايگاني (قدس سرّهما) ايضاً.

ثم الظاهر ان الدعوى مسموعة ولو لم يكن مصبّ الدعوى اثبات حق من الحقوق، اذ صرف كون المراة متعلقة لحق الزوج كاف في النزاع والرجوع الى الحاكم، نعم في صورة كون مصبّ الدعوى حقاً من الحقوق يكون النزاع اظهر فلا وجه ظاهراً لكلام الحكيم والشاهرودي (قدس سرّهما) في عدم نزاع في البين اذا لم يدّع حقاً عليها، لكن الظاهر عدم انفكاك الدعوى في المقام عن ادعاء حق عليها ولا اقل في جهة عدم جواز الخروج بلا اذنه، إلاّ ان يقال: هو حكم لاحق.

ثم الظاهر تصور صور مختلفة في المقام من جهة استصحاب الحالة السابقة وتصوير المدعي والمنكر).

الشروع في الاحرام، وإلاّ ففي الصحّة إشكال وإن كان الاقوى الصحّة.

مسألة ٨١: إذا استقرّ عليه الحجّ بأن استكملت الشرائط وأهمل حتّى زالت أو زال بعضها صار ديناً عليه، ووجب الاتيان به بأيّ وجه تمكّن، وإن مات فيجب أن يقضى عنه إن كانت له تركة، ويصحّ التبرّع عنه، واختلفوا فيما به يتحقّق الاستقرار على أقوال، فالمشهور مضيّ زمان يمكن فيه الاتيان بجميع أفعاله مستجمعاً للشرائط، وهو إلى اليوم الثاني عشر من ذي الحجّة، وقيل باعتبار مضيّ زمان يمكن فيه الاتيان بالاركان جامعاً للشرائط، فيكفي بقاؤها إلى مضيّ جزء من يوم النحر يمكن فيه الطوافان والسعي، وربما يقال باعتبار بقائها إلى عود الرفقة، وقد يحتمل كفاية بقائها إلى زمان يمكن فيه الاحرام ودخول الحرم، وقد يقال بكفاية وجودها حين خروج الرفقة، فلو أهمل استقرّ عليه وإن فقدت بعض ذلك، لانّه كان مأموراً بالخروج معهم، والاقوى اعتبار بقائها إلى زمان يمكن فيه العود إلى وطنه

الأقوى الصحة: اذا تمشى منها القربة مع اعتقادها عدم الامن وبالنتيجة حرمة الخروج لنهي الزوج وكانت مأمونة (بحسب الواقع أي سالمة واقعاً اذ الامن والوثوق طريق الى الواقع وفي الروايات علّق الحكم على الامن والوثوق والمفروض حصول الامن بحسب الواقع وان كانت لا تعلمه المراة وفاقاً للاستاذ (قدس سره) وكذا الخوئي (قدس سره) في نهاية كلامه).

المسألة ٨١: **بأيّ وجه تمكن**: أي ولو كان حرجياً أشدّ الحرج (وقد يقال: فيه منع فان الحج وان كان ديناً لكن وجوب اداء دينه تعالى كسائر الاحكام محكوم بقاعدة الحرج بخلاف دين الناس وقال الخوئي (قدس سره): ان وجوب الحج انما هو على موضوع المستطيع وهو قد زال ووجوب القضاء بدليل جديد من اخبار التسويف وغيرها وهو كسائر الاحكام محكوم قاعدة الحرج. والظاهر ضعف الوجهين اذ الحرج المنفي ما كان بسبب الشرع لا اهمال نفسه وليس القضاء هنا بدليل جديد بل بالامر الاول، ففي الحقيقة ليس الاتيان بعد ذهاب الاستطاعة قضاء لعدم وقت للحج واخبار التسويف بيان اهمية الحج وعدم سقوطه فما ذكره الخوئي (قدس سره) من ان القضاء انما هو بدليل اخبار التسويف ليس بوجه وكذا توقف الشاهرودي (قدس سره) في المسألة).

فيه العود الى وطنه: (هذا هو الظاهر لدخالته في الاستطاعة وصرف القبول تعبداً في بعض الموارد غير ذلك كالموت بعد الاحرام ودخول الحرم كما مرّ لا يدل على الاستقرار

بالنسبة إلى الاستطاعة الماليّة والبدنيّة والسربيّة، وأمّا بالنسبة إلى مثل العقل فيكفي بقاؤه إلى آخر الاعمال، وذلك لانّ فقد بعض هذه الشرائط يكشف عن عدم الوجوب عليه واقعاً، وانّ وجوب الخروج مع الرفقة كان ظاهرياً، ولذا لو علم من الاول انّ الشرائط لا تبقى إلى الآخر لم يجب عليه، نعم لو فرض تحقّق الموت بعد تمام الاعمال كفى بقاء تلك الشرائط إلى آخر الاعمال، لعدم الحاجة حينئذٍ إلى نفقة العود والرجوع إلى كفاية وتخلية السرب ونحوها، ولو علم من الاوّل بأنّه يموت بعد ذلك فإن كان

لو ترك فما ذكره البروجردي (قدس سره) وتبعه الخونساري (قدس سره) من الاستقرار لو علم الموت بعد الاحرام والدخول في الحرم ليس على ما ينبغي اذ الاجزاء بعد ذلك ـ ولعله امتناني ـ للسيرة ونحوها لا يدل على الاستطاعة من قبل ولا على الاستقرار).

مثل العقل: الظاهر ما ذكره ان لم يكن ذهاب العقل مربوطاً بالسفر وامكنه الرجوع بلا حرج (فصرف بقاء العقل الى تمام الاعمال لا يكفي فانه ان كان مربوطاً بالسفر فمعناه عدم استطاعته بدناً وان لم يمكنه العود فلم تتحقق الاستطاعة ايضاً هذا في ناحية الاستقرار واما في ناحية الصحة والاجزاء فتلف المال او المرض بعد الاعمال أو ضمنه يجزء عن حجة الاسلام للسيرة والارتكاز ففرق في الاستطاعة والاستقرار بين الابتداء وبعد الشروع في الاعمال فانه اذا علم انه ان ذهب الى الحج يسرق ماله قبل الميقات أو بعده ويقع في الحرج فلا وجه للاستقرار وكذا في ناحية المرض ولكن اذا ذهب الى الحج باعتقاد بقاء الاستطاعة ثم ذهب ماله او مرض بعد الشروع في الاعمال صحّ حجّه وأجزء، وذلك للسيرة والارتكاز لكثرة وقوع المرض وسرقة الاموال في أيام الحج ولم يتعرض الائمة عليهم السلام للزوم اعادة الحج، ولان دليل الاستطاعة ونظيره لا ضرر ولا حرج امتناني ولا امتنان في ابطال ما أتى به ولذلك قلنا بصحة الغسل الضرري ايضاً، نعم قبل الاعمال وقبل السفر ليس خلاف الامتنان، لئلاّ يصرّ كل احد على الحج حرجاً. فما قاله الاستاذ الداماد (قدس سره) ايضاً من ان الاستطاعة ليست سوى صرف وجود المال وامكان الاستنابة ليس على ما ينبغي. واستدل الحدائق لعدم وجوب القضاء اذا زالت الاستطاعة بصحيح أبي بصير ١٢/٢٣ احكام شهر رمضان، الدال على عدم لزوم قضاء صوم المريض الذي مات في مرضه معللاً بتبعيّة القضاء للأداء، وعدم لزوم شيء لم يجب عليه. وفيه ان الامر هنا أوسع من ذلك للسيرة والارتكاز وغير ذلك مما مرّ).

قبل تمام الاعمال لم يجب عليه المشيء وإن كان بعده وجب عليه، هذا إذا لم يكن فقد الشرائط مستنداً إلى ترك المشي وإلاّ استقرّ عليه كما إذا علم أنّه لو مشى إلى الحجّ لم يمت او لم يقتل او لم يسرق ماله مثلاً، فإنّه حينئذ يستقرّ عليه الوجوب، لانّه بمنزلة تفويت الشرط على نفسه، وامّا لو شكّ في انّ الفقد مستند إلى ترك المشي أولا فالظاهر عدم الاستقرار للشك في تحقّق الوجوب وعدمه واقعاً، هذا بالنسبة إلى استقرار الحجّ لو تركه، وامّا لو كان واجداً للشرائط حين المسير فسار ثمّ زال بعض الشرائط في الاثناء فاتم الحجّ على ذلك الحال كفى حجّه عن حجّة الاسلام إذا لم يكن المفقود مثل العقل، بل كان هو الاستطاعة البدنيّة او الماليّة او السربيّة ونحوها على الاقوى.

مسالة ٨٢ : إذا استقرّ عليه العمرة فقطّ او الحج فقطّ كما فيمن وظيفته حجّ الافراد والقران ثمّ زالت استطاعته فكما مرّ يجب عليه ايضاً باي وجه تمكن، وإن مات يقضى عنه.

عدم الاستقرار: لا ينبغي ترك الاحتياط (وقيل بل الاستقرار لاصالة السلامة العقلائية واعتقده الخوئي والحكيم (قدّس سرّهما) لكن الظاهر ان الشرط هو القدرة على تمام الاعمال وهي من أول الامر مشكوكة فلا يجري الاستصحاب وفاقاً للاقا ضياء(قدّس سرّه) والمتيقن من اصل السلامة العقلائي ايضاً ما تيقن الحالة السابقة فيلزم احراز القدرة التامة في بدء الامر وهي هنا مشكوكة وهكذا الامر في سائر الابواب كالصوم بل الصلاة التامة للقادر وغير ذلك، فاذا تركها ثم شك في تحقق القدرة ولم تكن امارة عليها لم يلزم رعاية آثارها فتأمل.

وفي الحج لعلّه الارتكاز ايضاً على ذلك، وكيف كان فالاحتياط لا ينبغي تركه وان لم يستشكل احد غير الخوئي (قدّس سرّه) تبعاً للحكيم (قدّس سرّه)).

ونحوها على الاقوى: ان لم يمت قبل الاحرام ودخول الحرم ومرّ التفصيل في زوال العقل والمال.

المسالة ٨٢ : يأتي وجه تمكن: وان كان حرجياً كما مرّ، وان مات يقضي عنه (لكونه ديناً قضاء لحق لام الملكية في الحج والعمرة في كريمة ﴿لله على الناس ...﴾ وكذا كريمة ﴿اتمّوا الحج والعمرة لله﴾ ان لم يكن اللام فيها للغاية بل للملك. وايضاً ادلة القضاء في المقام على عنوان حجة الاسلام وهي غير مختصة بالتمتع، والعمرة واجبة عليهم جميعاً نعم في التمتع دخلت في الحج وايضاً هذا مقتضى مثل صحيح زرارة ٢٦/٣ وجوب الحج: « ... يحج عنه ان كان حجة الاسلام ويعتمر، انما هو شيء عليه». ولتحقق الاجماع في المسالة).

مسالة ٨٣ : تقضى حجّة الاسلام من اصل التركة إذا لم يوص بها، سواء كانت حجّ التمتّع او القران او الافراد، وكذا إذا كان عليه عمرتهما، وإن أوصى بها من غير تعيين كونها من الاصل أو الثلث فكذلك ايضاً، وامّا إن اوصى بإخراجها من الثلث وجب إخراجها منه، وتقدَّم على الوصايا المستحبّة وإن كانت متاخّرة عنها في الذكر، وإن لم يف الثلث بها أخذت البقيّة من الاصل، والاقوى انّ حجّ النذر أيضاً كذلك، بمعنى انّه يخرج من الاصل كما سياتي الاشارة إليه، ولو كان عليه دين أو خمس أو زكاة وقصرت التركة فإن كان المال المتعلّق به الخمس أو الزكاة موجوداً قدّم لتعلّقهما بالعين، فلا يجوز صرفه

المسالة ٨٣ : وجب اخراجها منه : (لإسقاط حقه من الثلث حينئذ وتقديمه على المستحبات منها للظهور العرفي في المراد وللدينيّة والشك في قدر استفادته من الثلث نتيجةً، مع الامر به في رواية معاوية بن عمار ايضاً ٣/١ وجوب الحج وكذا ٣/٢ وغير ذلك في الباب ٦٥ من الوصايا. وفيما لم يف الثلث يلزم اخراج البقية من الاصل لمنافاة التخصيص بالثلث حينئذ لحكم الشرع فتشمله الآية : ﴿فمن خاف من موص ... الخ﴾ البقرة: ١٨٢ .

واما فيما وفى الثلث للحج لكن كانت وصايا اخر ايضاً لم يف الثلث بالجميع يقدم الحج ايضاً للروايات المشار اليها بل لعل القاعدة ايضاً تقتضي ذلك لا التوزيع بالسويّة ـ كما اعتقده الخوئي (قدس سره) ـ اذ الوصية المقتضية لاستواء الواجب والمندوب خلاف الشرع فتدخل تحت كريمة ﴿فمن خاف ...﴾ . فاعتقاد ابي حنيفة والثوري بالتوزيع خلاف القاعدة وقد رجعا عن ذلك حين فهما اعتقاد الصادق عليه السلام راجع ٣٠/٢ وجوب الحج . واما اصل المسالة اي اخراج الحج من الاصل فهو صريح روايات الباب ٢٨ وجوب الحج، واما صحيح معاوية ٢٥/٤ : « ... من مات ولم يحج حجة الاسلام ولم يترك إلّا قدر نفقة الحمولة وله ورثة فهم احق بما ترك فان شاؤوا اكلوا وان شاؤوا حجّوا عنه» فهو في التركة القاصرة عن الحج فلا يمكن الاستيجار وإلّا فصدر الحديث صريح في ان الحج دين يخرج من الاصل. كما انه ان اوصى ولم يعين انه من الاصل أو الثلث يخرج من الاصل لكونه ديناً فيقدم ولصراحة ٢٥/١ وجوب الحج) .

حج النذر ايضاً كذلك : سياتي ان شاء الله في المسالة الثامنة من الفصل الآتي .

في غيرهما، وإن كانا في الذمّة فالاقوى انّ التركة توزع على الجميع بالنسبة، كما في غرماء المفلّس، وقد يقال بتقدّم الحجّ على غيره، وإن كان دين الناس، لخبر معاوية بن عمّار الدالّ على تقديمه على الزكاة، ونحوه خبر آخر لكنّهما موهونان بإعراض الاصحاب مع انّهما في خصوص الزكاة، وربما يحتمل تقديم دين الناس لاهمّيته، والاقوى ما ذكر من التخصيص، وحينئذٍ فإن وفت حصّة الحجّ به فهو، وإلاّ فإن لم تف إلاّ ببعض الافعال كالطواف فقطّ أو هو مع السعي فالظاهر سقوطه وصرف حصّته في الدين او

توزّع: بل تقدم الحج اقوى للنص (والاعراض غير محقق، واشتمال الحديث على لزوم الحج من اقرب المواقيت او اقرب ما يكون لا يوجب طرد الحديث اعراضاً فان لزوم الحج البلدي عند المشهور انما هو فيما كانت التركة وافية. نعم هذا في الزكاة الديني لا العيني وكذا لا يشمل دين الناس فيعمل فيه على القاعدة.

والحديثان مذكوران في ٢١/٢ مستحقين الزكاة و٤٢/١ الوصايا، والاول صحيح بل الثاني ايضاً والمضمون واحد والتعبير في الاول هكذا: «رجل يموت وعليه خمس مأة درهم من الزكاة وعليه حجة الاسلام وترك ثلاثمأة درهم فأوصى بحجة الاسلام وان يقضي عنه دين الزكاة، قال: يحج عنه من اقرب ما يكون ويخرج البقيّة من الزكاة».

انهما في خصوص الزكاة: (لكن صحيح بريد العجلي في خصوص الدين ٢٦/٢ وجوب الحج كذا قيل وصرح به الخوئي لكنها ليست صريحة في التزاحم للدين الشخصي فان الدين يحتمل الشرعي كالزكاة والخمس فلا دليل في الدين الشخصي فلذلك ولاهمية الدين الشخصي في ارتكاز المتشرعة يعمل على القاعدة، بل يحتمل رجوع الشرط في ذيل ٢٦/٢ وجوب الحج الى اصل الحكم أي تقديم الحج فيما لم يكن عليه دين فراجع الحديث: «... جعل جملة وزاده ... في حجة الاسلام فان فضل ... فهو للورثة ان لم يكن عليه دين»).

كما في غرماء المفلّس: (الحكم في الغرماء واضح مسلّم ويدل عليه ٣١/٥ من الدين والقرض: «... ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص ...»).

فالظاهر سقوطه: (فان قاعدة الميسور في المراتب لا الاجزاء مطلقاً كما قاله الداماد (قدس سره) ولايعدّ كل جزء من الشيء مرتبة منه أو نقول لابد من عمل الاصحاب لتشخيص كون المورد ميسور الشيء أي الصغرى واما ما يظهر من الماتن من حاجة قاعدة

الخمس أو الزكاة، ومع وجود الجميع توزع عليها، وإن وفت بالحجّ فقطّ او العمرةّ ففي مثل حجّ القران والإفراد تصرف فيهما مخيراً بينهما، والاحوط تقديم الحجّ، وفي حجّ التمتّع الاقوى السقوط وصرفها في الدين وغيره، وربما يحتمل فيه أيضاً التخيير. او ترجيح الحجّ لاهميّته او العمرة لتقدّمها، لكن لا وجه لها بعد كونهما في التمتّع عملاً واحداً، وقاعدة الميسور لا جابر لها في المقام.

مسالة ٨٤: لا يجوز للورثة التصرّف في التركة قبل استيجار الحجّ إذا كان مصرفه مستغرقاً لها، بل مطلقاً على الاحوط إلّا إذا كانت واسعة جداً فلهم التصرّف في بعضها حينئذٍ مع البناء على إخراج الحجّ من بعضها الآخر كما في الدين، فحاله حال الدين.

الميسور الى عمل الاصحاب، كبروياً فلا وجه له وان كان يظهر من غير واحد. بل هو قاعدة تامة مستقلة والحاجة في تشخيص الصغرى الى العمل ان لم يتشخص لنا).

والاحوط تقديم الحج: بل الاقوى (لاهمية المواقف، وللدوران بين التعيين والتخيير، وما قال الخوئي (قدس سرّه) من ان الاهمية على الفرض، انما هي في عمل المكلف نفسه بالمباشرة لا مثل المقام فيه مالا يخفى من عدم الفرق).

السقوط: لكن لا يترك الاحتياط في الصرف في الحج (للشك في كونهما عملاً واحداً بهذه المنزلة وحينئذ فاحتمال الاهمية للحج كاف في الحكم مع التأييد برواية صاحب السابري في الوصية ٢/٢٧ الوصية: «... ان كان المال بمقدار يمكن ان يحج به من مكّة ...» اي الصرف في الحج فقط. ويمكن التأييد بأن الحج موقت فهو أهم وبنفس تعبير النية في العمرة: اني اتمتع بالعمرة الى الحج، خلافاً للخوئي (قدس سرّه) وقد ردّ التمسك بالحديث بأنه في خصوص الوصية وبضعف السند. واحتاط البروجردي (قدس سرّه) وبعض آخر في المقام).

المسالة ٨٤: قبل استيجار: او دفع اجرة الحج الى ولي امر الميت.

واسعة جداً: الملاك عدم الاستغراق، كما ان التصرف جائز اذا تعهد الوارث اداء الدين وقبله الدائن (لا ينتقل مال الميت المقابل للدين الى الورثة إلّا بعد اداء الدين فهو باق على ملك الميّت، ففي الدين المستغرق لا مال للورثة فلا يجوز لهم التصرف إلّا اذا ضمنوا الدين وقبل الديّان ضمانهم ولا وجه ظاهراً لما قاله السيد جمال (قدس سرّه) من الجواز عند ضمانهم ولو لم يقبل الديّان اذ رضى المضمون له لازم في عقد الضمان واما في غير المستغرق فيجوز لهم التصرف في الزائد على القاعدة لكون

مسألة ٨٥ : إذا أقرّ بعض الورثة بوجوب الحجّ على المورث وانكره الآخرون لم يجب عليه إلّا دفع ما يخصّ حصّته بعد التوزيع، وإن لم يف ذلك بالحج لا يجب عليه تتميمه من حصّته، كما إذا أقرّ بدين وانكره غيره من الورثة، فإنّه لا يجب عليه دفع الازيد، فمسئلة الاقرار بالحجّ او الدين مع إنكار الآخرين

الدين حينئذ من باب الكلي في المعين، وللسيرة على التصرف مع شيوع الدين في الاموات ولا اقل من الديون الصغار ولا اقل من مهر ازواجهم وللنصّ ١ و٢/٢٩ الوصايا: « ... ان كان يستيقن ان الذي ترك يحيط بجميع ديونه فلا ينفق (على عيال الميت) وان لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال» لكن النصّ لا يمنع العمل بالضمان فان ضمن الوارث أو غيره جاز التصرف لبرائه ذمة الميت حينئذ، هذا والظاهر ان مراد الماتن من قوله: « ... اذا كانت واسعة جداً» هو عدم الاستغراق وإلّا فلا دليل عليه).

المسألة ٨٥: كما اذا أقر بدين: لكن في الاقرار بالحج اذا لم تف حصته بالحج يجب حفظ مقدار الحصة رجاء لاقرار سائر الورثة ان احتمل ذلك وإلّا فيصرف في سائر جهات الميت الاقرب فالاقرب (خلافاً للاستاذ(قدس سره)[1] والگلپايگاني وتبعهما بعض أهل العصر وفيه ان القدر المعترف به لم ينتقل الى الورثة وبقى على ملك الميت فلا وجه لتصرف الورثة فيه فلابد من الصرف في جهات الميت ويشهد له ما ورد في دية نقص العضو على الميت من أنه له تصرف في جهاته.

وأما اصل المسألة أي التحصيص فالدليل هو الشهرة الموافقة لرواية أبي البختري ٢٦/٥ الوصايا: « ... يلزمه ذلك في حصّته بقدر ما ورث ولا يكون ذلك في ماله كله ...» فالسند منجبر والدلالة ظاهرة اذ لو قلنا ان مراد الامام عليه السلام لزوم كل الدين في حصته لم يكن معنى لذكر: بقدر ما ورث، ولو اريد من قدر ما ورث تأكيد الحصّة وبيانها لم يصح اذ الحصّة اظهر فمعنى: «لا يكون ذلك في ماله كله» اي لايكون الدين في كل ماله أي ازيد من حصته واما احتمال ارادة انه لايكون الدين في امواله الشخصية كما احتمله الحكيم وتبعه الخوئي (قدس سرهما) فلا وجه له اذ لا وجه لاحتمال كون الدين في مال الوارث شخصيةً، وعلى هذا فالمراد من موثق اسحاق بن عمار ٢٦/٣

---

(١) كانت كتابتنا لهذه التعليقة في الحادي عشر من شوال، وكان قد توفي الاستاذ في الليلة الماضية آخر يوم من شوال ١٤١٠، وقد اغتم لمصابه المسلمون في ارجاء المعمورة.

نظير مسئلة الاقرار بالنسب، حيث إنّه إذا أقرّ احد الاخوين بأخ آخر وانكره الآخر لا يجب عليه إلّا دفع الزائد عن حصّته، فيكفي دفع ثلث ما في يده، ولا ينزل إقراره على الاشاعة على خلاف القاعدة للنصّ.

مسالة ٨٦: إذا كان على الميّت الحجّ ولم تكن تركته وافية به ولم يكن دين فالظاهر كونها للورثة، ولا يجب صرفها في وجوه البرّ عن الميّت، لكن الاحوط التصدّق عنه، للخبر عن الصادق عليه السلام

الوصايا: «... يلزمه ذلك في حصته ...» ايضاً ذلك أي بقدر حصّته مع ان اصالة عدم الزيادة مقدمة على اصالة عدم النقيصة لكثرة السّهو في ناحية النقص فالاصل موافق مع نقل ابي البختري حيث نقل: «... يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث ...» ومرّ ظهور جملة: بقدر ما ورث، في ارادة ما ذكرنا فلا يضر الضعف ولا التعارض مع نقل اسحاق بل لعل الاجماع محقق على ما يظهر من الجواهر وغيره بل لعلّ بناء العقلاء على ذلك حيث لا يبنون على ايذاء المقرّ المحسن المعاون للمظلوم واضراره بأزيد مما اعترف بل ذلك يوجب عدم اقدام احد على بيان الحقيقة بل قال البروجردي والبهبهاني (قدس سرهما): ان التحصيص طبق القاعدة ولعل المقصود ان الاقرار على نفسه فقط جائز وهو بقدر حصته من الدين ويمكن ان يقدح بأن الحاصل بعد التوجه الى انكار سائر الورثة والتوجه الى ان رتبة الارث بعد الدين يكون الاقرار كله على نفسه، إلّا ان يقال: هذا غير نتيجة الاقرار مستقيماً فلذلك كله اقول لا وجه لإصرار الخوئي (قدس سره) على طرد حديث ابي البختري والعمل بالقاعدة الكلية في الدين أي الكلي في المعين).

على الاشاعة: لعل المراد اشاعة التعلق على نحو الكلي فانه طبق القاعدة لا الاشاعة المصطلحة والظاهر حصول مضمون النصّ في الاقرار بالنسب بتبادل الحصص من المقر والمنكرين.

المسالة ٨٦: للورثة: (والفرق بين المسالة والسابقة معلوم فان التركة في السابقة وافية والمنع من ناحية الوارث بخلاف المقام).

للخبر: لكنه ضعيف سنداً مع انه في الوصية (وتعميمه لغيرها بلا دليل راجع ٣٧/٢ الوصايا، وفرق بين الوصية والمقام ففي الوصية يلزم العمل على نية الميت ولو ارتكازاً ان لم يمكن العمل بالنيّة الفعلية بالاقرب فالاقرب بخلاف المقام فان الواجب هو الحج وهو غير ممكن، هذا مع ان المذكور في الحديث الانتقال الى الحج من مكة وهو

عن رجل مات وأوصى بتركته أن احجّ بها، فنظرت في ذلك فلم يكفه للحج، فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا: تصدّق بها، فقال عليه السلام: ما صنعت بها؟ فقال: تصدّقت بها، فقال عليه السلام: ضمنت إلّا أن لا يكون يبلغ ما يحجّ به من مكّة، فإن كان لا يبلغ ما يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان. نعم لو احتمل كفايتها للحجّ بعد ذلك أو وجود متبرّع بدفع التتمّة لمصرف الحجّ وجب إبقاؤها.

مسألة ٨٧: إذا تبرّع متبرّع بالحجّ عن الميّت رجعت أجرة الاستيجار إلى الورثة، سواء عيّنها الميّت أو لا، والاحوط صرفها في وجوه البرّ أو التصدّق عنه، خصوصاً فيما إذا عيّنها الميّت للخبر المتقدّم.

اقل نفقة من التمتع، وما في المتن من الصدقة بصرف عدم تمكن الحج ـ وظاهره الميقاتي ـ لا ينطبق على النصّ، واما ضعف سند الحديث فلوجود علي بن مزيد أو فرقد وهو لم يوثق).

وجب ابقائها: على الاحوط (يمكن ان يقال: الشك هنا في حصول وفاء المال بعداً فيستصحب عدمه.

المسألة ٨٧: عيّنها الميت: لا يترك الاحتياط حينئذ من الكبار من الورثة وان علم تعدد المطلوب بحسب ظاهر عبارة الوصية ولو بالقرائن فيجب الصرف في سائر وجوه البرّ الاقرب فالاقرب، واما صرف الوصية بلا ظهور في تعدد المطلوب فلا يفيد في المقام (قال الخوئي (قدس سره): الوصية مقدمة على الدين بما هي وصيّة بلا نظر الى الموصى به، وفيه: انا لا نعقل ذلك فانّ اعتبار الوصية باعتبار انفهام الموصى به فاذا كان الموصى به هو الحج ولم يمكن فلا وجه لوجوب غيره إلّا اذا كانت ظاهرة في تعدد المطلوب اذ اعتبار الوصية انما هو بانشاء الموصي وصرف القصد لا يكفي فانها من الانشائيات كسائر العقود والايقاعات فما لم يذكر شيء لم يدخل تحت اعتبار العقد إلّا اذا كان كالشرط المبني عليه العقد، إلّا ان يقال: نعم ولكن المستفاد من روايات ابواب ٣٢ و٣٧ و٣٥ و... من الوصايا بنائها على تعدد المطلوب وكذا الوقف.

هذا، واما في غير الوصية فلا وجه لوجوب الصرف في غير الحج اذا لم يمكن الحج الواجب على الميّت من جهة عدم الوجوب لتبرع متبرع أو ظهور عدم الوجوب اصلاً لكن الاحتياط حسن).

مسألة ٨٨ : هل الواجب الاستيجار عن الميّت من الميقات او البلد؟ المشهور وجوبه من اقرب المواقيت إلى مكّة إن أمكن، وإلاّ فمن الاقرب إليه فالاقرب، وذهب جماعة إلى وجوبه من البلد مع سعة المال وإلاّ فمن الاقرب إليه فالاقرب وربما يحتمل قول ثالث وهو الوجوب من البلد مع سعة المال وإلاّ فمن الميقات، وإن أمكن من الاقرب إلى البلد فالاقرب، والاقوى هو القول الاوّل وإن كان الاحوط القول الثاني، لكن لا يحسب الزائد عن أجرة الميقاتيّة على الصغار من الورثة، ولو اوصى بالاستيجار من البلد وجب ويحسب الزائد عن أجرة الميقاتيّة من الثلث ولو اوصى ولم يعيّن شيئاً كفت الميقاتيّة إلاّ إذا كان هناك انصراف إلى البلديّة او كانت قرينة على إرادتها كما إذا عيّن مقداراً يناسب البلديّة.

المسألة ٨٨ : هو القول الاول : (اذ المقصود براءة ذمة الميت ولم يكن في ذمته سوى الحج نفسه لا المقدمة).

كفت الميقاتية : إلاّ اذا كان للوصية، ظهور عرفي في غير ذلك فيراعى (فقد تحصّل ان في القضاء عن الميت بلا وصية اللازم هو الحج عن الميقات لا الازيد إلاّ ان يريد كبار الورثة من سهامهم.

واما في الوصية مع عدم وفاء المال بازيد من الميقات فلصحيح ٢/١ نيابة الحج، : «رجل اوصى ... ولم يبلغ ... إلاّ خمسين درهماً، قال: يحج عنه من بعض المواقيت ...»، واما مع وفاء المال ففي ٢/٣ : « ... على قدر ماله ان وسعه ماله فمن منزله وان لم يسعه ماله فمن الكوفة فان لم يسعه من الكوفة فمن المدينة» وفي السند محمد بن عبدالله وهو مشترك بل لم يوثق.

قال الخوئي(قدس سره): وقد اشتمل الخبر على امر لم يقل به أحد وهو الشروع من بلد الموصي ـ خراسان ـ الى الكوفة الى المدينة بل اللازم على فرضه الشروع من خراسان الى نيشابور وسبزوار وطهران، لا الكوفة، وفيه احتمال ان السفر قديماً كان من ايران الى العراق ثم الحجاز، وفي ٢/٤ جعل الملاك الميقات ولا بأس بسنده اذ امر السّهل سهل، كما ان في النيابة عن الحيّ ايضاً يكفي ذلك لصراحة ١١/١ نيابة الحج : « ... لا بأس اذا قضى جميع المناسك فقد تم حجّه» وان كان يحتمل ارادة صحة الحج لا التكليف لكن السكوت عن ذلك يعطي الاطلاق المقامي للجواز).

مسألة ٨٩ : لو لم يمكن الاستيجار إلّا من البلد وجب، وكان جميع المصرف من الأصل.

مسألة ٩٠ : إذا أوصى بالبلديّة أو قلنا بوجوبها مطلقاً فخولف واستوجر من الميقات أو تبرّع عنه متبرّع منه برئت ذمّته وسقط الوجوب من البلد، وكذا لو لم يسع المال إلّا من الميقات.

مسألة ٩١ : الظاهر انّ المراد من البلد هو البلد الّذي مات فيه، كما يشعر به خبر زكريّا بن آدم: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وأوصى بحجّة، ايجزيه ان يحجّ عنه من غير البلد الّذي مات فيه؟ فقال عليه السلام: ما كان دون الميقات فلا بأس به. مع انّه آخر مكان كان مكلّفاً فيه بالحجّ، وربما يقال: إنّه بلد الاستيطان لانّه المنساق من النصّ والفتوى، وهو كما ترى، وقد يحتمل البلد الّذي صار مستطيعاً فيه، ويحتمل التخيير بين البلدان التي كان فيها بعد الاستطاعة، والاقوى ما ذكرنا وفاقاً لسيّد المدارك، ونسبه إلى ابن إدريس أيضاً، وإن كان الاحتمال الاخير وهو التخيير قويّاً جدّاً.

مسألة ٩٢ : لو عيّن بلدة غير بلده كما لو قال: استاجروا من النجف أو من كربلاً تعيّن.

مسألة ٩٣ : على المختار من كفاية الميقاتيّة لا يلزم أن يكون من الميقات أو الاقرب إليه فالاقرب، بل يكفي كلّ بلد دون الميقات، لكن الأجرة الزائدة على الميقات مع إمكان الاستيجار منه لا يخرج من الاصل، ولا من الثلث إذا لم يوص بالاستيجار من ذلك البلد إلّا إذا اوصى بإخراج الثلث من دون أن يعيّن مصرفه، ومن دون أن يزاحم واجباً ماليّاً عليه.

مسألة ٩٤ : إذا لم يمكن الاستيجار من الميقات وامكن من البلد وجب وإن كان عليه دين الناس او الخمس او الزكاة فيزاحم الدين إن لم تف التركة بهما، بمعنى أنها توزع عليهما بالنسبة.

المسألة ٩٠ : وسقط الوجوب: لكن حق الميت بالنسبة الى النفقة الزائدة من الميقات باق من الثلث ان وسع فيصرف الزائد في وجوه البرّ (بناءً على ما تقدم من استفادة تعدد المطلوب من روايات الوصية والوقف بخلاف باب ثبوت الحج في ذمة الميت بلا وصية في ذلك. هذا ثم ان هذه الاجارة خارجة عن حدود وظائف الوصي وموجب لسقوط ولايته أو لبطلان عقد الاجارة ويأخذ الاجير اجرة المثل لكن العمل صحيح كما ذكرنا).

المسألة ٩١ : المراد من البلد: مرّ ان الاعتبار في القضاء بالميقات واما في الايصاء فالظاهر بلد الاستيطان إلّا اذا مات في اثناء سفر الحج فالبلد حينئذ بلد الموت.

المسألة ٩٤ : توزع: مرّ آنفاً تقدّم الحج على الزكاة أو الخمس المتعلق بالذمة دون المتعلق بالعين فان المتعلق بالعين مقدّم وكذا الدين الشخصي فانه مقدم فلا وجه للتوزيع، كما انه على التوزيع اذا لم تف حصة الحج به لا وجه للتوزيع عليه بل يصرف في سائر جهات الميت الاقرب فالاقرب اذا أوصى بالحج.

مسألة ٩٥ : إذا لم تف التركة بالاستيجار من الميقات لكن أمكن الاستيجار من الميقات الاضطراريّ كمكّة او ادنى الحلّ وجب نعم لو دار الامر بين الاستيجاز من البلد او الميقات الاضطراري قدّم الاستيجار من البلد، ويخرج من اصل التركة، لانّه لا اضطرار للميّت مع سعة ماله.

مسألة ٩٦ : بناءً على المختار من كفاية الميقاتيّة لا فرق بين الاستيجار عنه وهو حيّ او ميّت فيجوز لمن هو معذور بعذر لا يرجى زواله ان يجهّز رجلاً من الميقات كما ذكرنا سابقاً ايضاً، فلا يلزم ان يستأجر من بلده على الاقوى وإن كان الاحوط ذلك.

مسألة ٩٧ : الظاهر وجوب المبادرة إلى الاستيجار في سنة الموت، خصوصاً إذا كان الفوت عن تقصير من الميّت، وحينئذٍ فلو لم يمكن إلاّ من البلد وجب وخرج من الاصل، ولا يجوز التاخير إلى السنة الأخرى ولو مع العلم بإمكان الاستيجار من الميقات توفيراً على الورثة، كما انّه لو لم يمكن من الميقات إلاّ بازيد من الأجرة المتعارفة في سنة الموت وجب، ولا يجوز التاخير إلى السنة الأخرى توفيراً عليهم.

مسألة ٩٨ : إذا أهمل الوصيّ أو الوارث الاستيجار فتلفت التركة أو نقصت قيمتها فلم تف بالاستيجار ضمن، كما انّه لو كان على الميّت دين وكانت التركة وافية وتلفت بالإهمال ضمن.

المسألة ٩٥ : الميقات الاضطراري: بناء على شمول ادلته للمقام وهو غير ظاهر ففي مثل المورد لا يترك الاحتياط باستيجار من يكون ميقاته ذلك وهو من تجاوز عن الميقات ولم يتمكن من الرجوع اليه كما سيأتي انشاء الله تعالىٰ.

المسألة ٩٦ : الاحوط: لا ينبغي تركه (للوجوب عليه شخصاً من البلد ولعل المشهور على ذلك، لكن الوجوب عليه مقدّمي فقط وفي الشهرة تأمل، والحج هو المناسك والاطلاق المقامي في ١/ ١١ نيابة الحج يعطي عدم اللزوم كما مرّ في المسألة ٨٨).

المسألة ٩٧ : وجوب المبادرة: (وفاقاً لغير واحد فانه دين، وحبس الحقوق من الكبائر، والتصرف في مال الميت ممنوع، ولو قلنا بعدم الوجوب فوراً شرعاً للمستطيع الحيّ كما مرّ انه عقلي، فلا وجه لحاشية الخونساري (قدس سره). والضرر الزائد حينئذ غير منفي لثبوت الحق الموجب للعقاب على الميت، والصرف في الحج مقدم على الورثة فلا ضرر عليهم بل عدم النفع فقط).

المسألة ٩٨ : أو نقص قيمتها: (الضمان لكون اليد حينئذ يد الخيانة، وظهور روايات الباب ٣٦ الوصايا في كون ملاك الضمان هو التعدي والتفريط، ولا فرق بين العين وماليتها في ذلك فان العين على اليد بجميع شؤونها المالية ومن اهمها قيمة السوق فلا وجه لحاشية الگلپايگاني في عدم ضمان نقص القيمة وكذلك الخوئي (قدس سره)

مسالة ٩٩ : على القول بوجوب البلديّة وكون المراد بالبلد الوطن إذا كان له وطنان الظاهر وجوب اختيار الاقرب إلى مكّة إلّا مع رضى الورثة بالإستيجار من الابعد، نعم مع عدم تفاوت الأجرة الحكم التخيير.

مسالة ١٠٠ : بناءً على البلديّة الظاهر عدم الفرق بين أقسام الحجّ الواجب. فلا اختصاص بحجّة الاسلام، فلو كان عليه حجّ نذريّ لم يقيّد بالبلد ولا بالميقات يجب الاستيجار من البلد، بل وكذا لو أوصى بالحجّ ندباً، اللازم الاستيجار من البلد إذا خرج من الثلث.

مسالة ١٠١ : إذا اختلف تقليد الميّت والوارث في اعتبار البلديّة او الميقاتيّة فالمدار على تقليد الميّت وإذا علم انّ الميت لم يكن مقلّداً في هذه المسئلة فهل المدار على تقليد الوارث أو الوصيّ او العمل على طبق فتوى المجتهد الذي كان يجب عليه تقليده إن كان متعيّناً، والتخيير مع تعدّد المجتهدين ومساواتهم؟ وجوه، وعلى الاوّل فمع اختلاف الورثة في التقليد يعمل كلّ على تقليده فمن يعتقد البلديّة يؤخذ من حصّته بمقدارها بالنسبة فيستأجر مع الوفاء بالبلديّة بالاقرب فالاقرب إلى البلد، ويحتمل الرجوع إلى الحاكم لرفع النزاع،

في الشرح، والمقام من الموارد التي صرحّوا بعدم ضمان نقصان القيمة وانا في شك من ذلك، بل اقول: مقتضى قاعدة على اليد ضمان كل خصوصيات المأخوذ ولا ريب انّ من اهمّها عرفاً هو القيمة ونظر العرف اليها اشدّ واكثر من النظر الى سائر جهات العين. وقد ادّعى الگلپايگاني (مدّ ظلّه) في بعض كلماته الاجماع على عدم ضمان نقصان القيمة، وفيه: عدم تسلّم الاجماع لخلو غير واحد من كتب الفتوى القديمة من ذلك، كما انّ اكثر المحشين هنا موافقون للماتن في الضمان فتأمل).

المسالة ٩٩ : الاقرب الى مكة : الملاك هو الاقل قيمة وهو المراد.

المسالة ١٠٠ : على البلدية : وكذا على الميقاتية في الوصية فيتّبع ظاهرها بلداً او ميقاتاً أو غيرهما بل لا يبعد نفي مساواة النذر وحج الاسلام على البلدية ايضاً (فانها في حج الاسلام كان للنصوص المدّعى دلالتها على ذلك، ولا دليل على جريانها في النذر).

المسالة ١٠١ : على تقليد الميت : بل على تقليد الموظف بالتصدي وصياً كان أو وارثاً (إلّا اذا أوصى بنحو خاص زائداً على الواجب فيجب العمل بالوصية فإنه المكلف بإتيان الواقع).

الرجوع الى الحاكم : الرجوع الى الحاكم متعين لرفع الاختلاف بين المتصدي لامر الميت والمخالف من الورثة اذا لم يكف المال للبلدية مثلاً، واما بين الورثة انفسهم لا من جهة تصدي امر الميت فلا نزاع على التحصيص وانما هو على القاعدة من كون

فيحكم بمقتضى مذهبه، نظير ما إذا اختلف الولد الاكبر مع الورثة في الحبوة، وإذا اختلف تقليد الميّت والوارث في اصل وجوب الحجّ عليه وعدمه بأن يكون الميّت مقلّداً لمن يقول: بعدم اشتراط الرجوع إلى كفاية فكان يجب عليه الحجّ، والوارث مقلّداً لمن يشترط ذلك فلم يكن واجباً عليه، او بالعكس فالمدار على تقليد الميّت.

مسالة ١٠٢: الاحوط في صورة تعدّد من يمكن استيجاره الاستيجار من أقلّهم أجرة مع إحراز صحّة عمله مع عدم رضى الورثة، أو وجود قاصر فيهم، سواء قلنا بالبلديّة او الميقاتيّة، وإن كان لا يبعد جواز استيجار المناسب لحال الميّت من حيث الفضل والاوثقيّة مع عدم قبوله إلّا بالازيد، وخروجه من الاصل، كما لايبعد عدم وجوب المبالغة في الفحص عن أقلّهم أجرة وإن كانت احوط.

مسالة ١٠٣: قد عرفت أنّ الاقوى كفاية الميقاتيّة، لكن الاحوط الاستيجار من البلد بالنسبة إلى الكبار من الورثة، بمعنى عدم احتساب الزائد عن أجرة الميقاتيّة على القصّر إن كان فيهم قاصر.

مسالة ١٠٤: إذا علم انّه كان مقلّداً ولكن لم يعلم فتوى مجتهده في هذه المسئلة فهل يجب الاحتياط او المدار على تقليد الوصيّ أو الوارث؟ وجهان ايضاً.

مسالة ١٠٥: إذا علم استطاعة الميّت مالاً ولم يعلم تحقّق سائر الشرائط في حقّه فلا يجب القضاء عنه، لعدم العلم بوجوب الحجّ عليه لإحتمال فقد بعض الشرائط.

الحج والدين من باب الكلي في المعين في الميراث فيرجع الى الحاكم لرفع النزاع بينهم على هذا المبنى (فلا وجه لإشكال الخوئي (قدس سره) بنحو الاطلاق كما لا وجه لسائر الحواشي من اطلاق الرجوع الى الحاكم، وكما لا وجه لحاشية بعض أهل العصر من ان الورثة خاضعون لحكم الشرع فلا نزاع، فان النزاع انما هو قبل الحكم).

على تقليد الميت: بل المتصدي إلّا ان يكون وصية خاصة.

المسالة ١٠٢: الاحوط: بل الاقوى ان لم يكن هتكاً للميت (والظاهر لزوم رعاية شؤون الميّت فلا يصح اطلاق عبارة الاستاذ وبعض آخر باستيجار الاقل اجرة).

المسالة ١٠٣: بمعنى: ولازم ذلك اداء الكبار تفاوت البلدية والميقاتية كلها لا خصوص حصتهم وهذا خير مستحب لا احوط بناءً على التحصيص.

المسالة ١٠٤: وجهان: مرّ ان المتعين هو الثاني إلّا في الوصية اذا عين شيئاً مخصوصاً.

المسالة ١٠٥: ولم يعلم تحقق سائر: ولم يثبتها امارة أو اصل.

مسالة ١٠٦ : إذا علم استقرار الحجّ عليه ولم يعلم أنّه أتى به أم لا، فالظاهر وجوب القضاء عنه لاصالة بقائه في ذمّته، ويحتمل عدم وجوبه عملاً بظاهر حال المسلم، وانّه لا يترك ما وجب عليه فوراً،

المسالة ١٠٦ : ويحتمل: لكنه ضعيف (فان ظهور حاله مقتض فقط ولا يفيد الوقوع واما الحمل على الصحة في العمل فهو بعد احراز العمل.

واما السيرة المدعاة احياناً من بعض اهل العصر فهي ممنوعة إلاّ في انتقال العين الى الذمة كالخمس او الزكاةالمتعلقة بالعين ثم تلفت مع الشك في الاداء من العين أو عدم الاداء والتعلق بالذمة فان الاصل عدمه وكذا تبديل ضمان عين لشخص بذمة الميت.

فما ذكرته في تعليقتي المفصّلة من الظهور الحالي للمسلم وانه حجة كاشفة عقلائية وما اظن احداً تيقن بعدم ترك مورّثه شيئاً من وظائفه ومع ذلك لا يحتاطون حتى العلماء، فيه انه في العين غير مسلّم ذلك بل في الشك في الانتقال الى الذمة ايضاً لا نسلم السيرة بل نتمسك بأصالة عدم الاشتغال كما ان فيما نشك في اصل وجوب القضاء لا دليل على الوجوب اذ موضوعه الفوت ولا يثبت عنوان الفوت بأصالة عدم الاتيان لإختلاف المفهومين عرفاً فان الفوت امر وجودي مع عدم الصدق في عدم اتيان ما ليس بخير فتأمل. ففي مثل الصلاة والصوم لا يثبت وجوب القضاء وفي الماليات يختلف الامر بين بقاء العين وتلفه، واما الحج فيمكن ان يقال: حيث انّه ليس مؤقتاً فصرف عدم الاتيان كاف ويثبت بالاستصحاب ولا نسلّم السيرة في المبالين بالشرع.

واما ما قاله بعض المحشين من تخصيص ادلّة الاستصحاب هنا بما دل على اشتراط ضم اليمين في ثبوت الدين على الميت مثل ١/ ٢٨ الشهادات و١/ ٤ كيفية الحكم فلا اثر للاستصحاب، والحج دين ففيه، ان ١/ ٢٨ الوارد في ثبوت الدّين انما هو يخصّص ادلة البيّنة لا الاستصحاب فان الرواية بصدد اثبات الدين بالبيّنة واليمين، والمقام مقام الاداء بعد الثبوت واما ١/ ٤ : « ... فان حلف وإلاّ فلا حق له لانا لا ندري لعله قد أوفاه ... » فهو وان كان وارداً في ثبوت الدين وعدم كفاية الدعوى لكنه ضعيف بياسين الضرير ـ لم يوثق ولا جهة قوة له سوى نقل حريز احياناً عنه وهو عن حريز اكثر ـ بل لا يعلم ان ضم الحلف لاصل ثبوت الدين أو الاداء فالرواية ـ بعد ضم الصدر والذيل ـ مجملة).

وكذا الكلام إذا علم أنّه تعلّق به خمس أو زكاة أو قضاء صلوات أو صيام ولم يعلم أنّه أدّاها أولا.

مسألة ١٠٧ : لا يكفي الاستيجار في برائه ذمّة الميّت والوارث، بل يتوقّف على الاداء، ولو علم انّ الاجير لم يؤدّ وجب الاستيجار ثانياً، ويخرج من الاصل إن لم يمكن استرداد الأجرة من الاجير.

مسألة ١٠٨ : إذا استاجر الوصيّ او الوارث من البلد غفلة عن كفاية الميقاتيّة ضمن ما زاد عن أجرة الميقاتية للورثة او لبقيّتهم.

مسألة ١٠٩: إذا لم يكن للميّت تركة وكان عليه الحجّ لم يجب على الورثة شيء، وإن كان يستحبّ على وليّه، بل قد يقال بوجوبه للامر به في بعض الاخبار.

خمس أو زكاة: مع بقاء العين وإلّا فالاصل عدم الاشتغال بالبدل وكذا في الامانات ونحوها.

المسألة ١٠٧ : لم يؤد: ولو شك في ذلك أو قصده النيابة فقوله يكفي اذا كان ثقة (ولي فيْ امثال المقام كلام لم أر من تعرض له قديماً وحديثاً وهو احتمال شمول ادلة عقد الضمان للمقام اذا وقعت الاجارة منضمّة الى عقد الضمان فانه لا يختص بالعين و الدين بل يجري الضمان في الاعمال ايضاً فكما يصح ضمان عمل الاجير فهل يمكن ان نقول بضمان الاجير في وظيفة الميت وانتقال وظيفة الميت الى ذمة الاجير فهو ضامن للحج لا الميت كما في عقد الضمان عند الشيعة. ان قلت: يحتاج الى قبول المضمون له وهو الله تعالى، قلت: لا يلزم القبول الشخصي فان علم من الشرع صحة النيابة في العبادات والاستيجار وعلم صحة عقد الضمان ينتج ما ذكرنا، وحينئذ فبصرف عقد الاجارة المنضمة الى الضمان أو نفس الضمان فقط ـ بلا شرط الاجرة او معها ـ انتقل الواجب من ذمة المنوب عنه الميت (أو الحيّ فيما يجوز ذلك) الى ذمة الضامن غاية الامر قل ان ذلك في الضامن الموثوق به لا مطلقاً فتدبره جيداً).

المسألة ١٠٨ : ضمن: والاجارة فضولية ان وقعت على عين التركة وإلّا فالزائد في ذمة المستاجر والاجارة صحيحة.

المسألة ١٠٩ : قد يقال: لكنه ضعيف (فانه فيما كان له مال جمعاً بين الاخبار بل مورد خبر الامر ايضا ذلك فان صحيح ١/٢٦ الدال على قضاء الولي انما ورد لبيان التفصيل بين الموت في الحرم وقبله لا لبيان اطلاق وجوب القضاء مع ان راويه

مسالة ١١٠ : من استقرّ عليه الحجّ وتمكّن من أدائه ليس له أن يحجّ عن غيره تبرّعاً أو باجارة، وكذا ليس له أن يحجّ تطوّعاً، ولو خالف فالمشهور البطلان، بل ادّعى بعضهم عدم الخلاف فيه وبعضهم الاجماع عليه، ولكن عن سيّد المدارك التردّد في البطلان، ومقتضى القاعدة الصحّة وإن كان عاصياً في ترك ما وجب عليه، كما في مسئلة الصلاة مع فوريّة وجوب إزالة النجاسة عن المسجد، إذ لا وجه للبطلان إلا دعوى أنّ الامر بالشيء نهي عن ضدّه وهي محلّ منع، وعلى تقديره لا يقتضي البطلان، لانّه نهي تبعيّ، ودعوى انّه يكفي في عدم الصحّة عدم الامر مدفوعة بكفاية المحبوبيّة في حدّ نفسه في الصحّة، كما في مسئلة ترك الاهمّ والاتيان بغير الاهمّ من الواجبين المتزاحمين، او دعوى انّ الزمان مختصّ بحجّته عن نفسه، فلا يقبل لغيره، وهي أيضاً مدفوعة بالمنع، إذ مجرّد الفوريّة لا يوجب الاختصاص، فليس المقام من قبيل شهر رمضان حيث إنّه غير قابل لصوم آخر، وربما يتمسّك للبطلان في المقام بخبر سعد بن أبي خلف عن أبي الحسن موسى عليه السلام عن الرجل الصرورة يحجّ عن الميت؟ قال عليه السلام: نعم إذا لم يجد الصرورة ما يحجّ به عن نفسه، فإن كان له ما يحجّ به عن نفسه فليس يجزي عنه حتّى يحجّ من ماله، وهي تجزي عن الميّت إن كان للصرورة مال، وإن لم يكن له مال، وقريب منه صحيح سعيد الاعرج عن أبي عبد الله عليه السلام، وهما كما ترى بالدلالة على الصحّة اولى، فإنّ غاية ما يدلاّن

رواه بعينه عن ابن رئاب في ٢٦/٢ وموضوعه المستطيع الذي له مال بل الاول ايضاً فيما كان وظيفة الشخص حجة الاسلام فهو ايضاً في المستطيع).

المسألة ١١٠ : بكفاية المحبوبية: (وقال البروجردي (قدس سره) وتبعه الگلپايگاني (قدس سره): مع ان النائب ينوي امر المنوب عنه ولا تنافي بينه وبين امر نفسه بالضد، وفيه: ان صحة نية امر المنوب عنه تحتاج الى ادلة النيابة وهي على الفرض ممنوعة ولكن يمكن تصحيح العمل بما ذكره الماتن كما يمكن تصحيح الامر ايضاً بالترتب فلا يرد اشكال البهائي (قدس سره) بعدم الامر).

بالدلالة على الصحة اولى: فيه منع بل لعل فهم المشهور اولى (فراجع الروايتين ١ و٣/ ٥ نيابة الحج، عبارة الاولى ما ذكره الماتن (قدس سره) وعبارة الثاني هكذا: «عن الصرورة أيحج عن الميّت؟ فقال: نعم اذا لم يجد الصرورة ما يحج به فان كان له مال فليس له ذلك حتى يحج من ماله وهو يجزي عن الميّت كان له مال او لم يكن له مال».

فان السؤال انما هو عن الحج عن الميت تكليفاً و وضعاً بحسب الاطلاق لا خصوص التكليف، وظاهر مفهوم الشرط بعد قوله: نعم، وكذا منطوق الشرط بعد

عليه انّه لا يجوز له ترك حجّ نفسه وإتيانه عن غيره، وأمّا عدم الصحّة فلا، نعم يستفاد منهما عدم إجزائه

الشرط الاول بعد ظهور رجوع ضمير يجزي عنه الى الميت لا النائب تدل على البطلان وهذه تصير قرينة على المراد من الذيل اي فان حج عن نفسه فيجزي بعد ذلك عن الميت كان للصرورة حينئذ اي اذا فرض حجه عن نفسه، مال أو لا اذ المانع هو اشتغال الذمة.

هذا بحسب عبارة ١ / ٥ واما ٣/ ٥ فظاهر السؤال انه عن جواز الحج عن الميت لا عن غيره او وغيره كالاجزاء عن النائب، والامام عليه السلام اجاب عن هذا السؤال، فمفهوم الصدر النهي عنه اذا قدر على ما يحج به عن نفسه وقد صرّح بهذا المفهوم في الجملة الثانية وهل النهي تكليفي أو وضعي؟ صريح الجملة الثالثة يرفع الاجمال وانه وضعي أو يعمه.

واما احتمال ارادة النهي التكليفي من صدر الحديث والاجزاء وضعاً من الذيل ولو لم يحج الصرورة عن نفسه مع الاستطاعة فهو بعيد، والاستاذ الداماد (قدس سره) أوقع التعارض بين الصدر والذيل والتمس الحلّ من احاديث حج الصرورة عن الصرورة في روايات الباب ٦ حيث ان بعضها دال على الجواز وبعضها على المنع وبعضها على التفصيل بين صرورة له مال ومن لا مال له، وهو شاهد جمع وتنقلب النسبة، وفيه: ان جهة البحث تختلف مع ما هناك كما لا يخفى، وكيف كان فما قاله الخوئي (قدس سره) من كون الحديثين في مقام بيان عدم الجواز تكليفاً وعدم اجزاء الحج المأتي عن قبل المنوب عنه، عن النائب ويصح عن المنوب عنه فيه مالا يخفى، فان السؤال لم يكن عن الاجزاء عن النائب نفسه ليكون الجواب عنه، ولا وجه لاحتمال الاجزاء وكذا ما قاله الخونساري (قدس سره) في جامعه: ... الضمير في قوله عليه السلام فليس يجزي عنه يرجع الى الرجل دفعاً لتوهم كفاية الحج عن الميت عن نفسه ثم حكم بكفاية هذا الحج عن الميت ...» لما ذكرنا.

فالظاهر ما نسب الى المشهور ولا اقل من الاحتياط الذي لا يترك، نعم قد يستشكل في تحقق الشهرة لعدم تعرض اكثر القدماء للمسألة عدا الوسيلة وفتوى الشيخ (قدس سره) بالجواز في التهذيبين وافتى في المبسوط بعدم الجواز وفي الخلاف بالتفصيل بين الاستيجار والتطوع).

عن نفسه، فتردد صاحب المدارك في محله بل لا يبعد الفتوى بالصحة، لكن لا يترك الاحتياط، هذا كله لو تمكن من حج نفسه وامّا إذا لم يتمكّن فلا إشكال في الجواز والصحّة عن غيره، بل لا ينبغي الاشكال في الصحّة إذا كان لا يعلم بوجوب الحجّ عليه، لعدم علمه باستطاعته مالاً، اولا يعلم بفوريّة وجوب الحجّ عن نفسه فحجّ عن غيره او تطوّعاً، على فرض صحّة الحجّ عن الغير ولو مع التمكّن والعلم بوجوب الفوريّة لو آجر نفسه لذلك فهل الاجارة ايضاً صحيحة او باطلة، مع كون حجّه صحيحاً

الفتوى بالصحة: بل يبعد (بعد الشهرة المحققة المتمسكة ظاهراً بالرواية وظهور صدر الروايتين في البطلان كما ايّده الاستاذ (قدس سرّه) وغيره، وباطلاق ٣ و٤/٦ نيابة الحج، روايتي ابراهيم وبكر في منع حج الصرورة عن الصرورة، لكن الظاهر ان جهة البحث تختلف كما مرّ.

نعم يؤيد المطلوب عبارة نهج البلاغة (١٠٩٥ فيض الاسلام): «لا قربة بالنوافل اذا أضرّت بالفرائض» وفي (ص١٢١٢) «اذا اضرّت النوافل بالفرائض فارفضوها» فانها في التطوع لا الاجارة لكن الملاك لعلّه يعمّ، ثم ان روايات الباب لا تشمل التطوع فلا دليل على بطلانه وان كان معصية لإضراره بفورية الحج، وما مرّ من عبارة النهج غير ثابت سنداً وان كان معناه واضحاً لا غبار عليه لعدم اشكال عليها من جهة الصدقات المستحبة لمن عليه الزكاة مثلاً أو النافلة في الصلاة لمن عليه الواجبة منها، لعدم الاضرار في امثال ذلك لعدم وجوب الفور، نعم في آخر الوقت كذا، ولا يبعد القول بالبطلان لكون الوقت وقت الفريضة، لكن في الحج يجب الفور فالتطوع يزاحمه ويضرّه. وكيف كان فالاحوط فيه ايضاً الترك واتيان الواجب اي حجة الاسلام واما في غير حجة الاسلام كالنذر ونحوه فلا يجري روايات الباب لكن امثال عبارة النهج تجري في التطوع بل وغيره ايضاً بحسب الملاك، فالاحوط الترك ايضاً، بل افتى الاستاذ الداماد (قدس سرّه) بالمنع لتنقيح المناط).

اذا كان لا يعلم: لا عن تقصير وكذا في الجهل بالفور (فان الروايات تقصر بحسب فهم العرف عن شمول مورد الجهل عن قصور والشهرة ايضاً غير ثابت الاطلاق (وفاقاً للسيد جمال والبهبهاني (قدس سرهما) وبعض آخر وخلافاً للگلپايگاني والاستاذ (قدس سرهما) نظراً الى اطلاق الرواية وفيه منع الاطلاق).

عن الغير؟ الظاهر بطلانها، وذلك لعدم قدرته شرعاً على العمل المستأجر عليه، لانّ المفروض وجوبه عن نفسه فوراً، وكونه صحيحاً على تقدير المخالفة لا ينفع في صحّة الاجارة خصوصاً على القول بانّ الامر بالشيء نهي عن ضدّه، لانّ الله إذا حرمّ شيئاً حرّم ثمنه وإن كانت الحرمة تبعيّة، فإن قلت: ما الفرق

الظاهر بطلانها: بل لو لم تتم الروايات المشار اليها لا يبعد الصحة نظراً الى الترتب (فان ادلة الاجارة تنفّذ كل مورد لم يكن بنفسه ممنوعاً شرعاً وتقصر عن النظر الى المزاحمات وانما العقل يحكم بلزوم انتخاب الاهم، وإلاّ لامكن الاشكال في كثير من العقود الجارية بين الناس المزاحمة لتكاليفهم الشرعية من اداء الديون وتعلم المسائل و ... فالظاهر حينئذ ان لا وجه للفساد من جهة استلزام صحة الاجارة امره بضدّ الواجب كما قاله الگلپايگاني والبروجردي(قدس سرّهما) أو من جهة استلزام وجوب الفور عدم امكان العمل بالاجارة شرعاً كما قال الاستاذ(قدس سره) أو من جهة ان انشاء الاجارة مطلقاً مناف لوجوب الحج ومقيداً فيه التعليق المضرّ كما قال الخوئي. نعم على الاستدلال بالروايات البطلان ظاهر لنفي الشارع هذا العمل فهو من أكل المال بالباطل).

اذا حرّم شيئاً: (الثابت في ١/٥٥ ما يكتسب به «ان الذي حرّم شربها حرّم ثمنها» الوارد في الخمر واما ما في المتن فرواه الخلاف فقط في ٣: ١٨٤ مرسلاً وكذا مسند أحمد في ١: ٣٢٢ واما رواية الاكثر فهي: «اذا حرّم أكل شيء حرّم ثمنه» في سنن البيهقي ٦: ١٣ وسنن ابي داود ٢: ٢٥١ ومستدرك النوري (قدس سره) ٦/٨ ما يكتسب به مرسلاً، وقلنا في محلّه ان المراد حرمة الثمن اذا بيع بلحاظ المنفعة المحرّمة لا كبيع الخمر بقصد التخلية في بيت الخلاء لرفع رائحة العذرة مثلاً).

الحرمة تبعية: لو سلّم الحديث فهو في الحرمة الذاتيّة الشاملة لشؤون الشيء الظاهرة.

فان قلت ما الفرق: (كان وجه التشابه ان المُنشا في كل واحد من الموردين اما مطلق أو مقيّد بعصيان الامر الآخر في الحج، والشرط في البيع، والباب واحد اشكالاً وحلاً فاجاب بالفرق، وايضاً ان اجتماع حكمين متنافيين لو كان اشكالاً لما صحّ القول بصحة البيع الثاني والخيار، اذ الخيار لمكان وجوب العتق مع أن وجوب العتق وصحة البيع الثاني متنافيان، فلا يرد اشكال بعضهم بعدم التشابه، راجع الحكيم وغير واحد من المحشين).

بين المقام وبين المخالفة للشرط في ضمن العقد مع قولكم بالصحة هناك كما إذا باعه عبداً وشرط عليه ان يعتقه فباعه، حيث تقولون: بصحّة البيع، ويكون للبايع خيار تخلّف الشرط؟ قلت: الفرق انّ في ذلك المقام المعاملة على تقدير صحّتها مفوتة لوجوب العمل بالشرط، فلا يكون العتق واجباً بعد البيع لعدم كونه مملوكاً له، بخلاف المقام حيث إنّا لوقلنا بصحّة الإجارة لا يسقط وجوب الحجّ عن نفسه فوراً، فيلزم اجتماع أمرين متنافيين فعلاً، فلا يمكن ان تكون الاجارة صحيحة، وإن قلنا: إنّ النهي التبعيّ لا يوجب البطلان، فالبطلان من جهة عدم القدرة على العمل لا لاجل النهي عن الاجارة، نعم لو لم يكن متمكّناً من الحجّ عن نفسه يجوز له أن يوجر نفسه للحجّ عن غيره، وإن تمكّن بعد الاجارة عن الحجّ عن نفسه لا تبطل إجارته بل لا يبعد صحّتها لو لم يعلم باستطاعته أو لم يعلم بفوريّة الحجّ عن نفسه فآجر نفسه للنيابة ولم يتذكّر إلى أن فات محلّ استدراك الحجّ عن نفسه كما بعد الفراغ أو في أثناء الاعمال، ثمّ لا إشكال في انّ حجّه عن الغير لا يكفيه عن نفسه، بل إمّا باطل كما عن المشهور، أو صحيح عمّن نوى عنه كما قوّيناه، وكذا لو حجّ تطوّعاً لا يجزيه عن حجّة الاسلام في الصورة المفروضة بل إما باطل أو صحيح ويبقى عليه حجة الاسلام فما عن الشيخ انه من أنه يقع عن حجة الاسلام لا وجه له، إذ الانقلاب القهريّ لا دليل عليه ودعوى انّ حقيقة واحدة والمفروض اتيانه بقصد القربة فهو منطبق على ما هو عليه من حجة الاسلام مدفوعة بان حقيقة الوحدة لا تجدي بعد كون المطلوب هو الاتيان بقصد ما عليه، وليس المقام من باب التداخل بالاجماع كيف، وإلاّ لزم كفاية الحجّ عن الغير ايضاً عن حجّة الاسلام، بل لا بدّ من تعدّد الامتثال مع تعدّد الامر وجوباً وندباً، أو مع تعدّد الواجبين، وكذا ليس المراد من حجّة الاسلام الحجّ الاوّل بأيّ عنوان كان كما في صلاة التحيّة وصوم الاعتكاف، فلا وجه لما قاله الشيخ اصلاً، نعم لو نوى الامر المتوجّه إليه فعلاً وتخيّل انّه أمر ندبيّ غفلة عن كونه مستطيعاً امكن القول

مفوتة: لكن الكلام في صحة المعاملة حينئذ بل الجواب ان الشرط يرجع الى الالتزام لا الى اصل الانشاء ولذلك يكون الاظهر هو الصحة هناك.

ولا تبطل اجارته: بل يكشف عن البطلان على فرضه اذ الملاك وقت العمل، إلاّ ان يقال بانصراف الروايات عن ذلك المورد وفيه تأمل لا يترك الاحتياط.

تطوعاً لا يجزيه: على الاحوط لما مرّ.

وحدة الحقيقة لا تجدي: بل تجدي لعدم لزوم قصد الوجه إلاّ ان يقصد الندب تشريعاً لكن وحدة الحقيقة ممنوعة كما مرّ. كما ان مع وحدة الحقيقة لا تعدد في الامر في مرتبة واحدة بل الاول يقع واجباً فلا يصح قول المتن: لابد من تعدد الامتثال مع تعدد الامر وجوباً.

بكفايته عن حجّة الاسلام، لكنّه خارج عمّا قاله الشيخ، ثمّ إذا كان الواجب عليه حجّاً نذريّاً أو غيره وكان وجوبه فوريّاً فحاله ما ذكرنا في حجّة الاسلام من عدم جواز حجّ غيره وانّه لو حجّ صحّ اولا، وغير ذلك من التفاصيل المذكورة بحسب القاعدة.

(٣ـ فصل)

في الحجّ الواجب بالنذر والعهد واليمين، ويشترط في انعقادها البلوغ والعقل والقصد والاختيار، فلا تنعقد من الصبيّ وإن بلغ عشراً وقلنا بصحة عباداته وشرعيّتها، لرفع قلم الوجوب عنه، وكذا لا تصحّ من المجنون والغافل والساهي والسكران والمكره، والاقوى صحّتها من الكافر وفاقاً للمشهور في اليمين، خلافاً لبعض، وخلافاً للمشهور في النذر، وفاقاً لبعض؛ وذكروا في وجه الفرق عدم اعتبار قصد القربة في اليمين، واعتباره في النذر، ولا تتحقّق القربة في الكافر، وفيه اوّلاً انّ القربة لا تعتبر في النذر، بل هو مكروه وإنّما تعتبر في متعلّقه حيث إنّ اللازم كونه راجحاً شرعاً،

فحاله ما ذكرنا: لكن عرفت ان الدليل على البطلان لو كان فانما هو الروايات وهي لا تجري في غير حجة الاسلام.

في الحج الواجب بالنذر

لرفع قلم الوجوب: بل قلم الوضع ايضاً باطلاق رفع القلم فلا يفيد تعهده، واما الضمانات فهي خارجة فان الحديث يرفع ما للبلوغ والارادة والتعهد دخل فيه كالتكاليف والانشاءات بخلاف الضمانات ففي الحقيقة هي مربوطة بالمال لا الشخص اولاً وبالذات.

من الكافر: (وشمول الدليل العام في النذر له بناءً على عدم تكليفه بالفروع كشمول دليل العقود له فهل ترى عدم صحة عقوده؟ فانها عقلائية عامة فلا وجه لحاشية البهبهاني (قدس سره) في عدم تكليف الكفار بالفروع فلا يصح نذره).

من الكافر: ان اعتقد الله تعالى ولم يقيّد اتيان العبادة بحال الكفر.

مكروه: لا دليل عليه (فان روايتي ١ و٢/٦ من النذر تقصدان الارشاد الى حسن عدم ايجاد كلفة زائدة على النفس أو الى حسن حلّ المشاكل بالتصميم والعزم لا بالنذر، ولا ترومان المولوية).

في متعلقه: بل لا يعتبر فيه ايضاً والرجحان اعم من العبادية.

وثانياً انّ متعلّق اليمين أيضاً قد يكون من العبادات، وثالثاً انّه يمكن قصد القربة من الكافر أيضاً، ودعوى عدم إمكان إتيانه للعبادات لإشتراطها بالإسلام مدفوعة بامكان إسلامه، ثمّ إتيانه فهو مقدور لمقدوريّة مقدّمته، فيجب عليه حال كفره كسائر الواجبات، ويعاقب على مخالفته، ويترتّب عليها وجوب الكفّارة فيعاقب على تركها أيضاً، وإن أسلم صحّ إن اتى به، ويجب عليه الكفّارة لو خالف، ولا يجري فيه قاعدة جبّ الاسلام لإنصرافها عن المقام، نعم لو خالف وهو كافر وتعلّق به الكفّارة فاسلم لا يبعد دعوى سقوطها عنه كما قيل.

مسألة ١ : ذهب جماعة إلى انّه يشترط في انعقاد اليمين من المملوك إذن المولى، وفي انعقاده من الزوجة إذن الزوج وفي انعقاده من الولد إذن الوالد، لقوله ﷺ: لا يمين لولد مع والده، ولا للزوجة مع زوجها، ولا للمملوك مع مولاه فلو حلف احد هؤلاء بدون الاذن لم ينعقد، وظاهرهم اعتبار الاذن السابق فلا تكفي الاجازة بعده، مع انّه من الايقاعات وادّعي الاتّفاق على عدم جريان الفضوليّة فيها، وإن كان يمكن دعوى أنّ القدر المتيقّن من الاتّفاق ما إذا وقع الايقاع على مال الغير، مثل الطلاق والعتق ونحوهما، لا مثل المقام ممّا كان في مال نفسه، غاية الامر اعتبار رضا الغير فيه، ولا فرق فيه بين الرضا السابق واللاحق، خصوصاً إذا قلنا: إنّ الفضولي على القاعدة، وذهب جماعة إلى انّه لا يشترط الاذن في الانعقاد، لكن للمذكورين حلّ يمين الجماعة إذا لم يكن مسبوقاً بنهي او إذن، بدعوى انّ المناط من

وثانياً: يريد بالثاني والثالث دفع الفرق (فلا يرد اشكال الاستاذ(قدّس سرّه) وبعض آخر).

من الكافر: المقرّ بالصانع أو الشاك رجاءً.

مدفوعة: مع عدم لزوم كون المتعلق عبادة كما مرّ.

قاعدة الجب: فان موردها الاحكام الشرعي بالذات لا ما جعل على نفسه (وقيل: ان موردها احكام الاسلام، والنذر غير مختص بالاسلام، واجيب بالاختصاص، وفيه نذر امّ مريم).

المسألة ١: يمكن دعوى: وهو الاظهر (اذ المراد ان امر يمينهم الى هؤلاء، ولا فرق عرفاً حينئذ بين الاذن والاجازة، والاجماع امره ما ذكره وقد ورد في العبد صحة تزويجه باجازة سيده معللاً بأنه عصى سيده فيصح بالاجازة كل مورد لم يكن عصيانه تعالى بل عصيان سائر ذوي الحقوق خلافاً للاستاد(قدّس سرّه). راجع الحديث ٢/ ١٠ الايمان: «لا يمين للولد مع والده ولا لمملوك مع مولاه ولا للمرئة مع زوجها»).

الخبر المذكور ونحوه انّه ليس للجماعة المذكورة يمين مع معارضة المولى او الاب أو الزوج، ولازمه جواز حلّهم له، وعدم وجوب العمل به مع عدم رضاهم به، وعلى هذا فمع النهي السابق لا ينعقد، ومع الاذن يلزم، ومع عدمهما ينعقد ولهم حلّه، ولا يبعد قوّة هذا القول، مع انّ المقدّر كما يمكن ان يكون هو الوجود يمكن ان يكون هو المنع والمعارضة، أي لا يمين مع منع المولى مثلاً، فمع عدم الظهور في الثاني لا اقلّ من الاجمال، والقدر المتيقّن هو عدم الصحّة مع المعارضة والنهي، بعد كون مقتضى العمومات الصحّة واللزوم، ثمّ إنّ جواز الحلّ او التوقّف على الاذن ليس في اليمين بما هو يمين مطلقاً كما هو ظاهر كلماتهم بل إنّما هو فيما كان المتعلّق منافياً لحقّ المولى أو الزوج، وكان ممّا يجب فيه طاعة الوالد إذا امر او نهى، وامّا ما لم يكن كذلك فلا، كما إذا حلف المملوك ان يحجّ إذا اعتقه المولى، أو حلفت الزوجة أن تحجّ إذا مات زوجها او طلّقها، او حلفا ان يصلّيا صلاة الليل، مع عدم كونها منافية لحقّ المولى، او حقّ الاستمتاع من الزوجة، او حلف الولد ان يقرأ كلّ يوم جزءاً من القرآن، او نحو ذلك ممّا لا يجب طاعتهم فيها للمذكورين، فلا مانع من انعقاده، وهذا هو المنساق من الاخبار، فلو حلف الولد ان يحجّ إذا استصحبه الوالد إلى مكّة مثلاً لا مانع من انعقاده، وهكذا بالنسبة إلى المملوك والزوجة، فالمراد من الاخبار انّه ليس لهم ان يوجبوا على انفسهم باليمين ما يكون منافياً لحقّ المذكورين، ولذا استثنى بعضهم الحلف على فعل الواجب او ترك القبيح، وحكم بالانعقاد فيهما، ولو كان المرادالیمین بما هو یمین لم یکن وجه لهذا الاستثناء، هذا كلّه في اليمين، وامّا النذر فالمشهور بينهم

ولا يبعد قوة هذا القول: بل هو بعيد، والمراد ان امر يمينهم الى هؤلاء أي لا يمين مستقلاً مع وجود هؤلاء ولا يحتاج الى تقدير الوجود فانه يفهم من كلمة مع كما لا يحتاج الى تقدير الاستقلال ونحوه فانه يفهم من نفي الحقيقة. واذا كان امرهم الى هؤلاء فاصل النفوذ اليهم لا ان لهم حلّه.

ظاهر كلماتهم: وهو الاقوى (وإلاّ لم يختص بهؤلاء فان اليمين على هدم حقوق الناس معلوم البطلان).

مما يجب فيه طاعة الوالد: لم يذكر (قدس سره) ملاك موضوع طاعة الوالد، ولعل الظاهر من العبارة ما كان منافياً لحقه ولم يذكر ملاك حقوقه. ولا يبعد ان يكون الواجب حسن المعاشرة ويكون المحرم هو العقوق والايذاء لا باعتبار ترك الامر نفسه وان كان أحوط وقد مرّ بعض الكلام في الصلاة.

كذلك فلا: بل يستفاد العموم واستثناء الامثلة ممنوع.

لهذا الاستثناء: عليه ايضاً، لا وجه لهذا الاستثناء اذ اللازم حينئذ استثناء كل ما

أنّه كاليمين في المملوك والزوجة، والحق بعضهم بهما الولد أيضاً، وهو مشكل لعدم الدليل عليه خصوصاً في الولد إلّا القياس على اليمين، بدعوى تنقيح المناط، وهو ممنوع، أو بدعوى أنّ المراد من اليمين في الاخبار ما يشمل النذر لاطلاقه عليه في جملة من الاخبار، منها خبران في كلام الامام عليه السلام ومنها اخبار في كلام الراوي وتقرير الامام عليه السلام له، وهو ايضاً كما ترى، فالاقوى في الولد عدم الالحاق نعم في الزوجة والمملوك لا يبعد الالحاق باليمين لخبر قرب الاسناد عن جعفر وعن أبيه عليهما السلام أنّ علياً عليه السلام كان يقول: ليس على المملوك نذر إلّا بإذن مولاه، وصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام ليس للمرأة مع

هو غير مناف للحق.

في الولد عدم الالحاق: اذا كان المراد من الدليل ما كان مناقياً للحق واعتبرنا في النذر الرجحان فلا وجه لعدم الالحاق. نعم على ما قلنا من عموم المراد يصح عدم الالحاق لعدم الدليل فيشمله عموم ادلة النذر إلّا اذا نهى الوالد فانه ينتفي الرجحان اللازم في النذر (قد اطلق اليمين على النذر كثيراً كما في ٤ و١١/١٧ النذر و٤/٨ و٤/١ لكن لا يزيد على استعمال الامر في الندب وهو لا يدفع ظهوره في الوجوب فلا دليل هنا على ارادة النذر ايضاً).

قرب الاسناد: (٢/١٥ النذر، ضعيف عند المصنف بالحسين بن علوان حيث لم يوثق صريحاً وفيه ان ظاهر عبارة النجاشي توثيقه، وكذا يظهر من ابن عقده راجع جامع الرواة والمعجم والطبرسي).

ابن سنان: (٢/١٥ النذر واشتمال الحديث على عدم امر للمرأة في العتق والصدقة والهبة والتدبير في مالها، مما لا يفتى به يوجب الوهن في المقام مما تكون الجمل المتعددة موارد لكبرى واحدة مذكورة في الدليل وان لم نقل بمقالة الخوئي ـ وتبعه بعض أهل العصر ـ من ان الاشتمال على مالا يفتى به مطلقاً يهدم الوثوق بالرواية كاشتمال كتاب على ضعاف، لإحتمال ارادة التأدّب في تلك الجمل فهذا نظير اشتمال مرسلة حماد في الصلاة على المستحبات الكثيرة فلا يضرّ بالاستناد للوجوب في مشكوك الوجوب والاستحباب وكاشتمال رواية الصدوق (قدس سره) في حلق اللحية على نتف الشارب فلا يضرّ الاستدلال بالامر بالاعفاء على حرمة الحلق كما لا يضرّ عدم وجوب الاعفاء مطلقاً على عدم وجوب المطلق منه، وكيف كان فالحكم في المقام على الاحتياط).

زوجها أمر في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها إلاّ بإذن زوجها إلاّ في حجّ او زكاة او برّ والديها أو صلة قرابتها. وضعف الاوّل منجبر بالشهرة، واشتمال الثاني على مالا نقول به لا يضرّ، ثمّ هل الزوجة تشمل المنقطعة او لا؟ وجهان وهل الولد يشمل ولد الولد او لا؟ كذلك وجهان، والامة المزوّجة عليها الاستيذان من الزوج والمولى بناء على اعتبار الاذن، وإذا أذن المولى للمملوك ان يحلف او ينذر الحجّ لا يجب عليه إعطاء ما زاد عن نفقته الواجبة عليه من مصارف الحجّ، وهل عليه تخلية سبيله لتحصيلها او لا؟ وجهان، ثمّ على القول بانّ لهم الحلّ هل يجوز مع حلف الجماعة التماس المذكورين في حلّ حلفهم او لا؟ وجهان.

مسالة ٢ : إذا كان الوالد كافراً ففي شمول الحكم له وجهان، أوجههما العدم، للانصراف ونفي السبيل.

مسالة ٣ : هل المملوك المبعّض حكمه حكم القنّ اولا؟ وجهان، لا يبعد الشمول ويحتمل عدم توقّف حلفه على الاذن في نوبته في صورة المهايات، خصوصاً إذا كان وقوع المتعلّق في نوبته.

او لا وجهان: لا يبعد الشمول فانها زوجة سيما في المنافي للحق (فان حكمه غير محتاج الى شمول لفظ الحديث كما لا ريب في شمول قوله تعالى: ﴿إلاّ على ازواجهم﴾ لها).

ولد الولد: عدم الشمول اظهر لعدم صدق الوالد على الجد إلاّ اذا قلنا بان مورد الدليل ما اذا كان منافياً لحقه فان للجد ايضاً حقوقاً فاذا نهى حفيده يصبح نذره مرجوحاً.

تخلية سبيله: الظاهر عدم الوجوب لعدم استلزام الاذن في الحج، ذلك لإمكان الحج بالبذل ونحوه فالمولى يرفع منعه فقط.

او لا وجهان: والجواز اقوى (لعدم المنافاة وعدم الدليل على المنع).

المسالة ٢ : أوجهها العدم: إلاّ اذا عدّ خلاف المعروف في التعاشر بل لا يبعد الشمول للوالد الذمي (لعدم الفرق في لزوم العاشر بالمعروف بين الكافر والمؤمن واما آية نفي السبيل فهي وان كانت مطلقة لعدم تقيّد الآيات بالسياق لكن النسبة بينها وبين ادلة حقوق الوالدين من وجه لا ينفي احديهما الاخرى بل لعل ادلة حقوق الوالدين مقدمة مع التوجه الى التأكيدات على تأمل).

المسالة ٣ : لا يبعد الشمول: بل عدم الشمول أوجه لتعلق الحكم بالعبد والمبعض بعضه عبد لا كله نعم بالنسبة الى زمان نوبة المولى، الحكم ثابت ملاكاً كما انه

مسألة ٤: الظاهر عدم الفرق في الولد بين الذكر والانثى، وكذا في المملوك والمالك، لكن لا تلحق الامّ بالاب.

مسألة ٥: إذا نذر او حلف المملوك بإذن المالك ثمّ انتقل إلى غيره بالارث او البيع أو نحوه بقي على لزومه.

مسألة ٦: لو نذرت المراة أو حلفت حال عدم الزوجيّة ثمّ تزوّجت وجب عليها العمل به، وإن كان منافياً للاستمتاع بها، وليس للزوج منعها من ذلك الفعل كالحجّ ونحوه، بل وكذا لو نذرت انّها لو تزوّجت بزيد مثلاً صامت كلّ خميس، وكان المفروض انّ زيداً ايضاً حلف ان يواقعها كلّ خميس إذا تزوّجها، فإنّ حلفها أو نذرها مقدّم على حلفه، وإن كان متاخّراً في الايقاع لانّ حلفه لا يؤثّر شيئاً في تكليفها، بخلاف نذرها فإنّه يوجب الصوم عليها لانّه متعلّق بعمل نفسها، فوجوبه عليها يمنع من العمل بحلف الرجل.

اذا كان مخالفاً لحق سيده فلا ينعقد النذر لعدم الرجحان.

المسألة ٤: الامّ: إلّا اذا كان منافياً لحقها (فلا رجحان حينئذ).

المسألة ٥: بقي على لزومه: (واستشكل الخوئي(قدس سره) بأن الرجحان وقت العمل لازم وفي المورد وقت العمل لا رجحان، لتعلق حق الغير، وفيه: ان متعلق النذر هنا وقت العمل ايضاً راجح، والاشكال كان من ناحية السيد والمولى، والظاهر من الدليل، السيد حال الصيغة اذ من البعيد جداً بقاء النذور في هذه الموارد مراعىً الى سنين متمادية احياناً، وهذا بعض الفارق بين المسألة ومسألة نذر زيارة الحسين عليه السلام كل عرفة اذا استطاع).

المسألة ٦: لو تزوجت بزيد: الظاهر شمول دليل المنع لهذه الصورة فانه النذر على فرض تحقق الزوجية، فنذر الزوج حينئذ مؤثر بلا معارض، واما اذا نذرت بلا تقييد بالتزوج وقلنا بالصحة كما مرّ فيصح النذران ويتعارضان في العمل كواجدي الماء ويرجع الى الحاكم لرفع النزاع اذ كل تخاصم يرفع اليه ولا يرضى الشارع بالتخاصم الدائم بخلاف واجدي الماء ايهما سبق توضا (ولا وجه ظاهراً لكلام الخوئي والحكيم(قدس سرهما) بعدم الفرق بين الاطلاق والتقييد، اذ الفارق فهم العرف بالشمول في المطلق دون المقيد. ولا فرق بين النذر والحلف من هذه الجهة خلافاً للاستاذ ولا فرق بين الصوم وغيره ايضاً).

مسالة ٧ : إذا نذر الحجّ من مكان معيّن كبلده أو بلد آخر معيّن فحجّ من غير ذلك المكان لم تبرأ ذمّته ووجب عليه ثانياً، نعم لو عيّنه في سنة فحجّ في تلك السنة من غير ذلك المكان وجب عليه الكفّارة، لعدم إمكان التدارك، ولو نذر أن يحجّ من غير تقييد بمكان ثمّ نذر نذراً آخر أن يكون ذلك الحجّ من مكان كذا وخالف فحجّ من غير ذلك المكان برأ من النذر الأوّل، ووجب عليه الكفّارة لخلف النذر الثاني، كما أنّه لو نذر أن يحجّ حجّة الاسلام من بلد كذا فخالف فإنّه يجزيه عن حجّة الاسلام ووجب عليه الكفّارة لخلف النذر.

مسالة ٨: إذا نذر أن يحجّ ولم يقيّده بزمان فالظاهر جواز التاخير إلى ظنّ الموت أو الفوت فلا يجب عليه المبادرة إلّا إذا كان هناك انصراف، فلو مات قبل الاتيان به في صورة جواز التاخير لا يكون عاصياً، والقول بعصيانه مع تمكّنه في بعض تلك الازمنة وإن جاز التاخير لا وجه له وإذا قيّده بسنة معيّنة لم يجز التاخير مع فرض تمكّنه في تلك السنة، فلو أخّر عصى وعليه القضاء والكفّارة، وإذا مات

المسالة ٧ : من مكان كذا: مع فرض رجحان فيه (بخلاف النذر الواحد لعدم لزوم الرجحان في جميع الخصوصيات).

المسالة ٨ : الى ظن الموت: بل الظاهر عدم الجواز إلّا مع الاطمينان العقلائي ببقاء الامكان (فانه مقتضى الدينية ولا يجوز الاعتماد على اصل السلامة وبقاء القدرة فانه لو تم لجرى حتى مع ظن الفوت لو اريد الاستصحاب. مع انه ليس موضوع الدليل ولا حكماً شرعياً ولو اريد الاصل العقلائي فلا نسلم جريانه في غير الاطمينان وهو يختلف باختلاف الموارد).

عليه القضاء: في لزوم القضاء اشكال وعدمه اوجه، وكذا يشكل في النذر المطلق لكن الوجوب والاخراج من الثلث فيه اوجه (لعدم الدليل على الدينية المالية في كل حج لإمكان الحج بلا مال، والدليل ورد في حجة الاسلام لا النذر نعم ورد في نذر احجاج الغير ايضاً اعتبار الدينية له، لكنه مع ذلك صرّح بالخروج من الثلث فليس على حدّ الديون حقيقة كما ان القضاء بأمر جديد ومعلق على عنوان الفوت فلا يدل عليه الدليل الاول، كما أن كون كل التكاليف ديوناً مبني على التسامح في الاطلاقات، وليس عنوان القضاء من أجل ذلك الاعتبار وإلّا كان في الوقت ايضاً كذلك. وكيف كان فالحج مقيد حينئذ بسنة معينة فاذا لم يتمكن أو عصى ولم يأت به لا دليل على القضاء. نعم الكفارة ثابتة بلا ريب للحنث، واما رواية مسمع بن عبدالملك ١/١٦ كتاب النذر، الدالة على لزوم اخراج الحج النيابي النذري أو الاحجاج

وجب قضاؤه عنه، كما أنّ في صورة الاطلاق إذا مات بعد تمكّنه منه قبل إتيانه وجب القضاء عنه، والقول بعدم وجوبه بدعوى أنّ القضاء بفرض جديد ضعيف لما يأتي، وهل الواجب القضاء من اصل التركة أو من الثلث؟ قولان، فذهب جماعة إلى القول بأنّه من الاصل، لانّ الحجّ واجب ماليّ وإجماعهم قائم على أنّ الواجبات الماليّة تخرج من الاصل وربما يورد عليه بمنع كونه واجباً ماليّاً، وإنّما هو أفعال مخصوصة بدنيّة وإن كان قد يحتاج إلى بذل المال في مقدّماته، كما أنّ الصلاة أيضاً قد تحتاج إلى بذل المال في تحصيل الماء والساتر والمكان ونحو ذلك، وفيه أنّ الحجّ في الغالب محتاج إلى بذل المال بخلاف الصلاة وسائر العبادات البدنيّة، فإن كان هناك إجماع أو غيره على أنّ الواجبات الماليّة تخرج من الاصل يشمل الحجّ قطعاً، وأجاب صاحب الجواهر بأنّ المناط في الخروج من الاصل كون الواجب ديناً، والحجّ كذلك فليس تكليفاً صرفاً، كما في الصلاة والصوم بل للأمر به جهة وضعيّة، فوجوبه على نحو الدينيّة، بخلاف سائر العبادات البدنيّة، فلذا يخرج من الاصل كما يشير إليه بعض الاخبار الناطقة بأنّه

النذري من الاصل المعارضة لصحيحي ضريس وابن ابي يعفور الدالين على الإخراج من الثلث في الاحجاج، فهي مشتملة على لزوم العمل بالنذر مع عدم تحقق شرطه في زمن حياة الناذر وانتقال هذا الوجوب المراعى الى المال، وهو خلاف القواعد، كما ان الصحيحين خلاف القواعد ولم يعمل بهما اذ لو كان ديناً لزم الخروج من الاصل وإلاّ فلا يخرج من الثلث ايضاً بلا وصية، واما الاجماع فبعد هذه الوجوه يحتمل مدركيته جداً.

قال الگلپايگاني (قدس سره) عدم العمل بذيل حديث مسمع لا يضرّ بالصدر وتبعه بعض اهل العصر وفيه: ان جواب الصدر والذيل بجملة واحدة لا يمكن التفكيك بينهما فما فصّلته في تعليقتي المفصّلة في هذا المقام غير صحيح.

نعم في خصوص نذر صوم معين ورد الدليل في الباب ١٠ النذر بالقضاء، وهو خلاف القاعدة مع عدم صحة النذر لتصادف المرض ولم يرد في الحج ذلك.

لكن مع ذلك كله الاوجه القضاء والاخراج من الثلث لصحيح مسمع ١/١٦ الدال على عدم الفرق بين نذر الحج والاحجاج ودلالة صحيحي ضريس وابن ابي يعفور ١ و٣/٢٩ وجوب الحج، على الاخراج من الثلث في الاحجاج مع فهم العرف عدم الفرق ايضاً بل الحج اولى بذلك من الاحجاج فانه مالي يخرج من الثلث والحج لا يتمحض في المال، وعدم إباء صحيح مسمع من الثلث فانه يدل على الاحجاج من التركة ولا يأبى من الثلث، فحديث مسمع وان كان من حيث الانعقاد ولزوم القضاء

دين أو بمنزلة الدين، قلت: التحقيق انّ جميع الواجبات الالهيّة ديون لله تعالى، سواء كانت مالاً أو عملاً ماليّاً او عملاً غير ماليّ، فالصلاة والصوم ايضاً ديون لله ولهما جهة وضع، فذمّة المكلّف مشغولة بهما ولذا يجب قضاؤهما فإنّ القاضي يفرغ ذمّة نفسه أو ذمّة الميّت، وليس القضاء من باب التوبة، أو من باب الكفّارة بل هو إتيان لما كانت الذمّة مشغولة به، ولا فرق بين كون الاشتغال بالمال أو بالعمل، بل مثل قوله: لله عليّ ان أعطي زيداً درهماً، دين إلهيّ لا خلقيّ فلا يكون الناذر مديوناً لزيد بل هو مديون لله بدفع الدرهم لزيد، ولا فرق بينه وبين ان يقول: لله عليّ ان احجّ او ان أصلّي ركعتين، فالكلّ دين الله، ودين الله احقّ أن يقضى، كما في بعض الاخبار، ولازم هذا كون الجميع من الاصل، نعم إذا كان الوجوب على وجه لا يقبل بقاء شغل الذمّة به بعد فوته لا يجب قضاؤه، لا بالنسبة إلى نفس من وجب عليه، ولا بعد موته، سواء كان مالاً أو عملاً مثل وجوب إعطاء الطعام لمن يموت من الجوع عام المجاعة، فإنّه لو لم يعطه حتّى مات لا يجب عليه ولا على وارثه القضاء، لانّ الواجب إنّما هو حفظ النفس المحترمة، وهذا لا يقبل البقاء بعد فوته، وكما في نفقة الارحام فإنّه لو ترك الانفاق عليهم مع تمكّنه لا يصير ديناً عليه، لانّ الواجب سدّ الخلّة، وإذا فات لا يتدارك، فتحصّل انّ مقتضى القاعدة في الحجّ النذريّ إذا تمكّن وترك حتّى مات وجوب قضائه من الاصل، لانّه دين إلهيّ، إلّا ان يقال بإنصراف الدين عن مثل هذه الواجبات، وهو محلّ منع، بل دين الله أحقّ ان يقضى، وامّا الجماعة القائلون بوجوب

قبل تحقق الشرط خلاف القواعد لكن قد عمل به جماعة مع انه من حيث عدم الفرق بين الحج والاحجاج لا يخالف القواعد ولا يأبى عن الثلث، والصحيحان يدلان على الثلث، واعراض المشهور لعله مدركي من جهة اعتقادهم المالية الدينيّة في الحج مثلاً، والاكتفاء بجملة واحدة في خبر مسمع وان كان يضعّف الحديث لكن الصحيحين ايضاً مؤيدان للمطلب وفاقاً للخوئي والسيد جمال والبهبهاني (قدس سرّهم) خلافاً للاستاذ (قدس سرّه) في اعتقاده الخروج من الاصل وكذا الگلپايگاني (قدس سرّه) ثم ان ما ذكرنا من الدليل انما هو في النذر المطلق، واما المقيد فلا دليل على القضاء بعد فرض مضيّ وقته إلّا ان يكون على نحو تعدد المطلوب).

الالهية ديون: (اطلاق الدين عليها احياناً في ١٨ و٢٥ و٢٩ وجوب الحج لا يوجب دخولها تحت عنوان الدين الذي يخرج من الاصل في باب التركة).

وكما في نفقة الارحام: (على مبناه (قدس سرّه) نقول: التكليف ثابت فهو واجب الهي فهو دين مع وجود الجهة المالية فيه ايضاً، ولا نسلم ان الوجوب فيه يكون على وجه لا يقبل بقاء شغل الذمة).

قضائه من الثلث فاستدلّوا بصحيحة ضريس وصحيحة ابن أبي يعفور الدالّتين على أنّ من نذر الاحجاج ومات قبله يخرج من ثلثه، وإذا كان نذر الاحجاج كذلك مع كونه مالياً قطعا فنذر الحجّ بنفسه أولى، بعدم الخروج من الاصل، وفيه انّ الاصحاب لم يعملوا بهذين الخبرين في موردهما، فكيف يعمل بهما في غيره؟ وأمّا الجواب عنهما بالحمل على صورة كون النذر في حال المرض بناء على خروج المنجّزات من الثلث، فلا وجه له بعد كون الأقوى خروجها من الاصل، وربما يجاب عنهما بالحمل على صورة عدم إجراء الصيغة، أو على صورة عدم التمكّن من الوفاء حتّى مات، وفيهما ما لا يخفى خصوصاً الاوّل.

مسالة ٩ : إذا نذر الحجّ مطلقاً أو مقيّداً بسنة معيّنة ولم يتمكّن من الاتيان به حتّى مات لم يجب القضاء عنه، لعدم وجوب الاداء عليه حتّى يجب القضاء عنه فيكشف ذلك عن عدم انعقاد نذره.

مسالة ١٠ : إذا نذر الحجّ معلّقاً على أمر كشفاء مريضه أو مجيء مسافره فمات قبل حصول المعلّق عليه هل يجب القضاء عنه أم لا؟ المسئلة مبنيّة على أنّ التعليق من باب الشرط أو من قبيل الوجوب المعلّق، فعلى الاوّل لا يجب لعدم الوجوب عليه بعد فرض موته قبل حصول الشرط وإن كان متمكّناً من حيث المال وسائر الشرايط، وعلى الثاني يمكن أن يقال بالوجوب لكشف حصول الشرط عن كونه واجباً عليه من الاوّل، إلّا أن يكون نذره منصرفاً إلى بقاء حياته حين حصول الشرط.

مسالة ١١ : إذا نذر الحجّ وهو متمكّن منه فاستقرّ عليه ثمّ صار معضوباً لمرض أو نحوه أو مصدوداً بعدوّ أو نحوه فالظاهر وجوب استنابته حال حياته لما مرّ من الاخبار سابقاً في وجوبها، ودعوى

المسالة ١٠ : وعلى الثاني: عليه ايضاً عدم الوجوب اظهر لعدم التمكن منه حال حياته (وفاقاً للخوئي والگلپايگاني (قدس سرهما) ومرّ ان هذا وجه ضعف في خبر مسمع ولا يمكن التعبد به وحده خلافاً للقواعد للزوم التصريحات الاكيدة اذا بنى التعبد على خلاف القواعد.

إلّا ان يقال: القضاء تابع للوجوب لا الواجب، فيجب القضاء وان لم يأت وقت الواجب كما احتمل الاستاد (قدس سره) على تأمل، وفيه: ان القضاء على عنوان فوات الواجب، والظاهر عرفاً منه انه تابع للواجب).

المسالة ١١ : وجوب استنابته: بل الظاهر عدم الوجوب (لإختصاص الاخبار بحجة الاسلام راجع الباب ٢٤ وجوب الحج، واحتمل الاستاذ (قدس سره) اطلاق صحيح ٥/ ٢٤ : «لو ان رجلاً اراد الحج ...» وفيه: انه لو سلم عدم الانصراف الى حج الاسلام فلا اطلاق لقوله عليه السلام: اراد، يشمل النذر لكون الحديث بصدد وجوب الاستنابة في فرض المنع عن الواجب لا بصدد بيان أنواع الواجب.

اختصاصها بحجّة الاسلام ممنوعة كما مرّ سابقاً، وإذا مات وجب القضاء عنه، وإذا صار معضوباً أو مصدوداً قبل تمكّنه واستقرار الحجّ عليه او نذر وهو معضوب او مصدود حال النذر مع فرض تمكّنه من حيث المال ففي وجوب الاستنابة وعدمه حال حياته ووجوب القضاء عنه بعد موته قولان، أقواهما العدم، وإن قلنا بالوجوب بالنسبة إلى حجّة الاسلام إلّا أن يكون قصده من قوله: لله عليّ أن احجّ، الاستنابة.

مسالة ١٢: لو نذر أن يحجّ رجلاً في سنة معيّنة فخالف مع تمكّنه وجب عليه القضاء والكفّارة، وإن مات قبل إتيانهما يقضيان من أصل التركة، لانّهما واجبان ماليّان بلا إشكال، والصحيحتان المشار اليهما سابقاً الدالّتان على الخروج من الثلث معرض عنهما كما قيل، او محمولتان على بعض المحامل، وكذا إذا نذر الاحجاج من غير تقييد بسنة معيّنة مطلقاً او معلّقاً على شرط وقد حصل وتمكّن منه وترك حتّى مات فإنّه يقضى عنه من أصل التركة، وامّا لو نذر الاحجاج باحد الوجوه ولم يتمكّن منه حتّى مات ففي وجوب قضائه وعدمه وجهان، أوجههما ذلك، لانّه واجب ماليّ اوجبه على نفسه فصار ديناً، غاية الامر انّه مالم يتمكّن معذور، والفرق بينه وبين نذر الحجّ بنفسه انّه لا يعدّ ديناً مع عدم التمكّن منه،

ولا يمكن كشف الملاك والغاء الخصوصية لاهمية حجة الاسلام كما قال الاستاذ، فلا وجه لحاشية الگلپايگاني وبعض آخر بالغاء الخصوصية وبانّ الاستنابة مطابقة للقاعدة لإعتبار الدينية في النذر وفيه: ان النذر لو كان على نحو اعم من المباشرة فلم يتحقق حنث وعصيان اصلاً، وإلّا فلا وجه لقبول نيابة الغير ذلك).

وان قلنا: (على القول به كما مرّ، وعلى عدم اختصاص الادلة بها كما هو اعتقاد المتن فلا وجه للتفكيك كما قال الاستاذ(قدس سره).

المسالة ١٢: القضاء والكفارة: في لزوم القضاء اشكال وعدمه اوجه (فان الروايات وردت في المطلق لا المقيد فلا وجه لوجوب القضاء بعد مضي الوقت إلّا ان تلغى الخصوصية ولا دليل عليه عرفاً).

من أصل التركة: بل القضاء فقط من الثلث دون الكفارة (للصحيحين ١ و٣/٢٩ وجوب الحج، ويحمل خبر مسمع ١/١٦ النذر ايضاً عليهما لعدم التصريح بالاصل فيه واما الكفارة فلا نسلم انها دين مالي ليثبت في مال الميت او على الورثة).

اوجهها ذلك: بل عدم الوجوب اقوى (لعدم شمول الصحيحين وصحيح مسمع ذلك ولا نسلم اعتبار الدينيّة المالية).

واعتبار المباشرة، بخلاف الاحجاج فإنّه كنذر بذل المال، كما إذا قال: لله عليّ أن أعطي الفقراء مائة درهم ومات قبل تمكّنه، ودعوى كشف عدم التمكّن عن عدم الانعقاد ممنوعة، ففرق بين إيجاب مال على نفسه أو إيجاب عمل مباشريّ وإن استلزم صرف المال، فإنّه لا يعدّ ديناً عليه بخلاف الأوّل.

مسألة ١٣ : لو نذر الاحجاج معلّقاً على شرط كمجيء المسافر او شفاء المريض فمات قبل حصول الشرط مع فرض حصوله بعد ذلك وتمكّنه منه قبله فالظاهر وجوب القضاء عنه إلّا أن يكون مراده التعليق على ذلك الشرط مع كونه حيّاً حينه، ويدلُّ على ما ذكرنا خبر مسمع بن عبد الملك فيمن كان له جارية حبلى فنذر إن هي ولدت غلاماً أن يحجّه أو يحجّ عنه، حيث قال الصادق عليه السلام بعد ما سئل عن هذا: إنّ رجلا نذر في ابن له إن هو ادرك ان يحجّه او يحجّ عنه، فمات الاب وادرك الغلام بعد، فاتى رسول الله صلى الله عليه وآله فسأله عن ذلك، فامر رسول الله صلى الله عليه وآله ان يحجّ عنه، ممّا ترك أبوه، وقد عمل به جماعة، وعلى ما ذكرنا لا يكون مخالفاً للقاعدة كما تخيّله سيّد الرياض، وقرّره عليه صاحب الجواهر وقال: إنّ الحكم فيه تعبّديّ على خلاف القاعدة.

مسألة ١٤ : إذا كان مستطيعاً ونذر ان يحجّ حجّة الاسلام انعقد على الاقوى، وكفاه حجّ واحد، وإذا ترك حتّى مات وجب القضاء عنه، والكفّارة من تركته، وإذا قيّده بسنة معيّنة فاخّر عنها وجب عليه

اعطى الفقراء : ان كان المراد التعهد الذمي بالمائة لا ايجاب عمل وهو الاعطاء كما لعله الاظهر من دليل الكفارات.

المسألة ١٣ : وجوب القضاء (للرواية المعتبرة، اي: صحيح مسمع المذكور ١٦/١ النذر بعد عدم احراز الإعراض وان كانت مخالفة للقواعد لعدم التمكن، إلّا ان يكون المراد الغاء شرطية التمكن بنفسه، أي جعل مال على عهدته لاجل حصول ذلك الشرط ولو بعد الموت وقلنا بصحة الغاء هذا الشرط من ناحية الناذر والظاهر عدم موافقة ادلة النذر لإلغاء هذا الشرط من ناحية الناذر فانه حكم شرعي، فهو خلاف القاعدة، لكن الدليل معتمدنا ورواية اهل البيت ملجانا بعد عدم اعراض الاصحاب).

المسألة ١٤ : والكفارة: مرّ الاشكال في الكفارة (فانها واجبة على الشخص المتخلف، ولا نسلم انها دين مالي ثابت في التركة، فالواجب هو اعطاء الفقير مثلاً والاعطاء عمل من الناذر نفسه وان اشتمل على المال).

بسنة معينة: أي عام الاستطاعة وإلّا لم ينعقد النذر (ثم ان نذر الواجب لابأس به فانه كالتعهد مرّتين لعمل شخص فماذكره الحكيم (قدس سره) وتردّد الشاهرودي (قدس سره) فيه

الكفّارة وإذا نذره في حال عدم الاستطاعة انعقد أيضاً، ووجب عليه تحصيل الاستطاعة مقدّمة، إلّا أن يكون مراده الحجّ بعد الاستطاعة.

مسألة ١٥ : لا يعتبر في الحجّ النذريّ الاستطاعة الشرعيّة، بل يجب مع القدرة العقليّة، خلافاً للدروس ولا وجه له إذ حاله حال سائر الواجبات الّتي تكفيها القدرة عقلاً.

مسألة ١٦ : إذا نذر حجّاً غير حجّة الاسلام في عامه وهو مستطيع لم ينعقد، إلّا إذا نوى ذلك على تقدير زوالها فزالت، ويحتمل الصحّة مع الاطلاق ايضاً إذا زالت حملاً لنذره على الصحّة.

مسألة ١٧ : إذا نذر حجّاً في حال عدم الاستطاعة الشرعيّة ثمّ حصلت له فإن كان موسّعاً أو مقيّداً بسنة متاخّرة قدّم حجّة الاسلام لفوريّتها، وإن كان مضيّقاً بأن قيّده بسنة معيّنة وحصل فيها الاستطاعة أو قيّده بالفوريّة قدّمه، وحينئذٍ فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجبت، وإلاّ فلا، لانّ المانع الشرعيّ كالعقليّ، ويحتمل وجوب تقديم النذر ولو مع كونه موسّعاً لانّه دين عليه، بناءً على انّ

من ان المستحق لا يستحق ثانياً لكنه منع ان يكون معنى الوجوب هو الاستحقاق، فيه منع فلا وجه لإنصراف ادلة النذر عن نذر الواجب).

المسألة ١٥ : القدرة العقلية : بلا ضرر نفسي محرّم، وهل يجب العمل به مع الحرج؟ لا يبعد ذلك (فان شمول دليل رفع الحرج لما التزم به الشخص زائداً على التكليف الاولي سيما في مثل النذر المشتمل نوعاً على الحرج ممنوع بل لعل ملاك وضع قانون النذر لإلزام الشخص فيما لو لم يكن نذر لم يعمل به لمشقته وان لا يكون النذر مختصاً بذلك، خلافاً للاستاذ والخوئي(قدس سرهما)).

المسألة ١٦ : ويحتمل الصحة : بل هو الاقوى اذا تمشى منه قصد القربة للرجحان واقعاً واما الحمل على الصحة فهو في فعل الغير أو فعل نفسه اذا كان لا يعلم كيفية فعله، وهنا الوضع معلوم.

المسألة ١٧ : قدم حجة الاسلام : ان كان المنذور غيرها ولو بالانصراف واما لو كان المنذور طبيعة الحج فهي تنطبق على حجة الاسلام فلا تعدد.

قدّمه : بل قدّمها، بل لا يجب غيرها لكشف الاستطاعة عن عدم انعقاد النذر لعدم الرجحان.

لانه دين : مرّ الاشكال في كونه ديناً مالياً كسائر الديون مع انه قد اختار سابقاً وجوب حجة الاسلام اذا وثق بالتمكن من الاداء (والحاصل عدم اعتبار عدم المانع

الدين ولو كان موسّعاً يمنع عن تحقّق الاستطاعة، خصوصاً مع ظنّ عدم تمكّنه من الوفاء بالنذر إن صرف استطاعته في حجّة الاسلام.

مسألة ١٨ : إذا كان نذره في حال عدم الاستطاعة فورياً ثمّ استطاع واهمل عن وفاء النذر في عامه وجب الاتيان به في العام القابل مقدّماً على حجّة الاسلام وإن بقيت الاستطاعة إليه لوجوبه عليه فوراً فوراً فلا يجب عليه حجّة الاسلام إلاّ بعد الفراغ عنه، لكن عن الدروس أنّه قال بعد الحكم بانّ استطاعة النذر شرعيّة لا عقليّة: فلو نذر ثمّ استطاع صرف ذلك إلى النذر، فإن أهمل واستمرّت الاستطاعة إلى العام القابل وجب حجّة الاسلام أيضاً. ولا وجه له، نعم لو قيّد نذره بسنة معيّنة وحصل فيها الاستطاعة فلم يف به وبقيت استطاعته إلى العام المتاخّر أمكن أن يقال بوجوب حجّة الاسلام ايضاً، لانّ حجّه النذريّ صار قضاء موسّعاً، ففرق بين الاهمال مع الفوريّة، والإهمال مع التوقيت، بناء على تقديم حجّة الاسلام مع كون النذريّ موسّعاً.

مسألة ١٩ : إذا نذر الحجّ واطلق من غير تقييد بحجّة الاسلام ولا بغيره وكان مستطيعاً أو استطاع بعد ذلك فهل يتداخلان فيكفي حجّ واحد عنهما، أو يجب التعدّد أو يكفي نيّة الحجّ النذريّ عن حجّة الاسلام دون العكس؟ أقوال: أقواها الثاني لاصالة تعدّد المسبّب بتعدّد السبب، والقول بانّ الاصل هو

الشرعي في تحقق الاستطاعة).

المسألة ١٨ : مقدماً على حجة الاسلام: بل يقدم حجة الاسلام.

حجة الاسلام ايضاً: (وكلامه متين اذ مع الاهمال يتنجز كلاهما، وليس مراده وجوب حجة الاسلام دون حج النذر، نعم كلامه في تقديم حج النذر في الاول غير صحيح كما مرّ للمانع عن الرجحان وان كان لو لم يأت بحجة الاسلام لم يكن مانع عن انعقاد النذر).

امكن ان يقال: لكنه ضعيف بل الواجب هو حجة الاسلام فقط (فان القضاء للنذر حينئذ من جهة الغاء الخصوصية عن مورد الصحيحين وحديث مسمع، اي: الإحجاج المطلق الى الحج ولو مقيداً بسنة وإلاّ فلا دليل على القضاء كما مرّ، لتقيّد النذر بسنة خاصة، وان كان حجه النذري في تلك السنة مع فرض الاهمال في حج الاسلام صحيحاً بل واجباً من باب الترتب، وأما وجوب حجة الاسلام فللاستطاعة).

المسألة ١٩ : اقوال: اذا كان النذر قد تعلق بطبيعة الحج بلا ارادة كونه سبباً مستقلاً يكفي اتيان حجة الاسلام وليس من التداخل وإلاّ فيلزم التعدد مع تقديم حجة الاسلام (وليس الباب باب تداخل الاسباب أو المسببات فان بحث التداخل فيما

التداخل ضعيف، واستدلّ للثالث بصحيحتي رفاعة ومحمّد بن مسلم عن رجل نذر ان يمشي إلى بيت الله فمشى، هل يجزيه عن حجّة الاسلام؟ قال ﷺ، نعم. وفيه انّ ظاهرهما كفاية الحجّ النذريّ عن حجّة الاسلام مع عدم الاستطاعة وهو غير معمول به، ويمكن حملهما على انّه نذر المشي لا الحجّ ثمّ اراد ان يحجّ فسئل ﷺ عن انّه هل يجزيه هذا الحجّ الّذي اتى به عقيب هذا المشي ام لا؟ فاجاب ﷺ بالكفاية، نعم لو نذر ان يحجّ مطلقاً ايّ حجّ كان كفاه عن نذره حجّة الاسلام، بل الحجّ النيابيّ وغيره ايضاً، لانّ مقصوده حينئذ حصول الحجّ منه في الخارج بايّ وجه كان.

مسألة ٢٠ : إذا نذر الحجّ حال عدم استطاعته معلّقاً على شفاء ولده مثلاً فاستطاع قبل حصول المعلّق عليه فالظاهر تقديم حجّة الاسلام، ويحتمل تقديم المنذور إذا فرض حصول المعلّق عليه قبل خروج الرفقة مع كونه فوريّاً، بل هو المتعيّن إن كان نذره من قبيل الواجب المعلّق.

اختلف الشرط و اتحد الجزاء في كلام الآمر، مثل: ان ظاهرت اعتق، وان افطرت اعتق، فهل الشرط سبب أو معرف؟ بل الملاك هنا قصد الناذر بل انشائه عن قصد. فلا وجه لبناء سيد المدارك البحث هنا على التداخل واعتقده هو، ولا لاستدلال بعضهم على عدم التداخل بالاجماع عن الناصريات او بمرسل نهاية الشيخ (قدس سرّه): « ... في بعض الاخبار انه لا يجزي عنه ... »).

ويمكن حملهما: بل الظاهر ما قاله المستدل لكن لايستفاد الاطلاق لإستفادة الاجزاء مطلقاً حتى فيما كان قصد الناذر التعدد (الروايتان في ١ و٢٧/٣ وجوب الحج، ولا يبعد ظهورهما في كفاية الحج النذري مع المشي عن حجة الاسلام لكن لا يعلم الاطلاق حتى بالنسبة الى ما كان قصد الناذر الاستقلال، واما احتمال ارادة نذر صرف المشي الى البيت بلا قصد الحج فبعيد في الغاية، وكذا احتمال ارادة كفاية الحج النذري من غير المستطيع عن حجة اسلامه لذكر عدم المال في ذيله مع عدم الذكر في الصدر فالسؤال ممحض في حيث كفاية النذري عن الاسلامي).

الحج النيابي: يحتاج الى عناية زائدة لشموله وإلاّ فالحج النيابي ليس حجاً له.

المسألة ٢٠ : ويحتمل: بل يقدم حجة الاسلام ولو كان من قبل الواجب المعلق (خلافاً للحكيم (قدس سرّه) نظراً الى تقدم السبب لكن مرّ لزوم الرجحان في ظرف العمل فلو قيد بالفورية لم يكن فيه رجحان ولو اطلق فحجة الاسلام اهم، ومرّ ان استطاعة الحج ليست شرعية).

مسألة ٢١ : إذا كان عليه حجّة الاسلام والحجّ النذريّ ولم يمكنه الاتيان بهما إمّا لظنّ الموت او لعدم التمكّن إلّا من احدهما ففي وجوب تقديم الاسبق سبباً او التخيير او تقديم حجّة الاسلام لاهميّتها وجوه، اوجهها الوسط، واحوطها الاخير وكذا إذا مات وعليه حجّتان ولم تف تركته إلّا لاحداهما، وامّا إن وفت التركة فاللازم استيجارهما ولو في عام واحد.

مسألة ٢٢ : من عليه الحجّ الواجب بالنذر الموسّع يجوز له الاتيان بالحجّ المندوب قبله.

مسألة ٢٣ : إذا نذر ان يحجّ او يُحجّ انعقد ووجب عليه احدهما على وجه التخيير، وإذا تركهما حتّى مات يجب القضاء عنه مخيّراً وإذا طرأ العجز من احدهما معيّناً تعيّن الآخر، ولو تركه ايضاً حتّى مات يجب القضاء عنه مخيّراً ايضاً، لانّ الواجب كان على وجه التخيير، فالفائت هو الواجب المخيّر، ولا عبرة بالتعيين العرضيّ، فهو كما لو كان عليه كفّارة الافطار في شهر رمضان وكان عاجزاً عن بعض الخصال ثمّ مات، فإنّه يجب الاخراج عن تركته مخيّراً، وإن تعيّن عليه في حال حياته في إحداها فلا يتعيّن في ذلك المتعيّن، نعم لو كان حال النذر غير متمكّن إلّا من احدهما معيّناً ولم يتمكّن من الآخر إلى أن مات امكن أن يقال باختصاص القضاء بالذي كان متمكّناً منه، بدعوى انّ النذر لم ينعقد بالنسبة إلى ما لم يتمكّن منه، بناء على انّ عدم التمكّن يوجب عدم الانعقاد، لكن الظاهر انّ مسئلة الخصال ليست كذلك، فيكون الاخراج من تركته على وجه التخيير وإن لم يكن في حياته متمكّناً إلّا من

المسألة ٢١ : أحوطها الاخير: بل الاقوى كما مرّ.

وعليه حجتان: وقلنا بخروج الحج النذري ايضاً من الاصل، واما لو قلنا بخروجه من الثلث كما مرّ فتقديم حجة الاسلام أوضح.

المسألة ٢٢ : بالحج المندوب: (لعدم المنع شرعاً وانما المنع فقط في الصوم كما ان في الصلاة اختلاف والاظهر الجواز كما مرّ في محله، وهل المنع على القول به في الصلاة يختص بما اذا كان عليه قضاء فرض او يشمل الفرض الادائي وقد خرج النافلة بدليل؟).

المسألة ٢٣ : امكن ان يقال: لا وجه له في النذر المطلق فان عدم تمكنه عند النذر لا يسلب القدرة المطلقة، فالنذر لا اشكال فيه اذا تمشى منه القصد والملاك هو القدرة حال العمل في المقيد وقته وفي المطلق وقتاً ما يسعه، واما الخصال فالواجب هو الجامع الانتزاعي والعجز عن الخصوصيات غير دخيل فالقضاء الواجب قضاء الجامع (ثم الظاهر عدم الفرق بين الحج والاحجاج فان الملاك في انعقاد النذر هو القدرة حين العمل خلافاً لما يظهر من الاستاذ(قدس سره).

البعض اصلاً، وربما يحتمل في الصورة المفروضة ونظائرها عدم انعقاد النذر بالنسبة إلى الفرد الممكن ايضاً، بدعوى انّ متعلّق النذر هو احد الامرين على وجه التخيير، ومع تعذّر احدهما لا يكون وجوب الآخر تخييريّاً، بل عن الدروس اختياره في مسئلة ما لو نذر إن رزق ولداً ان يحجّه أو يحجّ عنه إذا مات الولد قبل تمكّن الاب من احد الامرين، وفيه انّ مقصود الناذر إتيان احد الامرين من دون اشتراط كونه على وجه التخيير فليس النذر مقيّداً بكونه واجباً تخييريّاً، حتّى يشترط في انعقاده التمكّن منهما.

مسألة ٢٤ : إذا نذر ان يحجّ أو يزور الحسين عليه السلام من بلده ثمّ مات قبل الوفاء بنذره وجب القضاء من تركته ولو اختلفت أجرتهما يجب الاقتصار على اقلّهما أجرة إلّا إذا تبرّع الوارث بالزائد فلا يجوز للوصيّ اختيار الازيد أجرة، وإن جعل الميّت امر التعيين إليه، ولو اوصى باختيار الازيد أجرة خرج الزائد من الثلث.

مسألة ٢٥ : إذا علم انّ على الميّت حجّاً ولم يعلم انّه حجّة الاسلام او حجّ النذر وجب قضاؤه عنه

ربما يحتمل: لكنه ضعيف لتعلق النذر بعنوان احدهما طريقاً الى ايّهما شاء واقعاً، والمفروض تحقق القدرة زماناً ما بالنسبة الى احدهما، فالنذر ان تعلق بالجامع الانتزاعي فهو مقدور ببعض افراده وهو كاف في الصحة بل التخيير، وان تعلق بواقعهما فالعجز الدائم بالنسبة الى واحد منهما لا ينفي القدرة والصحة بالنسبة الى الآخر، نعم حينئذ القضاء ليس على التخيير بل للمقدور. (واما توجيه الگلپايگاني والسيد جمال (قدس سرهما) للدروس بان انعقاد النذر في المردد بين المقدور وغيره محل تامل فهو محل تامل لانه اذا لم ينف القصد لا وجه لمنع الآخر، ولم افهم في هذه المسالة وجه تفريق الاستاذ بين طرو العجز على الحج والاحجاج وانّ الاول مانع اذا كان دائماً بخلاف الثاني!!).

المسألة ٢٤ : وجب القضاء: بناء على كون النذر بحكم الدين وقد مرّ ما فيه، ولكن عليه يجوز اختيار الازيد اجرة اذا اوصى به او فوّض التعيين الى الوصيّ (لانه داخل في المنذور فما ذكره الخوئي (قدس سره) من انه داخل في زمرة وصايا الميت اي فاللازم مراعاة الثلث، فيه انه داخل في منذوره وليس كسائر الوصايا نعم لو لم نقل بكون النذر كالدين لم يجب القضاء اصلاً).

المسألة ٢٥ : وجب قضائه: بناءً على وجوب قضاء المنذور وإلّا فلا يجب القضاء اصلاً (للشك في وجوب حجة الاسلام حينئذ).

من غير تعيين وليس عليه كفّارة، ولو تردّد ما عليه بين الواجب بالنذر أو بالحلف وجبت الكفّارة أيضاً، وحيث إنّها مردّدة بين كفّارة النذر وكفّارة اليمين فلا بدّ من الاحتياط ويكفي حينئذ إطعام ستّين مسكيناً، لانّ فيه إطعام عشرة أيضاً الّذي يكفي في كفّارة الحلف.

مسألة ٢٦ : إذا نذر المشي في حجّه الواجب عليه أو المستحبّ انعقد مطلقاً حتّى في مورد يكون الركوب أفضل، لانّ المشي في حدّ نفسه أفضل من الركوب، بمقتضى جملة من الاخبار، وإن كان الركوب قد يكون ارجح لبعض الجهات، فإنّ ارجحيّته لا توجب زوال الرجحان عن المشي في حدّ نفسه، وكذا ينعقد لو نذر الحجّ ماشياً مطلقاً، ولو مع الاغماض عن رجحان المشي، لكفاية رجحان اصل الحجّ

ليس عليه كفارة: إلّا إذا كان طرف العلم كما اذا علم بالمخالفة على تقدير النذر فيعلم إما بوجوب حجة الاسلام أو الكفارة على تقدير النذر.

وجب الكفارة ايضاً: إذا علم المخالفة عمداً وقلنا بكون الكفارة من الديون المالية وقد مرّ ما فيه.

من الاحتياط: بل يكفي الاقل على الاقوى وان كان لا ينبغي ترك الاحتياط (خلافاً للخوئي (قدس سره) نظراً الى ان البراءة انما هي فيما كان الاقل مورداً التكليف وشك في اطلاقه وتقييده وهنا متعلق التكليف متباينان اذ تعلق التكليف بعشرة غير معلوم بل بالجامع بين العشرة والستين، وفيه: انه على أي حال وجوب العشرة شرعاً معلوم قطعاً اما نفساً واما تحليلاً والزائد مشكوك ولو انّ منشأ الشك عدم العلم بالتعلق فليس كمثال المديونية لزيد أو عمرو بالاقل والاكثر).

المسألة ٢٦ : في حد نفسه افضل: بل لا يعتبر الافضلية في حد نفسها ايضاً لكفاية الفضيلة والرجحان. (وما عن بعضهم من لزوم الرجحان بالفعل واذا كان هذا العمل ينفي الارجح فهو مرجوح، فيه انه مع الواسطة وبالعنوان الثانوي، ولو كان مراعاته لازمة لزم بطلان اكثر نذور الناس المعارضة للافضل، وكيف كان فلا دليل على الرجحان بهذا المعنى، فهل ترى بطلان نذر زيارة مسلم بن عقيل لان زيارة الحسين عليه السلام افضل؟ واما فضيلة المشي ذاتاً فللروايات في الباب ٣٢ وجوب الحج، وان الاحمز افضل، ففي صحيح ١/ ٣٢ «ما عبدالله بشيء اشدّ من المشي ولا افضل» وفي صحيح ٣/ ٣٢ ان الحسن عليه السلام حج عشرين ماشياً).

مع الاغماض: (والظاهر عدم ورود اشكال الاستاذ (قدس سره) بعدم الإنعقاد اذا لم

في الانعقاد، إذ لا يلزم أن يكون المتعلّق راجحاً بجميع قيوده وأوصافه، فما عن بعضهم من عدم الانعقاد في مورد يكون الركوب افضل لا وجه له واضعف منه دعوى الانعقاد في اصل الحجّ لا في صفة المشي، فيجب مطلقاً لانّ المفروض نذر المقيّد فلا معنى لبقائه مع عدم صحّة قيده.

مسألة ٢٧ : لو نذر الحجّ راكباً انعقد ووجب، ولا يجوز حينئذٍ المشي وإن كان افضل لما مرّ من كفاية رجحان المقيّد دون قيده، نعم لو نذر الركوب في حجّه في مورد يكون المشي افضل لم ينعقد لانّ المتعلّق حينئذٍ الركوب لا الحجّ راكباً، وكذا ينعقد لو نذر أن يمشي بعض الطريق من فرسخ في كلّ يوم أو فرسخين، وكذا ينعقد لو نذر الحجّ حافياً، وما في صحيحة الحذّاء من امر النبيّ ﷺ بركوب أخت عقبة بن عامر مع كونها ناذرة أن تمشي إلى بيت الله حافية قضيّة في واقعة يمكن أن يكون لمانع من صحّة نذرها من إيجابه كشفها او تضررّها أو غير ذلك.

يكن للمشي رجحان لعدم كونه من قيود الحج بل المقدمات مع الاشكال في القيود ايضاً. وذلك لان النذر اذا تعلق بالحج الكذائي فرجحان المتعلق وهو هذا المجموع المقيد كاف، فان القيد والمقيد حينئذ واحد، ولا يستفاد من دليل لزوم رجحان المنذور اكثر من ذلك. والمشي والركوب من قيود نفس اعمال الحج فينظر الى الاحرام راكباً وماشياً و ... ونظيره اشكال بعضهم بان عدم لزوم رجحان القيود انما هو فيما لم يكن للناذر عناية بخلاف مثل المشي والركوب، وفيه: عدم الفرق عرفاً فان العناية بالقيد لا ترفع رجحان المقيد).

المسالة ٢٧ : افضل لم ينعقد: بل ينعقد (لكفاية رجحان الركوب ولو لم يكن افضل، واما رجحان الركوب فللتاسي به ﷺ كما في ١/ ٣٣ وللقوة على الدعاء كما في ٥/ ٣١ وفيما كان المشي نظراً الى ابقاء المال مع كونه موسراً وغير ذلك).

قضية في واقعة: لكن استشهاد الامام في جواب السائل دليل التعميم، والظاهر ان الملاك العام هو العجز أو التضرر المعتد به (لا كشفها لعدم الجريان في مورد سؤال السائل اي الرجل، فراجع ٤/ ٣٤ وجوب الحج).

أو غير ذلك: ويمكن انه ﷺ بصدد نفي رجحان الحفاء كما غضب ﷺ في نذر بعض الاصحاب الصوم دائماً، وترك التسرّي دائماً بل لعل ظاهر استشهاد الامام ﷺ بكلامه ﷺ ذلك (ولا بعد في ذلك فان امثال هذه الامور توجب الانجرار احياناً الى مثل الرهبانيّة واختلال النظام. واما ١٠/ ٣٤ الدالة على انعقاد نذر المشي حافياً فهو

مسالة ٢٨ : يشترط في انعقاد النذر ماشياً أو حافياً تمكّن الناذر وعدم تضرّره بهما، فلو كان عاجزاً أو كان مضراً ببدنه لم ينعقد، نعم لا مانع منه إذا كان خرجاً لا يبلغ حدّ الضرر، لانّ رفع الحرج من باب الرخصة لا العزيمة هذا إذا كان حرجيّاً حين النذر وكان عالماً به، وامّا إذا عرض الحرج بعد ذلك فالظاهر كونه مسقطاً للوجوب.

مسالة ٢٩ : في كون مبدأ وجوب المشي أو الحفاء بلد النذر أو الناذر أو أقرب البلدين إلى الميقات، أو مبدأ الشروع في السفر، أو افعال الحجّ أقوال، والاقوى انّه تابع للتعيين او الانصراف، ومع

ضعيف بالرفع والارسال، واما صحيح ٢/٨ النذر: «... فليمش فاذا تعب فليركب» فلعل المراد عدم انعقاد النذر في جهة الحفاء والانعقاد في اصل المشي، وكيف كان فاذا شك في رجحان الحفاء لم ينعقد، إلّا ان يقال: رجحان المقيد يكفي لكن اذا كان القيد مرجوحاً لا يفيد ذلك).

المسالة ٢٨ : مضراً ببدنه: ضرراً يعتنى به بحيث يكون تحمّله ولو لله تعالى مرجوحاً.

الرخصة: على الرخصة ايضاً يفيد عدم انعقاد النذر بمعنى عدم لزوم الوفاء مع ان ذلك التعليل لا يرتبط بالفرق بين العلم والجهل بل الدليل الموافق للفرق بين العلم والجهل، ان دليل الحرج لا يجري في النذر فانه كلفة اوردها المكلف على نفسه (وما قاله الخوئي (قدس سره) وبعض آخر من ان الشارع هو الذي امضاه فهو الموقع حينئذ الكلفة. فيه ان دليل النذر عام ومقتضاه القانوني معلن شرعاً وقد صرح الشارع بكراهة ايقاع الكلفة ومع ذلك اذا نذر فهو الموقع نفسه في الكلفة. واما ما يقال تبعاً للجواهر من كون دليل الحرج على العزيمة لا الرخصة فهو غير صحيح فانه امتناني لا يناسب الالزام مع ان مادة رفع الحرج واليسر ونحو ذلك لا يناسب الالزام، وكان الاستاذ (قدس سره) يصرّ على العزيمة وعمدة تمسكه (قدس سره) ان دليل الرفع يرفع اصل الحكم فلا شيء يمتثل وبأن ظاهر الكريمة: ﴿يريد الله بكم اليسر﴾، ان اليسر يطلبه الله تعالى فهو لازم، وفيه: ان مادة اليسر تفيد ان طلبه للراحة لا للايقاع في الضيق والرفع امتناني لا يوجب البطلان حتّى في مثل الغسل الحرجي او الوضوء و غير ذلك).

مسقطاً للوجوب: مع الجهل بعروض الحرج وكذا يسقط الوجوب اذا كان حرجياً من الاول مع الجهل به هذا لو قلنا بشمول دليل الحرج للنذر وهو محل تأمل بل منع.

عدمهما فاوّل افعال الحجّ إذا قال: لله عليّ ان احجّ ما شيأ، ومن حين الشروع في السفر إذا قال: لله عليّ ان امشي إلى بيت الله، او نحو ذلك، كما انّ الاقوى انّ منتهاه مع عدم التعيين رمي الجمار لجملة من الاخبار لاطواف النساء كما عن المشهور، ولا الافاضة من عرفات كما في بعض الاخبار.

مسالة ٣٠: لا يجوز لمن نذر الحجّ ماشيا او المشي في حجّه ان يركب البحر لمنافاته لنذره وإن اضطرّ إليه لعروض المانع من سايرِ الطرق سقط نذره كما انّه لو كان منحصراً فيه من الاوّل لم ينعقد ولو كان في طريقه نهر او شطّ لا يمكن العبور إلّا بالمركب فالمشهور انّه يقوم فيه لخبر السكونيّ، والاقوى عدم وجوبه لضعف الخبر عن إثبات الوجوب، والتمسّك بقاعدة الميسور لا وجه له، وعلى فرضه فالميسور هو التحرّك لا القيام.

المسالة ٢٩: احج ماشياً: كانه يفرق بحسب اللغات والموارد واذا شك فالاقل هو الواجب.

لا طواف النساء: (فانه خارج عن حقيقة الحج كما ان بعد الافاضة من عرفات ايضاً اعمال واجبة من الحج فلا يعبأ برواية ٣٥/٦ وجوب الحج بعد ورود المستفيضة بتعين رمي الجمار مثل ٢ و٣ و٣٥/٥).

المسالة ٣٠: سقط نذره: إلّا على تعدد المطلوب في نذره.

لضعف الخبر: (٣٧/١ وجوب الحج لكنه منجبر بالعمل على فرضه بل السكوني موثق في رواياته وكذا النوفلي للتأييد الحاصل من تتبع روايات السكوني عن طريق النوفلي الموجب للوثوق بالراوي أو الرواية.

واما تمسك الخوئي وبعض من تبعه بانّ ابن قولويه شهد بوثاقة رواة كامل زياراته ومنهم النوفلي ففيه ان شهادته في الرواة بلا واسطة، اي مشايخه فقط، كما ان الظاهر عدم صحة ما ذهب اليه المجلسي (قدس سره) في المرآة ١٤: ٣٢ من رمي رواية النوفلي عن السكوني بالضعف، اذ الظاهر وثاقتهما في النقل. ويعلم ذلك بالدقة في حسن الضبط ومتانة المتن وكثرة الرواية في رواياتهما وان لم يوثقا صريحاً في كتب الرجال مع نقل الشيخ (قدس سره) في العدة الاجماع على العمل برواياتهما بل ذلك معلوم بالتتبع كما ان السبعة الذين لا يقصّرون في السفر من الجابي والامير والتاجر والراعي والبدوي والمحارب الدائرين وطالب الصيد لهواً مذكورون في كتب الفقهاء ولا رواية فيهم سوى رواية اسماعيل بن ابي زياد اي السكوني ١١/٩ صلاة المسافر،

مسالة ٣١ : إذا نذر المشي فخالف نذره فحج راكباً فإن كان المنذور الحجّ ماشياً من غير تقييد بسنة معيّنة وجب عليه الاعادة ولا كفّارة إلاّ إذا تركها ايضاً، وإن كان المنذور الحجّ ماشياً في سنة معيّنة فخالف واتى به راكباً وجب عليه القضاء والكفّارة، وإذا كان المنذور المشي في حجّ معيّن وجبت الكفّارة دون القضاء لفوات محلّ النذر، والحجّ صحيح في جميع الصور، خصوصاً الاخيرة، لانّ النذر لا يوجب شرطيّة المشي في أصل الحجّ، وعدم الصحّة من حيث النذر لا يوجب عدمها من حيث الاصل، فيكفي في صحّته الاتيان به بقصد القربة، وقد يتخيّل البطلان من حيث إنّ المنويّ وهو الحجّ النذريّ لم يقع، وغيره لم يقصد، وفيه أنّ الحجّ في حدّ نفسه مطلوب وقد قصده في ضمن قصد النذر، وهو كاف الا ترى أنّه لو صام أيّاماً بقصد الكفّارة ثمّ ترك التتابع لا يبطل الصيام في الايّام السابقة اصلاً وإنّما تبطل من حيث كونها صيام كفّارة، وكذا إذا بطلت صلاته لم تبطل قراءته وأذكاره التي اتى بها من حيث كونها قرآناً او ذكراً، وقد يستدلّ للبطلان إذا ركب في حال الاتيان بالافعال بانّ الامر بإتيانها ماشياً موجب للنهي

والضبط والدقة ومتانة النقل معلومة بالتتبع فراجع مثلاً روايته في ترتيب تقسيم التركة من الكفن والدين والوصية والارث وغير ذلك. والعجب من الخوئي (قدس سرّه) حيث اضطربت كلماته (قدس سرّه) في الشرح فتارة وثّقهما واخرى ردّهما وثالثة فصّل بينهما).

المسالة ٣١ : عليه الاعادة: وفي الحقيقة هذا عمله ابتداء.

إلاّ اذا تركها: بحيث يصدق الخبث لا فيما اعتمد على اصالة السلامة والبقاء مطمئناً بذلك.

عليه القضاء: وقد مرّ عدم وجوب القضاء (لعدم كون المنذور كسائر الديون الشخصية أو كحجة الاسلام كما مر).

في جميع الصور: (ولا وجه لإشكال الگلپايگاني (قدس سرّه) وبعض آخر بتنافي الصحة مع استلزامه تعذر الوفاء بالنذر، اذ هو امر بالعرض وبالعنوان الثانوي).

خصوصاً الاخيرة: وجه الخصوصية ان الحج اصله غير واقع تحت النذر وقد اتى به (فلا يرد اشكال الخوئي (قدس سرّه) في الشرح بأنه سهو والاصحّ: حتى الاخيرة).

وغيره لم يقصد: (مراده عدم القصد في النذر وهو المنويّ، لا حين العمل حتى يقال: هذا الواقع عين المنويّ فانه قصد الحج راكباً والعمل عينه).

وهو كاف: إلاّ اذا كان بنحو التقييد بحيث لا يريد امتثال ادلة الحج المطلق اصلاً، وكذلك في مثال العموم والصلاة.

عن إتيانها راكباً، وفيه منع كون الامر بالشيء نهياً عن ضدّه، ومنع استلزامه البطلان على القول به، مع انّه لا يتمّ فيما لو نذر الحجّ ماشياً مطلقاً من غير تقييد بسنة معيّنة، ولا بالفوريّة لبقاء محلّ الإعادة.

مسالة ٣٢: لو ركب بعضاً ومشى بعضاً فهو كما لو ركب الكلّ، لعدم الاتيان بالمنذور، فيجب عليه القضاء أو الاعادة ماشياً، والقول بالاعادة والمشي في موضع الركوب ضعيف لا وجه له.

مسالة ٣٣: لو عجز عن المشي بعد انعقاد نذره لتمكّنه منه أو رجائه سقط، وهل يبقى حينئذٍ وجوب الحجّ راكباً أو لا بل يسقط ايضاً وفيه أقوال: احدها: وجوبه راكباً مع سياق بدنة. الثاني: وجوبه بلا سياق. الثالث: سقوطه إذا كان الحجّ مقيّداً بسنة معيّنة، أو كان مطلقاً مع الياس عن التمكّن بعد ذلك وتوقّع المكنة مع الاطلاق وعدم الياس. الرابع: وجوب الركوب مع تعيين السنة أو الياس في صورة الاطلاق، وتوقّع المكنة مع عدم الياس. الخامس: وجوب الركوب إذا كان بعد الدخول في الاحرام، وإذا كان قبله فالسقوط مع التعيين، وتوقّع المكنة مع الاطلاق، ومقتضى القاعدة وإن كان هو القول الثالث إلا انّ الاقوى بملاحظة جملة من الاخبار هو القول الثاني بعد حمل ما في بعضها من الامر

المسالة ٣٢: عليه القضاء: اي في النذر المعين، لكن مرّ عدم لزوم القضاء (واما احتمال القضاء مع المشي في موضع الركوب فقط كما عن الشيخ وبعض من تبعه فلا وجه له كما هو واضح لعدم صدق الحج ماشياً على الاول ولا الثاني واما ما في ٢/ ٢١ النذر من انفاق اجرة ركوب ماركبه صدقة فهو معرض عنه وخلاف القواعد. مع احتمال ارادة الاحجاج عنه اذا مات في الطريق).

المسالة ٣٣: هو القول الثالث: بل الخامس (لوجوب اتمام الحج اجماعاً وكريمة: ﴿اتموا الحج﴾ البقرة: ١٩٦).

القول الثاني: الاحوط لو لم يمكن اقوى هو الاول (فان دلالة صحيح الحلبي وكذا صحيح ذريح ١ و٢/ ٣٤ وجوب الحج على وجوب السّياق تامة واما صحاح ١ و٩ و١٠ و١١ و١٢/ ٣٤، و١ و٣/ ٨ فلا تنفي السياق بل بعضها ظاهرة في بيان حيث بدلية الركوب عن المشي بعد العجز لا بيان تمام الوظيفة. وأما رواية ابن ادريس عن نوادر البزنطي عن عنبسة ٦/ ٣٤ فبعد تسليم صحة انتساب ما اخذ منه، الى البزنطي وبعد تسليم وثاقة عنبسة من جهة تعبير جميل عنه وعن سورة بن كلب بالاصحاب في ٤/ ١ وجوب النفقات، ـ واما شهادة ابن قولويه بوثاقة ما يروي عنهم فلا تشمل عنبسة اذ المراد مشايخه فقط ـ يمكن رجوع ضمير «هو» الى شيء لا

بسياق الهدي على الاستحباب بقرينة السكوت عنه في بعضها الآخر، مع كونه في مقام البيان، مضافاً إلى خبر عنبسة الدالّ على عدم وجوبه صريحاً فيه، من غير فرق في ذلك بيّن ان يكون العجز قبل الشروع في الذهاب أو بعده وقبل الدخول في الاحرام أو بعده، ومن غير فرق أيضاً بين كون النذر مطلقاً أو مقيّداً بسنة مع توقع المكنة وعدمه، وإن كان الاحوط في صورة الاطلاق مع عدم اليأس من المكنة وكونه قبل الشروع في الذهاب الاعادة إذا حصلت المكنة بعد ذلك، لاحتمال انصراف الاخبار عن هذه الصورة، والاحوط إعمال قاعدة الميسور ايضاً بالمشي بمقدار المكنة، بل لا يخلو عن قوّة للقاعدة، مضافاً إلى الخبر: عن رجل نذر أن يمشي إلى بيت الله حافياً قال ﷺ: فليمش، فإذا تعب فليركب. ويستفاد منه كفاية الحرج والتعب في جواز الركوب وإن لم يصل إلى حدّ العجز، وفي مرسل حريز: إذا حلف الرجل ان لا يركب أو نذر ان لا يركب فاذا بلغ مجهوده ركب.

مسألة ٣٤: إذا نذر الحجّ ماشياً فعرض مانع آخر غير العجز عن المشي من مرض أو خوفه أو عدوّ أو نحو ذلك فهل حكمه حكم العجز فيما ذكر اولا، لكون الحكم على خلاف القاعدة؟ وجهان. ولا يبعد التفصيل بين المرض ومثل العدوّ باختيار الأوّل في الاوّل، والثاني في الثاني، وإن كان الاحوط الالحاق مطلقاً.

الى الذبح اي بعد ذا وذا هل شيء آخر لازم أم لا؟ فاجاب الامام ﷺ بعدم لزوم شيء آخر فان قوله ﷺ: «... كان الله اعذر للعبد» بمنزلة قوله كلما غلب الله فهو اولى بالعذر حيث ينفي أيّ شيء ولو استحباباً ولو كان مراده عدم لزوم الذبح بعد ذكر محبوبيّته كان الاحسن الاشارة الى وجه المحبوبيّة ايضاً واما قوله ﷺ: «اذبح فهو أحبّ اليّ» فالحبّ اعم، ولا ينفي الوجوب الثابت بما مرّ من الدليل فالاحوط ذلك لو لم يكن اقوى).

وان كان الاحوط: لا يترك (فان صحيح رفاعة ظاهر في الشروع، وصحيحي الحلبي وذريح ظاهران في عدم استطاعة المنذور وفي المطلق مع سعة الوقت ورجاء القدرة ليس كذلك وايضاً لا يبعد الظهور في الشروع. فان قوله فعجز أي بعد الشروع فتأمل).

للقاعدة: (والعمدة صحيح رفاعة ١/ ٣٤ وجوب الحج و خبر عنبسة ٦/ ٣٤ مؤيداً بمرسل حريز ١٢/ ٣٤ واما القاعدة الميسورية فقد ردّها غير واحد منهم الخوئي والحكيم(قدس سرهما) وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في ابواب متفرقة وقلنا بان موارد نقض القاعدة لا نسلم كونها ميسور الاصل).

المسألة ٣٤: الالحاق مطلقاً: فيما لم يكن خلاف الاحتياط من جهة اخرى.

(٤ ـ فصل في النيابة)

لا إشكال في صحّة النيابة عن الميّت في الحجّ الواجب والمندوب، وعن الحيّ في المندوب مطلقاً، وفي الواجب في بعض الصور.

مسألة ١ : يشترط في النائب أُمور: احدها: البلوغ على المشهور فلا يصحّ نيابة الصبيّ عندهم، وإن كان مميّزاً، وهو الاحوط، لا لما قيل من عدم صحّة عباداته لكونها تمرينيّة، لانّ الاقوى كونها شرعيّة ولا لعدم الوثوق به لعدم الرادع له من جهة عدم تكليفه، لانّه أخصّ من المدّعى، بل لاصالة عدم فراغ ذمّة المنوب عنه بعد دعوى انصراف الادلّة خصوصاً مع اشتمال جملة من الاخبار على لفظ الرجل، ولا

في النيابة

في بعض الصور: وهو العاجز على ما مرّ تفصيله.

المسألة ١ : لاصالة عدم فراغ: (بل لعدم دليل على الاكتفاء به بعد عدم اطلاق يشمله وهذا قبل دعوى الانصراف. وما ذكره بعض منهم الگلپايگاني (قدّس سرّه) من بدوية الانصراف او منعه، فيه عدم الدليل بعد ظهور اللفظ ونحن ابناء ظواهر الادلة ما لم يثبت ارادة الخلاف فلا يقاس المقام بمسألة دليل شك المرأة في الصلاة فان الموارد مختلفة ويفرق المقام عن قوله ﷺ: إذا شك الرجل ... الخ، بخلاف المستحب لشمول ادلة استحباب النيابة الصبي ايضاً: من حج عن انسان ... الخ ٢١/٢ نيابة الحج مع ورود الدليل في خصوص نيابة الصبي في المندوب ٢٨/٦ ابواب الاحتضار، فالظاهر ان تأمل الاستاذ (قدّس سرّه) في المندوب ليس في محله. كما ان فتوى البهبهاني (قدّس سرّه) بالصحة حتى في الواجب مشكل.

والحاصل لزوم الاخذ بظاهر الدليل إلّا ان يتيقن الغاء الخصوصية، ففي مثل: اذا شك الرجل بين الثلاث والاربع ... الخ نعلم ذلك، وهل نعلم الالغاء في المقام؟ ونظيره مسألة قضاء المرأة ـ وقد شاع بين بعض الطلبة المتجددين اليوم ذلك ـ فنقول هل انتم بعلم على الغاء خصوصية الرجل في قوله ﷺ: انظروا الى رجل منكم ... الخ نعوذ بالله تعالى من الجرأة والجسارة على الفتوى بصرف الاستحسان والذوق المنبعث عن القاءات الخارجين أو المارقين. وبعد ذلك كله فلا وجه وجيه لرأي الاردبيلي (قدّس سرّه) بالجواز مع الوثوق باخباره كما حكاه في المدارك ٧: ١١٣. وهذا احد آرائه المخالفة لرأي

فرق بين أن يكون حجّه بالاجارة أو بالتبرّع باذن الوليّ أو عدمه، وإن كان لا يبعد دعوى صحّة نيابته في الحجّ المندوب باذن الوليّ. الثاني: العقل فلا تصحّ نيابة المجنون الذي لا يتحقّق منه القصد مطبقاً كان جنونه أو أدوارياً في دور جنونه، ولا بأس بنيابة السفيه. الثالث: الايمان لعدم صحّة عمل غير المؤمن وإن كان معتقداً بوجوبه وحصل منه نيّة القربة، ودعوى انّ ذلك في العمل لنفسه دون غيره كما ترى. الرابع: العدالة أو الوثوق بصحّة عمله، وهذا الشرط إنّما يعتبر في جواز الاستنابة لا في صحّة عمله. الخامس: معرفته بافعال الحجّ واحكامه وإن كان بارشاد معلّم حال كلّ عمل. السادس: عدم اشتغال ذمّته بحجّ واجب عليه في ذلك العام، فلا تصحّ نيابة من وجب عليه حجّة الاسلام، او النذر المضيّق مع تمكّنه من إتيانه، وامّا مع عدم تمكّنه لعدم المال فلا بأس، فلو حجّ عن غيره مع تمكّنه من الحجّ

المشهور، وكتابه مجمع الفائدة مليء بهذه المخالفات، والمظنون قوياً ان كتابه هذا ليس كتاب فتواه بل لحث الطلاب على التحقيق. وأما نحن فنهتم بآراء المشهور ونرى مخالفيهم في الغالب مخالفة الحق).

لعدم صحة عمل غير المؤمن: (للاخبار الكثيرة الظاهرة في دخالة الايمان نفسه في القبول وترتب الاثر لا من جهة الجهل بالاحكام. وظاهر القبول هو الصحة إلّا اذا كان مع قرينة دالة على الكمال نظير لا صلاة ... الخ، فلا وجه لتأمل بعضهم فراجع الباب ٢٩ مقدمة العبادات، واستدل الحكيم (قدّس سرّه) برواية السيد ابن طاوس عن عمار ١٣/٥ قضاء الصلاة لاعتبار الايمان: «لا يقضيه إلّا مسلم عارف» لكن لا وثوق بالرواية لنقل السيّد عن الشيخ (قدّس سرّهما) مع عدم الوجود في التهذيب والاستبصار).

الوثوق بصحة عمله: لا يعتبر الوثوق بالصحة بل بأصل الاتيان، واما الصحة فيثبت بالاصل (ولا يثبت اصل الاتيان بإقرار العامل من باب من ملك شيئاً ... الخ لانه في الاعتباريات من العقود والايقاعات لا التكوينيات كالايجاد ونحوه، فلا وجه لتأمل الگلپايگاني (قدّس سرّه) في ذلك حيث قال: وفي حجية قوله مع عدم الوثوق وجهان).

جواز الاستنابة: مراده من الجواز ترتب الاثر.

بارشاد معلم: هذا كاف لصحة العمل، واما صحة الاجارة فيلزم علم الطرفين بالعمل ولو اجمالاً بقدر ما لا يكون العقد غررياً.

لنفسه بطل على المشهور، لكن الاقوى انّ هذا الشرط إنّما هو لصحّة الاستنابة والاجارة، وإلاّ فالحجّ صحيح وإن لم يستحقّ الأجرة، وتبرا ذمّة المنوب عنه على ما هو الاقوى من عدم كون الامر بالشيء نهياً عن ضدّه، مع انّ ذلك على القول به وإيجابه للبطلان إنّما يتمّ مع العلم والعمد، وامّا مع الجهل او الغفلة فلا، بل الظاهر صحّة الاجارة ايضاً على هذا التقدير، لانّ البطلان إنّما هو من جهة عدم القدرة الشرعيّة على العمل المستاجر عليه، حيث إنّ المانع الشرعيّ كالمانع العقليّ، ومع الجهل او الغفلة لا مانع لانّه قادر شرعاً.

مسالة ٢: لا يشترط في النائب الحريّة فتصحّ نيابة المملوك باذن مولاه، ولا تصحّ استنابته بدونه، ولو حجّ بدون إذنه بطل.

مسالة ٣: يشترط في المنوب عنه الاسلام فلا تصحّ النيابة عن الكافر، لا لعدم انتفاعه بالعمل عنه، لمنعه وإمكان دعوى انتفاعه بالتخفيف في عقابه، بل لانصراف الادلّة فلو مات مستطيعاً وكان الوارث مسلماً لا يجب عليه استيجاره عنه، ويشترط فيه ايضاً كونه ميتاً او حيّاً عاجزاً في الحجّ الواجب، فلا تصحّ النيابة عن الحيّ في الحجّ الواجب إلاّ إذا كان عاجزاً، وامّا في الحجّ الندبيّ فيجوز عن الحيّ والميت تبرّعاً او بالاجارة.

على المشهور: ومرّ انه الاقوى للنصّ كما مرّ انصراف النص عن مورد الجهل او الغفلة مع القصور والاجارة عندئذ صحيحة لعدم المنع.

المسألة ٢: بطل: ولا تبعد الصحة في الغفلة والجهل حكماً او موضوعاً في غير الغاصب (واما في غاصب المملوك او المملوك العامد في عصيان المولى فلا، كما انه لا يمكن التصحيح بالاجازة اللاحقة لعدم جريان الفضولية في العبادة فلا وجه ظاهراً لما قاله الخوئي (قدس سره) في الشرح وما ورد في ١/ ٢٤ نكاح العبيد من انه لم يعص الله وانما عصى سيده فهو في غير العبادة).

المسالة ٣: بل لإنصراف الادلة: (عن المشرك قطعاً مع النهي عن الاستغفار لهم وهذا بحكمه، وعن الكافر غير المشرك ايضاً فان النيابة انما هي عمن يصحّ منه نفسه العمل هذا مع السيرة لعدم معهودية ذلك من زمن النبي ﷺ مع كون آباء الاصحاب كفاراً فالارتكاز على الاستنكار، هذا كله ان قلنا بكون الكفار مكلفين وإلاّ فلا يجب على المنوب عنه فلا نيابة.

واما الانتفاع فهو وان كان يستفاد من بعض الروايات لكنه لا يثبت النيابة بل لعله

مسالة ٤ : تجوز النيابة عن الصبيّ المميّز والمجنون بل يجب الاستيجار عن المجنون إذا استقرّ عليه حال إفاقته ثمّ مات مجنوناً.

مسالة ٥ : لا تشترط المماثلة بين النائب والمنوب عنه في الذكورة والأنوثة فتصحّ نيابة المراة عن الرجل كالعكس، نعم الاولى المماثلة.

مسالة ٦ : لا باس باستنابة الصرورة رجلاً كان أو امراة عن رجل أو امراة، والقول بعدم جواز استنابة المراة الصرورة مطلقاً أو مع كون المنوب عنه رجلاً ضعيف، نعم يكره ذلك خصوصاً مع كون المنوب عنه رجلاً، بل لا يبعد كراهة استيجار الصرورة ولو كان رجلاً عن رجل.

من باب اهداء الثواب في المندوب ولا دليل على المنع عنه خلافاً للگلپايگاني حيث منع الانصراف واحتاط، واما ما استدل به آقا ضياء (قدس سره) وبعض آخر من التسلّم على عدم صلاحية صدور العبادة من الكافر لعدم صلاحيته للتقرب وجريان ذلك في النيابة عنهم ايضاً، ففيه منع عدم صحة التقرب اذا اعتقد به تعالى نعم لا يصح العمل لإشتراط الاسلام بالاجماع والاخبار فتامل.

هذا في الواجب، واما المندوب فيصحّ اهداء الثواب ويمكن نفع الكافر ولو بتخفيف العذاب ولا دليل على صحة النيابة، وما يمكن التمسك به لا يفيد اكثر من النفع بعمل ولده وغيره ولعله ليس من النيابة).

المسالة ٤ : **والمجنون**: الذي كان له افاقة تسع الحج (فلم يحج وقد استقر عليه وإلّا ففي صحة النيابة اشكال لعدم الاطلاق من هذه الجهة نعم اهداء الثواب في المندوب جائز).

المسالة ٥ : **الاولى المماثلة**: لعل الافضل نيابة الرجل حتى عن المراة (وفاقاً للگلپايگاني (قدس سره) لرواية ٨/٨ النيابة وتعليل ٩/٢ النيابة).

المسالة ٦ : **بل لا يبعد**: فيه اشكال، بل الاظهر ان الملاك العلم والفقه بالاحكام فاذا كان النائب عالماً بالاحكام لا يكره وان كان امراة (بل يستفاد من بعض الروايات مثل ٥/٢، استحباب استنابة الرجل الصرورة عن الرجل الصرورة وما استدل على منع الصرورة عن الصرورة مطلقاً أو المراة الصرورة عن الرجل الصرورة ضعيفة سنداً ودلالة ايضاً مثل ٩/٣ و٤ و٨/٧ من النيابة ولولا صحيح ٨/١ لقلنا بوجوب نيابة الرجل الصرورة عن مثله لصحيح ٥/٢ النيابة).

مسألة ٧: يشترط في صحّة النيابة قصد النيابة وتعيين المنوب عنه في النيّة ولو بالاجمال ولا يشترط ذكر اسمه وإن كان يستحبّ ذلك في جميع المواقف.

مسألة ٨: كما تصحّ النيابة بالتبرّع وبالاجارة كذا تصح بالجعالة، ولا تفرغ ذمّة المنوب عنه إلاّ باتيان النائب صحيحاً، ولا تفرغ بمجرّد الاجارة، وما دلّ من الاخبار على كون الاجير ضامناً وكفاية الاجارة في فراغه منزّلة على انّ الله تعالى يعطيه ثواب الحجّ إذا قصر النائب في الاتيان، او مطروحة لعدم عمل العلماء بها بظاهرها.

مسألة ٩: لا يجوز استيجار المعذور في ترك بعض الاعمال بل لو تبرّع المعذور يشكل الاكتفاء به.

المسألة ٧: يستحب: (راجع ١٦/١: «يسمّيه في المواطن والمواقف» سيما في الاضحيّة كما في ١٦/٤ ولا يجب ذلك لصراحة سائر الروايات).

المسألة ٨: ثواب الحج: (ولا دليل في شيء من الروايات على ان موضوعها حجة الاسلام ولا يبعد في المستحب اعطاء الثواب اذا استأجر بلا تقصير منه وانما الاجير هو الذي فرّط بل صريح بعض هذه الروايات اعطاء ثواب الحج مع تصريح الروايات بلزوم الاتيان لو مات الاجير قبل الاحرام، فلتحمل الروايات التي استدل بها في الحدائق ١٤: ٢٥٧ مثل ١ و٢ و٢٣/٣ على الحج الاستحبابي، هذا في الاجارة والجعالة ونحوهما، وامّا اذا كان بعقد الضمان ففيه اشكال، وقد مرّ بعض الكلام في ذلك فان عقد الضمان جار في الاعمال ايضاً وحكمه انتقال الذمة على مبنى الشيعة فيه، نعم، لابد من رضى المضمون له، ولا يبعد استفادة ذلك من ادلة امكان النيابة فلعل مقتضى القاعدة فراغ الذمة لكن لم ار أحداً افتى به ـ غير ما مرّ عن الحدائق ـ).

المسألة ٩: لا يجوز: إلاّ اذا كان استيجار الصحيح حرجاً عليه، ومنه ما اذا استأجر صحيحاً ثم صار الاجير معذوراً في الحج وكان الاستبدال حرجاً على المستأجر لكن الامر في المستقر عليه الحج مشكل (للتامل في حكومة لا حرج في المستقر بعد التامل في روايات التسويف، واما ما ذكره بعض اهل العصر من غلبة ابتلاء الناس بذلك وان السكوت عن حكمه في الادلة دليل الصحة، ففيه منع كثرة الابتلاء بحدّ يفيد السكوت عنه ذلك).

مسألة ١٠ : إذا مات النائب قبل الاتيان بالمناسك فان كان قبل الاحرام لم يجز عن المنوب عنه، لما مرّ من كون الاصل عدم فراغ ذمّته إلاّ بالاتيان، بعد حمل الاخبار الدالّة على ضمان الاجير على ما أشرنا إليه، وإن مات بعد الاحرام ودخول الحرم أجزأ عنه، لا لكون الحكم كذلك في الحاجّ عن نفسه، لاختصاص ما دلّ عليه به، وكون فعل النائب فعل المنوب عنه لا يقتضي الالحاق، بل لموثّقة إسحاق بن عمّار المؤيّدة بمرسلتي حسين بن عثمان وحسين بن يحيى الدالّة على أن النائب إذا مات في الطريق أجزأ عن المنوب عنه، المقيّدة بمرسلة المقنعة: «من خرج حاجّاً فمات في الطريق فإنّه إن كان مات في الحرم فقد سقطت عنه الحجّة» الشاملة للحاجّ عن غيره ايضاً، ولا يعارضها موثّقة عمّار الدالّة على انّ النائب إذا مات في الطريق عليه أن يوصي، لانّها محمولة على ما إذا مات قبل الاحرام، أو على الاستحباب، مضافاً إلى الاجماع على عدم كفاية مطلق الموت في الطريق، وضعفها سنداً بل ودلالةً منجبر بالشهرة والاجماعات المنقولة، فلا ينبغي الاشكال في الاجزاء في الصورة المزبورة، وأمّا إذا مات بعد الاحرام وقبل دخول الحرم ففي الاجزاء قولان، ولا يبعد الاجزاء وإن لم نقل به في الحاجّ عن نفسه لاطلاق الاخبار

المسألة ١٠ : لموثقة اسحاق: (والمتيقن من موردها بعد الاحرام ودخول الحرم. ولكن لا بأس ببيان المتن ايضاً على ما هو الحق من انجبار الضعف بالشهرة ضعف السند بل والدلالة بمعنى التأييد بفهم المشهور، ففي موثقة اسحاق ١٥/١ نيابة الحج: « ... ان مات في الطريق او بمكة قبل ان يقضى مناسكه فانه يجزي ... » والمتيقن منه بعد الاحرام والحرم، لذكره قبل قضاء المناسك اي كلها، والماتن (قدس سره) جعل الموثقة مطلقة ثم قيّدها بمرسلة المفيد (قدس سره) ٢٦/٤ وجوب الحج، ولا بأس بما ذكره ايضاً وان كان الاظهر ما ذكرنا، واما موثق عمار ١٥/٥ نيابة الحج، الدال على لزوم ايصاء النائب اذا مات في الطريق فهو مطلق يحمل على قبل الاحرام او يتصرف في الهيئة ويحمل على الندب).

لإطلاق الاخبار: (بل لظهور موثقة اسحاق بن عمار ١٥/١ نيابة الحج في الاجزاء بعد الشروع في المناسك قبل الاتمام، المقدمة على اطلاق موثقة عمار الساباطي ١٥/٥ الموجب لإيصاء الاجير، تقدم المقيد على المطلق، ولا قدح في تفاوت الحاج عن غيره مع الحاج عن نفسه على ما مرّ من اختصاص الاجزاء فيه بما بعد الاحرام والحرم، لإمكان التفاوت، ولعله لاجل دخالة شخصين هنا في القضية وحرجية الاستبدال نوعاً، وان قلت: لا نسلم خصوصية «قبل ان يقضي مناسكه» في ١٥/١ فانه يشمل قبل الشروع ايضاً فهو اعم من موثق عمار الظاهر في الموت في

في المقام، والقدر المتيقّن من التقييد هو اعتبار كونه بعد الاحرام، لكن الاقوى عدمه، فحاله حال الحاجّ عن نفسه في اعتبار الامرين في الاجزاء، والظاهر عدم الفرق بين حجّة الاسلام وغيرها من اقسام الحجّ، وكون النيابة بالأجرة او بالتبرّع.

مسألة ١١ : إذا مات الاجير بعد الاحرام ودخول الحرم يستحقّ تمام الأجرة إذا كان اجيراً على تفريغ الذمّة وبالنسبة إلى ما أتى به من الاعمال إذا كان اجيراً على الاتيان بالحجّ، بمعنى الاعمال المخصوصة، وإن مات قبل ذلك لا يستحقّ شيئاً، سواء مات قبل الشروع في المشي او بعده، وقبل الاحرام

الطريق الشامل لما بعد الميقات ايضاً ولو كانا اعم من وجه فيتعارضان في ما بعد الاحرام قبل المناسك في مكة فانه في الطريق قبل اتمام المناسك، قلت: المتيقن من ١٥/١ بعد الشروع والمتيقن من موثق عمار ١٥/٥ قبل الميقات.

أو يقال قبل الشروع في المناسك أي قبل الاحرام وهو اعم من الموت في الطريق لشمول الموت قبل الاحرام بلحظة بعد الوصول الى الميقات، وحيث ان الاجماع على عدم الاجزاء حينئذ فالمراد بعد الاحرام، لكنه مع ذلك كله فما نصنع بالمرسلة المؤيّدة بالشهرة؟!).

لكن الاقوى: (والعمدة مرسل المفيد المؤيد بالشهرة وإلاّ لكان الاقوى الاجزاء لما مرّ).

عدم الفرق: (لعدم ذكر حجة الاسلام في الدليل كما لم يقيد الحكم بالاجارة وان كان استيناسها غير بعيد، لكن تلغي الخصوصية عرفاً لو لم يكن التبرع اولى بالاجزاء عرفاً فتامل).

المسألة ١١ : تفريغ الذمة: ولا اشكال في ذلك لانه مقدور بالواسطة. ويمكن بل لا يبعد استحقاق تمام الاجرة ايضاً اذا كان اجيراً على الحج بلا ذكر من التفريغ أو الاعمال استحقاقاً تعبدياً بمعنى ان الشارع قبله كتمام الاعمال لكن ذلك كله فيما كان متعلق العقد اداء المال قبال حصول الفراغ اسماً مصدرياً وكذا الاعمال أو ما بمنزلتها، لكن ذلك لا يناسب الاجارة فان المال فيها اجرة على العمل وفراغ الذمة في المقام حكم الموت على مقدار من العمل، والموت ليس عملاً للأجير، ومن البديهي انه لو كان الامر بيده لما مات. وبذلك يظهر ان تنظير المقام بالاجرة على تطهير الثوب، غير صحيح.

أو بعده، وقبل الدخول في الحرم لانّه لم يأت بالعمل المستأجر عليه لا كلّ ولا بعضاً بعد فرض عدم إجزائه من غير فرق بين أن يكون المستأجر عليه نفس الاعمال أو مع المقدّمات من المشي ونحوه، نعم لو كان المشي داخلاً في الاجارة على وجه الجزئيّة بان يكون مطلوباً في الاجارة نفساً استحقّ مقدار ما يقابله من الأجرة، بخلاف ما إذا لم يكن داخلاً أصلاً، أو كان داخلاً فيها لا نفساً بل بوصف المقدّميّة، فما ذهب إليه بعضهم من توزيع الأجرة عليه ايضاً مطلقاً لا وجه له كما انّه لا وجه لما ذكره بعضهم من التوزيع على ما أتي به من الاعمال بعد الاحرام، إذ هو نظيرما إذا استوجر للصلاة فاتى بركعة او ازيد ثمّ ابطلت صلاته، فإنّه لا إشكال في انّه لا يستحق الأجرة على ما أتى به، ودعوى انّه وإن كان لا يستحقّ من المسمّى بالنسبة لكن يستحقّ أجرة المثل لما أتى به، حيث إنّ عمله محترم مدفوعة بانّه لا وجه له بعد عدم نفع للمستأجر فيه. والمفروض انّه لم يكن مغروراً من قبله، وحينئذ فتنفسخ الاجارة إذا كانت للحجّ في سنة معيّنة ويجب عليه الاتيان به إذا كانت مطلقة من غير استحقاق لشيء على التقديرين.

مسألة ١٢ : يجب في الاجارة تعيين نوع الحجّ من تمتّع أو قران أو إفراد، ولا يجوز للموجر العدول عمّا عيّن له، وإن كان إلى الافضل، كالعدول من أحد الاخيرين إلى الاوّل، إلّا إذا رضي المستأجر بذلك فيما إذا كان مخيّراً بين النوعين أو الانواع، كما في الحجّ المستحبّي والمنذور المطلق، أو كان

أو بعده وقبل الدخول في الحرم: ان لم نقل بالاجزاء وإلّا فيستحق تمام الاجرة بناءً على كون المال بازاء الفراغ أو الاعم من الاعمال أو ما بمنزلتها.

على وجه الجزئية: كما قد يتفق في الحج البلدي بل لعله المتفاهم عرفاً منه ذلك مطلقاً (فلا وجه لإشكال الخونساري (قدّس سرّه)).

ثم ابطلت صلاته: أو مات، يريد أن الموت مع عدم الاجزاء كالإبطال، اذ الاجارة انما هي على العمل الصحيح وان ترك بعض الاجزاء أو الشرائط فيما لا يضر بالاسم ولا بالصحة الشرعية (فلا وجه لإعتراض بعض الحواشي).

في سنة معينة: أي مع التقييد بالمباشرة ومع عدمه فيجب الاستيجار من تركته، ولعله مراد المتن ويستحق اجرة المسمى اذا استوجر من تركته، فلا وجه لقوله: على التقديرين، لو اريد ذلك.

المسألة ١٢: تعيين: فيما اختلفت الرغبات، و كان عدم التعيين موجباً للغرر بخلاف ارادة الجامع فيما يجوز.

إذا رضي المستأجر: وأعلم رضاه (للزوم الإعلام في العقود).

فامنزلين متساويين في مكّة وخارجها، وامّا إذا كان ما عليه من نوع خاصّ فلا ينفع رضاه ايضاً بالعدول إلى غيره، وفي صورة جواز الرضا يكون رضاه من باب إسقاط حقّ الشرط كان التعيين بعنوان الشرطيّة ومن باب الرضا بالوفاء بغير الجنس إن كان بعنوان القيديّة، وعلى أيّ تقدير يستحقّ الأجرة المسمّاة، وإن لم يات بالعمل المستاجر عليه على التقدير الثاني، لانّ المستاجر إذا رضي بغير النوع الّذي عيّنه فقد وصل إليه ماله على الموجر، كما في الوفاء بغير الجنس في سائر الديون، فكانّه قد أتى بالعمل المستاجر عليه، ولا فرق فيما ذكرنا بين العدول إلى الافضل او إلى المفضول، هذا، ويظهر من جماعة جواز العدول إلى الافضل. كالعدول إلى التمتّع تعبّداً من الشارع، لخبر ابي بصير عن احدهما عليهما السلام في رجل أعطى رجلاً دراهم يحجّ بها مفردة أيجوز له ان يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ؟ قال عليه السلام: نعم إنّما خالف إلى الأفضل. والاقوى ما ذكرنا، والخبر منزّل على صورة العلم برضا المستاجر بذلك مع كونه مخيّراً بين النوعين، جمعاً بينه وبين خبر آخر في رجل أعطى رجلاً دراهم يحجّ بها حجّة مفردة قال عليه السلام: ليس له ان يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ، لا يخالف صاحب الدراهم. وعلى ما ذكرنا من عدم جواز العدول إلّا مع العلم بالرضا إذا عدل

فلا ينفع رضاه: في برائة ذمة المستاجر لا في استحقاق الاجرة اذا فرض ترتب فائدة عقلائية على هذه الاجارة (وتأمل بعض اهل العصر في صحتها مع كونهما عالمين بالواقع، وهو في محله. ان كان يريد المستاجر النوع الواجب عليه بخلاف ارادة المستحب فيستاجر شخصاً آخر لواجبه.

بعنوان الشرطية: فيما لم يكن تعين واحد منها مقوماً. والظاهر كون الخصوصية في الحج مقوماً.

بالوفاء بغير الجنس: وهو في غير الاموال مشكل إلّا اذا رجع الى اقالة الاجارة السابقة ثم عقد جديد على هذا الجنس لعدم جامع ذاتي في عرف المتشرعة حينئذ وليس كالماليات عندهم فان الاصل فيها هو المالية المطلقة.

جماعة: (يراسهم شيخ الطائفة (قدس سره) وصحيح ابي بصير في ١٢/١ نيابة الحج).

جمعاً: (الخبر الآخر في ١٢/٢ لكنه مرفوع بإرادة اميرالمؤمنين عليه السلام من عليّ، أو منقطع عن المعصوم بإرادة علي بن رئاب كما عن المدارك، وتبعه جمع منهم الجواهر والخوئي (قدس سرهما) بشهادة كثرة رواية ابن محبوب عنه فلا يحتاج الى الجمع لعدم حجية ذلك الخبر لعدم معلومية المرويّ عنه وان كان الظاهر بحسب الطبقات انه علي بن رئاب، ولعدم توثيق هيثم إلّا ان يستفاد من ذكر الفضل فيه كابيه وعدم ذكر ضعف فيهما وكثرة روايته.

بدون ذلك لا يستحقّ الأجرة في صورة التعيين على وجه القيديّة، وإن كان حجّه صحيحاً عن المنوب عنه، ومفرّغاً لذمّته، إذا لم يكن ما في ذمّته متعيّناً فيما عيّن، وأمّا إذا كان على وجه الشرطيّة فيستحقّ إلّا إذا فسخ المستأجر الاجارة من جهة تخلّف الشرط، إذ حينئذ لا يستحقّ المسمّى بل أُجرة المثل.

مسألة ١٣ : لا يشترط في الاجارة تعيين الطريق وإن كان في الحجّ البلديّ لعدم تعلّق الغرض بالطريق نوعاً، ولكن لو عيّن تعيّن ولا يجوز العدول عنه إلى غيره إلّا إذا علم أنّه لا غرض للمستأجر في خصوصيّته، وإنّما ذكره على المتعارف، فهو راض بأيّ طريق كان، فحينئذ لو عدل صحّ واستحقّ تمام الاجرة، وكذا إذا اسقط بعد العقد حقّ تعيينه فالقول بجواز العدول مطلقاً أو مع عدم العلم بغرض في الخصوصيّة ضعيف، كالاستدلال له بصحيحة حريز: عن رجل أعطى رجلاً حجّة يحجّ عنه من الكوفة، فحجّ عنه من البصرة، فقال: لا بأس إذا قضى جميع المناسك فقد تمّ حجّه. إذ هي محمولة على صورة العلم بعدم الغرض كما هو الغالب، مع أنّها إنّما دلّت على صحّة الحجّ من حيث هو، لا من حيث كونه عملاً مستأجراً عليه كما هو المدّعى، وربما تحمل على محامل أُخر، وكيف كان لا إشكال في صحّة حجّه وبراءة ذمّة المنوب عنه إذا لم يكن ما عليه مقيّداً بخصوصيّة الطريق المعيّن، إنّما الكلام في استحقاقه الأُجرة المسمّاة على تقدير العدول وعدمه، والاقوى أنّه يستحقّ من المسمّى بالنسبة، ويسقط منه بمقدار المخالفة

ثم الظاهر من خبر أبي بصير رضى المستأجر، للتعليل بالارتكاز أي المخالفة الى الافضل أي الافضل في نظر المستأجر. ويعني به انه اتى بحجة مع امر زائد وهو العمرة في الحقيقة، وان كان تمتعاً فالاجارة وقعت على الحج الموجب للثواب ولا ريب انه في التمتع اكثر فالرضا بل الاذن حاصل).

لا يستحق الاجرة: (وهذا ظاهر، لعدم الاتيان بمورد الاجارة وان فرض براءة ذمّة المستأجر، فلا وجه ظاهراً لإلزام الاستاذ (قدس سره) التخلّص بالتصالح).

المسألة ١٣ : تعيّن: (ولو لم نعلم تعلق غرض عقلائي به، بل ولو علمنا بعدم غرض عقلائي فيه، فان الاجارة وقعت عليه فيلزم العمل به إلّا اذا علم عدم غرض الشخص المستأجر في ذلك، فلا وجه ظاهراً لحاشية الخونساري (قدس سره)).

العلم بعدم الغرض: هذا الحمل بعيد ونمنع الغلبة في عدم العبرة بالمبدء.

من حيث هو: (وهذا ظاهر فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدس سره) وكذا استظهار بعض آخر من قوله عليه السلام: لا بأس، الجواز تكليفاً، فانه ايضاً توطئة لذكر صحة الحج، فظهور الذيل اقوى راجع الحديث في ١/ ١١ نيابة الحج).

المسألة ١٣ : يسقط منه بمقدار المخالفة: بل يطالب المستأجر قيمة العمل الذي لم

إذا كان الطريق معتبراً في الاجارة على وجه الجزئيّة، ولا يستحقّ شيئاً على تقدير اعتباره على وجه القيديّة، لعدم إتيانه بالعمل المستاجر عليه حينئذ وإن برئت ذمّة المنوب عنه بما اتى به، لانّه حينئذ متبرّع بعمله، ودعوى انّه يعدّ في العرف أنّه اتى ببعض ما استوجر عليه فيستحقّ بالنسبة، وقصد التقييد بالخصوصيّة لا يخرجه عرفاً عن العمل ذي الأجزاء، كما ذهب إليه في الجواهر لا وجه لها ويستحقّ تمام الأجرة إن كان اعتباره على وجه الشرطيّة الفقهيّة بمعنى الالتزام في الالتزام، نعم للمستاجر خيار الفسخ لتخلّف الشرط فيرجع إلى أجرة المثل.

مسالة ١٤ : إذا آجر نفسه للحجّ عن شخص مباشرة في سنة معيّنة، ثمّ آجر عن شخص آخر في تلك السنة مباشرة أيضا بطلت الاجارة الثانية، لعدم القدرة على العمل بها بعد وجوب العمل بالاولى، ومع عدم اشتراط المباشرة فيهما او في إحداهما صحّتا معاً، ودعوى بطلان الثانية وإن لم يشترط فيها المباشرة مع اعتبارها في الأولى لانّه يعتبر في صحّة الاجارة تمكّن الاجير من العمل بنفسه فلا يجوز إجارة الاعمى على قراءة القرآن، وكذا لا يجوز إجارة الحائض لكنس المسجد وإن لم يشترط المباشرة ممنوعة، فالاقوى الصحّة، هذا إذا آجر نفسه ثانياً للحجّ بلا اشتراط المباشرة، وامّا إذا آجر نفسه لتحصيله فلا إشكال فيه، وكذا تصحّ الثانية مع اختلاف السنتين، او مع توسعة الاجارتين، أو توسعة إحداهما،

يأت الاجير به لبقاء العقد فهو مطالب لما استملكه بالعقد من العمل (كما قال الخوئي والگلپايگاني(قدس سرهما) والوجه واضح).

على وجه القيدية: لو تعلق الغرض الاكيد به بحيث جعله مع اصل الحج بمنزلة مطلوب واحد وذلك قد يحصل لبعض الناس غير المتعارف، وكلام الجواهر في المتعارف (وما في بعض الحواشي من ان الملاك هو العرف لا العبارة، والطريق ليس قيداً عرفاً، فيه: انه لا يمنع ارادة شخص خاص القيدية. نعم المتعارف ليس التقيد وعليه يحمل كلام الجواهر ١٧ : ٣٧٦، فالحاصل ان المركب ذو اجزاء غير المقيّد الذي هو مطلوب واحد وهما غير المشروط).

المسالة ١٤ : بطلت الاجارة الثانية: ان كان المباشرة أخذت على وجه التقييد بنحو وحدة المطلوب والبطلان حينئذ لعدم شمول الدليل بعد شموله للاولى ويملك المستاجر عمل الاجير ومنافعه فلا موضوع حينئذ للثانية، وهذا مراد المتن من عدم القدرة (فالظاهر عدم وجه لتامل الاستاذ وبعض آخر في التعليل بعد العلم بمراده من عدم القدرة، كما ان تامل الخونساري (قدس سره) في اصل الحكم مطلقاً

بل وكذا مع إطلاقهما أو إطلاق إحداهما إذا لم يكن انصراف إلى التعجيل، ولو اقترنت الاجارتين في وقت واحد بطلتا معاً مع اشتراط المباشرة فيهما، ولو آجره فضوليّان من شخصين مع اقتران الاجارتين يجوز له إجازة إحداهما كما في صورة عدم الاقتران، ولو آجر نفسه من شخص ثمّ علم أنّه آجره فضوليّ من شخص آخر سابقاً على عقد نفسه ليس له إجازة ذلك العقد، وإن قلنا بكون الاجازة كاشفة، بدعوى أنّها حينئذ تكشف عن بطلان إجارة نفسه، لكون إجارته نفسه مانعاً عن صحّة الاجازة حتّى تكون كاشفة، وانصراف أدلّة صحّة الفضوليّ عن مثل ذلك.

مسالة ١٥ : إذا آجر نفسه للحجّ في سنة معيّنة لا يجوز له التأخير، بل ولا التقديم إلّا مع رضى المستأجر، ولو اخّر لا لعذر اثم وتنفسخ الاجارة إن كان التعيين على وجه التقييد، ويكون للمستأجر خيار الفسخ لو كان على وجه الشرطيّة، وإن اتى به مؤخّراً لا يستحقّ الاجرة على الاوّل وإن برئت ذمّة المنوب عنه به، ويستحقّ المسمّاة على الثاني إلّا إذا فسخ المستأجر فيرجع إلى أجرة المثل، وإذا اطلق الاجارة وقلنا بوجوب التعجيل لا تبطل مع الاهمال، وفي ثبوت الخيار للمستأجر حينئذ وعدمه وجهان، من أنّ الفوريّة ليست توقيتاً، ومن كونها بمنزلة الاشتراط.

غير ظاهر الوجه، فالتفصيل اقوى كما قلنا).

انصراف الى التعجيل: اي كان ظهوره العرفي هو التوسعة.

بطلتا: ان اريد التقييد، ولعله المراد من الاشتراط لا الشرط الفقهي.

ليس له اجازة: أي لا تنفذ وضعاً.

وانصراف ادلة صحة الفضولي: بل قصور ادلة الفضولي (فان ادلته الخاصة الواردة في البيع والنكاح لا يشمل مثل المقام وكذا الدليل العام في العقود والبيع لعدم صحة استناد هذا العقد الى المالك بعد صدور العقد مباشرة منه المخرجة للمورد عن سلطانه).

المسالة ١٥ : **وتنفسخ الاجارة**: الظاهر تخيّر المستأجر بين الفسخ واسترداد المسمى أو الابقاء ومطالبة قيمة العمل، وعدم الامكان الطاري لا يوجب البطلان أو انفساخ العقد، كما ان الظاهر عدم الفرق حينئذ بين كون التأخير لعذر أو لغيره.

وجهان: صرف وجوب التعجيل شرعاً لا يوجب حقاً معاملياً، نعم اذا كان انصراف بحيث يكون كالمذكور في العقد أو المبني عليه أوجب حقاً، وحينئذ اما تقييد أو اشتراط ولكل حكمه.

مسألة ١٦ : قد عرفت عدم صحّة الاجارة الثانية فيما إذا آجر نفسه من شخص في سنة معيّنة، ثمّ آجر من آخر في تلك السنة، فهل يمكن تصحيح الثانية باجازة المستاجر الاوّل اولا؟ فيه تفصيل، وهو انّه إن كانت الأولى واقعة على العمل في الذمّة لا تصحّ الثانية بالاجازة لانّه لادخل للمستاجر بها إذا لم تقع على ماله حتّى تصحّ له إجازتها، وإن كانت واقعة على منفعة الاجير في تلك السنة بان تكون منفعته من حيث الحجّ او جميع منافعه له جاز له إجازة الثانية، لوقوعها على ماله، وكذا الحال في نظائر المقام، فلو آجر نفسه ليخيط لزيد في يوم معيّن ثمّ آجر نفسه ليخيط او ليكتب لعمرو في ذلك اليوم ليس لزيد إجازة العقد الثاني، وامّا إذا ملّكه منفعته الخياطيّ فآجر نفسه للخياطة او للكتابة لعمرو جاز له إجازة هذا العقد، لانّه تصرف في متعلّق حقّه وإذا اجاز يكون مال الاجارة له، لا للموجر، نعم لو ملك منفعة خاصّة كخياطة ثوب معيّن او الحجّ عن ميّت معيّن على وجه التقييد يكون كالاوّل في عدم إمكان إجازته.

مسألة ١٧ : إذا صدّ الاجير او أحصر كان حكمه كالحاجّ عن نفسه فيما عليه من الاعمال، وتنفسخ الاجارة مع كونها مقيّدة بتلك السنة، ويبقى الحجّ في ذمّته مع الاطلاق، وللمستاجر خيار التخلّف إذا كان اعتبار تلك السنة على وجه الشرط في ضمن العقد، ولا يجزي عن المنوب عنه وإن كان بعد الاحرام ودخول الحرم، لانّ ذلك كان في خصوص الموت من جهة الاخبار، والقياس عليه لا وجه له، ولو ضمن الموجر الحجّ في المستقبل في صورة التقييد لم تجب إجابته، والقول بوجوبه ضعيف، وظاهرهم استحقاق الأجرة بالنسبة إلى ما اتى به من الاعمال، وهو مشكل لانّ المفروض عدم إتيانه للعمل المستاجر عليه، وعدم فائدة فيما اتى به، فهو نظير الانفساخ في الاثناء لعذر غير الصدّ والحصر، وكالانفساخ في اثناء سائر الاعمال المرتبطة لعذر في إتمامها وقاعدة احترام عمل المسلم لا تجري، لعدم الاستناد إلى المستاجر، فلا يستحقّ أجرة المثل ايضاً.

المسألة ١٦ : لا تصح الثانية بالاجازة: إلّا اذا كانت المباشرة في هذه السنة شرطاً لا قيداً فالاجازة من الاول حينئذ اسقاط الشرط (بل يمكن في صورة التقيد ايضاً لكون الثانية مزاحمة لحق المستاجر الاول ولا يلزم في الفضولي الملكية بل صرف التعلق الاعم من الملكية والحقية كاف نظير اجارة المرتهن فاذا اجاز يكون في الحقيقة بمنزلة رفع اليد عن الاجارة الاولى ان كانت مقيدة بتلك السنة ويكون مال الاجارة للموجر لا للمجيز، إلّا ان يقال: في صورة التقيد في الاجارة الاولى لا تصح الثانية لتكون مزاحمة للاولى).

المسألة ١٧ : وهو مشكل: بل الظاهر عدم الاستحقاق (فانّ المتعارف في الحج والصلاة والصوم وامثالها الاستيجار للطبيعي بشرط شيء وهو لا ينطبق على الطبيعي بشرط لا إلّا اذا صرّح بان مورد الاستيجار طبيعي العمل في كل جزء لا بشرط، لو

مسالة ١٨ : إذا أتى النائب بما يوجب الكفّارة فهو من ماله.

مسالة ١٩ : إطلاق الاجارة يقتضي التعجيل، بمعنى الحلول في مقابل الاجل لا بمعنى الفوريّة، إذ لا دليل عليها، والقول بوجوب التعجيل إذا لم يشترط الاجل ضعيف فحالها حال البيع في أنّ إطلاقه يقتضي الحلول بمعنى جواز المطالبة ووجوب المبادرة معها.

مسالة ٢٠ : إذا قصرت الأجرة لا يجب على المستأجر إتمامها، كما أنّها لو زادت ليس له استرداد الزائد، نعم يستحبّ الاتمام كما قيل، بل قيل: يستحبّ على الاجير ايضاً ردّ الزائد، ولا دليل بالخصوص على شيء من القولين، نعم يستدلّ على الاوّل بانّه معاونة على البرّ والتقوى، وعلى الثاني بكونه موجباً للاخلاص في العبادة.

مسالة ٢١ : لو أفسد الاجير حجّه بالجماع قبل المشعر فكالحاجّ عن نفسه يجب عليه إتمامه، والحجّ من قابل، وكفّارة بدنة، وهل يستحقّ الأجرة على الاوّل اولا؟ قولان مبنيّان على أنّ الواجب هو الاوّل، وأنّ الثاني عقوبة، أو هو الثاني وانّ الاوّل عقوبة، قد يقال بالثاني للتعبير في الاخبار بالفساد

ترتب عليه غرض عقلائي كإرادة الثواب لكل جزء لو فرض البطلان او عدم التوفيق للاتمام او غرض شخصي للمستأجر في ذلك او انصرف اطلاق العقد الى ذلك، وإلاّ فظاهر العقد كون الاجرة في قبال تمام العمل بنحو وحدة المطلوب فلا وجه لحاشية الاستاذ والگلپايگاني(قدس سرّهما)).

المسالة ١٩ : ضعيف: لا ينبغي ترك الاحتياط بالتعجيل بمعنى الاتيان فوراً ففوراً إلاّ مع الرضا بالتأخير. (وقد الزمه الگلپايگاني(قدس سرّه) لكن الظاهر عدم الوجوب فان العمل في الذمة ليس كالعين ولا يعدّ عدم تسليمه تصرفاً فيه، نعم للدائن حق المطالبة وعلى المديون الاداء حينئذ).

المسالة ٢٠ : نعم يستدل: لكنه لا يكون دليلاً (اذ بعد الاتيان كيف يكون الاتمام تعاوناً على البرّ إلاّ بعنوان التبديل للنفقة كما ان ردّ الزائد من ناحية الأجير ايضاً لا يوجب الاخلاص بعد العمل إلاّ مع القول بإمكان تبديل الامتثال وكذا تبديل جهات الامتثال لكن تبديل النفقة، وكذا تبديل الامتثال لا يوافق التحقيق، نعم ينطبق على ذلك عنوان الاحسان واعطاء المال لله تعالى، إلاّ ان يقال بإستفادة امكان التغيير في الاعتباريات من ادلة الجماعة بعد الانفراد، ولو لم يؤت بالعمل ثانياً لكنه بلا دليل واضح وان كان موافقاً للذوق).

المسالة ٢١ : لبعض الاخبار: (مثل صحيحة زرارة ٩/ ٣ كفارات الاستمتاع

الظاهر في البطلان، وحمله على إرادة النقصان وعدم الكمال مجاز لا داعي إليه، وحينئذ فتنفسخ الاجارة إذا كانت معيّنة ولا يستحقّ الأجرة، ويجب عليه الاتيان في القابل بلا أجرة، ومع إطلاق الاجارة تبقى ذمّته مشغولة، ويستحقّ الأجرة على ما يأتي به في القابل، والاقوى صحّة الاوّل، وكون الثاني عقوبة لبعض الاخبار الصريحة في ذلك في الحاجّ عن نفسه، ولا فرق بينه وبين الاجير، والخصوص خبرين في خصوص الاجير عن إسحاق بن عمّار عن أحدهما عليه السلام قال: قلت: فإن ابتلى بشيء يفسد عليه حجّه حتّى يصير عليه الحجّ من قابل، أيجزي عن الاوّل؟ قال: نعم، قلت: فانّ الاجير ضامن للحجّ؟ قال: نعم. وفي الثاني سئل الصادق عليه السلام عن رجل حجّ عن رجل فاجترح في حجّه شيئاً، يلزم فيه الحجّ من قابل وكفّارة؟ قال عليه السلام: هي للاوّل تامّة، وعلى هذا ما اجترح. فالاقوى استحقاق الأجرة على الاوّل وإن ترك الاتيان من قابل عصياناً، أو لعذر، ولا فرق بين كون الاجارة مطلقة او معيّنة، وهل الواجب إتيان الثاني بالعنوان الّذي أتى به الاوّل، فيجب فيه قصد النيابة عن المنوب عنه وبذلك العنوان، أو هو واجب عليه تعبّداً ويكون لنفسه؟ وجهان لا يبعد الظهور في الاوّل، ولا ينافي كونه عقوبة، فإنّه يكون الاعادة عقوبة، ولكن الاظهر الثاني، والاحوط ان يأتي به بقصد ما في الذمّة، ثمّ لا يخفى عدم تماميّة ما ذكره ذلك القائل من عدم استحقاق الأجرة في صورة كون الاجارة معيّنة، ولو على ما يأتي به في القابل، لانفساخها وكون وجوب الثاني تعبّداً، لكونه خارجاً عن متعلّق الاجارة، وإن كان مبرءاً لذمّة المنوب عنه، وذلك لانّ الاجارة وإن كانت منفسخة بالنسبة إلى الاوّل لكنها باقية بالنسبة إلى الثاني تعبّداً لكونه عوضاً شرعيّاً تعبديّاً عمّا وقع عليه العقد فلا وجه لعدم استحقاق الأجرة

«عن محرم غشى امرأته وهي محرمة ... عليها بدنة وعليهما الحج من قابل، قلت: فأي الحجتين لهما؟ قال: الاولى التي احدثا فيها ما أحدثا والاخرى عليهما عقوبة» والخبران الآخران هما ١ و١٥/٢ نيابة الحج، وعليه فالتعبير بالفساد في بعض الروايات بمعنى النقص لا البطلان).

لا يبعد الظهور في الاول: لا ظهور فيه (فان الالزام بالاتيان عقوبة ليس له أية دلالة على لزوم قصد العنوان المقصود في الاول بل في بعض الروايات تصريح بأنه عقوبة للفاعل فلا ربط له بالمنوب عنه وفاقاً للاستاذ والخوئي(قدس سرّهما)).

الى الثاني تعبداً: التعبد في كونه الحج الصحيح على فرضه لايستلزم التعبد في بقاء الاجارة بالنسبة اليه فان غايته الدلالة على كونه الحج الموظف اي النيابة لكن التقيد بكونه الحج النيابي غير التعبد بكونه الاجاري سيما وهو خلاف القاعدة لا يصار اليه بصرف ظهور ما لو فرض (لو فرضنا ظهور التعبد بكونه الحج الصحيح أي

على الثاني، وقد يقال بعدم كفاية الحجّ الثاني أيضاً في تفريغ ذمّة المنوب عنه، بل لابدّ للمستأجر أن يستأجر مرّة أخرى في صورة التعيين، وللأجير أنْ يحجّ ثالثاً في صورة الاطلاق، لانّ الحجّ الاوّل فاسد، والثاني إنّما وجب للافساد عقوبة فيجب ثالث، إذ التداخل خلاف الاصل، وفيه انّ هذا إنّما يتمّ إذا لم يكن الحجّ في القابل بالعنوان الاوّل، والظاهر من الاخبار على القول بعدم صحة الاوّل وجوب إعادة الاوّل، وبذلك العنوان، فيكفي في التفريغ، ولا يكون من باب التداخل، فليس الافساد عنواناً مستقلاً، نعم إنّما يلزم ذلك إذا قلنا: إنّ الإفساد موجب لحجّ مستقلّ لا على نحو الاوّل، وهو خلاف ظاهر الاخبار، وقد يقال في صورة التعيين: إنّ الحجّ الاوّل إذا كان فاسداً وانفسخت الاجارة يكون لنفسه، فقضاؤه في العام القابل ايضاً يكون لنفسه، ولا يكون مبرءاً لذمّة المنوب عنه، فيجب على المستأجر استيجار حجّ آخر، وفيه أيضاً ما عرفت من أنّ الثاني واجب بعنوان إعادة الاوّل وكون الاوّل بعد انفساخ الاجارة بالنسبة إليه لنفسه لا يقتضي كون الثاني له، وإن كان بدلا عنه، لانّه بدل عنه بالعنوان المنويّ، لا بما صار إليه بعد الفسخ، هذا، والظاهر عدم الفرق في الاحكام المذكورة بين كون الحجّ الاوّل المستأجر عليه واجباً او مندوباً، بل الظاهر جريان حكم وجوب الاتمام والاعادة في النيابة تبرّعاً ايضاً، وإن كان لا يستحقّ الأجرة اصلاً.

الموظف النيابي، في كونه الاجاري فهو ظهور ضعيف لا يقاوم القواعد فانه تعبد بعقد غير مقصود وغير معقود.

ثم انّ تعبير ضمان الاجير في بعض الروايات لا يدل على كونه عوضاً شرعياً اصلاً، وكيف كان فقول الجواهر ـ١٧: ٣٩٠ـ في عدم الاستحقاق حينئذ اقوى).

فليس الافساد عنواناً مستقلاً: مع ان الروايات المتعرضة للوظيفة لا تشير الى حج ثالث اصلاً، وهذا السكوت في مقام بيان الوظيفة دليل عدم الوجوب وكذلك الحاج عن نفسه لا يجب عليه الحج الثالث إلّا اذا كان استطاعته بعد الافساد فانه يأتي في القابل الحج عقوبة ثم في الثالث حجة الاسلام (خلافاً للخوئي (قدس سرّه) فانه يعتقد بالتداخل حينئذ لكنه بلا دليل فان الاستطاعة وان حصلت لكن فورية الحج لا تستلزم التداخل لتقدم الحج العقابي بالظهور العرفي فانه كسجود السهو، يرتبط بالحج السابق. وايضاً تصرح الروايات بإتيانه في القابل وهذا التصريح مقدم على دليل فورية حجة الاسلام فالسبب متعدد والفورية مختلفة).

واجب بعنوان اعادة: مرّ عدم ظهور في ذلك كما مرّ ان الظاهر الصحيح كون الاول هو الموظف فلا تصل النوبة الى هذه الاحتمالات.

مسألة ٢٢ : يملك الاجير الأجرة بمجرّد العقد، لكن لا يجب تسليمها إلاّ بعد العمل إذا لم يشترط التعجيل ولم يكن قرينة على إرادته من انصراف او غيره، ولا فرق في عدم وجوب التسليم بين أن تكون عيناً او ديناً، لكن إذا كانت عيناً ونمت كان النماء للاجير، وعلى ما ذكر من عدم وجوب التسليم قبل العمل إذا كان المستاجر وصيّاً او وكيلاً وسلّمها قبله كان ضامناً لها على تقدير عدم العمل من الموجر، او كون عمله باطلاً، ولا يجوز لهما اشتراط التعجيل من دون إذن الموكّل او الوارث ولو لم يقدر الاجير على العمل مع عدم تسليم الأجرة كان له الفسخ وكذا للمستاجر، لكن لما كان المتعارف تسليمها أو نصفها قبل المشي يستحقّ الاجير المطالبة في صورة الاطلاق، ويجوز للوكيل والوصيّ دفعها من غير ضمان.

مسألة ٢٣ : إطلاق الإجارة يقتضي المباشرة، فلا يجوز للاجير ان يستاجر غيره إلاّ مع الاذن صريحاً او ظاهراً، والرواية الدالّة على الجواز محمولة على صورة العلم بالرضا من المستاجر.

المسألة ٢٢ : من انصراف: الى المتعارف كما يصرح في آخر المسألة.

ضامناً: إلاّ اذا كان وكيلاً او وصياً في ذلك الدفع ايضاً، أو رأى مصلحة الموصي او الموكل في ذلك كزيادة الاجرة على فرض التاخير او لتعذر او تعسّر الاستيجار بدون ذلك (ووجه الكل واضح إلاّ تعسّر الاستيجار، ووجهه مرضيّة عدم امكان العمل أو خوف ذلك، ودليل لزوم التحفظ على العمل بالوصية يقتضي ذلك عقلائياً، وايضاً دليل نفي الحرج الجاري في العمل بالوصيّة فتامل).

الوارث: ان عيّن من ناحية الميت بعنوان تولي اموره، وإلاّ فالوارث بعنوانه لا تاثير لإذنه إلاّ اذا اوجب تصرفاً في مال الوارث ايضاً كالدفع من مجموع المال قبل التقسيم فيما كان زائداً على مصارف الحج مثلاً.

له الفسخ: لا وجه لفسخ الاجير إلاّ فيما له المطالبة كمورد الانصراف أو التصريح، نعم للمستاجر خيار تعذر التسليم واذا انقضى السنة يكون للمستاجر مطالبة قيمة العمل من الاجير (لا الانفساخ كما قال الاستاد (قدس سره) لتملك العمل عليه).

دفعها: اي دفع ما يتعارف كلاً او جزءً.

المسألة ٢٣ : على صورة العلم بالرضى: أي قبول بدل المستأجر عليه من باب الوفاء بغير الجنس او الرضى حين العقد بحيث يقتضي وقوع العقد على الاعم. لكن لعل مورد الرواية لم يكن من باب الاستيجار اصلاً بل اعطاء مال للحج لا للحج عنه فاعطاه الاخذ غيره. ووجه تردد السائل احتمال اختصاص هذه الصدقة بالشخص.

مسالة ٢٤ : لا يجوز استيجار من ضاق وقته عن إتمام الحجّ تمتّعاً، وكانت وظيفته العدول إلى حجّ الإفراد عمّن عليه حجّ التمتّع، ولو استاجره مع سعة الوقت فنوى التمتّع ثمّ اتّفق ضيق الوقت فهل يجوز له العدول ويجزي عن المنوب عنه أولا؟ وجهان، من إطلاق أخبار العدول، ومن انصرافها إلى الحاجّ عن نفسه، والاقوى عدمه، وعلى تقديره فالاقوى عدم أجزائه عن الميّت وعدم استحقاق الأجرة عليه، لانّه غير ما على الميّت، ولانّه غير العمل المستاجر عليه.

مسالة ٢٥ : يجوز التبرّع عن الميّت في الحجّ الواجب ايّ واجب كان والمندوب، بل يجوز التبرّع عنه بالمندوب، وإن كانت ذمّته مشغولة بالواجب، ولو قبل الاستيجار عنه للواجب، وكذا يجوز الاستيجار عنه في المندوب كذلك، وامّا الحيّ فلا يجوز التبرّع عنه في الواجب إلّا إذا كان معذوراً في المباشرة لمرض او هرم، فإنّه يجوز التبرّع عنه ويسقط عنه وجوب الاستنابة على الاقوى كما مرّ سابقاً، وامّا الحجّ المندوب فيجوز التبرع عنه، كما يجوز له أن يستاجر له حتّى إذا كان عليه حجّ واجب لا يتمكّن من ادائه فعلاً، وامّا إن تمكّن منه فالاستيجار للمندوب قبل ادائه مشكل، بل التبرّع عنه حينئذٍ ايضاً

هذا مع ان الرواية ضعيفة سنداً من جهات (فان الاحول أو جعفر الاحول ـ كما في التهذيب ـ مجهول ولا يحتمل كون المراد أبا جعفر الاحول كما ذكر في الوسائل لانه باقري ويعقوب الذي قائده هادوي، والرواية عن الرضا عليه السلام وفي عثمان بن عيسى الرواسي الواقفي وكذا في ابي سعيد سهل بن زياد كلام لكن لا بأس بهما).

المسالة ٢٤ : والاقوى عدمه: بل الاقوى جواز العدول واجزائه عن المنوب عنه، وكذا استحقاق الاجرة اذا وقع الاجارة على الحج مطلقاً او على تفريغ الذمة، نعم اذا صرّح بإرادة الاعمال الخاصة الاختيارية دون الاضطرارية فيجب الوفاء ولا يستحق الاجرة على سواها (وفاقاً للگلپايگاني والبهبهاني (قدس سرّهما). فان الاجارة على الحج الشرعي اجارة على عمل له حالتان اختيارية واضطرارية ويجري البحث في الوقوفين، ونظيره في الصلاة الّتي تتميمها بصلاة الاحتياط سيما مع اختلاف الكيفيّة. واعتقد الاستاذ (قدس سره) تبعاً للبروجردي والسيد جمال (قدس سرّهما) العدول والاجزاء دون استحقاق الاجرة، وما ذكرنا أوفق بالقواعد).

المسالة ٢٥ : ويسقط عنه: محل تامل بل لا يبعد لزوم الاستنابة (فان ظاهر ادلة الباب لزوم الاستناد عملاً كما في الاستنابة ولعل الاذن او الاجازة ايضاً غير كاف).

قبل ادائه مشكل: بل الاظهر الصحة وكذا التبرع: (وحاصل الكلام ان الحج

لا يخلو عن إشكال في الحجّ الواجب.

مسألة ٢٦ : لا يجوز أن ينوب واحد عن اثنين أو أزيد في عام واحد، وإن كان الأقوى فيه الصحّة إلّا إذا كان وجوبه عليهما على نحو الشركة، كما إذا نذر كلّ منهما ان يشترك مع الآخر في تحصيل الحجّ، وأمّا في الحجّ المندوب فيجوز حجّ واحد عن جماعة بعنوان النيابة، كما يجوز بعنوان إهداء الثواب لجملة من الأخبار الظاهرة في جواز النيابة أيضاً، فلا داعي لحملها على خصوص إهداء الثواب.

مسألة ٢٧ : يجوز أن ينوب جماعة عن الميّت أو الحيّ في عام واحد في الحجّ المندوب تبرّعاً أو بالاجارة، بل يجوز ذلك في الواجب أيضاً، كما إذا كان على الميّت والحيّ الذي لا يتمكّن من المباشرة لعذر حجّان مختلفان نوعاً كحجّة الاسلام والنذر، أو متّحدان من حيث النوع كحجّتين للنذر، فيجوز أن يستأجر اجيرين لهما في عام واحد، وكذا يجوز إذا كان احدهما واجباً، والآخر مستحبّاً، بل يجوز ان يستأجر اجيرين لحجّ واجب واحد كحجّة الاسلام في عام واحد احتياطاً، لاحتمال بطلان حجّ أحدهما، بل وكذا مع العلم بصحّة الحجّ من كلّ منهما، وكلاهما أتى بالحجّ الواجب، وإن كان إحرام أحدهما قبل إحرام الآخر، فهو مثل ما إذا صلّى جماعة على الميّت في وقت واحد. ولا يضرّ سبق أحدهما بوجوب الآخر، فإنّ الذمّة مشغولة ما لم يتم العمل، فيصحّ قصد الوجوب من كلّ منهما ولو كان أحدهما اسبق شروعاً.

الواجب على الحيّ لا يسقط بفعل الغير كما في الصلاة والصوم وغير ذلك، إلّا في الحيّ العاجز عن المباشرة في الحج لمرض وهرم فيجوز الاستنابة ويدل عليه الاخبار المتظافرة في الباب ٢٥ نيابة الحج وغير ذلك، لكن يجوز الاستيجار للمندوب وكذا التبرع ولو كان عليه الواجب وامكنه بنفسه او الاستنابة لإطلاق ادلة التبرع والاستنابة في المندوب ولو كان عليه واجب بل يجوز لنفسه ايضاً اتيان المندوب قبل الواجب للاطلاق المزبور ويصحّحه الترتب ثم ان كلمة «في الحج الواجب» في الذيل مستدرك، والظاهر ارتباطه باوائل المسالة الآتية مكان قوله فيها: «وان كان الاقوى فيه الصحة» وارتباط تلك العبارة بهذه المسألة).

المسألة ٢٦ : المندوب فيجوز: (لصراحة مثل صحيح ١/٢٨ نيابة الحج في جواز التشريك أيّ مقدار اراد الشخص، والظاهر من الروايات جريان ذلك في الحج عن نفسه و عن غيره فيجوز التشريك فيما اتى عن نفسه وكذا في النيابة).

المسألة ٢٧ : اسبق شروعاً: بشرط تقارن الختام وإلّا فقصد الوجوب للأحق مشكل فيقصد القربة المطلقة.

(٥ ـ فصل في الوصية بالحج)

مسالة ١ : إذا أوصى بالحجّ فإن علم انّه واجب أخرج من اصل التركة وإن كان بعنوان الوصيّة، فلا يقال مقتضى كونه بعنوانها خروجه من الثلث، نعم لو صرّح باخراجه من الثلث أخرج منه، فإن وفى به وإلاّ يكون الزائد من الاصل، ولا فرق في الخروج من الاصل بين حجّة الاسلام والحجّ النذريّ والافساديّ، لانّه باقسامه واجب ماليٌّ، وإجماعهم قائم على خروج كلّ واجب ماليّ من الاصل، مع انّ في بعض الاخبار انّ الحجّ بمنزلة الدين، ومن المعلوم خروجه من الاصل بل الاقوى خروج كلّ واجب من الاصل وإن كان بدنيّاً كما مرّ سابقاً، وإن علم انّه ندبي فلا إشكال في خروجه من الثلث، وإن لم يعلم أحد الامرين ففي خروجه من الاصل أو الثلث وجهان، يظهر من سيّد الرياض خروجه من الاصل حيث إنّه وجّه كلام الصدوق الظاهر في كون جميع الوصايا من الاصل بانّ مراده ما إذا لم يعلم كون الموصى به واجباً أولا، فإنّ مقتضى عمومات وجوب العمل بالوصيّة خروجها من الاصل، خرج عنها صورة العلم بكونها ندبيّاً، وحمل الخبر الدالّ بظاهره على ما عن الصدوق ايضاً على ذلك، لكنّه مشكل، فإنّ العمومات مخصّصة بما دلّ على انّ الوصية بازيد من الثلث، تردّ إليه إلاّ مع إجازة الورثة، هذا مع انّ الشبهة مصداقية، والتمسك بالعمومات فيها محلّ إشكال، وامّا الخبر المشار إليه وهو قوله ﷺ: «الرجل احقّ بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كلّه فهو جايز» فهو موهون باعراض العلماء

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

في الوصية بالحج

المسالة ١ : ولا فرق: مرّ الاشكال في غير حجة الاسلام وان الملاك ليس صرف دخالة المال، كما مرّ عدم خروج كل واجب من الاصل.

الشبهة مصداقية: وحينئذ فلا يثبت شيء من اطراف الاحتمال إلاّ ان يجري الاستصحاب ونحوه.

في هذه الازمنة: الملاك هو الظهور العرفي ولا ريب في اختلاف الموارد.

بإعراض العلماء: (كما في غير واحد من روايات عمار ومنها روايته في بلوغ الانثى لكن في المقام السند الى عمار ايضاً غير معتمد لوقوع عمر بن شداد الازدي (أو عمرو) وهو لم يوثق وروى ايضاً بجنب الازدي، السريّ وهو ملعون كذاب، ولا نعلم اسمه. ونظير الحديث ١١/١٦ لكنه قضية في واقعة فراجع. ويمكن حمل الحديث على التصرفات المنجزة.

عن العمل بظاهره، ويمكن أن يكون المراد بماله هو الثلث الذي أمره بيده، نعم يمكن ان يقال في مثل هذه الازمنة بالنسبة إلى هذه الامكنة البعيدة عن مكة: الظاهر من قول الموصي: حجّوا عنّي هو حجّة الاسلام الواجبة لعدم تعارف الحجّ المستحبّي في هذه الازمنة والامكنة، فيحمل على انّه واجب من جهة هذا الظهور والانصراف، كما انّه إذا قال: ادّوا كذا مقداراً خمساً أو زكاة، ينصرف إلى الواجب عليه فتحصّل انّ في صورة الشكّ في كون الموصى به واجباً حتّى يخرج من اصل التركة، أولا حتّى يكون من الثلث مقتضى الاصل الخروج من الثلث، لانّ الخروج من الاصل موقوف على كونه واجباً وهو غير معلوم، بل الاصل عدمه إلّا إذا كان هناك انصراف كما في مثل الوصيّة بالخمس او الزكاة او الحجّ ونحوها، نعم لو كانت الحالة السابقة فيه هو الوجوب كما إذا علم وجوب الحجّ عليه سابقاً ولم يعلم انّه أتى به أولا فالظاهر جريان الاستصحاب والاخراج من الاصل ودعوى انّ ذلك موقوف على ثبوت الوجوب عليه وهو فرع شكّه لا شكّ الوصيّ أو الوارث ولا يعلم انّه كان شاكاً حين موته او عالماً باحد الامرين مدفوعة بمنع اعتبار شكّه بل يكفي شكّ الوصيّ أو الوارث ايضاً، ولا فرق في ذلك بين ما إذا أوصى

وهو غير معلوم: اذا كان غير معلوم، والحكم على واقع الامر، فلا وجه لإثبات احد الطرفين، واما اصالة العدم فان اريد عدم الوجوب على الميت فهي مثبتة بالنسبة الى الوصي فان موضوع حكم الوصي الوجوب على الميت وعدم ادائه وهذه لا تثبت ذلك وان اريد عدم الوجوب على الوصي فهو عدم ازلي منذ كان وصياً فلعله كان واجباً عليه فتدبره.

مدفوعة: وان كان المذكور هنا مخالفاً لما ذكره في المسالة الخامسة من ختام الزكاة. لكن اثبات وجوب الاخراج من الاصل بالاستصحاب في غير صورة بقاء العين المتعلق للحق ممنوع إلّا فيما كان اصل اشتغال الذمة قطعياً والشك في الاداء كإتلاف المال قبل اداء الحق لا كالتلف مع احتمال اداء الحق بل الاظهر عدم جريان الاستصحاب حتى في صورة قطعية اشتغال الذمة اذ الاثر وهو تعلق الدين بالتركة مترتب على اقتران الموت بإشتغال الذمة بحيث اثبت الاشتغال حين الموت واثبات هذا التقيد والتقارن لا يمكن باستصحاب اشتغال الذمة إلّا بالاصل المثبت فالاحوط الخروج من سهم الكبار برضاهم (وبه يظهر الاشكال في حاشية الاستاذ وحتى في شرح الخوئي(مد ظله) مع انه دقق النظر في الشقوق).

أو لم يوص، فإنّ مقتضى أصالة بقاء اشتغال ذمّته بذلك الواجب عدم انتقال ما يقابله من التركة إلى الوارث، ولكنّه يشكل على ذلك الأمر في كثير من الموارد لحصول العلم غالباً بأنّ الميت كان مشغول الذمّة بدين أو خمس أو زكاة أو حجّ أو نحو ذلك، إلّا أن يدفع الحمل على الصحّة، فإنّ ظاهر حال المسلم الاتيان بما وجب عليه، لكنه مشكل في الواجبات الموسّعة، بل في غيرها أيضاً في غير الموقّتة، فالاحوط في هذه الصورة الاخراج من الاصل.

مسألة ٢: يكفي الميقاتيّة، سواء كان الحجّ الموصى به واجباً أو مندوباً، ويخرج الاوّل من الاصل، والثاني من الثلث إلّا إذا أوصى بالبلديّة، وحينئذ فالزائد عن أجرة الميقاتية في الاوّل من الثلث، كما أنّ تمام الأجرة في الثاني منه.

عدم انتقال ما يقابله: على الاظهر وان كان من المحتمل الانتقال مع تعلق حق الديان كالوصية بالمال (وفاقاً في هذا الاحتمال للبهبهاني (قدس سره) لعدم استفادة ازيد من ذلك من ادلة مانعية الدين والوصية مع لحاظ ادلة الارث اذ لابد امّا من القول بالبقاء على ملك الميت مع ظهور ادلة الارث في الانتقال بمجرد الموت واما من القول بالانتقال الى الديان ولا يستفاد ذلك من ادلته وأما من القول بالمال بلا مالك وهو ايضاً خلاف ظاهر الادلة. لكن الاظهر ذلك لعدم الدليل على الانتقال الى الديان وان الانتقال الى الوارث انما هو بعد الدين رتبةً أو اداءً أو مقداراً).

لكنه يشكل: مرّ عدم الاشكال لعدم جريان الاستصحاب.

بالحمل على الصحة: لكن لا مستند له يعتمد عليه (فان اصالة الصحة تجري في اثبات صحة العمل لا اثبات اصل العمل، واما ظاهر حال المسلم وانه يعمل بوظائفه فلا دليل يعتمد عليه وهل يمكن الحكم بكون الموصى به واجباً، بحمل الوصية على الصحة اذا كانت بالخروج من الاصل فيه اشكال من جهة عدم دليل عام يشمل هذا المورد من الحمل على الصحة أى ما يشك في ولاية الموصي ونظيره الشك في ولاية كل عاقد).

المسألة ٢: واجباً: إلّا فيما كان الواجب منذوراً من البلد على اعتقاده (قدس سره).

اوصى بالبلدية: ولو بانصراف كلامه كما لا يبعد في امثال زماننا في الامكنة البعيدة.

المسالة ٣: إذا لم يعيّن الأجرة فاللازم الاقتصار على أجرة المثل للانصراف إليها، ولكن إذا كان هناك من يرضى بالاقلّ منها وجب استيجاره، إذ الانصراف إلى أجرة المثل إنّما هو نفي الازيد فقط، وهل يجب الفحص عنه لو احتمل وجوده؟ الاحوط ذلك توفيراً على الورثة، خصوصاً مع الظنّ بوجوده، وإن كان في وجوبه إشكال، خصوصاً مع الظنّ بالعدم، ولو وجد من يريد ان يتبرّع فالظاهر جواز الاكتفاء به، بمعنى عدم وجوب المبادرة إلى الاستيجار، بل هو المتعيّن توفيراً على الورثة، فإن أتى به صحيحاً كفى، وإلاّ وجب الاستيجار، ولو لم يوجد من يرضى بأجرة المثل فالظاهر وجوب دفع الازيد إذا كان الحجّ واجباً، بل وإن كان مندوباً ايضاً مع وفاء الثلث، ولا يجب الصبر إلى العام القابل ولو مع العلم بوجود من يرضى بأجرة المثل أو اقلّ، بل لا يجوز لوجوب المبادرة إلى تفريغ ذمّة الميّت في الواجب، والعمل بمقتضى الوصيّة في المندوب، وإن عيّن الموصي مقداراً للأجرة تعيّن وخرج من الاصل في الواجب إن لم يزد على أجرة المثل، وإلاّ فالزيادة من الثلث، كما انّ في المندوب كلّه من الثلث.

المسالة ٣: فاللازم: مع عدم رضى الورثة أو صغرهم وهكذا في استيجار الاقل.

وجب استيجاره: لا لما ذكره من التعليل بل لكون الواجب هو طبيعي الحج وهو يحصل بالاقل فالزائد لا دليل على اخراجه من الاصل.

الاحوط ذلك: لا يترك بالفحص المتعارف اذا لم ينجر الى التعطيل او التاخير، لا للتوفير وكذا في فرع التبرع، بل لما ذكر من كون الواجب هو طبيعي الحج ولعله يحصل بالاقل واما التمسك باصالة عدم من يرضى بالاقل كما في بعض الحواشي ففيه اشكال (فلا وجه لكلام الخوئي في الشرح اذ السؤال عن حالته السابقة وان المراد بالرضا، الفعلي الذي هو مع التوجه فلا يلزم أو الشاني الذي اذا دُعي والتفت فلا حالة سابقة له وايضاً الاثر الشرعي هو وجوب الاتيان بالحج، وحكم الضمان بالزائد على فرض وجود راض بالاقل مترتب على الواقع والشك يكفيه فتامل).

هو المتعين: فيه اشكال حتى في الواجب وان كان احوط مع وجود قاصر في الورثة (فان الواجب دين وهو مقدم على الارث ولا دليل على لزوم قبول التبرع كما ان المندوب الخارج من الثلث سبيل الهي لا دليل على لزوم تقديم التبرع المندوب على هذا المندوب).

بمقتضى الوصية: ان عين السنّة ولو بالانصراف.

ان لم يزد على اجرة المثل: فلا اثر لتعيينه الاجرة بالنسبة الى الواجب فان حجة الاسلام دين يجب اخراجه على أي حال.

المسالة ٤: هل اللازم في تعيين أجرة المثل الاقتصار على أقلّ الناس أجرة أو يلاحظ أجرة من يناسب شأن الميّت في شرفه وضعته؟ لا يبعد الثاني، والاحوط الاظهر الاوّل، ومثل هذا الكلام يجري ايضاً في الكفن الخارج من الاصل ايضاً.

المسالة ٥: لو اوصى بالحجّ وعيّن المرّة أو التكرار بعدد معيّن تعيّن، وإن لم يعيّن كفى حجّ واحد إلاّ أن يعلم أنّه أراد التكرار، وعليه يحمل ما ورد في الاخبار من أنّه يحجّ عنه مادام له مال، كما في خبرين، او ما بقي من ثلثه شيء كما في ثالث، بعد حمل الاوّلين على الاخير من إرادة الثلث من لفظ المال، فما عن الشيخ وجماعة من وجوب التكرار ما دام الثلث باقيا ضعيف، مع أنّه يمكن ان يكون المراد من الاخبار أنّه يجب الحجّ مادام يمكن الاتيان به ببقاء شيء من الثلث بعد العمل بوصايا أخر، وعلى فرض ظهورها في إرادة التكرار ولو مع عدم العلم بارادته لابدّ من طرحها لإعراض المشهور عنها، فلا ينبغي الاشكال في كفاية حجّ واحد مع عدم العلم بارادة التكرار، نعم لو اوصى باخراج الثلث ولم يذكر إلاّ الحجّ يمكن ان يقال: بوجوب صرف تمامه في الحجّ، كما لو لم يذكر إلاّ المظالم او إلاّ الزكاة او إلاّ الخمس، ولو اوصى ان يحجّ عنه مكرراً كفى مرّتان، لصدق التكرار معه.

المسالة ٤: الاظهر الاول: بل الثاني بل كون الاول احوط محل تامل (فإن شرف الميت كالحيّ وقد دفن بعض اهل البيت عليهم السلام في اكفان غالية. نعم الزمان يختلف. واما اشكال الاحتياط فلعدم انتقال المال الى الورثة حتى يلزم مراعاتهم. والحاصل ان ادلة مصارف الحج تنزل على المتعارف وهو يختلف بحسب شؤون الافراد مع ان التخلف عن الشؤون قد ينجرّ الى الهتك المحرّم).

المسالة ٥: من الاخبار: (راجع ١ و٢ و٣/ ٤ نيابة الحج).

لإعراض المشهور: بل لقصور السند لعدم التوثيق بالنسبة الى محمد بن الحسن الاشعري ابي خالد وجهالة محمد بن حسين بن ابي خالد لو كان غير محمد بن حسن ولم يكن غلط النسخة.

صرف تمامه: ان كان للكلام ظهور في ارادته وقد يراد استقلال كل من الثلث والحج فهو يوصى بالحج و بإخراج الثلث.

مرتان: بل ظاهر العبارة التكرار بمقدار وفاء المال.

المسألة ٦: لو اوصى بصرف مقدار معيّن في الحجّ سنين معيّنة وعيّن لكلّ سنة مقداراً معيّناً واتّفق عدم كفاية ذلك المقدار لكلّ سنة صرف نصيب سنتين في سنة، او ثلاث سنين في سنتين مثلاً، وهكذا لالقاعدة الميسور لعدم جريانها في غير مجعولات الشارع، بل لانّ الظاهر من حال الموصي إرادة صرف ذلك المقدار في الحجّ، وكون تعيين مقدار كل سنة بتخيّل كفايته، ويدلّ عليه ايضاً خبر عليّ بن محمّد الحضيني، وخبر إبراهيم بن مهزيار، ففي الاوّل تجعل حجّتين في حجّة، وفي الثاني تجعل ثلاث حجج في حجّتين، وكلاهما من باب المثال كما لا يخفى، هذا ولو فضل من السنين فضلة لا تفي بحجّة فهل ترجع ميراثاً، او في وجوه البرّ، أو تزاد على أجرة بعض السنين؟ وجوه، ولو كان الموصى به الحجّ من البلد ودار الامر بين جعل أجرة سنتين مثلاً لسنة، وبين الاستيجار بذلك المقدار من الميقات لكلّ سنة ففي تعيين الاوّل او الثاني وجهان، ولا يبعد التخيير بل اولوية الثاني إلّا انّ مقتضى إطلاق الخبرين الاوّل،

المسألة ٦: لعدم جريانها: الظاهر عدم الفرق بناء على اعتبار القاعدة وقد مرّ اعتبارها سابقاً وكان مبناها استظهار تعدد المطلوب من ادلة التكاليف ما لم يمنعه مانع. واما ظهور حال الموصي فتختلف الموارد، فالعمدة الروايتان.

خبر علي بن محمد: هو الكاتب الى الامام عليه السلام والراوي هو ابراهيم في كلا الخبرين (راجع ١ و٢/٢ نيابة الحج، ولا يبعد وثاقة ابراهيم بن مهزيار المستفادة من بعض تعبيرات القوم لا صرف كونه من رجال كامل الزيارات فان شهادة ابن قولويه في المشايخ بلا واسطة فقط كما مرّ سابقاً. راجع رجال ابي علي الطبرسي والاردبيلي (قدس سرهما).

وجوه: اوسطها الاقوى لإستظهار تعدد المطلوب، ولا وجه وجيه للاول والثالث.

اولوية الثاني: بل تعيّنه (لإستظهار اولوية الحج نفسه من الطريق اليه في نظر الموصي وهو المراد من خبر عبدالله بن بكير الوارد في الوصية بالحج، لا التعبد، ولا فرق بين الوصية بالحج الواحد او المتعدد فلا اشكال في التوسل الى خبر ابن بكير (وهكذا سائر روايات الباب ٢ نيابة الحج وان كان رواية ابن بكير اصرح في المراد العام. وفاقاً للگلپايگاني وخلافاً لبعضهم منهم الاستاذ والخوئي (قدس سرهما) نظراً الى ان مثل خبر ابن بكير في غير المورد فان المقام مقام التعدد، ومورد خبر ابن بكير في الحج الواحد لكن فيه الغاء الخصوصية بل لا يرى العرف خصوصية اصلاً فالحق مع الگلپايگاني (قدس سره) في تعبيره بأن خبر ابن بكير حاكم على خبر ابراهيم بن مهزيار، فانه في عدم امكان الحج وخبر ابن بكير في الامكان من الميقات).

هذا كلّه إذا لم يعلم من الموصي إرادة الحجّ بذلك المقدار على وجه التقييد، وإلّا فتبطل الوصيّة إذا لم يرج إمكان ذلك بالتاخير، او كانت الوصيّة مقيّدة بسنين معيّنة.

المسالة ٧: إذا أوصى بالحجّ وعين الأجرة في مقدار فإن كان الحجّ واجباً ولمْ يزد ذلك المقدار عن أجرة المثل، أوزاد وخرجت الزيادة من الثلث تعين، وإن زاد ولم تخرج الزيادة من الثلث بطلت الوصيّة، ويرجع إلى أجرة المثل، وإن كان الحجّ مندوباً فكذلك تعيّن ايضاً مع وفاء الثلث بذلك المقدار، وإلّا فبقدر وفاء الثلث، مع عدم كون التعيين على وجه التقييد، وإن لم يف الثلث بالحجّ او كان التعيين على وجه التقييد بطلت الوصيّة، وسقط وجوب الحجّ.

المسالة ٨: إذا أوصى بالحجّ وعيّن أجيراً معيّناً تعيّن استيجاره بأجرة المثل، وإن لم يقبل إلّا بالازيد، فإن خرجت الزيادة من الثلث تعيّن أيضاً، وإلّا بطلت الوصيّة، واستوجر غيره بأجرة المثل في الواجب مطلقاً، وكذا في المندوب إذا وفى به الثلث ولم يكن على وجه التقييد، وكذا إذا لم يقبل أصلاً.

المسالة ٩: إذا عين للحجّ أجرة لا يرغب فيها أحد وكان الحجّ مستحبّاً بطلت الوصيّة إذا لم يرج وجود راغب فيها، وحينئذ فهل ترجع ميراثاً، أو تصرف في وجوه البرّ، أو يفصّل بين ما إذا كان كذلك من الاوّل فترجع ميراثاً أو كان الراغب موجوداً ثمّ طرا التعذّر؟ وجوه، والاقوى هو الصرف في وجوه البرّ، لا لقاعدة الميسور، بدعوى أنّ الفصل إذا تعذّر يبقى الجنس، لانّها قاعدة شرعيّة، وإنّما تجري في الاحكام الشرعيّة المجعولة للشارع، ولا مسرح لها في مجعولات الناس، كما أشرنا إليه سابقاً، مع أنّ

فتبطل الوصية: (ولا وجه ظاهراً لبعض الحواشي: «فيه نظر لإطلاق النصّ» لإنصراف النصّ عن مورد التقييد قطعاً، وقال البروجردي (قدّس سرّه): التقييد مجرد فرض، وفيه مالا يخفى).

المسالة ٧: **بطلت الوصية**: ان لم تجزها الورثة، وكذا في نظائر المسالة، لكن الاظهر ان البطلان في هذه الصورة ايضاً فيما كان الزائد ماخوذاً واحداً كالارتباطي كالايصاء بمبلغ الف تومان بشرط لا عن النقص والزيادة وإلّا فالاظهر وجوب اخراج ما يمكن من الزائد من الثلث.

الثلث بالحج: حتى الميقاتي.

المسالة ٨: **اوصى بالحج**: أي الواجب الاصلي والاّ فهو خارج من الثلث مطلقاً.

المسالة ٩: **لا يرغب**: ولو للحج الميقاتي.

الجنس لا يعدّ ميسوراً للنوع، فمحلّها المركّبات الخارجيّة إذا تعذّر بعض أجزائها، ولو كانت ارتباطيّة، بل لانّ الظاهر من حال الموصي في أمثال المقام إرادة عمل ينفعه، وإنّما عيّن عملاً خاصّاً لكونه انفع في نظره من غيره، فيكون تعيينه لمثل الحجّ على وجه تعدّد المطلوب وإن لم يكن متذكّراً لذلك حين الوصيّة، نعم لو علم في مقام كونه على وجه التقييد في عالم اللبّ أيضاً يكون الحكم فيه الرجوع إلى الورثة، ولا فرق في الصورتين بين كون التعذّر طارياً أو من الاوّل، ويؤيّد ما ذكرنا ما ورد من الاخبار في نظائر المقام، بل يدلّ عليه خبر عليّ بن سويد عن الصادق عليه السلام قال: قلت: مات رجل فاوصى بتركته أن أحجّ بها عنه، فنظرت في ذلك فلم تكف للحجّ، فسألت من عندنا من الفقهاء، فقالوا: تصدّق بها، فقال عليه السلام: ما صنعت؟ قلت: تصدّقت بها فقال عليه السلام: ضمنت إلّا إن لا تكون تبلغ أن يحجّ بها من مكّة، فإن كانت تبلغ أن يحجّ بها من مكّة فانت ضامن. ويظهر ممّا ذكرنا حال سائر الموارد الّتي تبطل الوصيّة لجهة من الجهات، هذا في غيرما إذا أوصى بالثلث وعيّن له مصارف وتعذّر بعضها، وأمّا فيه فالامر اوضح، لانّه بتعيينه الثلث لنفسه اخرجه عن ملك الوارث بذلك فلا يعود إليه.

مجعولات الناس: مرّ عدم الفرق فيما هو الملاك اي تعدد المطلوب.

ويؤيد: (والظاهر ان هذه الاخبار ايضاً تشير الى تعدد المطلوب ارتكازاً وكذا ما ورد في الوصية بالحج بنفقة لا تفي بالبلدية والوصية بعتق العبد المسلم والمجهول مصرفها لنسيان الوصي ونذر الحج ماشياً حافياً مع طرو العجز والوقف المجهول المصرف، فراجع الابواب المناسبة للمقام مثل الباب ٦١ و ٧٧ من الوصايا و٣ و ٢ نيابة الحج، وغير ذلك، واما استفادة الگلپايگاني ـ وكذا الخونساري (قدس سرّهما) ـ التعبد من هذه الاخبار، ففيه: انه منقوض في كلام نفسه بجهتين: ١ـ فتواه بمراعاة الاقرب الى نظر الجاعل، قال: وان لم يستظهر تعدد المطلوب بل وان استظهر خلافه!! فانه على وحدة المطلوب لا نظر للجاعل الى غيره اصلاً، بل النسبة التباين، وصرف الاقربية الفرضية لا يؤثر في الحكم في الانشائيات إلّا تعبداً من باب الولاية وهو بعيد عن مساق الادلة. ٢ـ فتواه بالبطلان فيما لو علم التقييد في عالم اللّب، مع ان العلم لا اثر له في واقع الامر فاذا صار التقييد مؤثراً فالملاك هو الوحدة أو تعدد المطلوب. هذا مع ان التعبد في الانشائيات بعيد إلّا ان يراد الولاية والحكم الولائي بذلك وهو ايضاً بعيد عن ظاهر الادلة.

علي بن سويد: الاصح ابن مزيد أو فرقد ولم يوثق (راجع ٢/٣٧ الوصايا)

المسألة ١٠ : إذا صالحه داره مثلاً وشرط عليه ان يحجّ عنه بعد موته صحّ ولزم وخرج من أصل التركة، وإن كان الحجّ ندبياً، ولا يلحقه حكم الوصيّة، ويظهر من المحقّق القمّي-سره- في نظير المقام إجراء حكم الوصيّة عليه، بدعوى أنّه بهذا الشرط ملك عليه الحجّ، وهو عمل له أجرة، فيحسب مقدار أجرة المثل لهذا العمل، فإن كانت زائدة عن الثلث توقّف على إمضاء الورثة، وفيه انّه لم يملك عليه الحجّ مطلقاً في ذمّته، ثمّ أوصى ان يجعله عنه بل إنّما ملك بالشرط الحجّ عنه، وهذا ليس مالا تملكه الورثة فليس تمليكاً ووصيّة، وإنّما هو تمليك على نحو خاصّ لا ينتقل إلى الورثة، وكذا الحال إذا ملّكه داره بمائة تومان مثلاً بشرط ان يصرفها في الحجّ عنه أو عن غيره، او ملّكه إيّاها أن يبيعها ويصرف ثمنها في الحجّ أو نحوه، فجميع ذلك صحيح لازم من الأصل، وإن كان العمل المشروط عليه ندبياً، نعم له الخيار عند تخلّف الشرط، وهذا ينتقل إلى الوارث، بمعنى انّ حقّ الشرط ينتقل إلى الوارث، فلو لم يعمل المشروط عليه بما شرط عليه يجوز للوارث ان يفسخ المعاملة.

المسألة ١٠ : وشرط عليه: فلا يكون بمنزلة العوض في المصالحة بل شرط في العقد وحينئذ فلا يدخل في ملك الميت ولا الوارث اذ الشرط بنفسه لا يوجب التملك بل الالزام والالتزام وحق الخيار. واما ما قال في المتن من عدم كونه مالاً تملكه الورثة لكونه الحج عن الميت لا الحج مطلقاً ففيه عدم الفرق اذ للورثة الاسقاط أو المصالحة كما ان في الاستيجار بعد الموت ايضاً مورد العقد الحج عن الميت ومع ذلك تملكه الورثة فهذا ليس مانعاً وانما المانع كونه شرطاً لا عوضاً فلو كان عوضاً في عقد لازم صحّ ما ذكره المحقق القمي، ولعل مراده (قدس سرّه) ما اذا صالحه بأن يحج لا وشرط عليه ان يحج.

بمأة تومان: على ما ذكرنا يتضح صحة قول المحقق القمي (قدس سرّه) في هذه الصورة فان المأة حينئذ ملك الميت ثم الورثة ويجري عليها حكم الوصية. بخلاف الصورة الثانية لكونها على وجه الاشتراط لو لم يناقش في صحة هذا الشرط لكونه تحديداً لسلطنة المالك، وان كان الاظهر هو الصحة. (خلافاً للبهبهاني وظاهر الگلپايگاني والنجفي والبروجردي (قدس سرّهم) في صحة هذا الشرط).

حق الشرط ينتقل اليه: (وهذا لا اشكال فيه عندنا خلافاً للخوئي وظاهر النجفي (قدس سرّهما) وبعض آخر ولا يلزم رجوع نفع الى الوارث شخصه بل نفس السلطنة مفيدة لهم أو حق لهم).

ان يفسخ المعاملة: وحينئذ فلو كان لازم الخروج من الاصل أو كان من الثلث

المسألة ١١ : لو أوصى بأن يحجّ عنه ماشياً أو حافياً صحّ واعتبر خروجه من الثلث إن كان ندبيّاً، وخروج الزائد عن أُجرة الميقاتيّة عنه إن كان واجباً، ولو نذر في حال حياته أن يحجّ ماشياً أو حافياً ولم يأت به حتّى مات، وأوصى به أو لم يوص وجب الاستيجار عنه من أصل التركة كذلك، نعم لو كان نذره مقيّداً بالمشي ببدنه أمكن أن يقال بعدم وجوب الاستيجار عنه، لانّ المنذور هو مشيه ببدنه فيسقط بموته، لانّ مشي الاجير ليس ببدنه، ففرق بين كون المباشرة قيداً في المأمور به أو مورداً.

المسألة ١٢ : إذا أوصى بحجّتين أو ازيد وقال: إنّها واجبة عليه صدّق وتخرج من أصل التركة، نعم لو كان إقراره بالوجوب عليه في مرض الموت وكان متّهما في إقراره فالظاهر أنّه كالاقرار بالدين فيه في خروجه من الثلث إذا كان متهماً على ما هو الاقوى.

وقد وصّى بأصل الثلث فيخرج باستيجار شخص آخر مثلاً والاّ فلابد من رضى الورثة كما ان اصل اعمال الخيار يكون عند عدم التمكن من اخذ الحق ولو بالاجبار من طريق حاكم شرعي أو عرفي عند عدم امكان الشرعي. (وفاقاً لغير واحد منهم في كون طبيعة حق الخيار كذلك وهو كذلك إلاّ مع القرار بأن يكون قرارهما مثلاً على حق الفسخ بمجرد التأبّي والاّ فهو يطلب ماله اولاً فان تعذر يفسخ. وعلى ما ذكرنا لايحتاج الى اذن الحاكم لكونه حق الورثة لا الحاكم لكونه قابلاً للانتقال فيشمله عموم: «ما ترك الميت من حق فلوارثه» فتشكيك الخونساري (قدس سره) وغيره في الشمول، في غير محله وكذا ارجاع الشيرازي (قدس سره) وغيره الى الحاكم اي الفسخ يكون بإذنه).

المسألة ١١ : عن أجرة الميقاتية: بل ما به التفاوت بين الاجرة ماشياً أو حافياً والاجرة لا كذلك وهذا في حجة الاسلام (لا غيرها حتى المنذور لما مرّ من عدم كونه ديناً مالياً).

وجب ... من اصل التركة: مرّ ان المنذور ليس ديناً مالياً.

معتداً: بحيث يرجع الى نوع من الاشتراط ببقاء حياته نفسه (وحينئذ فلا وجه للاستيجار على ما قال الگلپايگاني).

المسألة ١٢ : صدّق: اذا كان لقوله محمل صحيح كاحتمال حجة الاسلام والاستيجار، واما النذري ونحوه فقد مرّ اخراجه من الثلث.

المسالة ١٣ : لو مات الوصيّ بعدما قبض من التركة أجرة الاستيجار وشكّ في انّه استاجر الحجّ قبل موته اولا فإن مضت مدّة يمكن الاستيجار فيها فالظاهر حمل أمره على الصحّة مع كون الوجوب فورياً منه، ومع كونه موسّعاً إشكال، وإن لم تمض مدّة يمكن الاستيجار فيها وجب الاستيجار من بقيّة التركة إذا كان الحجّ واجباً، ومن بقيّة الثلث إذا كان مندوباً، وفي ضمانه لما قبض وعدمه لاحتمال تلفه عنده بلا ضمان وجهان، نعم لو كان المال المقبوض موجوداً أخذ حتّى في الصورة الأولى، وإن احتمل ان يكون استاجر من مال نفسه إذا كان ممّا يحتاج إلى بيعه وصرفه في الاجرة وتملّك ذلك المال بدلاً عمّا جعله أجرة، لاصالة بقاء ذلك المال على ملك الميّت.

المسالة ١٤ : إذا قبض الوصيّ الأجرة وتلف في يده بلا تقصير لم يكن ضامناً، ووجب الاستيجار من بقيّة التركة أو بقيّة الثلث، وإن افتسمت على الورثة استرجع منهم، وإن شكّ في كون التلف عن تقصير أو لا فالظاهر عدم الضمان ايضاً، وكذا الحال إن استاجر ومات الاجير ولم يكن له تركة أو لم يمكن الاخذ من ورثته.

المسالة ١٣ : على الصحة: من جهة ترك ايصائه بهذا الحق عليه وظهور حال المسلم في عدم حق عليه عندئذ لا من جهة عدم المعصية في تصرفه في المال ولا فرق حينئذ بين الفوري والموسّع.

وجهان: الظاهر عدم وجه الضمان (فانه امين وان كان لا يثبت اتيانه بالعمل).

أخذ: الظاهر عدم جواز الاخذ إلّا فيما كان قرائن اطمينانية على عزل المال والبناء على عدم التصرف تصرفاً ملكياً.

المسالة ١٤ : بقية التركة أو بقية الثلث: (الدين من الاصل على نحو الكلي في المعين، والوصية من الثلث على نحو الاشاعة لظهور النسبة في ذلك كما مرّ الاستدلال بالنسبة في الخمس للاشاعة).

المسالة ١٥ : لم يجز: (لكن يمكن أن يقال: الجواز اوجه اذا لم يكن معارض للحمل على الصحة كسائر موارد العقد على ما تحت يده لحصول الاستيلاء، فالعقد ممن له الولاية لا مثل العقد على مال الغير، وان قلت: الآن تحت يده لا بعد الموت، قلت: اذا احتمل الصحة فالملكية باقية للميت بعد تحقق اليد الخارجية وعدم المعارض لفرض كون المال عند الميت فيستصحب احكام الولاية وفاقاً للحكيم وبعض آخر وخلافاً للاستاذ والخوئي لعدم العلم بكون العقد ممن له الولاية لكن التصرف الآن أي الوصية

المسألة ١٥ : إذا اوصى بما عنده من المال للحجّ ندباً ولم يعلم انّه يخرج من الثلث اولا، لم يجز صرف جميعه، نعم لو ادّعى انّ عند الورثة ضعف هذا او انّه اوصى سابقاً بذلك والورثة اجازوا وصيّته ففي سماع دعواه وعدمه وجهان.

المسألة ١٦ : من المعلوم انّ الطواف مستحبّ مستقلاً من غير ان يكون في ضمن الحجّ ويجوز النيابة فيه عن الميّت، وكذا عن الحيّ إذا كان غائباً عن مكّة او حاضراً وكان معذوراً في الطواف بنفسه، وامّا مع كونه حاضراً وغير معذور فلا تصحّ النيابة عنه، وامّا سائر افعال الحجّ فاستحبابها مستقلاً غير معلوم، حتّى مثل السعي بين الصفا والمروة.

على هذا المال الخارجي الذي تحت يده، فهو نظير الاباحة لما بعد السنة مع احتمال الخروج عندئذ عن ملكه. لكن مع ذلك كله الحق مع المتن لكون الموصي يريد التصرف لما بعد الموت، والولاية عندئذ منفية والآن باعتباره مشكوك وكذا الاستيلاء).

المسألة ١٥ : **وجهان**: والسماع اقوى على المعهود في الدعاوى لا الانفاذ مطلقاً (فانه مما يرتبط به وليس كدعوى امر غير مفيد وغير مرتبط حتى لا يسمع ولا يترتب له. جريان الحكم وكان المخالف كالخوئي والبهبهاني(قدس سرهما) تصوّر من السماع الانفاذ فردّه بعدم سماع قول ذي اليد على الاطلاق لعدم الحجية على الاطلاق ولذا لا يسمع في اثبات كريّة الماء).

المسألة ١٦ : **غائباً**: ولو باقل من عشرة اميال، ولكن الاحوط الاولى ان يكون ذلك بعد قضاء مناسك حج نفسه (لصحيح ١١/٥ الطواف، ولا عبرة بعشرة اميال لضعف المستند وهو مرسل عبدالرحمن ١٨/٣ نيابة الحج، فالملاك صدق الغيبة عن مكة بل الموضوع لعدم جواز النيابة في صحيح ٥١/١ الطواف هو الاقامة بمكة مع عدم العلّة).

حتى مثل السعي: (لضعف دلالة الخبرين في ذلك فان صحيح ١/١٥ السّعي: « ... فاذا سعيت ... كان لك عند اللّه ...» في مقام بيان ثواب اعمال الحج، ولا اطلاق له يشمل الاستقلال عن سائر الاجزاء نظير ذكر فضيلة الركوع في الصلاة ورواية ١/٤ : «ما من بقعة احب الى اللّه من المسعى» مربوط بشرف مكان السّعي هذا مع ضعف السند، وبذلك يظهر الخدشة في حاشية الاستاذ (قدس سره): «وان يظهر من بعض الروايات استحبابه» ومثله النجفي (قدس سره).

المسالة ١٧ : لو كان عند شخص وديعة ومات صاحبها وكان عليه حجّة الاسلام وعلم أو ظنّ أنّ الورثة لا يؤدّون عنه إن ردّها إليهم، جاز بل وجب عليه أن يحجّ بها عنه، وإن زادت عن أُجرة الحجّ ردّ الزيادة إليهم لصحيحة بريد عن رجل استودعني مالا فهلك وليس لوارثه شيء ولم يحجّ حجّة الاسلام، قال عليه السلام: حجّ عنه وما فضل فاعطهم. وهي وإن كانت مطلقة إلّا أنّ الاصحاب قيّدوها بما إذا علم أو ظنّ بعدم تاديتهم لو دفعها إليهم، ومقتضى إطلاقها عدم الحاجة إلى الاستيذان من الحاكم الشرعيّ، ودعوى أنّ ذلك للاذن من الامام عليه السلام كما ترى، لانّ الظاهر من كلام الامام عليه السلام بيان الحكم الشرعيّ، ففي مورد الصحيحة لا حاجة إلى الاذن من الحاكم، والظاهر عدم الاختصاص بما إذا لم يكن للورثة شيء،

ثم ان حضور ولي الامر عليه السلام كل سنة في مكة غير معلوم وان كان مشتهراً، وحديث ٤٦/٨ وجوب الحج: «والله ان صاحب هذا الامر يحضر الموسم كل سنة فيرى الناس ويعرفهم ويرونه ولا يعرفونه» ليس من المعصوم بل من العمري، إلّا أن يقال: نثق بكون كلامه صحيحاً لكن هل ادلة الخبر الواحد تكشف عن الواقع سيّما في غير المسائل العملية التي يكون الخبر حجة فيها كالتاريخ؟ واما خبر ٤٦/٩ ففي طريقه جعفر بن محمد الكوفي الذي قيل هو كذّاب، نعم من البعيد عدم حضوره عليه السلام مع الاستحباب الاكيد للحضور كل سنة نظير الوثوق من هذا الطريق بوجود الاهل والعيال له عليه السلام، مؤيداً باخبار خاصّة في ملاقاة الاشخاص اياه روحي فداه في الموسم، راجع الباب ٥٢ البحار فاذا كان حاضراً فالطواف عنه غير مشروع، إلّا أن يقال: موضوع المنع الاقامة بلا علّة وعذر وهو عليه السلام كثير الشغل لا يمكنه الوقوف في مكان خاص إلّا سريعاً فهو يحضر لكنه في أي زمان، ودقيقة؟ فلعل وقوفه عليه السلام بالموقفين ايضاً اضطراري فقط، ويظهر من رواية البحار٥٢: ٥٩ استحباب الحج عنه لكنه غير النيابة في الطواف مستقلاً).

المسالة ١٧ : لصحيحة بريد: ١٣/١ نيابة الحج وعلى فرض الاشكال في السند ـ من جهة اشتراك سويد القلا بين ابن سعيد وابن مسلم كما لايبعد ـ هي معمول بها.

أو ظن: عقلائياً (وان لم يكن معتبراً شرعاً فانه المفهوم من الحديث: «وليس لوارثه شيء» فان ذكر هذه الجملة لظن عدم العمل بوظيفة الدين، فلا وجه لإشكال الگلپايگاني والخوئي(قدس سرهما) في الظن غير المعتبر).

لا حاجة الى الاذن: لا ينبغي ترك الاحتياط بالاستيذان (اذ التصرف في مال

وكذا عدم الاختصاص بحجّ الودعيّ بنفسه لا تفهام الاعمّ من ذلك منها، وهل يلحق بحجّة الاسلام غيرها من اقسام الحجّ الواجب او غير الحجّ من سائر ما يجب عليه مثل الخمس والزكاة والمظالم والكفّارات والدّين اولا؟ وكذا هل يلحق بالوديعة غيرها مثل العارية والعين المستاجرة والمغصوبة والدين في ذمّته اولا؟ وجهان، قد يقال بالثاني، لانّ الحكم على خلاف القاعدة إذا قلنا: إنّ التركة مع الدين تنتقل إلى الوارث وإن كانوا مكلّفين باداء الدين، ومحجورين عن التصرّف قبله، بل وكذا على القول ببقائها معه على حكم مال الميّت لانّ امر الوفاء إليهم، فلعلّهم ارادوا الوفاء من غير هذا المال، او ارادوا ان يباشروا العمل الّذي على الميّت بانفسهم، والاقوى مع العلم بانّ الورثة لا يؤدّون بل مع الظنّ القويّ ايضاً جواز الصرف فيما عليه، لا لما ذكره في المستند من انّ وفاء ما على الميّت من الدين او نحوه واجب كفائيّ على كلّ من قدر على ذلك، واولويّة الورثة بالتركة إنّما هي مادامت موجودة، وامّا إذا بادر احد إلى صرف المال فيما عليه لا يبقى مال حتّى تكون الورثة اولى به، إذ هذه الدعوى فاسدة جدّاً، بل لإمكان فهم المثال من الصحيحة، أو دعوى تنقيح المناط، او انّ المال إذا كان بحكم مال الميّت فيجب صرفه عليه، ولا يجوز دفعه إلى من لا يصرفه عليه، بل، وكذا على القول بالانتقال إلى الورثة، حيث إنّه يجب صرفه في ديته، فمن باب الحسبة يجب على من عنده صرفه عليه، ويضمن لو دفعه إلى الوارث لتفويته على الميّت، نعم يجب الاستيذان من الحاكم لانّه وليّ من لا وليّ له، ويكفي الاذن الاجماليّ،

الميت أو المشترك بينه والورثة، او مال الورثة على اختلاف الآراء، يحتاج الى اذن الولي، ولعل الامام عليه السلام اذن في الحديث فلا يستفاد الاطلاق لكن الاظهر ان الحديث في مقام بيان الحكم الشرعي، اي لا حاجة الى الاذن من أحد فلعل للحج خصوصية).

من اقسام الحج: اذا كان ديناً كالاستيجاري بخلاف النذر على ما مرّ.

والكفارات: الظاهر انها كالتكاليف المحضة لا تلحق بالحج، نعم الماليات كالخمس والزكاة ملحقة بالحج كالحاق غير الوديعة بها (لما يأتي من ان ذكرها من باب المثال أو ينقّح المناط عرفاً).

أو ان المال: لكن لا دليل على كونه وظيفة من عنده المال لعدم ولاية او وصاية أو وكالة مثلاً (فلا وجه لقول الحكيم والگلپايگاني في تأييد هذا الوجه).

باب الحسبة: الشارع لا يرضى بتضييع الحق، وامر الوفاء الى الورثة لو لم يكن دليل خاص، ثم ان امر الحسبة الى الحاكم اولاً. فلا دليل على كون اداء الدين وظيفة من عنده المال ولو مع الاستيذان من الحاكم.

فلا يحتاج إلى إثبات وجوب ذلك الواجب عليه، كما قد يتخيّل، نعم لو لم يعلم ولم يظنّ عدم تادية الوارث يجب الدفع إليه، بل لو كان الوارث منكراً او ممتنعاً وامكن إثبات ذلك عند الحاكم او امكن إجباره عليه لم يجز لمن عنده أن يصرفه بنفسه.

المسألة ١٨ : يجوز للنائب بعد الفراغ عن الأعمال للمنوب عنه ان يطوف عن نفسه وعن غيره، وكذا يجوز له ان يأتي بالعمرة المفردة عن نفسه وعن غيره.

المسألة ١٩ : يجوز لمن اعطاه رجل مالاً لاستيجار الحجّ ان يحجّ بنفسه ما لم يعلم انّه اراد الاستيجار من الغير، والاحوط عدم مباشرته إلاّ مع العلم بانّ مراد المعطي حصول الحجّ في الخارج وإذا عيّن شخصاً تعيّن إلاّ إذا علم عدم أهليّته، وانّ المعطي مشتبه في تعيينه، أو انّ ذكره من باب احد الافراد.

(٦ ـ فصل في الحج المندوب)

المسألة ١ : يستحبّ لفاقد الشرائط من البلوغ والاستطاعة وغيرهما أن يحجّ مهما امكن، بل وكذا من اتى بوظيفته من الحجّ الواجب، ويستحبّ تكرار الحجّ، بل يستحبّ تكراره في كلّ سنة، بل يكره تركه خمس سنين متوالية، وفي بعض الاخبار من حجّ ثلاث حجّات لم يصبه فقر أبداً.

المسألة ٢ : يستحبّ نيّة العود إلى الحجّ عند الخروج من مكّة، وفي الخبر إنّها توجب الزيادة في العمر، ويكره نيّة عدم العود، وفيه انّها توجب النقص في العمر.

المسألة ٣ : يستحبّ التبرّع بالحجّ عن الأقارب وغيرهم احياءً وأمواتاً، وكذا عن المعصومين عليهم السلام احياءً وامواتاً وكذا يستحبّ الطواف عن الغير وعن المعصومين عليهم السلام امواتاً واحياءً مع عدم حضورهم في مكّة، او كونهم معذورين.

المسألة ٤ : يستحبّ لمن ليس له زاد وراحلة أن يستقرض ويحجّ إذا كان واثقاً بالوفاء بعد ذلك.

المسألة ٥ : يستحبّ إحجاج من لا استطاعة له.

منكراً او ممتنعاً : يجوز الصرف حينئذ مع الاستيذان (لإطلاق الدليل).

المسألة ١٨ : بالعمرة : ولا يعتبر الفصل بين العمرتين حينئذ (فانه في العمرتين المفردتين عن نفسه ولا دليل واضح في غير ذلك. واما العمل لنفسه بعد النيابة فلا اشكال في صحته ويدل عليها ١ و٢/ ٢١ نيابة الحج، واطلاق روايات الباب ٤ الطواف.

المسألة ١٩ : مالم يعلم : أو يوثق، أو كان ظاهر اللفظ كذا، إلاّ ان يوثق بعدم الخصوصية.

في الحج المندوب

المسألة ٥ : من لا استطاعة له : بل مطلقاً (لإطلاق الدليل).

المسألة ٦: يجوز إعطاء الزكاة لمن لا يستطيع الحجّ ليحجّ بها.

المسألة ٧: الحجّ أفضل من الصدقة بنفقته.

المسألة ٨: يستحبّ كثرة الانفاق في الحجّ، وفي بعض الاخبار إنّ الله يبغض الاسراف إلّا بالحجّ والعمرة.

المسألة ٩: يجوز الحجّ بالمال المشتبه كجوائز الظلمة مع عدم العلم بحرمتها.

المسألة ١٠: لا يجوز الحجّ بالمال الحرام، لكن لا يبطل الحجّ إذا كان لباس إحرامه وطوافه وثمن هديه من حلال.

المسألة ١١: يشترط في الحجّ الندبيّ إذن الزوج والمولى بل الابوين في بعض الصور، ويشترط ايضاً أن لا يكون عليه حجّ واجب مضيّق، لكن لو عصى وحجّ صحّ.

المسألة ١٢: يجوز إهداء ثواب الحجّ إلى الغير بعد الفراغ عنه، كما يجوز أن يكون ذلك من نيّته قبل الشروع فيه.

المسألة ١٣: يستحبّ لمن لا مال له يحجّ به أن يأتي به ولو باجارة نفسه عن غيره، وفي بعض الاخبار أنّ للأجير من الثواب تسعاً، وللمنوب عنه واحد.

المسألة ٦: يجوز: (ولو لم نقل بعموم سبيل الله، للنصوص في ٤١ و٤٢ مستحقين الزكوة ولعله مشمول سبيل الله عند المعصوم عليه السلام، لكنّا نعمل بعموم كلام المعصوم عليه السلام والجواز مطلق لا ينحصر بما اذا لم يوجد فقير أو سائر الاصناف، نعم إلّا ان يكون مورد اهم خلافاً لبعض اهل العصر في احتياطه في ذلك اذا وجد مستحق يكون اولى. قال: «والاولى ان يكون ذلك في الضرورة» ولا يعلم المراد من الضرورة! وخلافاً للحكيم والنجفي (قدس سرّهما) في تعليق الحكم على تعميم سبيل الله).

المسألة ٨: الاسراف: فيجوز الاسراف فيهما بمعنى عدم لزوم التضيق بمقدار القصد، لا الاسراف مطلقاً الشامل للاتلاف والتبذير بلا جهة مثلاً.

المسألة ١٠: لباس احرامه: وكذا محل الوقوف في الموقفين والمركوب في المسعى، لكن مرّ الكلام في اللباس في مسألة ٧٠ من مسائل وجوب الحج.

ثمن هديه: ان اشترى بعينه.

المسألة ١١: لو عصى: مرّ الكلام في المسألة ١٠٩ وجوب الحج.

(٧ـ فصل في أقسام العمرة)

المسألة ١: تنقسم العمرة كالحجّ إلى واجب أصليّ وعرضيّ ومندوب، فتجب بأصل الشرع على كلّ مكلّف بالشرائط المعتبرة في الحجّ في العمر مرّة بالكتاب والسنّة والاجماع، ففي صحيحة زرارة: العمرة واجبة على الخلق بمنزلة الحجّ، فإنّ الله تعالى يقول: ﴿وأتمّوا الحجّ والعمرة لله﴾. وفي صحيحة الفضيل في قول الله تعالى: ﴿وأتمّوا الحجّ والعمرة﴾، قال عليه السلام: هما مفروضان، ووجوبها بعد تحقّق الشرائط فوريّ كالحجّ، ولا يشترط في وجوبها استطاعة الحجّ، بل تكفي استطاعتها في وجوبها، وإن لم تتحقّق استطاعة الحجّ، كما انّ العكس كذلك، فلو استطاع للحجّ دونها وجب دونها، والقول باعتبار الاستطاعتين في وجوب كلّ منهما وأنّهما مرتبطان ضعيف، كالقول باستقلال الحجّ في الوجوب دون العمرة.

المسألة ٢: تجزي العمرة المتمتّع بها عن العمرة المفردة بالاجماع والاخبار. وهل تجب على من وظيفته حجّ التمتّع إذا استطاع لها ولم يكن مستطيعاً للحجّ؟ المشهور عدمه، بل أرسله بعضهم إرسال المسلّمات وهو الاقوى، وعلى هذا فلا تجب على الاجير بعد فراغه عن عمل النيابة وإن كان مستطيعاً لها وهو في مكّة، وكذا لا تجب على من تمكّن منها ولم يتمكّن من الحجّ لمانع، ولكن الاحوط الاتيان بها.

في اقسام العمرة

المسألة ١: ضعيف: وسيأتي حكم التمتع (وراجع في المقام روايات الباب ١ العمرة. بعد عموم كريمة ﴿لله على الناس حج البيت﴾ للعمرة ايضاً).

المسألة ٢: **مستطيعاً لها**: والاستطاعة للعمرة حينئذ مستقلة مع قطع النظر عن الارتباط والاّ فلا محل للعمرة المتمتع بها في فرض المسألة (فلايرد اشكال البهبهاني (قدس سره)).

لكن الاحوط: (وليس بواجب للتصريح بدخول العمرة المتمتع بها في الحج وارتباطها به فان الواجب طبيعة العمرة ولو مرتبطة كعمرة التمتع سيما مع ورود الادلة على اشتباك الحج والعمرة خرج منها وظيفة الحاضر، راجع ٢/ ٣ اقسام الحج، هذا مع السيرة على عدم اتيانها من النائي إلاّ في المستحب فانه في الحاضر والنائي على السواء يؤتى بها منفردة، راجع روايات البابين ٢ و٣ من العمرة بل في غير متمتّع ايضاً يمكن دعوى السيرة على عدم رعاية الوجوب مستقلاً فلم يعهد الايصاء بها لمستطيعها دون الحج، وكذا الاستيجار لها كما قال الخونساري (قدس سره) في الجامع، فتأمل).

المسألة ٣: قد تجب العمرة بالنذر والحلف والعهد والشرط في ضمن العقد والاجارة والإفساد، وتجب ايضاً لدخول مكّة بمعنى حرمته بدونها فإنّه لا يجوز دخولها إلاّ محرماً إلاّ بالنسبة إلى من يتكرّر دخوله وخروجه كالحطّاب والحشّاش، وما عدا ما ذكر مندوب، ويستحبّ تكرارها كالحجّ، واختلفوا في

المسألة ٣: والافساد: (كمن يفسد عمرته بالجماع قبل الفراغ من الطواف أو السعي فيجب البقاء الى الشهر القادم للاعادة وعليه بدنة، راجع صحيح ١/ ١٢ كفارات الاستمتاع وغيره).

من يتكرردخوله: لا كل من يتكرر دخوله بل من يجلب حوائج اهل البلد من الخارج، اي يكون شغله ذلك، وكذلك لا يجب الاحرام للمبطون ونحوه من المرض، وكذلك لمن عاد الى مكة قبل مضي شهر من احرامه او احلاله على مايأتي (لعدم العلم بكون الملاك تكرر الدخول مطلقاً. فان دليل المسألة صحيح رفاعة ٢/ ٥١ الاحرام: «ان الحطابة والمجتلبة اتوا النبي ﷺ فسئلوه فاذن لهم ان يدخلوا حلالاً» ولا دليل على حمل الحديث على ارادة مطلق متكرر الدخول بل الموضوع للحكم جلب حوائج الناس، ان قلت: هذا بالنسبة الى كلمة المجتلبة واما الحطابّة فلا نسلم فانه من يجمع الحطب ولو لنفسه أي يتكرر دخوله لأجل جلب الحطب لنفسه ولا ريب في عدم الخصوصية بل المراد مطلق التكرر، قلت: بل لا نسلم، فلعل المراد بائع الحطب وهو المناسب للمجتلبة فالثاني ذكر العام بعد الخاص بل الظاهر عدم ارادة ما ذكرتم لعدم تعارف جمع الحطب لنفسه كل يوم مثلاً. واما استدلال كشف اللثام بالحرج، ففيه: انه شخصي ويختلف الموارد فيه.

واستثنى في الروايات المريض والمبطون وكان المراد من يكون الاحرام حرجاً عليه للمرض. واستثنى ايضاً من يعود الى مكة من يومه ومن يعود قبل مضي شهر من احرامه أو احلاله على ما ياتي، والمراد من العائد ليومه ايضاً إما العائد بعد الاحرام أو الجالب لحوائج البلد والاّ فهو معرض عنه. راجع١١ و١ و٢ و٤/ ٥٠، الاحرام و٤/ ٥١، الاحرام).

والاقوى عدم اعتبار الفصل: لا ينبغي ترك الاحتياط باعتبار الشهر، لكن لا اشكال بالاتيان رجاء (وفاقاً للحكيم والگلپايگاني وغير واحد من قدماء الاصحاب في عدم اعتبار الشهر، وخلافاً للخوئي وغير واحد نظراً الى دعوى ظهور الادلة في

مقدار الفصل بين العمرتين فقيل: يعتبر شهر، وقيل: عشرة أيّام، والاقوى عدم اعتبار فصل فيجوز إتيانها كلّ يوم، وتفصيل المطلب موكول إلى محلّه.

اعتبار الشهر قال وقول المخالف ان المراد من دليل تحديد الشهر بيان حكم الشهر وان لكل شهر عمرة لا تحديد العمرة، فيه: ان بعض الروايات بلسان «في كل شهر عمرة» مع التأييد بحكم الافساد المصرّح في الرواية بالصبر حتى الشهر القادم فيعتمر وبحكم الداخل قبل مضيّ شهر من احلاله أو احرامه، وقول الحكيم بانه ارفاق لا يجري في الافساد. مع ان رواية عشرة ايام ضعيفة بالبطائني فانه المراد من علي بن أبي حمزة لا الثمالي لعدم امكان رواية قائدة ـ أي البزنطي على مصرّح به الصدوق في مشيخة الفقيه ـ عنه هذا، ولكن مع ذلك كله الاقوى قول الماتن (قدس سره) فان مطلقات استحباب العمرة والتأكيد على تكرارها بتعبير العمرة بعد العمرة كفارة لما بينهما، محكمة لا دليل واضح على تقييدها، فان قولهم عليهم السلام: «لكل شهر عمرة» لا يفيد اكثر من حق الشهر لا تحديد العمرة. وتعبير: في كل شهر عمرة، ايضاً لا يفيد اكثر من ذلك والزام مفسد العمرة بالصبر الى الشهر القادم لعمرة اخرى لعلّه يختصّ به عقوبة.

واما جواز دخول مكة بلا احرام قبل مضيّ شهر من احلاله أو احرامه لا يفيد أكثر من اشعار ما، هذا مع ان جمع الشهر وعشرة ايام في روايتي البطائني يفيد عدم كون الشهر تحديداً واظن كون المراد في الروايات التأكيد باتيان العمرة في كل شهر لا التحديد، وذكر العشرة لبيان عدم التحديد، وعدم ذكر الاقل منها لعدم تعارف الاقل، ولو بني على ضعف البطائني فليس إلّا روايات الشهر وقد مرّ البيان فيها لكن لا يبعد وثاقة البطائني في النقل سيما وان الروايات عنه كانت قبل الانحراف وإلّا فلا يمكن نقل الاعاظم عن الكلب الممطور. هذا مع ان العمرة عبادة بلا ريب ولا وقت لها كما للحج، ولا ريب ان العبادة حسنة قليلها وكثيرها سيما الطواف الذي هو صلاة. واما روايتا اعتبار السنة فغير معمولتين بل الاجماع على خلافهما، ولعل المراد عمرة التمتع كما قيل، راجع روايات الباب ٦ و٢ و٣ و٤ العمرة والباب ١٢ كفارات الاستمتاع والباب ٥١ الاحرام.

لكن مع ذلك كله لا ينبغي ترك الاحتياط بالاتيان بقصد الرجاء قبل تمام الشهر، والمراد بالشهر هو الهلالي لا ثلاثون يوماً. فان الظاهر من الروايات ذلك سيما

(٨ ـ فصل في أقسام الحج)

وهي ثلاثة بالاجماع والاخبار: تمتّع وقران وإفراد، والأوّل فرض من كان بعيداً عن مكّة، والآخران فرض من كان حاضراً، اي غير بعيد، وحدّ البعد الموجب للأوّل ثمانية واربعون ميلاً من كلّ جانب على المشهور الاقوى لصحيحة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قلت له: قول الله عزّ وجلّ في كتابه: ﴿ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام﴾ فقال عليه السلام: يعني اهل مكّة ليس عليهم متعة، كلّ من كان اهله دون ثمانية واربعين ميلاً ذات عرق وعسفان كما يدور حول مكّة فهو ممّن دخل في هذه الآية، وكلّ من كان اهله

موثق اسحاق ٩/ ٦ العمرة: «السنة اثني عشر شهراً لكل شهر عمرة» واظهر منه صحيح حماد ٦/ ٢٢ اقسام الحج: « ... ان رجع في شهره دخل بغير احرام وان دخل في غير الشهر دخل محرماً» بناء على اتحاد حكم الخروج عن مكة قبل الحج، مع المقام، وكذا صحيح بريد ١/ ١٢ كفارات الاستمتاع: « ... عليه ان يقيم الى الشهر الاخر ... ».

ثم انه لا دليل على اعتبار الفصل بين العمرة المفردة وعمرة التمتع او بين الحج والمفردة، نعم لا يجوز اتيان المفردة بين عمرة التمتع والحج لمكان اشتباكهما لكن لو فعل فهل تبطل؟ وهل الثانية أو الاولى؟ وهل الاولى كما كانت او تصير مفردة وتصير الثانية عمرة التمتع؟ يحتمل الثاني كما يظهر من الشرائع. وكذا لا دليل على لزوم الفصل بين العمرتين المفردتين عن شخصين. كما لا يخفى على المتدبر في لسان الروايات).

اقسام الحج

هي ثلاثة: (بلا اشكال وخلاف وتدل كريمة البقرة: ١٩٦ على ان التمتع فرض غير حاضر المسجد الحرام، اي وفرض الحاضر غير ذلك، ومن الروايات صحيح ٣ و١/ ١ اقسام الحج، وخبر ٢/ ١ والروايات في الابواب ٢ و ٣ و ٦ و ... مستفيضة أو متواترة، ويستفاد من مثل صحيح ١٤/ ٢ ان المشروع في صدر الاسلام القران والافراد وان التمتع شرع في حجة الوداع).

على المشهور: الشهرة غير ثابتة (وفي الجواهر: لم نتحققه).

وذات عرق: وفي النسخة المصححة: دون ذات عرق (الرواية الاولى صحيحة ٦/ ٣ اقسام الحج واما الثانية ٦/ ٧ ففي السند علي بن السندي وهو لم يوثق مع انه لم يذكر الشيخ (قدس سره) طريقه اليه).

وراء ذلك فعليه المتعة. وخبره عنه ﷺ سألته عن قول الله عزّ وجلّ ذلك الخ قال: لاهل مكّة ليس لهم متعة ولا عليهم عمرة، قلت: فما حدّ ذلك؟ قال: ثمانية واربعون ميلاً من جميع نواحي مكّة دون عسفان وذات عرق. ويستفاد ايضاً من جملة من اخبار أخر، والقول بانّ حدّ اثنى عشر ميلاً من كلّ جانب كما عليه جماعة ضعيف، لا دليل عليه إلّا الاصل، فإنّ مقتضى جملة من الاخبار وجوب التمتّع على كلّ احد والقدر المتيقّن الخارج منها من كان دون الحدّ المذكور، وهو مقطوع بما مرّ، او دعوى ان الحاضر مقابل للمسافر، والسفر اربعة فراسخ، وهو كما ترى، او دعوى انّ الحاضر المعلّق عليه وجوب غير التمتّع امر عرفيّ، والعرف لا يساعد على ازيد من اثنى عشر ميلا، وهذا ايضاً كما ترى، كما انّ دعوى انّ المراد من ثمانية واربعين التوزيع على الجهات الاربع فيكون من كلّ جهة اثنى عشر ميلاً منافية لظاهر تلك الاخبار،

اخبار اخر: محل تامل (لعل المراد مثل صحيح الفضلاء: «ليس لاهل مكة، ولا لاهل مرّ، ولا لاهل سرف متعة ...» ونظيره خبر سعيد ١ و٦/٦ اقسام الحج. ولكن العلم بمحل هذه الموارد دقيقاً سيما في المراد منها في عصر النبي ﷺ مشكل ولا يستفاد الحدّ منه ايضاً، قال في المعتبر: «معلوم ان هذه المواضع اكثر من اثنى عشر ميلاً». ومعلوم ان ذلك غير استفادة الحدّ. وفي بعض معاجم البلدان كتاريخ بلدان اليعقوبي ذكر بطن مرّ اول محل لمن خرج من مكة الى المدينة ثم عسفان ثم قديد ثم الجحفة ثم الابواء ثم سقيا بني غفار ثم العرج ثم رويثه ثم الروحاء ثم سيالة ثم ملل ثم حضيرة ثم ذي الحليفة. وعن الواقدي ان قبل بطن مرّ خمسة اميال، واما سرف ككتف فهو قريب التنعيم والتنعيم صار ضمن مكّة فعلاً. ولعل مراد المصنف مثل صحيح الحلبي ٦/٤ ونظيره ٦/٥ اقسام الحج: «... ما دون المواقيت الى مكة فهو حاضري المسجد الحرام وليس لهم متعة». ايضاً بناء على كون المراد ما دون تمام المواقيت).

وجوب التمتع على كل احد: فيه منع، بل الظاهر ان الاخبار في مقام بيان وظيفة النائي قبال العامة القائلين بجواز الافراد والقران له (فان ذلك مساق ٢/٣ بل ١٠ و١٤ و١٢ و٣/١٧ و ... ايضاً).

ايضاً كما ترى: (فان الحاضر هنا مقابل الغياب لا السفر فلا وجه لإستدلال الجواهر١٨: ٦ بذلك).

وامّا صحيحة حريز الدالّة على أنّ حدّ البعد ثمانية عشر ميلاً فلا عامل بها، كما لا عامل بصحيحتي حمّاد بن عثمان والحلبيّ الدالّتين على انّ الحاضر من كان دون المواقيت إلى مكّة، وهل يعتبر الحدّ المذكور من مكّة أو من المسجد؟ وجهان، اقربهما الاوّل، ومن كان على نفس الحدّ فالظاهر انّ وظيفته التمتّع، لتعليق حكم الافراد والقران على ما دون الحدّ ولو شكّ في كون منزله في الحدّ أو خارجه وجب عليه الفحص،

صحيح حريز: (١٠/٦ اقسام الحج، ووجّهه في الوسائل بانه بيان حكم من كان في ثمانية عشر ولم يتعرض لحكم الزائد عن هذا الحدّ، وفيه مالا يخفى من ارتكاب خلاف الظاهر، فيردّ علمه الى اهله).

دون المواقيت: إلّا أن يراد دون كل المواقيت اي دون اقربها الى مكة وهو ذات عرق فانه المطابق لإعتبار ثمانية واربعين.

اقربهما الاول: بل الثاني (اذ صحيحة زرارة ٣ و٦/٧ اقسام الحج يفسّر الآية، والآية تذكر المسجد الحرام بعنوان المحور ومورد النظر فهو المبدء عرفاً وايضاً لو كان مكة هو المبدء لزم تحول المنتهى أي ذات عرق مثلاً بتحول المبدء زيادة ونقصاً في البلد، والظاهر اطلاق الحديث من جهة المنتهى بحسب الازمان، ان قلت: موضوع الحكم في الآية حاضر المسجد الحرام، ومعناه: المقيم في مكة، فالبلد هو المحور، قلت: الحضور طريق، والمحور هو الحضور. واما سائر روايات الباب فلا تعرض فيها لما يمكن ان يستفاد منه الملاك، فراجع. ثم ان المترائى من كلامي الخوئي (قدس سرّه) في ص١٩٣ وص١٨٨ نوع تهافت في المستفاد من الكريمة، هل هو عموم الحكم لكل مكلف أو خصوص النائي فراجع).

على ما دون الحدّ: كما يستفاد من صحيح زرارة ٦/٣، ثم الاعتبار في التحديد ببلد الساكن لا البيت (فان الظاهر من الادلة اعتبار المكان والمحلّ كذات عرق وعسفان لا البيت).

عليه الفحص: على الاحوط ان لم يكن حرجياً (فان المتعارف في الحدود عند العقلاء هو الفحص وقد افتى المعظم بالفحص في تحقق حدّ السفر وورد الدليل في ذلك في الاستحاضة والحيض راجع ٩/١ نواقض الوضوء وغيرها، وحيث ان الشك قد يزول بادنى الفحص فالشك غير مستقر ولا يشمله ادلة الاصول إلّا فيما صرّح به كما في النجاسة على ما في صحيح زرارة في استصحاب الطهارة. لكن مع

ومع عدم تمكّنه يراعي الاحتياط، وإن كان لا يبعد القول بأنّه يجري عليه حكم الخارج، فيجب عليه التمتّع، لانّ غيره معلّق على عنوان الحاضر، وهو مشكوك فيكون كما لو شكّ في أنّ المسافة ثمانية فراسخ أولا، فإنّه يصلّي تماماً، لانّ القصر معلّق على السفر وهو مشكوك ثمّ ما ذكر إنّما هو بالنسبة إلى حجّة الاسلام حيث لا يجزي للبعيد إلّا التمتّع، ولا للحاضر إلّا الافراد أو القران، وامّا بالنسبة إلى الحجّ الندبيّ فيجوز لكلّ من البعيد والحاضر كلّ من الاقسام الثلاثة بلا اشكال، وإن كان الأفضل اختيار التمتّع، وكذا بالنسبة إلى الواجب غير حجّة الاسلام كالحجّ النذريّ وغيره.

المسألة ١: من كان له وطنان: أحدهما في الحدّ، والآخر في خارجه لزمه فرض أغلبهما، لصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: من أقام بمكّة سنتين فهو من أهل مكّة ولا متعة له، فقلت لأبي جعفر عليه السلام:

ذلك لإشتهار عدم لزوم الفحص في الموضوعات مطلقاً فالحكم على الاحوط).

يراعي الاحتياط: بطرق منها: ان يحرم من الميقات بنية عمرة التمتع ويعتمر، وبعد الفراغ يحرم لحج التمتع من مكة ثم يخرج الى احد المواقيت ويحرم ثانياً للحج ـ بناء على جواز الخروج لحاجة ولا ريب في انه حينئذ حاجة ـ فقد اتى حينئذ بوظيفة التمتع ويكون الاحرام الثاني حينئذ لغواً، وايضاً بوظيفة الافراد، ويكون اعتماره التمتع لغواً ثم يأتي بعد تمام الحج بعمرة مفردة (فالظاهر عدم صحة قول بعضهم كالنجفي (قدس سره) بانه كيف الاحتياط مع دوران الامر بين المحذورين).

وان كان لا يبعد: فيما امكن استصحاب عدم كونه حاضراً عند المسجد الحرام، (ولا يلزم حينئذ الاحتياط اذا لم يتعين الامر بالفحص، اذ الآية وهي الاصل في هذا الحكم رتبت حكم التمتع على من لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام، ففيما جرى استصحاب عدم الحضور يجري عليه حكم الخارج عن الحدّ، إلّا ان يقال: عدم الحضور اخذ بنحو السلب العدولي لا تحصيلي، لكن يمكن تحقق السابقة له ايضاً).

كما لو شك: عنوان الحضور والسفر كلاهما وجوديان لا يمكن التمسك بالعام في شبهته المصداقية. نعم يجوز التمسك باستصحاب الحالة السابقة موضوعاً أو حكماً وكأنه مراد الماتن لا التمسك بالعام.

كالحج النذري: أي اذا اطلق النذر ونحوه، ولعل المراد بغيره هو مثل اليمين أو الاستيجار ولا ريب انهما تابعان للصيغة، واما قضاء الفاسد فهو تابع للفاسد.

المسألة ١: فرض اغلبهما: كان أو لم يكن مقيماً بمكة سنتين (لصحيح زرارة ١/ ٩

أرأيت إن كان له اهل بالعراق وأهل بمكّة؟ فقال عليه السلام: فلينظر ايّهما الغالب، فإن تساويا فإن كان مستطيعاً من كلّ منهما تخيّر بين الوظيفتين وإن كان الأفضل اختيارُ التمتّع، وإن كان مستطيعاً من احدهما دون الآخر لزمه فرض وطن الاستطاعة.

المسألة ٢: من كان من اهل مكّة وخرج إلى بعض الأمصار ثمّ رجع إليها فالمشهور جواز حجّ التمتّع له، وكونه مخيّراً بين الوظيفتين، واستدلّوا بصحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي عبد الله عليه السلام

اقسام الحج المذكور في المتن، والظاهر ان صدر الحديث في المقيم سنتين بمكة لا يخصّص الذيل، فان الصدر في الفرق بين المجاور والمقيم سنتين وأنه الاهل لا المجاور، والذيل في بيان حكم ذي الاهلين خلافاً للاستاذ (قدس سره) حيث خصّص الذيل بالصدر وسائر روايات الباب ٩، ولا يمكن القول بإطلاق الصدر وان المقيم سنتين اهل مكة ولو غلب غير مكة عليها في الاقامة، بل الظاهر انه لبيان اصل كونه من اهل مكة قبال الجوار كما يظهر من سائر روايات الباب).

تخير بين الوظيفتين: لان كلا الدليلين يشملانه، فاذا قطعنا بأن الواجب ليس إلّا احدهما تخير (لا لما قيل كما في المستمسك من عدم شمول شيء من الدليلين له فيرجع الى العام الفوق حتى يستشكل كما استشكل الخوئي بانه حينئذ لا يلزم رعاية كون الاستطاعة من كليهما بل لما ذكرنا من شمول الدليلين فانه مستطيع واهل لمكة ومستطيع وناء ايضاً، واما ما قاله الخوئي(مدّ ظلّه) من ان التخيير بين الايجابين وهنا الموضوعان احدهما ايجابي والآخر سلبي اي رتب حكم التمتع على من لم يكن اهله حاضراً، وهذا لاهله حضور فحكمه القران والافراد ولا اقل من الاحتياط، ففيه: انه على ذلك لم يفرق بين الغالب والتساوي، مع ان الخبر فرّق بينهما، فيعلم من ذلك ان عدم الحضور في الآية بنحو العدول لا السلب).

فرض وطن الاستطاعة: اي الوطن الذي يستطيع فرضه كان فيه او في غيره (والوجه واضح بعد الدقة فيما ذكرنا قبلاً، فانه ولو كان ذا وطنين لكن لا يستطيع من احدهما، خلافاً للبروجردي(قدس سره) القائل بالتخيير كالفرع السابق، وكأنه لإطلاق مفهوم ذيل صحيح زرارة لكن ذلك لا يقاوم القاعدة).

المسألة ٢: فالمشهور: وهو الاقوى (فان حمل الخبرين على خصوص الندبي خلاف الاطلاق، بل الظاهر خصوص الواجب، فان افضلية التمتع في الندب واضح

عن رجل من اهل مكّة يخرج إلى بعض الامصار، ثمّ يرجع إلى مكّة فيمرّ ببعض المواقيت. أله ان يتمتّع؟ قال عليه السلام: ما ازعم انّ ذلك ليس له لو فعل، وكان الاهلال احبّ إليّ. ونحوها صحيحة أخرى عنه وعن عبد الرحمن بن اعين عن ابي الحسن عليه السلام. وعن ابن ابي عقيل عدم جواز ذلك، وانّه يتعيّن عليه فرض المكّيّ إذا كان الحجّ واجباً عليه، وتبعه جماعة لما دلّ من الاخبار على انّه لا متعة لاهل مكّة، وحملوا الخبرين على الحجّ الندبيّ بقرينة ذيل الخبر الثاني، ولا يبعد قوّة هذا القول مع أنّه احوط، لانّ الامر دائر بين التخيير والتعيين، ومقتضى الاشتغال هو الثاني، خصوصاً إذا كان مستطيعا حال كونه في مكّة فخرج قبل الاتيان بالحجّ، بل يمكن ان يقال: إنّ محلّ كلامهم صورة حصول الاستطاعة بعد الخروج عنها، وامّا إذا كان مستطيعاً فيها قبل خروجه منها فيتعيّن عليه فرض أهلها.

المسألة ٣: الآفاقيّ إذا صار مقيماً في مكّة فإن كان ذلك بعد استطاعته ووجوب التمتّع عليه فلا إشكال في بقاء حكمه، سواء كانت إقامته بقصد التوطّن او المجاورة ولو بازيد من سنتين، وامّا إذا لم

عند الشيعة لا يجهل عند عبدالرحمن بن الحجاج مع ان الامام عليه السلام حكم بافضلية الإهلال، اي: بالحج، أي: حج الافراد، مع ان تعبير «ما ازعم ان ذلك ليس له» لا يلائم الندب لوضوح الجواز، ولو سلم التعارض بينهما وبين اطلاق المنع عن المتعة لاهل مكة نظراً الى اطلاق الخبرين فالاطلاق في المطلقات يوجب التخيير، وكذا اصالة البراءة عن تعين التكليف).

لا متعة: هذه مطلقة يخصّصها الخبران، ولو سلم اطلاقهما فالتعارض من وجه، فالمرجع اطلاق ما دل على اصل وجوب الحج، ولو قيل بعدم كونها في بيان البيان فالاصل هو البراءة عن التعيين لا الاشتغال فانه بعد ثبوت التكليف، وكان الشك في مقام الامتثال للتزاحم.

بل يمكن: لكنه خلاف اطلاق كلامهم كما انه خلاف اطلاق الخبرين، ولذا لا يعبأ باستصحاب وجوب الافراد اذا كان مستطيعاً قبل الخروج.

المسألة ٣: بقصد التوطن: (لعدم دليل على تبدل حكمه لا من الروايات الواردة في الباب لعدم اطلاقها من هذه الجهة اي الاستطاعة قبل الاقامة أو بعدها بل منصرفة عن الاستطاعة قبلاً، فان نظرها صرفاً الى تبدل الوظيفة بالاقامة سنتين مثلاً، كما انها منصرفة عن التوطن بل موردها المجاورة. ولا من الادلة المطلقة من الآيات والروايات لان اقسام الحج متنوعة متعددة، فاذا اشتغلت ذمته بأحد الانواع لا دليل

يكن مستطيعاً ثمّ استطاع بعد إقامته في مكّة فلا إشكال في انقلاب فرضه إلى فرض المكّي في الجملة، كما لا إشكال في عدم الانقلاب بمجرّد الاقامة، وإنّما الكلام في الحدّ الذي به يتحقّق الانقلاب، فالاقوى ما هو المشهور من أنّه بعد الدخول في السنة الثالثة، لصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام من اقام بمكّة سنتين فهو من اهل مكّة ولا متعة له الخ. وصحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام المجاور بمكّة يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ إلى سنتين، فاذا جاور سنتين كان قاطناً، وليس له ان يتمتّع، وقيل بانّه بعد الدخول في الثانية لجملة من الاخبار وهو ضعيف لضعفها باعراض المشهور عنها، مع انّ القول الاوّل موافق للأصل، وامّا القول بانّه بعد تمام ثلاث سنين فلا دليل عليه إلّا الاصل المقطوع بما ذكر، مع انّ القول به غير محقّق لإحتمال إرجاعه إلى القول المشهور بإرادة الدخول في السنة الثالثة، وامّا الاخبار الدالّة على انّه بعد ستّة اشهر أو بعد خمسة اشهر فلا عامل بها مع احتمال صدورها تقيّة، وامكان حملها على محامل أُخر والظاهر من الصحيحين اختصاص الحكم بما إذا كانت الاقامة بقصد المجاورة، فلو كانت بقصد

على التبدل بتبدل محل التوطن، وهذا بخلاف صلاة المسافر والحاضر فانهما نوع واحد بزيادة ركعتين فقط هذا مع ظهور الاجماع ايضاً في المسالة، فلا وجه لقول الحدائق بالتبدل وقد اختاره بعض اهل العصر، ولا لإحتياط الگلپايگاني، ولا لإدعاء الحكيم (قدس سرّه) اطلاق روايات الباب).

الى فرض المكي في الجملة: أي صورة التوطن، او الاقامة سنتين بقصد المجاورة، والظاهر عدم التبدل اذا اقيم جبراً كالمسجون (وان لم يتعرضوا للمسجون ونحوه، لكن الادلة لا تشملها بل تنصرف ولا علم لنا بالملاك حتى يشمل المسجون، فلعل الملاك الاقامة القصدية فالتكليف باق ان كان مستطيعاً قبل ذلك ولا دليل على التبدل، وكذا اذا استطاع بعد الاقامة الجبريّة).

بإعراض المشهور: مع انه لو كانت معتبرة وقع التعارض، والمتيقن من التبدل بعد سنتين فيرجع قبل ذلك الى الدليل العام الموجب للتمتع على الناثي ومن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام أي متوطناً في مكة (راجع ١ و٢/ ٩ اقسام الحج في اعتبار سنتين و٣ و٥ و٨ و٩/ ٩ و٨/٤ اقسام الحج في اعتبار السنة).

تقية: يعني بها الاعم من تقية المخالف (هذا مع ضعف دليل خمسة اشهر بالارسال ٣ و٨/٥ اقسام الحج).

التوطّن فينقلب بعد قصده من الاوّل فما يظهر من بعضهم من كونها اعمّ لا وجه له، ومن الغريب ما عن آخر من الاختصاص بما إذا كانت بقصد التوطّن، ثمّ الظاهر انّ في صورة الانقلاب يلحقه حكم المكّي بالنسبة إلى الاستطاعة أيضاً، فيكفي في وجوب الحج الاستطاعة من مكّة ولا يشترط فيه حصول الاستطاعة من بلده، فلا وجه لما يظهر من صاحب الجواهر من اعتبار استطاعة الناتي في وجوبه لعموم ادلّتها، وانّ الانقلاب إنّما اوجب تغيير نوع الحجّ، وامّا الشرط فعلى ما عليه فيعتبر بالنسبة إلى التمتّع، هذا، ولو حصلت الاستطاعة بعد الاقامة في مكّة لكن قبل مضيّ السنتين فالظاهر انّه كما لو حصلت في بلده فيجب عليه التمتّع، ولو بقيت إلى السنة الثالثة او أزيد، فالمدار على حصولها بعد الانقلاب، وامّا المكّي إذا خرج إلى سائر الامصار مقيماً بها فلا يلحقه حكمها في تعين التمتّع عليه، لعدم الدليل وبطلان القياس إلّا إذا كانت الاقامة فيها بقصد التوطّن وحصلت الاستطاعة بعده، فانّه يتعيّن عليه التمتّع بمقتضى القاعدة ولو في السنة الاولى، وامّا إذا كانت بقصد المجاورة او كانت الاستطاعة حاصلة في مكّة فلا، نعم الظاهر دخوله حينئذ في المسالة السابقة، فعلى القول بالتخيير فيها كما عن المشهور يتخيّر، وعلى قول ابن أبي عقيل يتعيّن عليه وظيفة المكّي.

المسالة ٤: المقيم في مكّة إذا وجب عليه التمتّع كما إذا كانت استطاعته في بلده أو استطاع في مكّة قبل انقلاب فرضه فالواجب عليه الخروج إلى الميقات لاحرام عمرة التمتّع، واختلفوا في تعيين ميقاته على اقوال: احدها: انّه مهلُّ ارضه، ذهب إليه جماعة، بل ربما يسند إلى المشهور كما في الحدائق

من الاول: بعد مضي قدر يصدق انه وطنه وان اهله من حاضري المسجد الحرام، ولعله يصدق ذلك بمضي قليل من المدة، بل بمجرد الورود وتهيئة المسكن والشغل.

الاستطاعة من مكة: لا دخل فيها للاقامة سنتين وتبدل الوظيفة، فان الجائي الى مكة يكفيه الاستطاعة من مكة، وانما الكلام في الاستطاعة الرجوعية، والظاهر اعتبارها إلّا لمن لا يريد الرجوع الى وطنه او مكان آخر بقصد التوطن أو المجاورة.

فيجب عليه التمتع: لو اتى به قبل تمام سنتين، كما ان المبادرة واجبة، فالملاك حال اتيان الحج.

المسالة ٤: **مهلّ ارضه**: (أي ميقات بلده قبل الاقامة بمكة لموثق سماعة ١/ ٨ اقسام الحج، ولكن تعليق الحكم على مشية المكلف يدل على عدم الخصوصية كما افاد الماتن (قدس سره) سيما وان سماعة نفسه يروي الخروج الى ذات عرق والاحرام منها ٢/ ١٠ اقسام الحج).

لخبر سماعة عن ابي الحسن عليه السلام سالته عن المجاور اله ان يتمتّع بالعمرة إلى الحج؟ قال عليه السلام نعم يخرج إلى مهلّ ارضه فليلبّ إن شاء. المعتضد بجملة من الاخبار الواردة في الجاهل والناسي الدالّة على ذلك بدعوى عدم خصوصيّة للجهل والنسيان، وانّ ذلك لكونه مقتضى حكم التمتّع، وبالاخبار الواردة في توقيت المواقيت، وتخصيص كلّ قطر بواحد منها او من مرّ عليها، بعد دعوى ان الرجوع إلى الميقات غير المرور عليه. ثانيها: انّه احد المواقيت المخصوصة مخيّراً بينها، وإليه ذهب جماعة أخرى، لجملة أخرى من الاخبار مؤيدة باخبار المواقيت، بدعوى عدم استفادة خصوصيّة كل بقطر معيّن. ثالثها: انّه ادنى الحلّ، نقل عن الحلبيّ، وتبعه بعض متاخّري المتاخّرين لجملة ثالثة من الاخبار، والاحوط الاوّل وإن كان الاقوى الثاني، لعدم فهم الخصوصيّة من خبر سماعة، واخبار الجاهل والناسي، وانّ ذكر المهلّ من باب احد الافراد، ومنع خصوصيّة للمرور في الاخبار العامّة الدالّة على المواقيت وامّا اخبار القول الثالث فمع ندرة العامل بها مقيّدة باخبار المواقيت، او محمولة على صورة التعذّر. ثمّ الظاهر انّ ما ذكرنا حكم كلّ من كان في مكّة واراد الاتيان بالتمتّع ولو مستحبّاً، هذا كلّه مع إمكان الرجوع إلى المواقيت، وامّا إذا تعذّر فيكفي الرجوع إلى ادنى الحلّ، بل الاحوط الرجوع إلى ما يتمكّن من خارج الحرم ممّا هو دون الميقات وإن لم يتمكّن من الخروج إلى ادنى الحلّ احرم من موضعه، والاحوط الخروج إلى ما يتمكّن.

ادنى الحل: (لصحيح الحلبي ٩/٣ ونظيره ٨/٢ الدال على الاحرام من الجعرانة، وصحيح عمر ٢٢/١ المواقيت، لكن العمدة صحيح الحلبي فان مورد الثالث العمرة المفردة وهو محتمل الثاني).

فمع ندرة العامل: فتسقط عن الحجية بإعراض المشهور، واما النسبة بينها وبين اخبار المواقيت فليست الاطلاق والتقييد بل التباين فلا تكون مقيدة بأخبار المواقيت.

كل من كان: (قال الحكيم (قدس سره) ـ وتبعه الاستاذ (قدس سره) ـ فيه اشكال بالنسبة الى من يصدق عليه انه اهل مكة فان ميقاته منزله أو ادنى الحلّ، والاحوط تجديد التلبية لإطلاق ادلة توقيت النزل لمن كان منزله دون الميقات وان لم يفتوا به على الظاهر، ولصحيح عمر بن يزيد ٢٢/١ مواقيت في ادنى الحل. وفيه: ان هذا التعبير غير شامل لاهل مكة لظهور كلمة دون ونحوه في الخارج عن مكّة، وصحيح عمر معرض عنه).

فيكفي: (هذا و ما بعده لا دليل عليه سوى الميسور وادعي عليه الاجماع).

(٩ـ فصل)

صورة حجّ التمتّع على الاجمال ان يحرم في أشهر الحجّ من الميقات بالعمرة المتمتّع بها إلى الحجّ، ثمّ يدخل مكّة فيطوف فيها بالبيت سبعاً، ويصلّي ركعتين في المقام، ثمّ يسعى لها بين الصفا والمروة سبعاً، ثمّ يطوف للنساء احتياطاً وإن كان الاصحّ عدم وجوبه، ويقصّر، ثمّ ينشيء إحراماً للحجّ من مكّة في وقت يعلم أنّه يدرك الوقوف بعرفة، والافضل إيقاعه يوم التروية، ثمّ يمضي إلى عرفات فيقف بها من الزوال إلى الغروب ثمّ يفيض ويمضي منها إلى المشعر فيبيت فيه ويقف به بعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ثمّ يمضي إلى منى فيرمي جمرة العقبة، ثمّ ينحر أو يذبح هديه ويأكل منه ثمّ يحلق او

فصل ـ صورة حج التمتع

الاصح عدم وجوبه: (ولا قائل معروف بالوجوب، ودليله عليل، ووجه تقديم الطواف في المتن رعاية الروايات المحلّلة للنساء بمجرد التقصير كما في روايات الباب ١ التقصير. فلو كان الطواف لازماً كان قبل التقصير، لكن صريح ١/ ٨٢ الطواف عدم الوجوب، وهكذا صريح ٦/ ٨٢، واما معتبر ٧/ ٨٢ الدال على اللزوم فهو مربوط بالحج لا العمرة، لا يقال: ليس بعد السعي في الحج تقصير وقد ذكر فيه، لان كلمة «قصّر» زيادة في التهذيب ٥: ١٦٢، وليس في الاستبصار راجع ٢: ٢٤٤).

يوم التروية: بعد صلاة الظهر، ولا بأس بالتعجيل قبل ذلك الى ثلاثة ايام، والاحوط اختصاص ذلك بالمعذور كالشيخ والمريض (كما في الباب ٣ احرام الحج).

من الزوال: من يوم عرفة.

فيبيت: على الاحوط، وان كان تركه لا يضرّ بالحج.

بعد طلوع الفجر: من يوم النحر، وكذا المضي الى منى.

يأكل منه: على الاحوط، وكذا الاهداء والتصدق به.

ثم يحلق: وفي النساء يتعين التقصير، وفي الصرورة يتعين الحلق على الاحوط، وكذا عاقص الشعر والملبّد، وفي الخنثى يتعين التقصير ان لم يكن صرورة او عاقصاً او ملبداً والاّ يجمع بينهما ويقدم التقصير على الاولى، وفي الحلق يجب حلق جميع الرأس على الاحوط بخلاف التقصير. ومن وظيفته الحلق ولا شعر لراسه يمرّ الموسى على رأسه ويقصّر ايضاً على الاحوط.

يقصّر فيحلّ من كلّ شيء إلّا النساء، والطيب، والاحوط اجتناب الصيد ايضاً وإن كان الاقوى عدم حرمته عليه من حيث الاحرام ثمّ هو مخيّر بين ان ياتي إلى مكّة ليومه فيطوف طواف الحجّ ويصلّي ركعتيه ويسعى سعيه فيحلّ له الطيب، ثمّ يطوف طواف النساء ويصلّي ركعتيه فتحلّ له النساء ثمّ يعود إلى منى لرمي الجمار فيبيت بها ليالي التشريق وهي الحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر، ويرمي في ايّامها الجمار الثلاث، وان لا ياتي إلى مكّة ليومه بل يقيم بمنى حتّى يرمي جماره الثلاث يوم الحادي عشر ومثله يوم الثاني عشر، ثمّ ينفر بعد الزوال إذا كان قد اتّقى النساء والصيد، وإن أقام إلى النفر الثاني وهو الثالث عشر ولو قبل الزوال لكن بعد الرمي جاز أيضاً، ثمّ عاد إلى مكّة للطوافين والسعي ولا إثم عليه في شيء من ذلك على الاصحّ، كما انّ الاصحّ الاجتزاء بالطواف والسعي تمام ذي الحجّة، والافضل الاحوط هو اختيار الاوّل بان يمضي إلى مكّة يوم النحر بل لا ينبغي التاخير لغده فضلاً عن ايّام التشريق إلّا لعذر. ويشترط في حجّ التمتّع أمور أحدها: النيّة بمعنى قصد الاتيان بهذا النوع من الحجّ حين الشروع في إحرام العمرة، فلو لم ينوه او نوى غيره او تردّد في نيّته بينه وبين غيره لم يصحّ، نعم في جملة من الاخبار انّه لو أتى بعمرة مفردة في اشهر الحجّ جاز ان يتمتّع بها، بل يستحبّ ذلك إذا بقي في مكّة إلى هلال ذي الحجّة، ويتاكّد إذا بقي إلى يوم التروية، بل عن القاضي وجوبه حينئذ ولكن الظاهر تحقّق الاجماع على خلافه، ففي موثّق سماعة عن الصادق عليه السلام من حجّ معتمراً في شوّال ومن نيّته ان

من حيث الاحرام: وان حرم لحرمة الحرم.

والثالث عشر: لبعض الافراد، وهو من اصطاد أو جامع محرماً، أو لم يخرج من منى حتى دخل ليلة الثالث عشر.

تمام ذي الحجة: (لظهور الآية في ان اشهر الحج كلها موسم الحج، وظهور ٢ و٢/١ زيارة البيت في جواز التاخير الى ان يذهب ايام التشريق بلا قيد، نعم لا الى بعد الشهر للتحديد في الآية وغيرها راجع في هذا التصوير الاجمالي لحج التمتع الابواب٨٢ الطواف و١٣ من الحلق و١ من زيارة البيت وابواب العمرة، والتفصيل في المناسك).

بل لا ينبغي التاخير: مخافة الاحداث والمعاريض كما في الحديث.

تحقق الاجماع على خلافه: بل النصوص على خلافه (مثل ٢ و٣/٧ ابواب العمرة، وفعل الحسين عليه السلام حجة على ذلك كما في الحديث، وما في بعض المقاتل من انه عليه السلام ابدل عمرة التمتع الى عمرة مفردة لا دليل عليه، كما يظهر من جمع النصوص جواز الاعتمار مفرداً حتى في العشر الأول من ذي حجة على كراهية).

يعتمر ورجع إلى بلاده فلا باس بذلك، وإن هو اقام إلى الحجّ فهو متمتّع، لانّ أشهر الحجّ شوّال وذو القعده وذو الحجّة، فمن اعتمر فيهنّ فاقام إلى الحجّ فهي متعة، ومن رجع إلى بلاده ولم يقم إلى الحجّ فهي عمرة، وإن اعتمر في شهر رمضان أو قبله فاقام إلى الحجّ فليس بمتمتّع، وإنّما هو مجاور أفرد العمرة، فإن هو احبّ ان يتمتّع في اشهر الحجّ بالعمرة إلى الحجّ فليخرج منها حتّى يجاوز ذات عرق أو يتجاوز عسفان متمتّعاً بعمرته إلى الحجّ، فإن هو احبّ ان يفرد الحجّ فليخرج إلى الجعرانة فيلبّي منها. وفي صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام من اعتمر عمرة مفردة فله أن يخرج إلى اهله إلّا أن يدركه خروج الناس يوم التروية. وفي قويّة عنه عليه السلام من دخل مكّة معتمراً مفرداً للحجّ فيقضي عمرته كان له ذلك، وإن اقام إلى أن يدركه الحجّ كانت عمرته متعة، قال عليه السلام: وليس تكون متعة إلّا في اشهر الحجّ، وفي صحيحة عنه عليه السلام من دخل مكّة بعمرة فاقام إلى هلال ذي الحجّة فليس له أن يخرج حتّى يحجّ مع الناس. وفي مرسل موسى بن القاسم: من اعتمر في اشهر الحجّ فليتمتّع. إلى غير ذلك من الاخبار، وقد عمل بها جماعة، بل في الجواهر لا اجد فيه خلافاً، ومقتضاها صحّة التمتّع مع عدم قصده حين إتيان العمرة، بل الظاهر من بعضها انّه يصير تمتّعاً قهراً من غير حاجة إلى نيّة التمتّع بها بعدها، بل يمكن أن يستفاد منها انّ التمتّع هو الحجّ عقيب عمرة وقعت في اشهر الحجّ بايّ نحو اتى بها، ولا باس بالعمل بها، لكن القدر المتيقّن منها هو الحجّ الندبيّ ففيما إذا وجب عليه التمتّع فاتى بعمرة

قهراً: (كما يظهر من قوله عليه السلام: «هي متعة» ٤/ ٧ ابواب العمرة و ٥/ ٧، لكن يجب عليه الاتمام ولم يجز الخروج الى أهله، وهو خلاف نصوص الباب والفتاوي، وايضاً لم يجز له حج الافراد لعدم جواز تبديل التمتع بغيره في غير ضرورة، إلّا أن يقال: الجمع بين النصوص يقضي بكون التبديل القطعي عند تعقّب العمرة بالحج، فما لم يات المكلف بالحج لا يكون الانقلاب فعلياً ولا يبعد ذلك بعد التامل في النصوص، بل له أن ينوي إفراد الحج ايضاً، فالانقلاب اقتضائي فقط ثم يصير فعلياً لو لم يعارضه المكلف بالتبديل او الانصراف بالذهاب عن مكة.

هو الحج الندبي: (نظره (قدس سره) الى عدم كون الاخبار ناظرة الى نوع حكم الحج وجوباً أو ندباً، فلا دليل على الاجتزاء في الواجب، وهذا مراده (قدس سره) من القدر المتيقن، لكن لا يبعد الاطلاق، ولا اقل من الاستدلال بترك الاستفصال، نعم الظاهر اختصاص الادلة بمن لم يكن من الاول قاصداً للحج، وإلّا فيجب عليه عمرة التمتع اذا كان نائياً كما هو المفروض، فمن اعتمر واتفق له البقاء الى ايام الحج واراد

مفردة ثمّ اراد أن يجعلها عمرة التمتع يشكل الاجتزاء بذلك عمّا وجب عليه، سواء كان حجّة الاسلام او غيرها ممّا وجب بالنذر او الاستيجار، الثاني: ان يكون مجموع عمرته وحجّه في اشهر الحجّ، فلو اتى بعمرته او بعضها في غيرها لم يجز له ان يتمتّع بها، واشهر الحجّ شوّال وذو القعدة وذو الحجّة بتمامه على الاصحّ، لظاهر الآية، وجملة من الاخبار كصحيحة معاوية بن عمّار، وموثّقة سماعة، وخبر زرارة، فالقول بانّها الشهران الاوّلان مع العشر الاول من ذي الحجّة كما عن بعض او مع ثمانية ايّام كما عن آخر، او مع تسعة ايّام وليلة يوم النحر إلى طلوع فجره كما عن ثالث، او إلى طلوع شمسه كما عن رابع ضعيف، على انّ الظاهر انّ النزاع لفظيّ، فإنّه لا إشكال في جواز إتيان بعض الاعمال إلى آخر ذي الحجّة فيمكن ان يكون مرادهم انّ هذه الاوقات هي آخر الاوقات التي يمكن بها إدراك الحجّ.

المسالة ١: إذا اتى بالعمرة قبل اشهر الحجّ قاصداً بها التمتّع فقد عرفت عدم صحّتها تمتّعاً، لكن هل تصحّ مفردة أو تبطل من الاصل؟ قولان، اختار الثاني في المدارك، لانّ ما نواه لم يقع، والمفردة لم ينوها، وبعض اختار الاوّل لخبر الاحول عن أبي عبد الله ﷺ في رجل فرض الحجّ في غير اشهر الحجّ، قال: يجعلها عمرة. وقد يستشعر ذلك من خبر سعيد الاعرج قال ابو عبد الله ﷺ: من تمتع في اشهر الحجّ ثمّ أقام بمكّة حتّى يحضر الحجّ من قابل فعليه شاة، وإن تمتّع في غير اشهر الحجّ ثمّ جاور حتّى يحضر الحجّ فليس عليه دم، إنّما هي حجّة مفردة، إنّما الاضحى على اهل الامصار. ومقتضى القاعدة وإن كان هو ما ذكره صاحب المدارك لكن لا بأس بما ذكره ذلك البعض للخبرين. الثالث: ان يكون الحجّ

الحج يجوز له، وينقلب عمرة التمتع، هذا في حجة الاسلام، وأما الاستيجار فتابع للقرار، والظاهر من القرار نوعاً هو الاعتمار بقصد النيابة عن المستاجر، والواجب عليه كان عمرة التمتع كما مرّ أن ظاهر الادلة الاختصاص بغير من كان قاصداً للحج من الاول، والنذر ايضاً تابع لعقد النذر، فلو عقد على كل عمرة قبلت شرعاً بعنوان التمتع صحّ وكفى، ولو عقد على عمرة التمتع بعنوانه لم يجز الاكتفاء به، راجع الباب ١١ من اقسام الحج، والباب ٧ من العمرة.

بعض الاعمال: كالهدي والطوافين والسعي.

الى آخر ذي الحجة: وكذا يجوز تاخير عمرة التمتع الى ما امكن معه درك حج السنة.

المسألة ١: **للخبرين**: (لكن سند الصدوق الى الاحول ٧/ ١١ اقسام الحج غير نقي فانه يروي عنه بواسطة شيخه ماجيلويه الذي لم يوثق، وصرف الشيخوخة لا يدل

والعمرة في سنة واحدة كما هو المشهور المدّعى عليه الاجماع، لأنّه المتبادر من الاخبار المبيّنة لكيفيّة حجّ التمتّع، ولقاعدة توقيفيّة العبادات، وللاخبار الدالّة على دخول العمرة في الحجّ وارتباطها به، والدالّة على عدم جواز الخروج من مكّة بعد العمرة قبل الاتيان بالحجّ، بل وما دلّ من الاخبار على ذهاب المتعة

على الوثاقة، كما ان في مشايخ حديثه مثل ابي نصر الضبي الذي قال الصدوق (قدس سره): ما رأيت انصب منه، وكان يقول: اللهم صلّ على محمد فرداً! نقله في ضمن اسناد حديث عيون اخبار الرضا عليه السلام، إلاّ أن يقال: يجري في ماجيلويه ما نقوله في محمد بن سنان فتأمل. وأما الاشكال عليه بأنه في الحج، ففيه: ان الحج قد يطلق على الاعم من العمرة، والاّ فلا وجه لقوله عليه السلام: «يجعلها عمرة». واما خبر الاعرج ١/ ١٠ اقسام الحج فهو في صرف بيان تبديل حكم التمتع الى الافراد بالمجاورة وليس في مقام الاكتفاء بما اتى به من العمرة. واما الاشكال السندي فيه بوجود محمد بن سنان، فلعله غير وارد لاعتبار احاديثه فإنا لا نتوقف على صرف توثيق اهل علم الرجال، فان كثرة الرواية مع متانة المتن ومطابقتها لنقل الثقات مع عدم ضعف بيّن تكون شاهدة على وثاقة الرجل. وأما ما في بعض الحواشي من كون ذلك طبق القاعدة ففيه: انه مبتن على كون اقسام العمرة حقيقة واحدة وهو ممنوع كما مرّ سابقاً، نعم لا بأس بقصد الرجاء في ذلك. إلاّ أن يقال: سلّمنا ذلك في عمرة التمتع فإنها حقيقة على حدة لكن المفردة ليست سوى انها مفردة، أي غير مرتبطة، فتأمل. فانه يمكن ان يقال: افرادها أي: استقلالها، أي: كونها بشرط لا، فهي حقيقة على حدة.

المبيت لكيفية: اي لو كان الافتراق جائزاً لأشير ولو في رواية واحدة، ولعله المراد من توقيفية العبادات، والاّ فلو كان المراد الاصل فالاصل هو البراءة عن الاشتراط.

على دخول العمرة في الحج: بإنضمام ادلة فورية الحج.

والدالة على عدم جواز الخروج من مكة: بما في ذيلها من انه لو اقتضت الضرورة الخروج لا يخرج إلاّ محرماً للحج فيمضي الى عرفات (لا صرف الاحتباس فانه أعم لإمكان الاحتباس حتى العام القابل).

ذهاب المتعة: اي لو كان الانفصال جائزاً لم تذهب المتعة.

بزوال يوم التروية أو يوم عرفة ونحوها، ولا ينافيها خبر سعيد الاعرج المتقدّم، بدعوى أنّ المراد من القابل فيه العام القابل فيدلّ على جواز إيقاع العمْرة في سنة، والحجّ في أُخرى، لمنع ذلك، بل المراد منه الشهر القابل على أنّه لمعارضة الادلّة السابقة غير قابل، وعلى هذا فلو اتى بالعمرة في عام وأخّر الحجّ إلى العام الآخر لم يصحّ تمتّعاً، سواء اقام في مكّة إلى العام القابل، أو رجع إلى اهله ثمّ عاد إليها، وسواء أحلّ من إحرام عمرته او بقي عليه إلى السنة الأُخرى، ولا وجه لما عن الدروس من احتمال الصحّة في هذه الصورة، ثمّ المراد من كونهما في سنة واحدة ان يكونا معاً في أشهر الحجّ من سنة واحدة، لا ان لا يكون بينهما ازيد من اثني عشر شهراً، وحينئذ فلا يصحّ ايضاً لو اتى بعمرة التمتّع في أواخر ذي الحجّة، واتى بالحجّ في ذي الحجّة من العام القابل. الرابع: ان يكون إحرام حجّه من بطن مكّة مع الاختيار للاجماع والاخبار وما في خبر إسحاق عن ابي الحسن عليه السلام من قوله: كان ابي مجاوراً هيهنا فخرج يتلقّى بعض هؤلاء، فلمّا رجع فبلغ ذات عرق احرم من ذات عرق بالحجّ ودخل وهو محرم بالحجّ. حيث إنّه ربما يستفاد منه جواز الاحرام بالحجّ من غير مكّة، محمول على محامل احسنها انّ المراد بالحجّ عمرته، حيث إنّها اوّل اعماله، نعم يكفي ايّ موضوع منها كان ولو في سككها للاجماع وخبر عمرو بن حريث عن الصادق عليه السلام من اين أهلّ بالحجّ؟ فقال: إن شئت من رحلك، وإن شئت من المسجد، وإن شئت من الطريق، وافضل مواضعها المسجد، وأفضل مواضعه المقام او الحجر، وقد يقال:

الشهر القابل: بقرينة المقابلة للأشهر كما هو المشهور: للإطلاقات الدالة على وجوب الحج على من استطاع في كل عام مرة واحدة، ولو جاز الافتراق لم يكن الواجب في عام واحد. وعدم الوجوب في كل عام استغراقاً لا ينافي ذلك فان كل عام طرف الواجب، ويمكن حمل خصوص قيد العموم على الاستحباب.

غير قابل: (قال الاستاذ (قدس سره): على انه ضعيف السند بمحمد بن سنان؛ وفيه ما مرّ من اعتباره وهو (قدس سره) في الدرس كان يعتبره).

احسنها: (محل تأمل للتصريح بالتقابل حيث يذكر الحج واحرامه بعد ذكر العمرة في صدر الحديث راجع ٨/ ٢٢ اقسام الحج. كما ان الحمل على التقية لا يلائم نقل الامام الكاظم عليه السلام سيما مع توهين المخالف بلفظ هؤلاء، والحمل على الإفراد لا يناسب ذكر المتمتع، لكن الحديث مشوش المتن فإن قوله عليه السلام: «كان أبي مجاوراً ...» الخ لا يرتبط بالسؤال، ومعارض بالاكثر والامتن).

او تحت الميزاب، ولو تعذّر الاحرام من مكّة أحرم ممّا يتمكّن، ولو أحرم من غيرها اختياراً متعمّداً بطل إحرامه، ولو لم يتداركه بطل حجّه، ولا يكفيه العود إليها بدون التجديد، بل يجب ان يجدّده لانّ إحرامه من غيرها كالعدم، ولو احرم من غيرها جهلاً او نسياناً وجب العود إليها، والتجديد مع الامكان، ومع عدمه جدّده في مكانه. الخامس: ربما يقال: إنّه يشترط فيه أن يكون مجموع عمرته وحجّه من واحد وعن واحد، فلو استوجر اثنان لحجّ التمتّع عن ميّت أحدهما لعمرته والأخرى لحجّه لم يجز عنه،

احرم ممّا يتمكن: (يمكن استفادته من روايات الباب ١٤ الميقات، فانها في العمرة، لكن التعليل بخوف فوات الاعمال يشمل احرام الحج ايضاً سيما في التمتع الذي هو بمنزلة عمل واحد، مع ظهور التسالم والاجماع ايضاً. وان وصل الى عرفات بدون الاحرام جهلاً أو نسياناً يدل على صحة حجه اذا احرم من هناك خصوص ٢ و٣/ ٢٠ المواقيت، ولعل المراد مطلق العذر لا خصوص الجهل والنسيان. هذا واما اصل المسالة فيدل عليه روايات الباب ٢١ المواقيت والباب ٩ اقسام الحج حيث تصرّح بالاحرام من مكّة، واما ٤/ ٩ الآمر بالإحرام من المسجد الحرام فضعيف بإبراهيم بن ميمون حيث لم يرد توثيق فيه، ولا استفدناه من القرائن فليحمل على الاستحباب تسامحاً، كما انّ مثل صحيح معاوية ١/ ٥٢ الاحرام، الآمر بإحرام الحج دبر الصلاة بعد الزوال في مقام ابراهيم أو الحجر فيه قرائن الاستحباب مع انه لم يحرز وحدة الارادة حتى تحمل مطلقات الباب عليه، وقد صرّح في مثل صحيح ٢/ ٢١ المواقيت و٣/ ٩ اقسام الحج بصحة الاحرام ان شاء من المسجد أو الرحل أو الشوارع. واما الميزاب فلا دليل عليه بخصوصه إلّا انه بعض الحجر ولعله مراد التذكرة والدروس وغير واحد).

بدون التجديد: (خلافاً لبعض العامة نظراً الى ان المطلوب هو الإحرام وكونه في مكة وقد حصلا، وفيه ان الإحداث يلزم ان يكون في مكة).

جدّده في مكانه: ولو نفس الموقف ثم الظاهر الاكتفاء بإحرامه السابق عن جهل أو نسيان فيما لم يكن متمكناً من الرجوع الى مكة واقعاً. (في الموقف نفسه دليل ٢ و٣/ ٢٠ المواقيت، واما قبله فلم يرد دليل بالخصوص، لكن روايات الباب ١٤ المواقيت بالتعليل يشمل المقام ولو ان موردها العمرة، لكن التعليل بخوف فوات الاعمال يشمل المقام سيما وانه في التمتع الذي يكون الحج والعمرة بمنزلة عمل واحد

وكذا لو حجّ شخص وجعل عمرته عن شخص وحجّه عن آخر لم يصحّ، ولكنّه محلّ تامّل بل ربما يظهر من خبر محمّد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام صحّة الثاني، حيث قال: سالته عن رجل يحجّ عن ابيه ايتمتّع؟ قال: نعم المتعة له، والحجّ عن ابيه.

خلافاً للمنسوب الى الشيخ والعلامة نظراً الى انه لا اثر للتجديد لمساواة ما فعله لما يستأنفه وللبرائة، وفيه ما في الجواهر من ان الاول غير مامور به وهو كالعدم. ولا وجه للبرائة مع الاطلاقات الدالة على لزوم الاحرام الصحيح.

واما الاكتفاء به فيما لم يكن متمكناً واقعاً من الرجوع الى مكة لان تكليفه الواقعي كان ما اتى به لكن لم يكن يعلم الحال، وهذا لا يوجب التفاوت).

محل تامل: الظاهر عدم الجواز (بعد دلالة الادلة على ان الحج والعمرة في التمتع عمل واحد فلا يجوز التفريق كما في الصلاة الواحدة أو الصوم الواحد، واما الحديث ٢٧/١ نيابة الحج فحيث كان على خلاف القاعدة ولم يظهر عامل به من قدماء الاصحاب لابد من الحمل على بعض المحامل من كون المراد ان فائدة التمتع دنيوياً اي الاحلال بعد العمرة، له وان كان المنوب عنه ميتاً لا يمكنه الاستمتاع كما فسّره المجلسي الاول في روضة المتقين ٥: ٦٥، أو أن المراد التشريك في المستحب، اذ لو كان الكلام في المفروض لزم ان يكون على طبق ما فات ولا يمكن ان يكون المتعة عن نفسه فان العمرة في التمتع دخلت في الحج الى يوم القيامة كما في روايات الباب ٢ اقسام الحج وغيرها فلا امر بالإجزاء اي العمرة والحج مستقلاً، وبذلك يظهر عدم صحة عنوان الوسائل في الباب ٢٧ نيابة الحج: جواز نية الانسان عمرة التمتع عن نفسه وحج التمتع عن ابيه. نعم حديث آخر في الباب رواه في ابواب الذبح ١/٥ وفي السند صالح بن عقبة، وضعفه ابن الغضائري والعلامة ونقل ابو علي توثيقه عن جدّه ويظهر التوثيق من ابن قولويه وعلى بن ابراهيم وقد عمل به الخوئي (قدس سرّه) مقتصراً على مورده من الاب والام لكن حمله على المستحب اولى لعين ما ذكر بل لابد من ذلك بعد عرض الحديث على الادلة الدالة على وحدة الحج والعمرة في التمتع، والتوجه الى ان في الواجب يلزم قضاء ما فات بعينه).

المسألة ٢: المشهور انّه لا يجوز الخروج من مكّة بعد الإحلال من عمرة التمتّع قبل ان يأتي بالحجّ، وانّه إذا اراد ذلك عليه ان يحرم بالحجّ فيخرج محرماً به، وإن خرج محلاً ورجع بعد شهر فعليه ان يحرم بالعمرة، وذلك لجملة من الاخبار الناهية للخروج، والدالّة على انّه مرتهن ومحتبس بالحجّ، والدالة على انّه لو اراد الخروج خرج ملبياً بالحجّ، والدالة على انّه لو خرج محلاً فإن رجع في شهره دخل محلاً، وإن رجع في غير شهره دخل محرماً، والاقوى عدم حرمة الخروج وجوازه محلاً حملاً للأخبار على الكراهة كما عن ابن إدريس وجماعة أخرى بقرينة التعبير بلا أحبّ في بعض تلك الاخبار، وقوله عليه السلام في مرسلة الصدوق: إذا اراد المتمتّع الخروج من مكّة إلى بعض المواضع فليس له ذلك،

المسألة ٢: والاقوى عدم حرمة: لا يترك الاحتياط بعدم الخروج لغير الضرورة إلّا محرماً للحج بل لا يخلو عن قوة (وفاقاً للمشهور، لظهور الادلة في النهي في الباب ٢٢ اقسام الحج وكلمة «لا احب» في صحيح الحلبي ٢٢/٧ وان كان ظاهراً في غير الالزام لكن ليس بحيث يوجب صرف الظهور. وخبر ابان ٢٢/٩ الدال على الجواز إن أبق غلامه أو تضل راحلته قال: «ولا يجاور إلّا على قدر ما لا تفوته عرفة» الدال على كون الملاك في عدم الجواز خوف فوت عرفة، مخدوش سنداً بالارسال واما الرضوي الدال على كون الملاك ذلك ١٨/١ اقسام الحج من المستدرك فلا يعلم كونه حديثاً كما انت خبير. نعم مرسل الصدوق بعنوان «قال» مجزماً ٢٢/١٠ اقسام الحج: «... فليس له ذلك ... إلّا أن يعلم أنه لا يفوته الحج». شيء قوي لكن مع ذلك يشكل الاعتماد على جزمه، فلعله اعتمد على نظره في توثيق اجتهادي. نعم ان صرّح باسم الراوي ووثقه نقبله منه كغيره من المشايخ كما قال الحكيم (قدس سره) او بني على اصالة العدالة كما قال الخوئي (قدس سره) وان كان هذا وكذا ذاك مخدوشاً لعدم كون الصدوق من زمرة المجتهدين المحصلّين بل هو من المحدثين قبل ورود الفقه في الدورة الجديدة، بل الظاهر ان جزمه في الحديث توثيق للرواة وليس بأقل قدراً من توثيق علماء الرجال. والعجب من النجفي (قدس سره) حيث قال: «والارسال كاف في عدم العمل به سيما في مرسلات الفقيه». ! لكنه مع ذلك فالاحوط ما ذكر بل لا يخلو عن قوة. وذكر الخوئي أن «لا احب» يستعمل في الالزام ايضاً كما في القرآن في آيات كثيرة راجع المعجم لكن الاظهر أنها في القرآن رعاية لنكتة ادبية وإلّا فعدم الظهور في الإلزام بل على الخلاف لا ينكر).

لأنّه مرتبط بالحجّ حتّى يقضيه إلّا ان يعلم انّه لا يفوته الحجّ. ونحوه الرضويّ، بل وقوله ﷺ في مرسل آبان: ولا يتجاوز إلّا على قدر مالا تفوته عرفة، إذ هو وإن كان بعد قوله: فيخرج محرماً. إلّا انّه يمكن ان يستفاد منه انّ المدار فوت الحجّ وعدمه، بل يمكن ان يقال: إنّ المتساق من جميع الاخبار المانعة انّ ذلك للتحفّظ عن عدم إدراك الحجّ وفوته لكون الخروج في معرض ذلك، وعلى هذا فيمكن دعوى عدم الكراهة أيضاً مع علمه بعدم فوات الحجّ منه، نعم لا يجوز الخروج لا بنيّة العود او مع العلم بفوات الحجّ منه إذا خرج، ثمّ الظاهر انّ الامر بالاحرام إذا كان رجوعه بعد شهر إنّما هو من جهة انّ لكلّ شهر عمرة لا ان يكون ذلك تعبّداً، او لفساد عمرته السابقة، أو لاجل وجوب الاحرام على من دخل مكّة، بل هو صريح خبر إسحاق بن عمّار قال: سألت أبا الحسن ﷺ عن المتمتّع يجيء فيقضي متعته ثمّ تبدو له حاجة فيخرج إلى المدينة أو إلى ذات عرق أو إلى بعض المنازل، قال ﷺ: يرجع إلى مكّة بعمرة إن كان في غير الشهر الّذي تمتّع فيه، لانّ لكلّ شهر عمرة، وهو مرتهن بالحجّ. الخ. وحينئذ فيكون الحكم بالاحرام إذا رجع بعد شهر على وجه الاستحباب لا الوجوب، لانّ العمرة التي هي وظيفة كلّ شهر ليست واجبة، لكن في جملة من الاخبار كون المدار على الدخول في شهر الخروج او بعده كصحيحتي

من جهة أن لكل شهر عمرة: فيه منع بل الظاهر ان المراد لزوم عمرة جديدة اذا كان في غير الشهر الذي تمتع فيه (ويشير اليه قوله ﷺ وهو مرتهن بالحج اي مرتهن في هذه العمرة الجديدة بالحج وإلّا فاصل وجوب اتيان الحج عليه معلوم لا اشكال فيه، وقد صرح بذلك في صحيحة حماد ٦/ ٢٢ اقسام الحج: «قلت: فاي الإحرامين والمتعتين متعة الاولى أو الاخيرة؟ قال ﷺ الاخيرة هي عمرته وهي المحتبس بها التي وصلت بحجته». فالمراد من قوله ﷺ لكل شهر عمرة، اثبات عدم المنع من هذه الناحية لوجوب الاحرام لعمرة جديدة اذا كان الدخول في غير شهر التمتع فإن العمرتين في شهرين لا منع منهما بل قد مرّ عدم المنع للمتعدد من العمرة في شهر واحد ايضاً وان كان الفصل اولى او أحوط او يكره عدم الفصل لكن كراهته كسائر موارد كراهة العبادة، هذا والظاهر أن مفاد صحيح اسحاق ٨/ ٢٢ ايضاً ما ذكرنا كما يشهد به قوله ﷺ: «مرتهن بالحج» فان ذلك ليس إلّا في عمرة التمتع والفصل بين العمرتين مربوط بالافراد).

في شهر الخروج: فيه منع بل يحتمل قوياً ارادة شهر التمتع (من قوله ﷺ: ان رجع في شهره أي شهر عمله وتمتعه، فلا يعارض صريح صحيح اسحاق بن عمار:

حمّاد وحفص بن البختريّ ومرسلة الصدوق والرضويّ، وظاهرها الوجوب إلّا أن تحمل على الغالب من كون الخروج بعد العمرة بلا فصل، لكنّه بعيد، فلا يترك الاحتياط بالاحرام إذا كان الدخول في غير شهر الخروج، بل القدر المتيقّن من جواز الدخول محزّ صورة كونه قبل مضيّ شهر من حين الاهلال، أي الشروع في إحرام العمرة والاحلال منها، ومن حين الخروج، إذ الاحتمالات في الشهر ثلاثة وثلاثين يوماً من حين الاهلال، وثلاثين من حين الاحلال بمقتضى خبر إسحاق بن عمّار، وثلاثين من حين الخروج بمقتضى هذه الاخبار، بل من حيث احتمال كون المراد من الشهر في الاخبار هنا والاخبار الدالّة على أنّ لكلّ شهر عمرة الاشهر الاثنى عشر المعروفة، لا بمعنى ثلاثين يوماً، ولازم ذلك انّه إذا كانت عمرته في آخر شهر من هذه الشهور فخرج ودخل في شهر آخر ان يكون عليه عمرة الاولى مراعاة الاحتياط من هذه الجهة أيضاً، وظهر ممّا ذكرنا انّ الاحتمالات ستّة: كون المدار على الاهلال، او الإحلال، او الخروج، وعلى التقادير الشهر بمعنى ثلاثين يوماً او احد الاشهر المعروفة، وعلى أيّ حال إذا ترك الاحرام مع الدخول في شهر آخر ولو قلنا بحرمته لا يكون موجباً لبطلان عمرته السابقة فيصحّ حجّه بعدها، ثمّ إنّ

في غير الشهر الذي تمتع فيه. وأما صحيح حفص بن البختري ٤/٢٢ فلم يذكر فيه الشهر اصلاً فهو سهو من قلم المصنف(قدس سره). وأما مرسل الصدوق والرضوي ١٠/٢٢ اقسام الحج من الوسائل و١/١٨ المستدرك فقد ذكر فيهما شهر الخروج لكن السند ضعيف بالإرسال مع احتمال ما ذكره المصنف (قدس سره) وهو اتصال الخروج بتمام العمرة. وكذا مرسل حفص وأبان ٤/٥١ ابواب احرام الوسائل مع احتمال كونه في مقام بيان حكم المقيم بمكة أو المتوطن وكلامنا في المتمتع).

الأشهر الاثنى عشر: هذا هو الاظهر، كما أن الاظهر كون العبرة في مبدء الشهر بالأحلال (فان المتفاهم من اطلاق الشهر هو مابين الهلالين لا الثلاثون إلّا فيما قامت قرينة كأشهر العدة لكون العبرة فيها بالمقدار. مع ان حديث اسحاق بن عمار ٩/٦ العمرة كالصريح في ذلك، قال عليه السلام: «السنة اثنى عشر شهراً يعتمر لكل شهر عمرة» وكذلك يستفاد ذلك من ادلة استحباب العمرة في خصوص بعض الشهور كرجب ورمضان فلو اعتمر آخر الشهر ثم خرج وأراد الدخول في اول الشهر بعده يعتمر لشمول دليل لكل شهر عمرة لذلك وان كان الفصل بيوم. وأما الإعتبار بالإحلال والفراغ فلظهور كلمة «تمتع» في حديث اسحاق بن عمار في تمامية العمل والفراغ).

لا يكون موجباً لبطلان عمرته: لا يترك الاحتياط بإتيان عمرة اخرى متمتع بها

عدم جواز الخروج على القول به إنّما هو في غير حال الضرورة، بل مطلق الحاجة، وامّا مع الضرورة او الحاجة مع كون الاحرام بالحجّ غير ممكن او حرجاً عليه فلا إشكال فيه، وايضاً الظاهر اختصاص المنع على القول به بالخروج إلى المواضع البعيدة فلا بأس بالخروج إلى فرسخ او فرسخين بل يمكن ان يقال بإختصاصه بالخروج إلى خارج الحرم، وإن كان الاحوط خلافه، ثمّ الظاهر انّه لا فرق في المسالة بين الحجّ الواجب والمستحبّ، فلو نوى التمتّع مستحباً ثمّ اتى بعمرته يكون مرتهناً بالحجّ، ويكون حاله في الخروج محرماً او محلاً، والدخول كذلك، كالحجّ الواجب، ثمّ إنّ سقوط وجوب الاحرام عمّن خرج محلاً ودخل قبل شهر مختصّ بما إذا أتى بعمرة بقصد التمتّع، وامّا من لم يكن سبق منه عمرة فيلحقه حكم من دخل مكّة في حرمة دخوله بغير الاحرام إلاّ مثل الحطّاب والحشّاش ونحوهما، وايضاً سقوطه إذا كان بعد العمرة قبل شهر إنّما هو على وجه الرخصة بناءً على ما هو الاقوى من عدم

قبل حجه (لقوة احتمال الغاء العمرة السابقة بالخروج محلاً والدخول في غير الشهر وان كان يحتمل كون الالغاء فيما اتى بالثانية لا مطلقاً).

او الحاجة: (جواز الخروج لمطلق الحاجة لصحيحة حفص وكذا حماد، واما ترك الاحرام حينئذ فلا يجوز إلاّ مع عدم الامكان أو الحرجيّة لدليل نفي الحرج).

المواضع البعيدة: بل الظاهر كون الملاك هو الخروج عن مكة (لظاهر الصحيحين١ و٥/٣٢ اقسام الحج).

والمستحب: لكن لو كانت العمرة الاولى ملغاة مع المستحب لا تجب العمرة الثانية حينئذ لعدم وجوب الحج وفساد ما عمل به من العمرة.

سبق منه عمرة: تمتعاً وغيره (وعلى ذلك فمرسل حفص وأبان٤ و٥/٥١ الاحرام، الظاهر في عدم وجوب الاحرام لمن يخرج لحاجة من الحرم اذا رجع في شهر الخروج، الشامل للقاطن وغيره، محمول على بعض المحامل كما مرّ، ومنها الاختصاص بمن دخل مكة معتمراً فخرج ثم اراد الدخول قبل شهر فلا احرام عليه كما في ٦/٢٢ اقسام الحج وغيره في الباب و٥١ الاحرام. كما ان ٥/٥١ الإحرام في رجوع الصادق عليه السلام عن مشايعة والده ودخوله مكة بلا احرام، قضية شخصية لا يعلم كيفيتها).

على وجه الرخصة: على ما مرّ وان كان الاحتياط لا ينبغي تركه (لإمكان استفادة عدم المشروعية من مثل صحيح ٦/٢٢ اقسام الحج لكن مرّ قوة ما في المتن).

اشتراط فصل شهر بين العمرتين، فيجوز الدخول بإحرام قبل الشهر أيضاً، ثمّ إذا دخل بإحرام فهل عمرة التمتّع هي العمرة الأولى أو الاخيرة؟ مقتضى حسنة حمّاد أنّها الاخيرة المتّصلة بالحجّ، وعليه لا يجب فيها طواف النساء، وهل يجب حينئذ في الأولى أولا؟ وجهان أقواهما نعم، والاحوط الاتيان بطواف مردّد بين كونه للأولى أو الثانية، ثمّ الظاهر أنّه لا إشكال في جواز الخروج في أثناء عمرة التمتّع قبل الاحلال منها.

المسألة ٣: لا يجوز لمن وظيفته التمتّع أن يعدل إلى غيره من القسمين الأخيرين اختياراً، نعم إن ضاق وقته عن إتمام العمرة وإدراك الحجّ جاز له نقل النيّة إلى الإفراد، وأن يأتي بالعمرة بعد الحجّ بلا خلاف، ولا إشكال، وإنّما الكلام في حدّ الضيق المسوّغ لذلك، واختلفوا فيه على أقوال: أحدها: خوف فوات الاختياريّ من وقوف عرفة. الثاني: فوات الركن من الوقوف الاختياريّ وهو المسمّى منه. الثالث: فوات الاضطراريّ منه. الرابع: زوال يوم التروية. الخامس: غروبه. السادس: زوال يوم عرفة. السابع: التخيير بعد زوال يوم التروية بين العدول والاتمام إذا لم يخف الفوت، والمنشأ اختلاف الاخبار فإنّها مختلفة اشدّ الاختلاف، والاقوى أحد القولين الاوّلين، لجملة مستفيضة من تلك الاخبار فإنّها يستفاد منها على اختلاف السنتها أنّ المناط في الاتمام عدم خوف فوت الوقوف بعرفة. «منها» قوله ﷺ في رواية يعقوب بن شعيب الميثمي: لا بأس للمتمتّع إن لم يحرم من ليلة التروية متى ما تيسّر له ما لم

لا يجب فيها طواف النساء: (لعدم مشروعيته في عمرة التمتع).

اقواهما نعم: بل الاقوى العدم لكونها لاغية (مع انه لو فرض اتيانه النساء بعد الإحلال وقبل الخروج من مكة فلا وجه للحرمة ثانياً فإنها بلا موجب ولا دليل على انقلاب الاولى الى عمرة مفردة حتى يجب فيها طواف النساء).

لا اشكال في جواز الخروج: فيه منع لظهور بعض الادلة في الارتهان للحج والاحتباس بمجرد الدخول متمتعاً لكن لو عصى وخرج لا يحتاج الى احرام جديد (لظهور مثل صحيح حماد والحلبي ٦ و٧/ ٢٢ اقسام الحج فيما ذكرنا).

المسألة ٣: رواية يعقوب: لكن الظاهر انها اجنبية عن المقام فإنها في مقام بيان آخر وقت انشاء احرام الحج ولا يستلزم ذلك كونها آخر الوقت للمتمتع الضائق وقته مع ان خوف فوات الموقفين ظاهر في فوت الكل حتى المسمى فينطبق على الثاني، والأحسن الاستدلال بصحيحة جميل الآتية ١٥/ ٢٠ اقسام الحج وكذا صحيح الحلبي ٦/ ٢١ الحج سنداً ودلالة.

يخف فوات الموقفين، وفي نسخة: لا بأس للمتمتع أن يحرم ليلة عرفة الخ. وأمّا الاخبار المحدّدة بزوال يوم التروية أو بغروبه أو بليلة عرفة أو سحرها فمحمولة على صورة عدم إمكان الادراك إلاّ قبل هذه الأوقات، فإنّه مختلف باختلاف الأوقات والاحوال والاشخاص، ويمكن حملها على التقيّة إذا لم يخرجوا مع الناس يوم التروية، ويمكن كون الاختلاف لاجل التقيّة كما في أخبار الاوقات للصلوات، وربما تحمل على تفاوت مراتب أفراد المتعة في الفضل بعد التخصيص بالحجّ المندوب فإنّ افضل انواع التمتّع أن تكون عمرته قبل ذي الحجّة، ثمّ ما تكون عمرته قبل يوم التروية، ثمّ ما يكون قبل يوم عرفة، مع أنّا لو اغمضنا عن الأخبار من جهة شدّة اختلافها وتعارضها نقول: مقتضى القاعدة هو ما ذكرنا، لانّ المفروض أنّ الواجب عليه هو التمتّع، فما دام ممكناً لا يجوز العدول عنه، والقدر المسلّم من جواز العدول صورة عدم إمكان إدراك الحجّ، واللازم إدراك الاختياريّ من الوقوف، فإنّ كفاية الاضطراريّ منه خلاف الاصل، يبقى الكلام في ترجيح أحد القولين الاوّلين، ولا يبعد رجحان أوّلهما، بناءً على كون الواجب استيعاب تمام ما بين الزوال والغروب بالوقوف، وإن كان الركن هو المسمّى، ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال، فإنّ من جملة الاخبار مرفوع سهل عن ابي عبد الله عليه السلام في متمتّع دخل يوم عرفة، قال: متعته تامّة إلى أن يقطع الناس تلبيتهم، حيث إنّ قطع التلبية بزوال يوم عرفة، وصحيحة جميل: المتمتّع له المتعة إلى زوال الشمس من يوم عرفة، وله الحجّ إلى زوال الشمس من يوم النحر. ومقتضاهما كفاية إدراك مسمّى الوقوف الاختياري، فإنّ من البعيد إتمام العمرة قبل الزوال من عرفة وإدراك الناس في أوّل الزوال بعرفات، وأيضاً يصدق إدراك الموقف إذا ادركهم قبل الغروب إلاّ ان يمنع

وأما الاخبار المحدّدة: (مثل ١٤/ ٢١ اقسام الحج وبعضها حدّد بدرك الناس بمنى كما في ٣/ ٢٠ اقسام الحج، وفي بعضها يوم التروية ـ لا خصوص الزوال أو الغروب ـ كما في ٩ و١١ و١٥/ ٢١ اقسام الحج، وفي بعضها غروبه مثل ١٠ و١١/ ٢٠ اقسام الحج، وفي بعضها سحر يوم عرفة مثل ٩/ ٢٠ أو دخول يوم عرفة مثل ٨/ ٢١).

في ترجيح احد القولين: بعد عدم امكان التخيير وان قيل، لنفي احدهما الآخر صريحاً.

رجحان اولهما: بل الثاني.

مرفوع سهل: (٧/ ٢٠ اقسام الحج وكذا صحيح الحلبي كما مرّ ٦/ ٢١ اقسام الحج، وايضا خبر محمد بن مسرور كما في الوسائل ١٦/ ٢٠ اقسام الحج أو محمد بن سرد أو سرو كما في التهذيب لكنه مجهول، وصحيح جميل ١٥/ ٢٠ اقسام الحج).

الصدق فإنّ المنساق منه إدراك تمام الواجب. ويجاب عن المرفوعة والصحيحة بالشذوذ كما ادّعي، وقد يؤيّد القول الثالث وهو كفاية إدراك الاضطراريّ من عرفة بالأخبار الدالّة على أنّ من يأتي بعد إفاضة الناس من عرفات وأدركها ليلة النحر ثمّ حجّه، وفيه أنّ موردها غير ما نحن فيه وهو عدم الادراك من حيث هو، وفيما نحن فيه يمكن الادراك، والمانع كونه في أثناء العمرة، فلا يقاس بها، نعم لو أتمّ عمرته في سعة الوقت ثمّ اتّفق أنّه لم يدرك الاختياريّ من الوقوف كفاه الاضطراريّ، ودخل في مورد تلك الاخبار، بل لا يبعد دخول من اعتقد سعة الوقت فاتمّ عمرته ثمّ بان كون الوقت مضيّقاً في تلك الاخبار، ثمّ إنّ الظاهر عموم حكم المقام بالنسبة إلى الحجّ المندوب وشمول الاخبار له، فلو نوى التمتّع ندباً وضاق وقته عن إتمام العمرة وإدراك الحجّ جاز له العدول إلى الافراد، وفي وجوب العمرة بعده إشكال والاقوى عدم وجوبها، ولو علم من وظيفته التمتّع ضيق الوقت عن إتمام العمرة وإدراك الحجّ قبل أن يدخل في العمرة هل يجوز له العدول من الاوّل إلى الافراد؟ فيه إشكال، وإن كان غير بعيد ولو دخل في العمرة بنيّة التمتّع في سعة الوقت وأخّر الطواف والسعي متعمّداً إلى ضيق الوقت ففي جواز العدول وكفايته إشكال والاحوط العدول وعدم الاكتفاء إذا كان الحجّ واجباً عليه.

بالشذوذ: لا نسلم.

مضيقاً في تلك الاخبار: بل يكفي له درك الوقوف الاضطراري أي ليلة العيد في عرفات، فان موضوع العدول في الروايات هو الخوف، وهذا كان معتقداً سعة الوقت. (فان العدول خلاف القاعدة ويحتاج الى دليل).

والاقوى عدم: (اذ الأمر بالعمرة المفردة بعد حج الإفراد في هذه الروايات مثل صحيح ٦/ ٢١ اقسام الحج ليس لبيان وجوب العمرة مطلقاً ولو كان التمتع استحبابياً بل لبيان امكان اتيان العمرة لمن تجب عليه. واما اصل عموم الحكم للندب ايضاً فلإطلاق روايات الباب).

وان كان غير بعيد: بل بعيد، فان ادلة العدول لا تشمل ما علم ضيق الوقت عن الاتمام قبل الشروع في العمرة فحينئذ ان كان ضيق الوقت بسوء اختياره في التأخير فيستقر حج التمتع عليه فيحج في السنة القادمة وإلاّ فينكشف عدم الوجوب عليه من الأول حتى اذا كان ذلك بعد السفر وتقرب الميقات.

والاحوط العدول: بل العدول خلاف الاحتياط لإحتمال عدم المشروعية، بل الاحوط الاتمام بقصد الاعم من عمرة التمتع ثم ادراك الوقوف الاضطراري، ومن

المسالة ٤: اختلفوا في الحائض والنفساء إذا ضاق وقتهما عن الطهر وإتمام العمرة وإدراك الحجّ على اقوال: احدها: انّ عليهما العدول إلى الافراد والاتمام، ثمّ الاتيان بعمرة بعد الحجّ لجملة من الاخبار. الثاني: ما عن جماعة من انّ عليهما ترك الطواف، والاتيان بالسعي، ثمّ الإحلال وإدراك الحجّ وقضاء طواف العمرة بعده، فيكون عليهما الطواف ثلاث مرّات: مرّة لقضاء طواف العمرة، ومرّة للحجّ، ومرّة للنساء، ويدلُّ على ما ذكروه ايضاً جملة من الاخبار. الثالث: ما عن الاسكافيّ وبعض متاخّري المتاخّرين من التخيير بين الامرين للجمع بين الطائفتين بذلك. الرابع: التفصيل بين ما إذا كانت حائضاً قبل الاحرام فتعدل، او كانت طاهراً حال الشروع فيه ثمّ طرا الحيض في الاثناء فتترك الطواف وتتمّ العمرة وتقضي بعد الحجّ، اختاره بعض بدعوى انّه مقتضى الجمع بين الطايفتين، بشهادة خبر ابي بصير سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: في المرأة المتمتّعة إذا احرمت وهي طاهر ثمّ حاضت قبل ان

عمرة مفردة ثم الحج افراداً، ثم ياتي الحج على وظيفته في العام القابل (فان الاحتمالات ثلاثة شمول ادلة العدول على ما اصرّ عليه الحكيم (قدس سره) ولم يستبعده الگلپايگاني (قدس سره) قياساً بامثاله من الابدال الاضطرارية كما في باب الصلاة والوضوء كمن اراق الماء عمداً فينتقل الى التيمم، وفيه: ان دليل لا تترك الصلاة بحال (مضمون ١/٥ الاستحاضة) موجود فيه بخلاف المقام، واحتمال الاتمام وادراك الوقوف الاضطراري بعرفة او المشعر، وفيه: ان دليله مثل روايات ٢٣ من وقوف المشعر، ايضاً فيما كان الاضطرار طبعاً لا عمداً، واحتمال جعل العمرة مفرداً فتبطل عمرته المتمتع بها لا اصل احرامه، واحتمال بطلان العمرة والاحرام فانه قصد التمتع، وصحيحه ما كان متعقباً بالطواف في سنته، فالاحوط ما ذكرنا. وان كان الأظهر في النظر هو البطلان، لكن هذا الاحتياط ليس حرجاً عليه بعد كونه بعد الاحرام).

المسالة ٤: القول الاول: على الاحوط مطلقاً وعلى الاقوى فيما كانت حائضاً قبل الاحرام، واما اذا طرء الحيض بعد الاحرام فيمكن القول بانها متخيرة بين العدول او إتمام العمرة مع ترك الطواف ثم قضائه بعد الحج، لكن لا يترك الاحتياط بإختيار العدول (لموافقة المشهور وترجيح هذه الفرقة من الروايات، وان كان مقتضى الصناعة ما ذكرنا من التفصيل للجمع بين الروايات: ٢١/٢ اقسام الحج فإنها مطلقة تشمل صورة الحيض قبل الاحرام و٤٩/١ الإحرام في خصوص ذلك وكذا ٩١/١ الطواف ويؤيد بخبري ابي بصير ٨٤/٥ الطواف.

تقضي متعتها سعت ولم تطف حتّى تطهر، ثمّ تقضي طوافها وقد قضت عمرتها، وإن أحرمت وهي حائض لم تسع ولم تطف حتّى تطهر. وفي الرضويّ عليه السلام: إذا حاضت المرأة من قبل ان تحرم إلى قوله عليه السلام: وإن طهرت بعد الزوال يوم التروية فقد بطلت متعتها، فتجعلها حجّة مفردة، وإن حاضت بعدما أحرمت سعت بين الصفا والمروة وفرغت من المناسك كلّها إلّا الطواف بالبيت، فإذا طهرت قضت الطواف بالبيت وهي متمتّعة بالعمرة إلى الحجّ، وعليها طواف الحجّ وطواف العمرة وطواف النساء. وقيل في توجيه الفرق بين الصورتين: انّ في الصورة الاولى لم تدرك شيئاً من أفعال العمرة طاهراً فعليها العدول إلى الافراد، بخلاف الصورة الثانية فإنّها أدركت بعض افعالها طاهراً فتبني عليها وتقضي الطواف بعد الحجّ، وعن المجلسيّ في وجه الفرق ما محصّله: انّ في الصورة الأولى لا تقدر على نيّة العمرة لانّها تعلم انّها لا تطهر للطواف وإدراك الحجّ، بخلاف الصورة الثانية، فإنّها حيث كانت طاهرة وقعت منها النيّة والدخول فيها. الخامس: ما نقل عن بعض من أنّها تستنيب للطواف ثمّ تتمّ العمرة وتأتي بالحجّ، لكن لم يعرف قائله والاقوى من هذه الاقوال هو القول الأوّل للفرقة الاولى من الاخبار التي هي أرجح من الفرقة الثانية لشهرة العمل بها دونها، وامّا القول الثالث وهو التخيير فإن كان المراد منه الواقعيّ بدعوى كونه مقتضى الجمع بين الطائفتين ففيه انّهما يعدّان من المتعارضين، والعرف لا يفهم التخيير منهما، والجمع الدلاليّ فرع فهم العرف من ملاحظة الخبرين ذلك، وإن كان المراد التخيير الظاهريّ العمليّ، فهو فرع مكافئة الفرقتين، والمفروض انّ الفرقة الأولى ارجح من حيث شهرة العمل بها، وامّا التفصيل المذكور فموهون بعدم العمل، مع انّ بعض أخبار القول الاوّل ظاهر في صورة كون الحيض بعد الدخول في الاحرام، نعم لو فرض كونها حائضاً حال الاحرام وعالمة بانّها لا تطهر لإدراك الحجّ يمكن ان يقال: يتعيّن عليها العدول إلى الإفراد من الاوّل، لعدم فائدة في الدخول في العمرة، ثمّ العدول إلى الحجّ، وامّا القول الخامس فلا وجه له ولا له قائل معلوم.

هذا في الصورة الاولى موافقاً للمشهور وأما الصورة الثانية فمصحح اسحاق بن عمار ٢١/١٣ اقسام الحج يدل على العدول، وصحيح العلاء وصحيح عجلان ١ و٢/٨٤ الطواف على حفظ التمتع وتاخير الطواف والجمع يقتضي التخيير بالتصرف في الهيئة بعد عدم امكان التصرف بالإطلاق والتقييد في المادة. مؤيداً بذيل خبري ابي بصير ٨٤/٥. وعجلان على ما يستفاد من رجال ابي علي ثقة فليس قول الحكيم (وتبعه بعض اهل العصر) بالضعف فيه مسلماً، كما ان التحديد بيوم التروية في بعض روايات الصورة الثانية لا يضر بسائر الفقرات. وبما ذكرنا في المدعى والدليل يظهر ضعف

المسالة ٥: إذا حدث الحيض وهي في أثناء طواف عمرة التمتّع فإن كان قبل تمام اربعة أشواط بطل طوافه على الاقوى، وحينئذ فإن كان الوقت موسّعاً اتمّت عمرتها بعد الطهر، وإلاّ فلتعدل إلى حجّ الإفراد، وتاتي بعمرة مفردة بعده، وإن كان بعد تمام اربعة أشواط فتقطع الطواف، وبعد الطهر تاتي بالثلاثة الأخرى وتسعى وتقصّر مع سعة الوقت، ومع ضيقه تاتي بالسعي وتقصّر ثمّ تحرم للحجّ وتاتي بافعاله ثمّ تقضي بقيّة طوافها قبل طواف الحجّ او بعده، ثمّ تاتي ببقيّة اعمال الحجّ، وحجها صحيح تمتّعاً، وكذا الحال إذا حدث الحيض بعد الطواف وقبل صلاته.

سائر الاقوال، وأما الخامس فهو وان كان على القاعدة لكن تساقط الروايات غير ظاهر مع عدم دليل على الاستنابة، واما سرّ الاحتياط فموافقة المشهور).

المسالة ٥: بطل على الاقوى: (وفاقاً للمشهور، ولذلك ينجبر ضعف الروايات مثل ٤/٨٥ الطواف وهي ضعيفة بإبراهيم لو كان النهاوندي والاّ فهو مجهول و٢/٨٦ الطواف وهي ايضاً ضعيفة بأبي اسحاق والارسال و٢/٨٥ وهي مرسلة و١/٨٥ وهي ضعيفة بسلمة بن الخطاب مؤيدة بروايات حدوث الحدث في اثناء الطواف. واما تمسك الصدوق (قدس سره) في الفقيه للصحة وجواز اتمام الطواف بعد الظهر بصحيح محمد بن مسلم وترجيحه على غيره سنداً ولان فيه الرّخصة والرحمة، الفقيه ٢: ٢٤١، ففيه: ان الصحيح يحمل على النافلة بقرينة سائر الادلة كما ان في سائر الاحداث اذا احدث الطائف في النافلة قبل النصف بنى عليه وفي الفريضة بطل الطواف. على ان الطواف عمل واحد ويعتبر فيه الموالاة ولو اريد الاحتياط فيتم بعد الظهر ثم ياتي بطواف كامل على حدة أو ياتي بطواف كامل بقصد الاعم من الاتمام والتمام).

بعد الطهر تاتي: (للشهرة وان كان الدليل فيه ضعف كما مرّ، واختار الخوئي (قدس سره) البطلان لضعف السند بخلاف الحدوث بعد تمام الطواف فانه يقبله وفيه جبر الشهرة).

او بعده: والاحوط ان يكون قبل (طبقاً لصحيح علاء ١/٨٤ الطواف).

وكذا الحال: (فان الطواف لا يبطل بالحيض اللاحق ولا يضرّ الفصل بينه وصلاته للعذر كسائر الاعذار في ذلك، هذا مع صحيح زرارة ١/٨٨ الطواف وكذا صحيح معاوية ١/٨٩ الطواف بالإطلاق، واما احتمال العدول الى الافراد فلا يتاتى هنا فإنه في العاجز عن الطواف لا الصلاة).

(١٠ ـ فصل في المواقيت)

وهي المواضع المعيّنة للاحرام، أطلقت عليها مجازاً او حقيقة متشرعيّة، والمذكور منها في جملة من الاخبار خمسة، وفي بعضها ستّة، ولكن المستفاد من مجموع الاخبار انّ المواضع التي يجوز الاحرام منها عشرة: أحدها: ذو الحليفة، وهي ميقات أهل المدينة ومن يمرّ على طريقهم، وهل هو مكان فيه مسجد الشجرة او نفس المسجد؟ قولان وفي جملة من الاخبار انّه هو الشجرة، وفي بعضها انّه مسجد الشجرة وعلى أيّ حال فالاحوط الاقتصار على المسجد إذ مع كونه هو المسجد فواضح، ومع كونه مكاناً فيه المسجد فاللازم حمل المطلق على المقيّد، لكن مع ذلك الاقوى جواز الاحرام من خارج المسجد ولو اختياراً، وإن قلنا: إنّ ذا الحليفة هو المسجد، وذلك لانّه مع الاحرام من جوانب المسجد يصدق الاحرام منه

في المواقيت

أو حقيقة متشرعة: (ويظهر من الصحاح والقاموس ان الاطلاق على هذه المواضع حقيقة لغوية لكن الأظهر ارادتهما الاستعمال في ذلك لا الحقيقة).

فالاحوط: (بل لا يخلو عن قوة نظراً الى نفس ادلّة الباب لظهور صحيح علي بن رئاب وصحيح الحلبي ٣ و١/٧ المواقيت في كون ذي الحليفة والشجرة ومسجد الشجرة واحداً. وأما احتمال كون المراد من مسجد الشجرة مجموع البقعة والمنطقة نظير التسمية بمسجد سليمان كما قال الخوئي(مدّ ظلّه) فيه: انه خلاف ظاهر الاطلاق مالم يدل دليل كما انه خلاف اطلاق العرف اليوم في كلمة مسجد الشجرة. واما استدلال المتن بحمل المطلق على المقيد، ففيه: انه لم يرد امر بالإحرام من مسجد الشجرة ليكون مقيداً للمطلق بل الظاهر كما قلنا انه والشجرة وذو الحليفة اسامي لمكان واحد، وأما الاشكال على المتن بأنه من الكل والجزء لا الكلي والجزئي حتى يمكن فيه الاطلاق والتقييد كما قال الحكيم(قدّس سرّه) واشار اليه النجفي(قدّس سرّه) ففيه امكان جريان الاطلاق والتقييد في الشخصيات ايضاً بحسب الاحوال ففي المقام نقول: الاحرام لايلزم من كل جزء بل من كل ما صدق عليه الاسم وهو مطلق المكان من المنطقة فيمكن تقييده بلزوم الصدق المقيد، هذا ولكن لا يبعد الجواز من جهة الدليل في الحائض وإلحاق سائر ذوي الاعذار به).

عرفاً، إذ فرق بين الامر بالاحرام من المسجد، أو بالاحرام فيه هذا مع إمكان دعوى انّ المسجد حدّ للاحرام فيشمل جانبيه مع محاذاته، وإن شئت فقل المحاذاة كافية ولو مع القرب من الميقات.

المسالة ١: الاقوى عدم جواز التاخير إلى الجحفة وهي ميقات أهل الشام اختياراً، نعم يجوز مع الضرورة لمرض أو ضعف أو غيرهما من الموانع، لكن خصّها بعضهم بخصوص المرض والضعف لوجودهما في الاخبار فلا يلحق بهما غيرهما من الضرورات، والظاهر إرادة المثال. فالاقوى جوازه مع مطلق الضرورة.

منه عرفاً: لا يترك الاحتياط بالإحرام من داخل المسجد (لإختلاف الموارد في الاطلاقات فان بعض الاطلاقات وارد عرفاً في العمل من داخل المكان، فاذا قيل: كن مع فلان من المسجد الكذائي الى كذا فلعل الظاهر ارادته من داخل المسجد وكذا داوم الذكر الفلاني من مسجد كذا الى كذا. فالحاصل: ان الميقات هو المسجد والاحوط كون الاحرام من داخل المسجد وان كان يمكن ان يقال المسجد اخذ في الدليل مبدءاً لا ظرفاً لكن يلزم الاتصال اي كون الاحرام من جوانبه المتصلة).

مع محاذاته: (اذ المتفاهم من ذكر المواقيت لحاظ حريم البعد عن مكة كما مرّ، ويمكن وجود جهات مرجحة في بعض هذه المواقيت أو كلها كما ان ذا الحلفية كان فيه حلف أو حلوف اجتماعية على الاظهر فالنظر ليس الى خصوص داخل المكان جموداً على بعض خصوصيات اللفظ فلا يبعد عدم اللزوم من داخل المسجد، لكن لا يترك الاحتياط كما مرّ، سيما وان قوله بكفاية المحاذاة القربى لعله يشمل امام المسجد ايضاً كالخلف).

المسالة ١: مع مطلق الضرورة: من جهة الحرج أو الضرر البدني المحرم (وفاقاً للخوئي والمشهور فانه وجه الجمع بين مثل صحيح علي بن جعفر ١/٥ المواقيت حيث يدل على جواز الاحرام من الجحفة اختياراً بالاطلاق ومثله ١ و٦/٣ المواقيت وبين مثل ٢ و٣ و١/٩ المواقيت حيث تدل على عدم جواز العبور محلاً من المواقيت ومثل ٤ و٦/٥ المعتبر ان الدالان على اختصاص الجواز بالعليل او الضعيف ومثل رواية ابراهيم ٨/١ المواقيت الدال على عدم الجواز حتى في البرد ونحوه. وأما الحرج فيرفع الحكم اي لزوم الاحرام من ذي الحليفة فيجوز من الجحفة بالادلة المطلقة غير المخصصة حينئذ. وكذا الضرر البدني المحرّم وأما اليسير غير المحرّم فغير ملتفت اليه كوجع دقائق مثلاً واما الضرر المالي غير الحرجي فلا دليل على رافعيته. لكن العلة والمرض تشمل مثل الحيض ايضاً).

المسألة ٢: يجوز لاهل المدينة ومن أتاها، العدول إلى ميقات آخر كالجحفة او العقيق، فعدم جواز التاخير إلى الجحفة إنّما هو إذا مشى من طريق ذي الحليفة، بل الظاهر انّه لو أتى إلى ذي الحليفة ثمّ اراد الرجوع منه والمشي من طريق آخر جاز، بل يجوز أن يعدل عنه من غير رجوع، فإنّ الّذي لا يجوز هو التجاوز عن الميقات محلاً، وإذا عدل إلى طريق آخر لا يكون مجاوزاً، وإن كان ذلك وهو في ذي الحليفة، وما في خبر إبراهيم بن عبد الحميد من المنع عن العدول إذا أتى المدينة مع ضعفه منزّل على الكراهة.

المسألة ٣: الحائض تحرم خارج المسجد على المختار، ويدلّ عليه مضافاً إلى ما مرّ مرسلة يونس في كيفيّة إحرامها ولا تدخل المسجد وتهلّ بالحجّ بغير صلاة، وامّا على القول بالاختصاص بالمسجد فمع عدم

المسألة ٢ : لا يكون مجاوزاً: فيه اشكال بل منع ثم في مورد جواز العبور محلاً لمرض ونحوه فالاحوط بل لا يخلو عن قوة الاحرام من الجحفة لا سائر المواقيت، واما اذا لم يتمكن من الاحرام في ذي الحليفة اصلاً فلا فرق بين المواقيت بالنسبة اليه (الاشكال والمنع في مورد المسألة لدعوى صدق التجاوز ولا يجوز إلاّ محرماً ولا يلزم استقامة العبور في صدق التجاوز فاذا وصل الى الميقات ثم عدل الى اليمين أو اليسار ايضاً صدق التجاوز عنه ولا وجه لحمل خبر ابراهيم ١/ ٨ المواقيت على الكراهة بعد غضب الامام لذلك، نعم في السند جعفر بن محمد بن حكيم ولم يوثق، واما لزوم الاحرام من الجحفة لمن لم يحرم من ذي الحليفة جوازاً كالمريض فلظهور مثل صحيح ١/ ٥ المواقيت في انحصار ميقات اهل المدينة في ذي الحليفة والجحفة وظهور مثل ٥ و٦/ ٤ المواقيت ايضاً في تعين الجحفة للعليل ونحوه).

المسألة ٣: مرسلة يونس: ليس فيها ارسال فلا بأس بالعمل بها ولا يبعد الحاق سائر ذوي الاعذار بالحائض ايضاً (راجع ٢/ ٤٨ الاحرام واحتمال ارادة احرام الحج فقط لا يصل الى حدّ يدفع ظهور الصدر: «... عن الحائض تريد الاحرام ... ولا تدخل المسجد ...». فقوله ﷺ: «وتهل بالحج بغير الصلاة» يراد من الحج المعنى الشامل للعمرة ويستفاد حكم المقام من صحيح ١/ ٤٩ الاحرام ايضاً الوارد في احرام اسماء بنت عميس وقد نفست بمحمد بن ابي بكر وقد احرمت مع النبي ﷺ اي من خارج مسجد الشجرة بحسب ما نفهم من عمق القضية بعد عدم جواز الورود في المسجد بل لعله مقتضى القاعدة بعد عدم امكان الاحرام من نفس المسجد).

إمكان صبرها إلى أن تطهر تدخل المسجد وتحرم في حال الاجتياز إن أمكن، وإن لم يمكن لزحم أو غيره أحرمت خارج المسجد وجدّدت في الجحفة أو محاذاتها.

المسالة ٤: إذا كان جنباً ولم يكن عنده ما جاز له أن يحرم خارج المسجد، والاحوط أن يتيمّم للدخول والاحرام، ويتعيّن ذلك على القول بتعيين المسجد، وكذا الحائض إذا لم يكن لها ماء بعد نقائها. الثاني: العقيق وهو ميقات اهل نجد والعراق ومن يمرّ عليه من غيرهم. وأوّله المسلخ، وأوسطه غمرة، وآخره ذات عرق، والمشهور جواز الاحرام من جميع مواضعه اختياراً، وانّ الافضل الاحرام من المسلخ ثمّ من غمرة، والاحوط عدم التاخير إلى ذات عرق إلّا لمرض او تقيّة، فإنّه ميقات العامّة، لكنّ الاقوى ما هو المشهور، ويجوز في حال التقيّة الاحرام من أوّله قبل ذات عرق سرّاً من غير نزع ما عليه من الثياب إلى ذات عرق ثمّ إظهاره ولبس ثوبي الاحرام هناك، بل هو الاحوط وإن امكن تجرّده ولبس الثوبين سرّاً ثمّ نزعهما ولبس ثيابه إلى ذات عرق ثمّ التجرّد ولبس الثوبين فهو اولى. الثالث: الجحفة وهي

في حال الاجتياز: والاحوط ترك ذلك فان المتيقن من جواز الاجتياز هو اتخاذ المسجد معبراً طبقاً للآية: ﴿إلّا عابري سبيل﴾ لا مثل ذلك (وفاقاً للخوئي إلّا ان يقصد العبور).

وجدّدت في الجحفة: والاحوط نفسها لا محاذاتها ويجوز التاخير الى الجحفة ايضاً (لشمول العلة للحيض عرفاً راجع ٤/٦ المواقيت).

المسالة ٤: والاحوط ان يتيمم: بل الاحوط الاحرام خارج المسجد متصلاً به على القول بجواز ذلك بل المتعين ذلك عليه، كما ان المتعين على القول الاخر هو التيمم لتدخل المسجد وتحرم (لا التاخير الى الجحفة كما عن المستند).

العقيق ... جميع مواضعه اختياراً: لا يترك الاحتياط بالاحرام من المسلخ ويجوز من ذات عرق ايضاً على كراهة فلا مورد للتقية (الاظهر حسب الجمع بين الروايات ١ و٢ و٣ المواقيت و٨/٢٢ اقسام الحج ان العقيق اسم لمنطقة شاملة لاوله أي بريد البعث قبل المسلخ بستة اميال مما يلي العراق ثم المسلخ ثم غمرة ثم آخره ذات عرق واما الاحرام فلا يصح قبل المسلخ ولعل تسميته به ايضاً لسلخ الثياب والظاهر الجواز حتى من ذات عرق مع نوع حزازة. واما مكاتبة الحميري واصرار الامام عليه السلام بالاحرام قبل ذات عرق مع اعمال نوع من التقية بحيث لا يفهم المخالف، فالسند بحسب طريق الاحتجاج ضعيف ١٠/٢ المواقيت بالإرسال وعلى طريق الشيخ بجهالة احمد بن ابراهيم النوبختي (ص٢٣٥ غيبة الشيخ. ط نجف). وعلى ما ذكرنا من جواز

لاهل الشام ومصر ومغرب ومن يمرّ عليها من غيرهم إذا لم يحرم من الميقات السابق عليها. الرابع: يلملم وهو لاهل اليمن. الخامس: قرن المنازل وهو لاهل الطائف. السادس: مكّة وهي لحجّ التمتّع.

الاحرام من ذات عرق لا مورد للتقية حينئذ، ولكن لو قلنا بعدم الجواز فقد احتاط الماتن بالاحرام سراً قبل ذات عرق ثم النزع ولبس ثيابه الى ذات عرق ثم التجرد ايضاً وفقاً لهم، وفيه: انه لو قلنا بكون لبس ثوبي الاحرام من مقومات الاحرام فهو غير متمكن من الاحرام ان لم يتمكن من تجرده عن لباسه ولبس ثوبي الاحرام ولو مع النزع فوراً، ولو قلنا بأن لبس ثوبي الاحرام ليس مقوماً لحقيقة الاحرام بل واجب مستقل فينوي في نفسه ويلبي ولا شيء عليه لمكان التقية لكن عليه الكفارة للبس المخيط، ولو كان مكاتبة الحميري معتبرة لم يكن عليه الكفارة لسكوت الامام عليه السلام لكن عرفت ضعف السند، إلّا أن يقال: التقية ترفع كل الآثار ومنها الكفارة وهذا اظهر، فان التقية في كل شيء يضطر اليه الشخص وهذا اظهر خلافاً للگلپايگاني والخوئي(قدس سرهما) هنا وفي بحثه في التقية مستوفاً في الطهارة. لكن نفس نزع لباس الاحرام ولبس مخيطه خلاف الاحتياط بل لا يجوز اختياراً فكيف جعله اولى. ثم فرض التقية ايضاً فيما ذكر يحتاج الى التامل اذ المنقول عن العامة جميعهم جواز الاحرام قبل الميقات نعم هذه فتاويهم ولعل العمل غير الفتوى فالتقية بحسب العمل والاشتهار).

لاهل اليمن: بل لكل من يمرّ عليه كما ان اهل اليمن يمكنهم المرور احياناً من قرن المنازل فيحرمون منها (والفصل بين مكة ويلملم قرب خمس وتسعين كيلو متراً لكن الظاهر ان الناس الآن لا يمرون على جبل يلملم ـ إلّا اهل الأطراف ونواحيه ـ بل على محاذيه، والفصل بين مكة والمحاذي ليلملم بحسب الطريق الجديد قرب خمسين كيلومتراً).

لاهل الطائف: او كل من يمر عليه (راجع الباب ١ وغيره من المواقيت).

مكة وهي لحج التمتع: كما في روايات كثيرة وفي بعضها من المسجد وفي الآخر من الكعبة وثالث من رحله او شوارع مكة والحاج مخير في ذلك (٥٢ الاحرام و٢١ المواقيت والتخيير كما في صحيح عمرو بن حريث ٢/ ٢١ المواقيت. واما معتبرة اسحاق بن عمار ٨/ ٢٢ اقسام الحج الظاهرة في كون ميقات الحج ذات عرق ففيها نوع تشويش واضطراب مع ان الخروج قبل الحج غير جائز بلا احرام فكيف خرج عليه السلام).

السابع: دويرة الاهل، أي المنزل، وهي لمن كان منزله دون الميقات إلى مكّة، بل لاهل مكّة ايضاً على

دون الميقات الى مكة: لا يبعد ان يكون الملاك كون منزله بالنظر الى الخارج عن مكة قبل الميقات ودونه الى مكة وانه اذا كان الميقات خلفه فميقاته منزله واذا كان الميقات قدامه فميقاته الميقات، والفرق ان مقتضى رعاية القرب الى مكة مطلقاً لزوم رعاية القرب وبعد المسافة ولو لم يكن الميقات خلفه وقدامه فاذا كان منزله على راس خمسة فراسخ مثلاً من مكة وكان احد المواقيت على راس فرسخين مثلاً لزم الذهاب الى الميقات والاحرام منه وان لم يكن قدامه بل بأحد جانبيه مثلاً، فنحن نقبل ان الملاك هو رعاية النسبة الى مكة كما هو المشهور لا عرفات مثلاً كما عن الشهيد الثاني وغيره لكن النسبة ليست نسبة القرب والبعد مسافة مطلقاً بل نسبة القدامية والخلفيّة واذا كان منزله بين الميقاتين كما بين مسجد الشجرة والجحفة فالجحفة قدامه فيلزم الاحرام منه (لظهور روايات الباب ١٧ المواقيت فيما ذكرنا. وقد ورد في الباب ٦ المواقيت ان من اخّر الاحرام من مسجد الشجرة يحرم من الجحفة).

بل لاهل مكة ايضاً: محلّ تامل، والاحوط الجمع (لعدم شمول النصوص فانها ظاهرة فيمن كان منزله بعد الميقات قبل مكة حتى مرسل الفقيه الذي استدل به للمقام ١٧/٦ المواقيت: «عن رجل منزله خلف الجحفة من اين يحرم؟ قال ﷺ من منزله» والنبوي عن البيهقي ٢٩: ٥: «ومن كان دونهنّ فمهلّه من اهله» فان موضوع الحكم فيهما ايضاً كون المنزل خلف الجحفة و دون الميقات، ولا ريب في رعاية النسبة في مفهوم هاتين الكلمتين ايضاً اي الخلفية بالنسبة الى مكة مثلاً والاّ فيمكن لحاظ ان الجحفة خلف منزله بالشروع من طرف آخر. واذا كان كذلك فمنزله خارج مكة. والشهرة المحققة في المقام لا يفيد لإحتمال الاستناد الى الرواية قوياً مع ان مقتضى الصحيحين ابي فضل سالم الحناط وعبدالرحمن بن حجاج ٥ و٦/ ٩ اقسام الحج لزوم احرام المجاور من جعرانة وباطلاقهما يشملان من انتقل فرضه ايضاً فانه مجاور، نعم لا يشمل المتولد في مكة لكن نعلم ان المجاور المتوطن والمتولد المتوطن حكمهما واحد، ومن البعيد جداً الحكم بلزوم احرام المجاور المقيم بعد عشرين سنة او اكثر من الجعرانه والمتولد في مكة من مكة فان حكمهما في باب الوطنية في الفقه واحد، والاحوط للمتولد المتوطن الاحرام من المنزل او الجعرانة ثم تجديده في آخر،

المشهور الاقوى وإن استشكل فيه بعضهم فإنّهم يحرمون لحجّ القران والافراد من مكّة، بل وكذا المجاور الّذي انتقل فرضه إلى فرض أهل مكّة، وإن كان الاحوط إحرامه من الجعرانة وهي أحد مواضع ادنى الحلّ، للصحيحين الواردين فيه، المقتضي إطلاقهما عدم الفرق بين من انتقل فرضه أو لم ينتقل، وإن كان القدر المتيقّن الثاني، فلا يشمل ما نحن فيه، لكن الاحوط ما ذكرنا عملاً بإطلاقهما، والظاهر انّ الاحرام من المنزل للمذكورين من باب الرخصة، وإلّا فيجوز لهم الاحرام من أحد المواقيت، بل لعلّه أفضل، لبعد المسافة وطول زمان الاحرام. الثامن: فخّ وهو ميقات الصبيان في غير حجّ التمتّع عند جماعة بمعنى جواز تاخير إحرامهم إلى هذا المكان، لا انّه يتعيّن ذلك، ولكن الاحوط ما عن آخرين من وجوب كون إحرامهم من الميقات، لكن لا يجرّدون إلّا في فخّ، ثمّ إنّ جواز التأخير على القول الاوّل إنّما هو إذا مرّوا على طريق المدينة، وامّا إذا سلكوا طريقاً لا يصل إلى فخّ فاللازم إحرامهم من ميقات البالغين. التاسع: محاذاة أحد المواقيت الخمسة،

بل لا يترك الاحتياط بذلك. وهو لم يتعرض لحكم المتولد المتوطن).

لحج القرآن والافراد: أو لحج التمتع ندباً (وفاقاً للخونساري (قدّس سرّه) لعدم قيد في النصوص بالقران والافراد، وصرف تعين ذلك الحج عليهم واجباً لا يوجب الانحصار مطلقاً حتى الندب).

فخ: قريب من مكة استشهد فيه الحسين بن علي سبط الحسن المجتبى عليه السلام سنة ١٦٩ هجرية.

لكن الأحوط ما عن آخرين: بل لعله الاظهر (لعدم ذكر الاحرام في صحيحتي ايوب وعلي بن جعفر عليه السلام ١٨ المواقيت فان المذكور فيهما صرف تجريد الصبيان من البستهم، ولا نسلم كون ذلك كناية عن الاحرام، كما ان صحيح معاوية ٣/١٧ اقسام الحج في الذهاب بالصبيان الى الجحفة ايضاً غير مربوط بالاحرام من الجحفة ولذلك ذكر بطن مرّ ايضاً في جنب الجحفة مع انه ليس ميقاتاً قطعاً، فهذه النصوص مربوطة بالترخيص لهم في عدم نزع المخيط وبالإطلاق المقامي يدل على عدم لزوم الكفارة ايضاً. واما خبر يونس بن يعقوب ٧/١٧ اقسام الحج فهو في الاحرام بهم من الجحفة أو العرج لكن لم يقل أحد بكون العرج ميقاتاً على انه ضعيف سنداً لعدم توثيق والد يونس. وكيف كان فالاحوط، احرامهم من احدى المواقيت بل لا يخلو عن قوة ولكن يجوز لهم تأخير نزع الثياب بلا كفارة).

محاذاة احد المواقيت: لكنه في محاذاة غير الشجرة من المواقيت، لا ينبغي ترك

وهي ميقات من لم يمرّ على أحدها، والدليل عليه صحيحتا ابن سنان، ولا يضرّ اختصاصهما بمحاذاة مسجد الشجرة بعد فهم المثاليّة منهما، وعدم القول بالفصل، ومقتضاهما محاذاة ابعد الميقاتين إلى مكّة إذا كان في طريق يحاذي اثنين، فلا وجه للقول بكفاية اقربهما إلى مكّة، وتتحقّق المحاذاة بان يصل في طريقه إلى مكّة إلى موضع يكون بينه وبين مكّة باب وهي بين ذلك الميقات ومكّة بالخطّ المستقيم، وبوجه آخر ان يكون الخطّ من موقفه إلى الميقات اقصر الخطوط في ذلك الطريق، ثمّ إنّ المدار على صدق المحاذاة عرفاً، فلا يكفي إذا كان بعيداً عنه فيعتبر فيها المسامتة كما لا يخفى، واللازم حصول

الاحتياط (لإختصاص النص بمحاذاة الشجرة وان افتى المشهور بالعموم واستشكل الخوئي لذلك. والحكيم (قدس سره) اكتفى بعدم القول بالفصل وان استشكل بعض المتاخرين كالاردبيلي والحدائق وصاحب المدارك واقول فهم المشهور المثالية من النص دليل بخلاف الشهرة المحضة فلا تكون دليلاً).

أبعد الميقاتين: (فان مورد النص مسجد الشجرة وهو ابعد المواقيت عن مكة مع ان العبور عن الميقات بلا احرام غير جائز).

باب: لاريب في كون العبارة محرّفة ولعلّ باب تحريف مسافة من النساخ أو كانت العبارة: «كما بين ذلك». (وكيف كان، فالمراد تساوي المسافة بين محل اقامة الشخص ومكة مع ما بين الميقات ومكة، لكن عدم تطابق ذلك مع عنوان المحاذاة كلياً لا اشكال فيه لصدق التساوي المذكور على سائر الجوانب حتى مقابل مسجد الشجرة ولذلك قيده (قدس سره) بالمسامتة).

اقصر الخطوط: بشرط كون الميقات على يمينه او شماله بالخط المستقيم بحيث لو جاز لكان الميقات ورائه (والاّ فصرف ذلك لا يكفي فانه اذا فرض دخوله الدائرة الفرضية المارة من الميقات ومحلّ اقامته المحيطه بمركزها اي مكة المكرمة مائلاً نحو الميقات يكون الخط المتوهم بين ذلك المكان والميقات اقصر مع عدم صدق المحاذاة، ويتحقق التوجه الى مكة ايضاً عندئذ اذا فرض فصل موقفه عن الميقات بحدود خمس واربعين درجة.

على صدق المحاذاة عرفاً: هذا هو الملاك (وهو اوسع من الوجهين المذكورين لتحقق المحاذاة مع ما فيهما من الاشكال على ما مرّ).

اذا كان بعيداً: ولم يكن محاذياً لبعض المواقيت الأخر.

العلم بالمحاذاة إن امكن، وإلّا فالظنّ الحاصل من قول أهل الخبرة، ومع عدمه ايضاً فاللازم الذهاب إلى الميقات أو الاحرام من أوّل موضع احتماله واستمرار النيّة والتلبية إلى آخر مواضعه، ولا يضرّ احتمال كون الاحرام قبل الميقات حينئذ، مع انّه لا يجوز، لانّه لا باس به إذا كان بعنوان الاحتياط، ولا يجوز إجراء أصالة عدم الوصول إلى المحاذاة، او اصالة عدم وجوب الاحرام، لانّهما لا يثبتان كون ما بعد ذلك محاذاة، والمفروض لزوم كون إنشاء الإحرام من المحاذاة، ويجوز لمثل هذا الشخص ان ينذر الاحرام قبل الميقات فيحرم في أوّل موضع الاحتمال أو قبله على ما سيأتي من جواز ذلك مع النذر، والاحوط في صورة الظنّ ايضاً عدم الاكتفاء به، وإعمال احد هذه الأمور، وإن كان الاقوى الاكتفاء، بل الاحوط عدم الاكتفاء بالمحاذاة مع إمكان الذهاب إلى الميقات، لكن الاقوى ما ذكرنا من جوازه مطلقاً، ثمّ إن احرم في موضع الظنّ بالمحاذاة ولم يتبيّن الخلاف فلا إشكال، وإن تبيّن بعد ذلك كونه قبل المحاذاة ولم يتجاوزه اعاد الاحرام، وإن تبيّن كونه قبله وقد تجاوز أو تبيّن كونه بعده فإن امكن العود والتجديد تعيّن، وإلّا فيكفي في الصورة الثانية ويجدّد في الأولى في مكانه، والاولى التجديد مطلقاً، ولا فرق في جواز الاحرام في المحاذاة بين البرّ والبحر ثمّ إنّ الظاهر انّه لا يتصوّر طريق لا يمرّ على ميقات، ولا يكون محاذياً

العلم بالمحاذاة: يريد أن العلم مقدم على العلمي وان كان العلمي ايضاً حجة ولا يبعد ذلك (فلا يرد اشكال الخوئي(قدس سره) في الترتيب نظراً الى كون الملاك هو الحجّية علماً او علمياً، اذ لا يبعد لزوم تقديم العلم ان امكن كسائر الموارد).

اهل الخبرة: اذا كان ثقة ويكفي عدم الاتهام.

بعنوان الاحتياط: لعدم التشريع حينئذ، ودليل عدم جواز الاحرام قبل الميقات لا يثبت الحرمة الذاتية (فلا وجه لإشكال الاستاذ (قدس سره) وبعض آخر تمسكاً بالاستصحاب الحكمي أو الموضوعي لعدم الجواز).

في موضع الظن: أو العلم (لإمكان التخلف فيه ايضاً).

اعاد الاحرام: (لعدم امكان الاجزاء هنا ولو قلنا به في الامر الظاهري، لعدم امر هنا اصلاً).

فيكفي في الصورة الثانية: ان كان حين الاحرام غير متمكن واقعاً من العود الى الميقات ولو انه كان غير ملتفت. (فان الاحرام من غير الميقات لا يجوز للمتمكن واقعاً).

والبحر: وكذا الفضاء كما في الطائرة ان امكنه الاحرام محاذياً.

لواحد منها، إذ المواقيت محيطة بالحرم من الجوانب، فلابدّ من محاذاة واحد منها، ولو فرض إمكان ذلك فاللازم الاحرام من ادنى الحلّ وعن بعضهم انّه يحرم من موضع يكون بينه وبين مكّة بقدر ما بينها وبين اقرب المواقيت إليها وهو مرحلتان، لانّه لا يجوز لاحد قطعه إلاّ محرماً، وفيه انّه لا دليل عليه، لكن الاحوط الإحرام منه وتجديده في ادنى الحلّ. العاشر: ادنى الحلّ وهو ميقات العمرة المفردة بعد حجّ القران او الإفراد، بل لكلّ عمرة مفردة، والافضل ان يكون من الحديبيّة أو الجعرّانة أو التنعيم فإنّها منصوصة،

محيطة بالحرم: لكن مرّ عدم كفاية المحاذاة البعيدة فيمكن ذلك كما فرضه غير واحد سيما بين يلملم وقرن المنازل.

من ادنى الحلّ: بل لا يترك الاحتياط بالذهاب الى احد المواقيت أو يتخلص بالنذر (اما المواقيت فلقضاء التوقيت شرعاً وعدم جواز العدول كما في مثل ٣ و٩/١ المواقيت، واما عدم العبرة بادنى الحلّ فلعدم الدليل عليه هنا، وان اصل البراءة عن لزوم الاحرام من الميقات ـ لو سلم عدم شمول ادلته عن المقام ـ لا يثبت الاحرام من ادنى الحلّ كما لا يقتضيه ادلة عدم جواز دخول الحرم بلا احرام لانها مربوطة بمكة، يعني ان ادلة عدم جواز دخول مكة بلا احرام مقيدة لها، يعني ان الحرم برعاية مكة والاّ لزم عدم مورد لرعاية ادلة مكة، إلاّ ان يقال: يكفي في عدم اللغوية التاكيد للحرمة، وايضاً رعاية الترتب اى لكل حكم كما في استحباب الغسل لدخول الحرم والمسجد والبيت. ولكن نقول: كيف كان لا يثبت ان ادنى الحل ميقات المقام وان كان ميقات العمرة المفردة خلافاً للاستاذ وغير واحد حيث اكتفوا بادنى الحل هنا، واكتفى الگلپايگاني (قدس سره) بالاقرب الى ادنى الحلّ ان لم يمكن العبور من المواقيت ولم نجد دليلاً في المقام على ذلك).

العاشر ... لكل عمرة مفردة: اذا كان في مكة، وأما النائي فميقاته للعمرة المفردة ايضاً احد المواقيت إلاّ فيما لم ينو العمرة ابتداءً ثم بدا له الاحرام للعمرة بعد الميقات فيجوز من ادنى الحلّ ايضاً (وهذه عمرة رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلم من الجعرانة حين اقبل من الطائف، احد عمرتيه ﷺ وعمرته الاخرى عمرة القضاء قضاءً لما منعه المشركون من الدخول في مكة في السنة السادسة من الهجرة حين اراد العمرة محرمين من مسجد الشجرة ومهلين من عسفان مع مئات من الصحابة. وأما ما في ٢٢/٢ المواقيت من اعتماره بثلاث عمر فهو اعم من العمرة والشروع فيها، فان

وهي من حدود الحرم على اختلاف بينها في القرب والبعد، فإنّ الحديبية بالتخفيف او التشديد: بئر بقرب مكّة على طريق جدّة دون مرحلة، ثمّ أطلق على الموضع، ويقال: نصفه في الحلّ، ونصفه في الحرم، والجعرّانة بكسر الجيم والعين وتشديد الراء، أو بكسر الجيم وسكون العين وتخفيف الراء: موضع بين مكّة والطائف على سبعة اميال، والتنعيم: موضع قريب من مكّة وهو أقرب اطراف الحلّ إلى مكّة، ويقال: بينه وبين مكّة اربعة أميال، ويعرف بمسجد عائشة، كذا في مجمع البحرين، وامّا المواقيت الخمسة فعن العلاّمة في المنتهى انّ ابعدها من مكّة ذو الحليفة، فإنّها على عشرة مراحل من مكّة، ويليه في البعد الجحفة، والمواقيت الثلاثة الباقية على مسافة واحدة، بينها وبين مكّة ليلتان قاصدتان، وقيل: إنّ الجحفة على ثلاث مراحل من مكّة.

المسألة ٥: كلّ من حجّ أو اعتمر على طريق فميقاته ميقات اهل ذلك الطريق، وإن كان مهلّ ارضه غيره، كما اشرنا إليه سابقاً، فلا يتعيّن ان يحرم من مهلّ ارضه بالاجماع والنصوص، منها صحيحة صفوان انّ رسول الله ﷺ وقّت المواقيت لاهلها ومن أتى عليها من غير اهلها.

في السنة السادسة ارادوا فمنعوا هاتان عمرتاه ﷺ احديهما في السنة السابعة، والظاهر انها كانت من مسجد الشجرة وكان اهلاله ﷺ اي رفع صوته بالتلبية من الجحفة كما يظهر من صحيح الكافي ٢/٢٢ المواقيت، وان عبّر في نقل الصدوق بالإحرام من الجحفة، والثانية في السنة الثامنة بعد فتح مكة ثم غزوة حنين، احرم في الثامن عشر من ذي القعدة من الجعرانة ولم يكن قاصداً للعمرة اولاً فان فتح مكة كان في رمضان لا اشهر الحج وقد شرب الماء في عسفان موضع اهلاله للعمرة في السنة السادسة التي منع المشركون. وأما الحج: فلم يحج ﷺ في مدة اقامته في المدينة حتى السنة العاشرة فحج فيها امتثالاً لامر الله تعالى ﴿واذّن في الناس بالحج﴾ وكان مقدمة لإعلان ولاية علي عليه السلام).

ومسجد عائشة: (لامره ﷺ اخاها عبدالرحمن بإعمارها منها، ثم ان دليل اعتبار ادنى الحلّ وخصوص التنعيم للعمرة ٢/٢١ اقسام الحج، وفي صحيح ١/٢٢ المواقيت: «من اراد ليخرج من مكة ليعتمر احرم من الجعرانة أو الحديبية او ما اشبهها»).

على مسافة واحدة: قيل فيه اشكال على ما يظهر من الخارطة.

المسالة ٦: قد علم ممّا مرّ انّ ميقات حجّ التمتّع مكّة واجباً كان أو مستحبّاً، من الآفاقيّ او من اهل مكّة، وميقات عمرته احد المواقيت الخمسة او محاذاتها كذلك ايضاً، وميقات حجّ القران والإفراد احد تلك المواقيت مطلقاً ايضاً إلّا إذا كان منزله دون الميقات او مكّة، فميقاته منزله، ويجوز من احد تلك المواقيت ايضاً، بل هو الافضل، وميقات عمرتهما ادنى الحلّ إذا كان في مكّة، ويجوز من احد المواقيت ايضاً، وإذا لم يكن في مكّة فيتعيّن احدها وكذا الحكم في العمرة المفردة مستحبّة كانت او واجبة، وإن نذر الاحرام من ميقات معيّن تعيّن، والمجاور بمكّة بعد السنين حاله حال اهلها، وقبل ذلك حاله حال النائي، فإذا اراد حجّ الافراد او القران يكون ميقاته احد الخمسة او محاذاتها، وإذا اراد العمرة المفردة جاز إحرامها من ادنى الحلّ.

المسالة ٦: عمرته احد المواقيت الخمسة: إلّا اذا كان منزله دون الميقات فهو ميقاته كما مرّ، وقال الخوئي (قدس سرّه) «قد مرّ في المسالة الرابعة من فصل اقسام الحج ان ميقات عمرة التمتع لاهل مكة ان اراد اتيان حج التمتع استحباباً أو وجوباً بالنذر والاجارة وغيرهما أحد المواقيت أو ادنى الحلّ مخيراً» لكن قد مرّ اعراض المشهور عن اخبار ادنى الحلّ.

فميقاته منزله: مرّ الاشكال بالنسبة الى اهل مكة وان ميقاتهم الجعرانه.

فيتعين احدها: ان كان منزله قبل الميقات، وأما من كان منزله بعد الميقات فمنزله الميقات كما مرّ.

في العمرة المفردة: اي غير عمرة القران والافراد بقرينة التقابل، لكن قد مرّ انه لمن كان في مكة او بدى له الاعتمار.

تعين: التعين بالنذر لا يوجب التعين في صحة الحج، ثم ان صحة النذر يتوقف على مشروعيته فلا يصح نذر الاحرام من الميقات بعد الميقات كالجحفة بعد الشجرة فانه غير مشروع، وقيل: يلزم الرجحان في متعلق النذر، فانعقاده يتوقف على كون الاحرام من ذلك الميقات راجحاً شرعاً إلّا ان يكون من متممات الحج فينذر الحج من الميقات الخاص ومجموعه راجح، قاله بعض اهل العصر، وفيه: ان الرجحان حاصل بلا ريب فانه عمل عبادي فهو نظير نذر المشي لزيارة المؤمن فانه راجح في نفسه ولا يلزم الارجحية.

حال اهلها: فميقاتهم ادنى الحل كالجعرانة وكذلك قبل سنتين كما مرّ.

(١١ ـ فصل في أحكام المواقيت)

المسألة ١: لا يجوز الإحرام قبل المواقيت، ولا ينعقد، ولا يكفي المرور عليها محرماً، بل لا بدّ من إنشائه جديداً، ففي خبر ميسرة: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام وأنا متغيّر اللون، فقال عليه السلام: من أين أحرمت بالحجّ؟ فقلت: من موضع كذا وكذا، فقال عليه السلام: ربّ طالب خير يزلّ قدمه، ثمّ قال: أيسرّك إن صليت الظهر في السفر اربعاً؟ قلت: لا، قال: فهو والله ذاك، نعم يستثنى من ذلك موضعان: أحدهما: إذا نذر الإحرام قبل الميقات فإنّه يجوز ويصحّ للنصوص، منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام لو أنّ عبداً أنعم الله تعالى عليه نعمة أو ابتلاه ببليّة فعافاه من تلك البليّة فجعل على نفسه أن يحرم من خراسان كان عليه أن يتمّ. ولا يضرّ عدم رجحان ذلك بل مرجوحيّته قبل النذر، مع أنّ اللازم كون متعلّق النذر راجحاً، وذلك لاستكشاف رجحانه بشرط النذر من الاخبار، واللازم رجحانه حين العمل ولو كان ذلك للنذر ونظيره مسألة الصوم في السفر المرجوح او المحرّم من حيث هو مع صحّته ورجحانه بالنذر، ولابدّ من دليل يدلّ على كونه راجحاً بشرط النذر فلا يرد أنّ لازم ذلك صحّة نذر كلّ مكروه أو محرّم، وفي المقامين المذكورين الكاشف هو الأخبار، فالقول بعدم الانعقاد كما عن جماعة لما ذكر لا وجه له، لوجود النصوص، وإمكان تطبيقها على القاعدة، وفي إلحاق العهد واليمين بالنذر وعدمه وجوه، ثالثها إلحاق العهد دون اليمين، ولا يبعد الأوّل لامكان الاستفادة من الاخبار،

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

في احكام المواقيت

بشرط النذر: (بمعنى ان الاحرام لكونه عبادة راجحة ذاتاً وقد عرضه المنع المكاني وهو يزول بالنذر أو ان المنع المكاني انما هو في غير النذر بالتخصيص ولا يريد عدم رجحان للاحرام في غير المكان اصلاً، فلا يستفاد من روايات الباب ٩ و١١ من المواقيت المنع الذاتي بل التشريعي. واما في النذر فيصح ويجب بلا اشكال كما في روايات الباب ١٢ من المواقيت بل لا يبعد الاستفادة منها ان ذلك راجح ذاتاً مرجوح بالعرض بإعتبار ردّ ترخيص الشارع في غير النذر، ولعل الصوم في السفر كذلك).

لا يبعد الاول: (لشمول تعبير الموثقة ١٣/٣ المواقيت: «... فجعل على نفسه ان يحرم بخراسان» للثلاثة فان المكلف في الموارد الثلاثة يجعل على نفسه امراً لكن يحتمل قوياً ارادة الجعل على نفسه بالحمل الاولي وهو النذر فقط فالإلحاق حينئذ مشكل، والأصل عدمه فالاحتياط حسن).

والاحوط الثاني: لكون الحكم على خلاف القاعدة، هذا، ولا يلزم التجديد في الميقات ولا المرور عليها، وإن كان الاحوط التجديد خروجاً عن شبهة الخلاف، والظاهر اعتبار تعيين المكان، فلا يصحّ نذر الاحرام قبل الميقات مطلقاً، فيكون مخيّراً بين الامكنة، لانّه القدر المتيقّن بعد عدم الاطلاق في الاخبار، نعم لا يبعد الترديد بين المكانين بان يقول: لله عليّ ان أحرم إمّا من الكوفة أو من البصرة، وإن كان الاحوط خلافه، ولا فرق بين كون الاحرام للحجّ الواجب أو المندوب أو للعمرة المفردة، نعم لو كان للحجّ أو عمرة التمتّع يشترط ان يكون في اشهر الحجّ، لإعتبار كون الاحرام لهما فيها، والنصوص إنّما جوّزت قبل الوقت المكانيّ فقط، ثمّ لو نذر وخالف نذره فلم يحرم من ذلك المكان نسياناً أو عمداً لم يبطل إحرامه إذا أحرم من الميقات نعم عليه الكفّارة نعم عليه الكفّارة إذا خالفه متعمّداً. ثانيهما: إذا اراد إدراك عمرة رجب وخشي تقضّيه إن اخّر الاحرام إلى الميقات، فإنّه يجوز له الاحرام قبل الميقات، وتحسب له عمرة رجب، وإن أتى ببقيّة الاعمال في شعبان لصحيحة إسحاق بن عمّار عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل يجيء معتمراً ينوي عمرة رجب فيدخل عليه الهلال قبل ان يبلغ العقيق، أيحرم قبل الوقت

والاحوط: بل الاحوط الاحرام من ذلك المكان رجاء ثم تجديده من الميقات، والاحوط منه عدم التعرض للعهد واليمين.

فلا يصح نذر: بل لا تبعد الصحة (لعدم دليل على التعيين بعد فرض الرجحان الذاتي أو بشرط النذر، ويتحقق الوفاء بالإحرام قبيل الميقات كما يتحقق به من وطنه، نعم لو فرض ان الصحة تعبد محض وقلنا بعدم اطلاق في الاخبار ولم نقل ان موارد الاخبار امثلة اشكل الامر لكنه ليس كذلك).

لا يبعد الترديد: (لعدم الفرق عرفاً بين ان يذكر الاسمين على حدة في عبارتين او في عبارة واحدة مع او الترديدية في الاعتبار، فقد ينذر المعين وقد ينذر احدهما، بخلاف عدم التعيين المنطبق على شبر قبل الميقات ايضاً، فلا يفهمه العرف وان كان الملاك عند العرف غير معلوم، فالعرف يفهم اعتبار المردد من دليل النذر بخلاف عدم التعيين المطلق، لكن مرّ صحة نذر غير المعين ايضاً اذا جرى الوفاء والحنث فيه فلا وجه لإشكال بعضهم).

لصحيحة اسحاق: اي معتبرته (فان اسحاق فطحي ونقل الحكيم (قدس سره) عن بعضهم ان الخبر صحيح كما عبّر الجواهر ايضاً، وكانه لنقل الطوسي (قدس سره) رواية ارتباطه بالكاظم عليه السلام لكن الاظهر انها مربوطة بإسحاق بن عمار بن حيان الكوفي).

ويجعلها لرجب أو يؤخّر الاحرام إلى العقيق ويجعلها لشعبان؟ قال: يحرم قبل الوقت لرجب فإنّ لرجب فضلاً. وصحيحة معاوية بن عمّار سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: ليس ينبغي أن يحرم دون الوقت الّذي وقّت رسول الله صلى الله عليه وآله إلّا ان يخاف فوت الشهر في العمرة. ومقتضى إطلاق الثانية جواز ذلك لادراك عمرة غير رجب أيضاً، حيث إنّ لكلّ شهر عمرة، لكن الاصحاب خصّصوا ذلك برجب فهو الاحوط، حيث إنّ الحكم على خلاف القاعدة، والاولى والاحوط مع ذلك التجديد في الميقات، كما أنّ الاحوط التاخير إلى آخر الوقت، وإن كان الظاهر جواز الاحرام قبل الضيق إذا علم عدم الادراك إذا أخّر إلى الميقات، بل هو الاولى، حيث إنّه يقع باقي اعمالها أيضاً في رجب، والظاهر عدم الفرق بين العمرة المندوبة والواجبة بالاصل أو بالنذر ونحوه.

المسألة ٢: كما لا يجوز تقديم الاحرام على الميقات كذلك لا يجوز التاخير عنها فلا يجوز لمن أراد الحجّ او العمرة او دخول مكّة ان يجاوز الميقات اختياراً إلّا محرماً، بل الاحوط عدم المجاوزة عن محاذاة الميقات ايضاً إلّا محرماً، وإن كان أمامه ميقات آخر، فلو لم يحرم منها وجب العود إليها مع الامكان إلّا إذا كان أمامه ميقات آخر فإنّه يجزيه الاحرام منها، وإن اثم بترك الاحرام من الميقات الاوّل، والاحوط العود إليها مع الامكان مطلقاً، وإن كان أمامه ميقات آخر، وامّا إذا لم يرد النسك ولا دخول مكّة بان كان له شغل خارج مكّة ولو كان في الحرم فلا يجب الاحرام، نعم في بعض الاخبار وجوب

فهو الاحوط: وان كان الاقوى الاطلاق (لعدم تعرض الاصحاب لغير رجب فلا يثبت الاعراض).

باقي اعمالها ايضاً: (كانّ مراده (قدس سره) عدم لزوم الذهاب الى الميقات حينئذ، فقد يكون الطريق اقصر فيصل الى مكة اسرع. فلا يرد اشكال الاستاذ (قدس سره) تبعاً للبروجردي (قدس سره) بعدم وضوح ما ذكره الماتن في الفرض. وقال: الاحسن التعليل بطول الاحرام في رجب، وفيه: احتمال ما ذكرنا فيكون الاحرام اقصر).

المسألة ٢: بل الاحوط: بل لا يخلو عن قوة في خصوص محاذى مسجد الشجرة (لظهور: «... فليحرم منها ...» في صحيح ٢/٧ المواقيت في الوجوب، ولا دليل في غيره، لكن يحتمل عدم الخصوصية، فالحكم على الاحوط.

والاحوط العود: لا يترك (لظهور مثل صحيح الحلبي ٧/١٤ المواقيت: «يرجع الى ميقات اهل بلاده ...» الخ، وصحيح ابراهيم ١/٨ في خصوص مسجد الشجرة: «ليس له الاحرام إلّا من مسجد الشجرة»).

الاحرام من الميقات إذا أراد دخول الحرم وإن لم يرد دخول مكّة، لكن قد يدّعى الاجماع على عدم وجوبه، وإن كان يمكن استظهاره من بعض الكلمات.

المسألة ٣: لو اخّر الاحرام من الميقات عالماً عامداً ولم يتمكّن من العود إليها لضيق الوقت او لعذر آخر ولم يكن أمامه ميقات آخر بطل إحرامه وحجّه على المشهور الاقوى، ووجب عليه قضاؤه إذا كان مستطيعاً، وامّا إذا لم يكن مستطيعاً فلا يجب، وإن اثم بترك الاحرام بالمرور على الميقات، خصوصاً إذا لم يدخل مكّة والقول بوجوبه عليه ولو لم يكن مستطيعاً بدعوى وجوب ذلك عليه إذا قصد مكّة فمع تركه يجب قضاؤه لا دليل عليه، خصوصاً إذا لم يدخل مكّة، وذلك لانّ الواجب عليه إنّما كان الاحرام لشرف البقعة كصلاة التحيّة في دخول المسجد فلا قضاء مع تركه، مع انّ وجوب الاحرام لذلك لا يوجب وجوب الحجّ عليه، وايضاً إذا بدا له ولم يدخل مكّة كشف عن عدم الوجوب من الاوّل، وذهب بعضهم إلى انّه لو تعذّر عليه العود إلى الميقات احرم من مكانه، كما في الناسي والجاهل نظير ما إذا ترك التوضّي إلى ان ضاق الوقت فإنّه يتيمّم وتصحّ صلاته وإن اثم بترك الوضوء متعمّداً، وفيه انّ البدليّة في المقام لم تثبت، بخلاف مسالة التيمّم، والمفروض انّه ترك ما وجب عليه متعمّداً.

اراد دخول الحرم: فلا يترك الاحتياط (مثل صحيح عاصم ١/ ٥٠ ابواب الاحرام، وظاهره الوجوب لدخول الحرم ولم يظهر اجماع على خلافه كعدم وجه عقلي على خلافه، فان ما قاله الخوئي (مدظله) من لغوية الحكم الثاني أي وجوب الاحرام لدخول مكة بعد الحكم بالوجوب لدخول الحرم فيه مالا يخفى، لإحتمال الوجوب لصرف الحرم ايضاً، ولو لم يدخل مكة فالاحوط لو لم يكن اقوى وجوب الاحرام لدخول الحرم. وفاقاً للگلپايگاني، وقال الحكيم (قدس سره): هذه الادلة لا توجب الوجوب الذاتي بل الشرطي لصحة الاحرام، وفيه: عدم قرينة على ذلك بعد ظهور الدليل في لزوم الاحرام من الميقات).

المسألة ٣: قضائه: يريد الاتيان في سنة اخرى (وتعبير القضاء بإعتبار عدم تحقق الفور).

لم يدخل مكة: وسيما اذا لم يدخل الحرم لعدم القائل بالوجوب حتى ظاهراً.

لشرف البقعة: (بل لشرف الحرم، وان كان هو ايضاً لشرف مكة، وهو لشرف البقعة، نعم ما ذكره صحيح كتشبيهه بالمسجد).

في المقام لم تثبت: لكن صحيح الحلبي ٧/ ١٤ المواقيت مطلق يشمل العامد، بل لعل ظهور قوله: «ترك الاحرام»، في العمد (واما رواية علي بن جعفر ١٠/ ١٤

المسألة ٤: لو كان قاصداً من الميقات للعمرة المفردة وترك الاحرام لها متعمّداً يجوز له أن يحرم من أدنى الحلّ، وإن كان متمكّناً من العود إلى الميقات فأدنى الحلّ له مثل كون الميقات امامه، وإن كان الاحوط مع ذلك العود إلى الميقات، ولو لم يتمكّن من العود ولا الاحرام من أدنى الحلّ بطلت عمرته.

المسألة ٥: لو كان مريضاً لم يتمكّن من النزع ولبس الثوبين يجزيه النيّة والتلبية، فإذا زال عذره نزع ولبسهما ولا يجب حينئذ عليه العود إلى الميقات، نعم لو كان له عذر عن أصل إنشاء الاحرام لمرض أو إغماء ثمّ زال وجب عليه العود إلى الميقات إذا تمكّن، وإلّا كان حكمه حكم الناسي في الاحرام من مكانه إذا لم يتمكّن إلّا منه، وإن تمكّن العود في الجملة وجب، وذهب بعضهم إلى أنّه إذا كان مغمى عليه ينوب عنه غيره لمرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام في مريض أغمي عليه فلم يفق حتّى أتى الموقف، قال عليه السلام: يحرم عنه رجل. والظاهر انّ المراد أنّه يحرمه رجل ويجنّبه عن محرّمات الاحرام، لا أنّه ينوب عنه في الاحرام، ومقتضى هذا القول عدم وجوب العود إلى الميقات بعد إفاقته، وإن كان ممكناً، ولكن العمل به مشكل، لإرسال الخبر وعدم الجابر فالاقوى العود مع الامكان وعدم الاكتفاء به مع عدمه.

ففيها على فرض صحة السند ـ وليس كذلك ـ اشكال تجويز الاحرام من مكانه مع امكان الرجوع الى الميقات وهو غير معمول به فلا وجه لحاشية بعض اهل العصر).

المسألة ٤: يجوز له ان يحرم: فيه اشكال لما مرّ من عدم دليل على كون ادنى الحل ميقاتاً للعمرة المفردة مطلقاً بل لمن كان في مكة أو بدى له الاعتمار كما للرسول صلى الله عليه وآله، نعم اذا كان في مكة ولو عصياناً بترك الاحرام يكون ادنى الحلّ ميقاتاً له وحينئذ فيجب العود الى الميقات في مفروض المتن.

المسألة ٥: يجزيه النية: وان تمكن من لبس الثوبين ولو لحظة لبسهما ثم ينزعهما.

زال عندها: كانّ النسخة الصحيحة كانت زال عذره.

ولبسهما: على الاحوط (سياتي في المسألة٢٧ من كيفية الاحرام ان اللبس واجب حدوثاً ولا دليل عليه بقاءً فيجوز ان يكون عرياناً اذا لم يكن ناظر محترم. فلا يختص النزع بالضرورة كالحمام مثلاً، وحينئذ ففي الحدوث كان معذوراً وبعده لا يجب اصلاً، نعم هو احوط).

في الجملة وجب: سيأتي عدم دليل على هذا الاطلاق.

والظاهر: بل الظاهر هو النيابة، والعمدة ضعف السند بالارسال وفي المتن اضطراب (راجع ٤/ ٢٠ المواقيت).

المسألة ٦: إذا ترك الاحرام من الميقات ناسياً او جاهلاً بالحكم او الموضوع وجب العود إليها مع الامكان، ومع عدمه فإلى ما امكن إلاّ إذا كان امامه ميقات آخر، وكذا إذا جاوزها محلاً لعدم كونه قاصداً للنسك ولا لدخول مكّة، ثمّ بدا له ذلك فإنّه يرجع إلى الميقات مع التمكّن، وإلى ما امكن مع عدمه.

المسألة ٧: من كان مقيماً في مكّة واراد حجّ التمتّع وجب عليه الاحرام لعمرته من الميقات إذا تمكّن، وإلاّ فحاله حال الناسي.

المسألة ٨: لو نسي المتمتّع الاحرام للحجّ بمكّة ثمّ ذكر وجب عليه العود مع الامكان، وإلاّ ففي مكانه، ولو كان في عرفات بل المشعر وصحّ حجّه، وكذا لو كان جاهلاً بالحكم، ولو أحرم له من غير مكّة

المسألة ٦: فالى ما امكن: لا دليل على هذا الاطلاق، نعم اذا كان داخل الحرم يلزم العود خارج الحرم لو امكنه فيحرم منه ولا يلزم الابتعاد إلاّ في الحائض الجاهلة بالحكم (الاستثناء لصحيحة معاوية ١٤/٤ المواقيت ولا يمكن طردها بالمطلقات كما فعل بعض اهل العصر لعدم كثرة المطلقات بحيث يقوى ظهورها على ظهور الخاص، كما لا دليل على مطلق الجاهل).

والى ما امكن: بل الى خارج الحرم فقط لو امكنه وإلاّ فمن مكانه، هذا اذا كان داخل الحرم وإلاّ فاللازم الإحرام قبل دخول الحرم ان لم يتمكن من الميقات ولا يلزم الاحرام من مكانه مطلقا (لصحيح الحلبي ١٤/١ المواقيت، وصحيح ١٤/٤ وعدم لزوم الإحرام من مكانه مطلقاً لعدم لزوم الابتعاد كما مرّ، ولان صحيح الحلبي ورد فيمن دخل الحرم. وظاهر رواية علي بن جعفر ١٤/١٠ المواقيت عدم لزوم الرجوع الى الميقات ولو تمكن، لكن السند ضعيف).

المسألة ٧: مقيماً في مكة: وكان وظيفته التمتع او تمتع ندباً كما مر.

حال الناس: ومرّ عدم لزوم العود الى ما امكن بل الى خارج الحرم فقط.

المسألة ٨: بل المشعر: بل بعده ايضاً قبل اتمام الاعمال بمقتضى دليل وجوب الاحرام (والعفو عن الاحرام كلاً انما هو في الناسي الى بعد الاعمال. والحكم ايضاً لقاعدة الميسور، وما تقدم من دليل الاحرام من مكانه اذا لم يتمكن من العود، وعليه يحمل اطلاق صحيح علي بن جعفر ١٤/٨ المواقيت في تجويز الاحرام من مكانه على الاطلاق، بل لعلّ الظاهر في تلك الازمنة ذلك الى عدم امكان العود).

لو كان جاهلاً: (لم يذكر حكمه صريحاً في الصحيح المزبور لكن المستفاد صدراً

مع العلم والعمد لم يصحّ، وإن دخل مكّة بإحرامه، بل وجب عليه الاستيناف مع الامكان، وإلاّ بطل حجّه، نعم لو أحرم من غيرها نسياناً ولم يتمكّن من العود إليها صحّ إحرامه من مكانه.

المسألة ٩: لو نسي الاحرام ولم يذكر حتّى أتى بجميع الاعمال من الحجّ أو العمرة فالاقوى صحّة عمله، وكذا لو تركه جهلاً حتّى أتى بالجميع.

(١٢ ـ فصل في مقدمات الاحرام)

المسألة ١: يستحبّ قبل الشروع في الاحرام أمور: أحدها: توفير شعر الراس بل واللحية لإحرام

وذيلاً من ذكر النسيان في فرع الصدر والجهل في فرع الذيل ارادة مطلق العذر ولذلك يستفاد حكم الجهل في فرع الصدر ايضاً من نسيانه وحكم نسيان فرع الذيل من حكم جهله).

ولم يتمكن من العود اليها: (الظاهر انه كذلك مطلقاً ولا وجه لتفصيل الخوئي(قدس سره) بين ما اذا امكنه العود الى مكة عند احرامه النسياني وبين ما اذا لم يمكنه العود عندئذ، اذ المفهوم من الادلة كون الملاك الوضع الحالي في تمكن العود وعدمه لكون الشخص حينئذ يريد العود أو عدمه ويريد الاحرام فيلزم الاحرام حينئذ من مكانه اذا لم يمكنه العود. وتفصيل الخوئي(قدس سره) غير مفهوم لفرض انه لا يتمكن من العود فكيف يحكم عليه بلزوم العود؟).

المسألة ٩: صحة عمله: (لإلغاء الخصوصية عرفاً من صحيح علي بن جعفر الوارد في احرام حج التمتع ٢/ ٢٠ المواقيت ومن مرسل جميل الوارد في عمرة التمتع على ما قيل ١/ ٢٠ أو في احرام الحج مطلقاً كما قال الحكيم وهو الأصح، وضعفه منجبر بالعمل فلا وجه لإشكال المدارك بانه قياس، وقيل بأولوية صحة العمرة المفردة من صحة عمرة التمتع المفهومة من الحديث لإرتباطه بالحج فلا يلزم احتياط الخونساري(قدس سره) في العمرة المفردة).

مقدمات الاحرام

المسألة ١: واللحية: فيه اشكال (فإن التوفير مقدمة للحلق وهو في الرأس، وأما ٦/ ٢ و٤/ ٤ الاحرام في عدم اخذ الشعر من اللحية ايضاً فهما مخدوشان سنداً، الاول بالارسال والثاني بضعف محمد بن فضيل الازدي أو بالاشتراك بينه وبين الثقة.

الحجّ مطلقاً، لاخصوص التمتّع كما يظهر من بعضهم لإطلاق الاخبار من أوّل ذي القعدة، بمعنى عدم إزالة شعرهما لجملة من الاخبار، وهي وإن كانت ظاهرة في الوجوب إلاّ انّها محمولة على الاستحباب لجملة أُخرى من الاخبار ظاهرة فيه فالقول بالوجوب كما هو ظاهر جماعة ضعيف، وإن كان لا ينبغي ترك الاحتياط، كما لا ينبغي ترك الاحتياط بإهراق دم لو ازال شعر رأسه بالحلق، حيث يظهر من بعضهم وجوبه أيضاً لخبر محمول على الاستحباب، او على ما إذا كان في حال الاحرام، ويستحبّ التوفير للعمرة شهراً. الثاني: قصّ الاظفار والاخذ من الشارب وإزالة شعر الابط والعانة بالطلي أو الحلق أو النتف، والافضل الاوّل، ثمّ الثاني، ولو كان مطليّاً قبله يستحبّ له الاعادة وإن لم يمض خمسة عشر يوماً، ويستحبّ أيضاً إزالة الاوساخ من الجسد لفحوى ما دلّ على المذكورات، وكذا يستحبّ الاستياك. الثالث: الغسل للاحرام في الميقات، ومع العذر عنه التيمّم ويجوز تقديمه على الميقات

نعم لا بأس بالرجاء من باب التسامح في ادلة السنن).

عدم ازالة: بل بمعنى عدم الاخذ من الشعر (كما في ١ و٢/ ٢ الاحرام، وكما يستفاد من كلمة التوفير في كلمات الاصحاب).

لجملة اخرى: (مثل صحيحة ٦/ ٤ الاحرام، وموثق ٢/ ٤ الاحرام وحينئذ فالاحتياط لصرف عدم مخالفة بعض الفتاوى والاّ فلا ريب في الحكم).

في حال الاحرام: ولعله اقوى احتمالات الحديث (ومعنى الحديث ١/ ٥ الاحرام ان المتمتع اذا حلق رأسه في شوال فلا بأس وان حلق بعد شهر شوال اي بعد الثلاثين اي الثلاثين المذكورة في صدرالحديث، ـ والبعد الذي يوفر الشعر ويعد تلك الثلاثين هو ذي القعدة وبعده ـ ففيه بأس، لكن مورد الكلام فيما كان في مكة وبعد عمرة التمتع، بل الظاهر ان الكلام في المتمتع أي حال التمتع فهو لم يخرج من احرام التمتع، وكيف كان فلا ريب في الحكم اذ لو كان واجباً لشاع).

قصّ الاظفار و... : (راجع روايات الابواب ٧ و٦ الاحرام و٨٥ و٣٢ آداب الحمام).

الغسل للاحرام: (وان كان ظاهر بعض الأدلة كموثقة سماعة ٣/ ١ الاغسال المسنونة هو الوجوب لكن الفتاوى والسيرة على خلافه، فالمراد بالوجوب معناه اللغوي).

التيمم: (لعدم قصور في ادلة البدلية فان التيمم احد الطهورين ففي كل مورد ثبت الغسل من جهة الطهورية فالتيمم بدله).

مع خوف إعواز الماء، بل الاقوى جوازه مع عدم الخوف ايضاً، والاحوط الاعادة في الميقات، ويكفي الغسل من اوّل النهار إلى الليل، ومن اوّل الليل إلى النهار، بل الاقوى كفاية غسل اليوم إلى آخر الليل وبالعكس، وإذا احدث بعدها قبل الاحرام يستحبّ إعادته خصوصاً في النوم، كما انّ الاولى إعادته إذا اكل او لبس مالا يجوز اكله او لبسه للمحرم، بل وكذا لو تطيّب، بل الاولى ذلك في جميع تروك الاحرام، فلو اتى بواحد منهابعدها قبل الاحرام الاولى إعادته، ولو احرم بغير غسل اتى به، واعاد صورة الاحرام،

مع عدم الخوف ايضاً: (كما يستفاد من صحيح هشام ١/ ٨ الاحرام وكذا ٢ و٥/ ٨، وايضاً مطلقات ادلة غسل الاحرام فان المقيّد في المستحب لا يوجب تقيد المطلق لعدم التنافي بخلاف الواجب، وبناء عليه يجوز تقديم الغسل حتى في بلده فيغتسل مثلاً في طهران ويذهب بالطائرة الى الميقات لو امكنه).

وبالعكس: بل يكفي لليوم أو الليلة بعد ايضاً، فلا حدّ زماني كالمكاني على ما مرّ (فان الملاك كون الاحرام عن غسل ومع طهور، وادلة التحديد باليوم والليل ظاهرة في جهة الاثبات لا النفي).

خصوصاً في النوم: (فانه مذكور في ١/ ١٠ الاحرام، لكن يعارضه ٣/ ١٠ ولا يمكن الحمل على الاستحباب، اذ السؤال ظاهر في الحكم الوضعي والمراد من الجواب هو النقض وعدمه فالدليلان متعارضان لكن القاعدة الكلية في نقض الغسل هو النقض بالحدث نوماً وغيره فاذا كان المقصود من الغسل وقوع الاحرام مع الطهور فاذا انتقض الغسل بالحدث ففيه الاعادة، نعم ان كان المقصود صرف وقوع الاحرام عقيب الغسل فقد حصل المقصود، لكن الظاهر غير ذلك وقد اشير اليه في ١/ ٦ مقدمات الطواف، صحيح عبدالرحمن بن الحجاج وكذا موثق اسحاق ٢/ ٣ زيارة البيت).

اذا اكل: (ولا يبعد كون الامر به ارشاداً الى انتقاض الغسل وعدم عدّ الاكل وأمثاله ناقضاً في سائر الموارد لا يوجب الحمل على المولوية هنا لإمكان خصوصية في المورد من حيث توسعة النواقض ويؤيده ١/ ١١ الاحرام رواية علي بن أبي حمزة).

كما ان الاولى: بل لا يبعد استحباب الاعادة (كما يظهر من مثل صحيح ١/ ١٣ الاحرام، واما في سائر تروك الاحرام فلا دليل ولا باس بالرجاء).

اعاد صورة الاحرام: بل ظاهر الدليل هو اعادة الاحرام لا صورته وليس ذلك خلافاً لحكم العقل أو العقلاء حتى يتصرف في ظاهر الدليل. (وفاقاً لصاحب الجواهر

سواء تركه عالماً عامداً او جاهلاً أو ناسياً، ولكن إحرامه الاوّل صحيح باق على حاله، فلو أتى بما يوجب الكفّارة بعده وقبل الاعادة وجبت عليه، ويستحبّ أن يقول عند الغسل أو بعده: «بسم الله وبالله، اللّهمّ اجعله لي نوراً وطهوراً وحرزاً وامناً من كلّ خوف، وشفاء من كلّ داء وسقم، اللّهمّ طهّرني وطهّر قلبي واشرح لي صدري، واجر على لساني محبّتك ومدحتك والثناء عليك، فإنّه لاقوّة لي إلّا بك. وقد علمت أنّ قوام ديني التسليم لك، والاتّباع لسنّة نبيّك صلواتك عليه وآله». الرابع: ان يكون الاحرام عقيب صلاة فريضة او نافلة، وقيل بوجوب ذلك لجملة من الاخبار الظاهرة فيه، المحمولة على الندب

في ١٨ : ١٨٩ وللخوئي هنا وخلافاً له في مسألة٥ كيفية الاحرام، فان الاعادة ليس ظاهر معناها بطلان الاول فإنها تشمل التكرار ايضا ولا ينحصر بالابطال، فالاحرام بمعنى امر حاصل عن التلبية كالطهارة عن الوضوء وله درجات استكمالي كالطهارة، فكما ان الوضوء بعد الوضوء نور على نور فكذا الاحرام، ولو قلنا بكون الاحرام نفس التلبية أو الاشعار والتقليد، أو نفس الالتزام بترك المحرمات أو اتيان الاعمال فالامر أوضح لإمكان الالتزام بعد الالتزام تاكيداً كالنذر بعد النذر، وكذا امكان التلبية ثانياً وهو أوضح. فالاعادة وان كانت ظاهرة في ابطال السابق لكنه بالاستلزام لا المطابقة، واذا علمنا عدم البطلان لكون الغسل مستحباً فمعناه ما ذكرنا، وحاصله التبديل بالاكمل بمعنى الانتقال الى درجة اكمل لا تبديل امتثال الفرد بفرد مباين على ما يظهر من بعضهم فالاحسن الاخذ بظاهر الدليل ١/ ٢٠ الاحرام).

أو ناسياً: (وان لم يذكر النسيان في صحيح ١/ ٢٠ الاحرام، لكن لا يبعد ظهور الجملة التركيبية في الحديث في مطلق العذر، وأما ما قال الخوئي(قدس سره) من كون النسيان نوعاً من الجهل ففيه المنع عرفاً وان صحّ بالدقة، بل الجهل هنا ظاهره الحكمي مع ان النسيان يمكن في الموضوع).

وجبت عليه: ولكن لا تتعدد الكفارة بتعدد الاحرام (اصل ثبوتها لتحقق الاحرام حتى لو قلنا بأن المراد من الاعادة حقيقة الاحرام لا الصوري لانه حينئذ بمعنى التبديل لا الكشف عن بطلان الاول فلا يتحقق آن بلا احرام، وهل يتعدد الكفارة على القول بالاعادة حقيقة كما في النذر بعد النذر اولا؟ الظاهر لا، لكون الكفارات ثابتة على المحرم، لا الاحرام بخلاف النذر فانها فيه على النذر وقد تكرر).

للاختلاف الواقع بينها، واشتمالها على خصوصيّات غير واجبة، والاولى أن يكون بعد صلاة الظهر في غير إحرام حجّ التمتّع، فإنّ الافضل فيه أن يصلّي الظهر بمنى، وإن لم يكن في وقت الظهر فبعد صلاة فريضة أخرى حاضرة، وإن لم يكن فمقضيّة وإلّا فعقيب صلاة النافلة. الخامس: صلاة ستّ ركعات أو أربع ركعات أو ركعتين للاحرام، والاولى الاتيان بها مقدّماً على الفريضة ويجوز إتيانها في ايّ وقت كان بلا كراهة حتّى في الاوقات المكروهة، وفي وقت الفريضة حتّى على القول بعدم جواز النافلة لمن عليه فريضة، لخصوص الاخبار الواردة في المقام، والاولى أن يقرأ في الركعة الاولى بعد الحمد التوحيد وفي الثانية الحجر، لا العكس كما قيل.

للاختلاف الواقع بينها: (يريد الاختلاف من جهة الفرض والنفل وتعداد الركعات، لكن صرف ذلك غير مانع بعد امكان الجمع بلزوم كونه بعد فريضة أو نافلة لا اقل من ركعتين كما في صحيح معاوية ١/١٦ الاحرام راجع الروايات في الابواب ١٥ و١٦ و١٨ و١٩ من الاحرام كما ان اشتمال الدليل على غير الواجب ايضاً كذلك، فان رفع اليد عن ظاهر الوجوب بالدليل لا يوجب رفع اليد عنه بلا دليل، لكن المانع العمدة اعراض الاصحاب عن ظاهر الدليل في الوجوب وكلما كان الدليل اظهر وأصرح في الوجوب فاعراضهم عنه ادل على طرد الوجوب لكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط).

بعد صلاة الظهر: ويظهر من الاخبار استحباب كونه عند الزوال ولو قبل صلاة الظهر (راجع مثل صحيح ١/١٥ و٥ و٦).

فمقضيّة: رجاء (لعدم الدليل عليها، فان الظاهر من المكتوبة في الدليل هو الاداء).

مقدماً على الفريضة: لا دليل على ذلك، فان ظاهر الاخبار كون الاحرام بعد الفريضة أو النافلة.

ان يقرء: (لرواية معاذ بن مسلم ـ وقد وثقه العلامة ـ ١/١٥ القرائة في الصلاة: «لا تدع ان تقرء بـ ﴿قل هو الله احد﴾ و﴿قل يا ايها الكافرون﴾ في سبعة مواطن في الركعتين قبل الفجر وركعتي الزوال والركعتين بعد المغرب وركعتين من اول صلاة الليل وركعتي الاحرام والفجر اذا اصبحت وركعتي الطواف» ولم يصرح فيها بتقديم التوحيد، لكن لعل تقديم ذكره اشارة الى ذلك).

المسألة ٢: يكره للمرأة إذا أرادت الاحرام أن تستعمل الحنّاء إذا كان يبقى أثره إلى ما بعده مع قصد الزينة، بل لا معه أيضاً إذا كان يحصل به الزينة وإن لم يقصدها، بل قيل بحرمته، فالاحوط تركه وإن كان الاقوى عدمها، والرواية مختصّة بالمرأة، لكنّهم ألحقوا بها الرجل أيضا لقاعدة الاشتراك، ولا باس به وأمّا استعماله مع عدم إرادة الاحرام فلا باس به، وإن بقي اثره، ولا باس بعدم إزالته وإن كانت ممكنة.

(١٣ ـ فصل في كيفية الاحرام)

وواجباته ثلاثة: الاوّل النيّة بمعنى القصد إليه، فلو احرم من غير قصد اصلاً بطل، سواء كان عن عمد أو سهو أو جهل، ويبطل نسكه أيضاً إذا كان الترك عمداً، وأمّا مع السهو والجهل فلا يبطل، ويجب عليه تجديده من الميقات إذا أمكن، وإلاّ فمن حيث أمكن على التفصيل الّذي مرّ سابقاً في ترك اصل الاحرام.

المسألة ٢: يبقى اثره: (بدعوى الانصراف عما لا يبقى اثره وقد دل صحيح ١/ ٢٣ تروك الاحرام على الجواز مطلقاً و٢/ ٢٣ على الكراهة في موارد المرئة، ولا وجه لإشكال بعض اهل العصر بالتعارض لعدم تعارض بين مصرح بالجواز ودليل الكراهة، نعم الحاق الرجل مشكل لإحتمال الخصوصيّة ولعل نظير المقام حكم الرقص فتامل).

في كيفية الاحرام

فلو احرم من غير قصد: (يريد من الاحرام سببه شرعاً من التلبية واللبس والاشعار والتقليد كإرادة العقد من البيع، والعقد قد يقع بلا قصد. فالظاهر ان الاحرام هو الدخول في حرم اللّه تعالى، فإنه في اللغة بمعنى ذلك، وكذا بمعنى تحريم الحلال لكن التناسب للمعنى الاول، والتلبية سبب الدخول في حرمة اللّه تعالى وكذا الاشعار والتقليد كما في ١٢/٢٠ اقسام الحج: «يوجب الاحرام ثلاثة اشياء التلبية والاشعار والتقليد» ويستفاد من غيرها ايضاً مثل ١٩ و٢١ و... /١٢ فالاحرام ليس التلبية، كما انه ليس توطين النفس على ترك المحرمات أو الالتزام بالترك أو بالافعال المخصوصة في الاحرام، اذ لا يلزم الالتزام على ترك جميع المحرمات بل اذا فعلها ففيه الكفارة، ولا يبطل الاحرام إلاّ في بعضها كالجماع مثلاً من جهة انه يبطل الاحرام، فقصد فعله لا يجتمع قصد الاحرام كالتضاد لا من جهة دخله في معنى الاحرام.

المسألة ١: يعتبر فيها القربة والخلوص كما في سائر العبادات، فمع فقدهما أو أحدهما يبطل إحرامه.

المسألة ٢: يجب أن تكون مقارنة للشروع فيه، فلا يكفي حصولها في الاثناء، فلو تركها وجب تجديده، ولا وجه لما قيل: من أنّ الاحرام تروك، وهي لا تفتقر إلى النيّة، والقدر المسلّم من الاجماع على اعتبارها إنّما هو في الجملة ولو قبل التحلّل، إذ نمنع أوّلاً كونه تروكاً فإنّ التلبية وليس الثوبين من الأفعال، وثانياً اعتبارها فيه على حدّ اعتبارها في سائر العبادات في كون اللازم تحقّقها حين الشروع فيها.

المسألة ٣: يعتبر في النيّة تعيين كون الاحرام لحجّ أو عمرة، وأنّ الحجّ تمتّع أو قران أو إفراد، وأنّه لنفسه أو نيابة عن غيره، وأنّه حجّة الاسلام أو الحجّ النذريّ أو الندبيّ، فلو نوى الاحرام من غير تعيين وأوكله إلى ما بعد ذلك بطل، فما عن بعضهم من صحّته وأنّ له صرفه إلى أيّهما شاء من حجّ أو عمرة لا وجه له، إذ الظاهر أنّه جزء من النسك فتجب نيّته كما في أجزاء سائر العبادات، وليس مثل الوضوء والغسل بالنسبة إلى الصلاة، نعم الأقوى كفاية التعيين الاجماليّ حتّى بأن ينوي الاحرام لما سيعيّنه من حجّ أو عمرة، فإنّه نوع تعيين وفرق بينه وبين ما لو نوى مردداً مع إيكال التعيين إلى ما بعد.

وأيضاً التوطين أو الالتزام المزبور حيث انه يتعلق بالفعل أو الترك فهو مقدمة له، وهما من احكام الاحرام، وقصد الحكم مقدمة له ومتعلق به ولا يكون موضوعاً له والاحرام موضوع هذه الاحكام وايضاً الاحرام بحسب ارتكاز المتشرعة امر يقصد الشخص ويتوجه اليه ويوجده فيقول: أوجدته وأوقعته، فهو الدخول في حرمة اللّه تعالى يعتبر شرعاً بوسيلة التلبية أو الاشعار نظير وقوع البيع عند العقلاء باللفظ ويلزم في تحققه كون التلبية أو الاشعار مع القصد بالتسبيب أي التوسل بالتلبية الى الاحرام، اي يلبي بقصد الاحرام كما يقول: بعت بقصد تحقق البيع لا الاخبار مثلاً، وبعد الدقة فيما ذكرنا تعرف ما في بعض الحواشي من الاشكال على المتن في اعتبار القصد).

المسألة ٣: لما سيعيّنه: الأقوى عدم كفايته (خلافاً للخوئي والنجفي(قدسرهما) لعدم وقوع التعيين والتعين الآن بخلاف ما اذا قرء البسملة بقصد سورة تكون في صفحة لاحقة مثلاً فان السورة متعينة حينئذ وان لا يعلمه، فلا وجه لتشبيه الخوئي(قدسره) فان السورة متعينة بلا احتياج الى عمل تعيين من المكلف عندئذ بخلاف المقام فان تعينه لابد ان يقع بواسطة تعيينه فيما بعده، كما لا وجه لقول بعض أهل العصر بعدم لزوم التعيين لتعينه بما يأتي بعده من الاعمال فان الاعمال فيما بعد ايضاً على اقسام وكل قسم مربوط بنوع خاص من الحج والعمرة وتعين النوع بالعمل

المسالة ٤: لا يعتبر فيها نيّة الوجه من وجوب أو ندب إلّا إذا توقّف التعيين عليها، وكذا لا يعتبر فيها التلفّظ بل ولا الاخطار بالبال فيكفي الداعي.

المسالة ٥: لا يعتبر في الاحرام استمرار العزم على ترك محرّماته، بل المعتبر العزم على تركها مستمراً، فلو لم يعزم من الاوّل على استمرار الترك بطل، وامّا لو عزم على ذلك ولم يستمرّ عزمه بان نوى بعد تحقّق الاحرام عدمه او إتيان شيء منها لم يبطل، فلا يعتبر فيه استدامة النيّة كما في الصوم، والفرق انّ التروك في الصوم معتبرة في صحّته بخلاف الاحرام فإنّها فيه واجبات تكليفيّة.

المسالة ٦: لو نسي ما عيّنه من حجّ او عمرة وجب عليه التجديد سواء تعيّن عليه احدهما اولا، وقيل: إنّه للمتعيّن منهما، ومع عدم التعيين يكون لما يصحّ منهما، ومع صحّتهما كما في في أشهر الحجّ

شبه الدور، فهذا نظير أن يقال: لا نعيّن الصلاة، أنها فريضة ظهر أو نافلة بل يتعين بعداً، فان قرأنا سورة تعين انه فريضة، أو فان سلمنا على الركعتين تعين انه نافلة فهذا من قبيل تعين الموضوع بالحكم، فالتعين بما بعد انما هو فيما لم يكن هذا الشيء منظوراً اصلاً ولا يجري في الجزء كما في المفتاح بالنسبة الى البيت في البيع، ولا يجري في مثل الاحرام بل الاحوط في البسملة ايضاً ذلك بل لو قلنا بأنها جزء كل سورة لا يخلو عن وجه، فلا وجه لما قاله النجفي (قدس سرّه) من انه تعيين اجمالي كما لا وجه لما قاله من صحة نية الجامع فهل هو إلّا كنية الجامع بين الظهر والعصر؟!)

المسالة ٤: **فيكفي الداعي**: (وتحقق هذا العنوان القصدي لا يستلزم انشاء كالعقود والايقاعات حتى يقال (كما قال البروجردي (قدس سرّه)) بأن تحقق هذا الانشاء بدون الاخطار والارادة التفصيلية مشكل، بل هو كقصد التعظيم والتوهين يكفي الداعي عند العقلاء).

المسالة ٥: **المعتبر العزم على تركها**: بل لا يعتبر ذلك ايضاً إلّا فيما يوجب البطلان لو كان ملتفتاً اليه كالجماع مثلاً، واما في مثل الاستظلال مثلاً فلو كان عازماً على الاستظلال احياناً من الاول لم يبطل احرامه، وكذا لبس المخيط فمحرمات الاحرام بعضها تكليفية فقط وبعضها تكليفية ووضعية معاً.

المسالة ٦: **التجديد**: اي تجديد ما يصح على الاحوط فيما يختص الصحة بأحدهما فيجدد الصحيح فان كان طبق الاول فهو وان كان غيره فالاول ملغى لعدم امكان صحته على الفرض، واما فيما يمكن صحة ايّ منهما فلا ينفع التجديد كما لا يخفى،

الأولى جعله للعمرة المتمتّع بها وهو مشكل، إذ لا وجه له.

المسألة ٧: لا تكفي نيّة واحدة للحجّ والعمرة، بل لابدّ لكلّ منهما من نيّته مستقلاً، إذ كلٌّ منهما يحتاج إلى إحرام مستقلّ، فلو نوى كذلك وجب عليه تجديدها، والقول بصرفه إلى المتعيّن منهما إذا تعيّن عليه احدهما والتخيير بينهما إذا لم يتعيّن وصحّ منه كلّ منهما كما في اشهر الحجّ لا وجه له، كالقول بأنّه لو كان في أشهر الحجّ بطل ولزم التجديد، وإن كان في غيرها صحّ عمرة مفردة.

المسألة ٨: لو نوى كاحرام فلان فإن علم انّه لماذا أحرم صحّ، وإن لم يعلم فقيل بالبطلان لعدم التعيين، وقيل بالصحّة لما عن عليّ عليه السلام، والاقوى الصحّة لانّه نوع تعيين، نعم لو لم يحرم فلان او بقي على الاشتباه فالظاهر البطلان، وقد يقال: إنّه في صورة الاشتباه يتمتّع، ولا وجه له إلّا إذا كان في مقام يصحّ له العدول إلى التمتّع.

فلابد ان يعمل على طبق العلم الاجمالي ما امكن وفي المقام تفصيل اذ الاحتمالات متعددة، فقد يدور الامر بين عمرة التمتع والعمرة المفردة وقد يدور بين المفردة وحج الافراد وقد يدور بين حج الافراد وعمرة التمتع وطريق الاحتياط فيها يختلف.

وهو مشكل: اذ العدول عن حج الافراد الى العمرة المتمتع بها غير معلوم الجواز، والاختيار قبل الشروع غير العدول بعده كما ان التعين للمتعين واقعاً بلا وجه للزوم قصد العنوان إلّا اذا كان من قصده الاجمالي أتيان ما هو الوظيفة.

المسألة ٧: لا تكفي: اي بنحو القران بينهما فلا يجوز القران بينهما بإحرام واحد لا الترتيب لعدم المنع منه.

وجب: أي بطل السابق فيلزم استيناف العمل لرفع التكليف لكنه فيما يمكن صحتهما، واما فيما لا يمكن إلّا صحة احدهما كما في غير اشهر الحج فلا يلزم الاستيناف لفرض قصد العنوان لكنه مع ضم عنوان آخر (فان صرف ضمّ شيء لا يقع اليه لا يوجب البطلان).

كالقول: وهو الاوجه (في مفروض المسألة، وهو قصد العنوان مع عنوان آخر لا قصد الجامع، فانه نظير ضم نية غسل بلا موجب الى نية غسل له موجب، لا يضره ذلك).

المسألة ٨: فالظاهر البطلان: بمعنى عدم تيقن البرائة بمقتضى الاشتغال اليقيني، واما في الواقع فهو صحيح للتعين واقعاً فإذا علم اجمالاً ان تكليفه عين تكليف فلان،

المسالة ٩: لو وجب عليه نوع من الحجّ أو العمرة فنوى غيره بطل.

المسالة ١٠ : لو نوى نوعاً ونطق بغيره كان المدار على ما نوى دون ما نطق.

المسالة ١١ : لو كان في أثناء نوع وشكّ في أنّه نواه أو نوى غيره بنى على أنّه نواه.

وان فلاناً احرم طبق وظيفته كان صحيحاً بمعنى اسقاط التكليف ايضاً (وحينئذ فإحرام علي عليه السلام على طبق القاعدة الدارجة، نعم في روايات احرام علي عليه السلام يبدو في النظر اشكالان، احدهما: ان التمتع ما شرّع قبل عمل النبي(ص) فإحرام علي عليه السلام اذا كان كإحرام النبي صلى الله عليه وآله فهو كان على طريقة قبل تشريع التمتع أي القران والافراد كسائر المسلمين، ويمكن الجواب بان تغير الحكم لا يضر بهذا التعيين الواقعي، فكيف كان هو عليه السلام احرم كإحرام النبي صلى الله عليه وآله الثاني: انه عليه السلام لم يسق الهدي، فلا يكون قراناً ويمكن الجواب بانه اذا احرم كإحرام النبي صلى الله عليه وآله فكانه جعل كل الامور غير ما عمل بنفسه مما تجري فيه الوكالة والنيابة على النبي صلى الله عليه وآله و اوكل اليه صلى الله عليه وآله، ومنها سوق الهدي ولذلك اشركه النبي صلى الله عليه وآله في هديه واما اختلاف الاخبار في تعداد البدنة التي ساقها النبي صلى الله عليه وآله لا يضر باصل الحكم. وبما ذكرنا يرتفع اشكال هذه الروايات خلافاً للخوئي (مد ظله) ثم ان ما ذكرنا في اصل المسالة هو الصحيح عندنا خلافاً لغير واحد من المحشين حتى في الفرع قبل أي ما لم يعلم، وقال البروجردي (قدس سره) بالصحة اذا تعذر ولم يمكن التعيين بغير هذا الوجه، وفيه: انه ان لم يكن كافياً للتعين فالتعذر لا يعين المأمور به).

المسالة ٩ : بطل: إلّا اذا كان من باب الخطأ في التطبيق، ثم ان البطلان بمعنى عدم سقوط التكليف فلو كان الوجوب بالنذر وشبهه فاصل العمل صحيح ويبقى عليه العمل بالنذر.

المسالة ١١ : بنى على: (لان قصد العنوان محرز الآن والشك في التغيير حتى يبطل بتناقض القصد أو عدم التغيير حتى لا يكون باطلاً وفاقاً للاستاذ والخوئي والاكثر وخلافاً للحكيم وبعض آخر، ولا وجه له اذ نسلم ان قاعدة التجاوز تجري بعد احراز العنوان لكن العنوان محرز فعلاً كما لا وجه لما قاله بعض اهل العصر من ان ما في المتن يصح اذا كان ظاهر حاله ذلك ظهوراً معتداً به عند العقلاء... ، اذ السؤال عن دليل حجية هذا الظهور باق).

المسألة ١٢ : يستفاد من جملة من الاخبار استحباب التلفّظ بالنيّة، والظاهر تحقّقه بأيّ لفظ كان، والاولى ان يكون بما في صحيحة ابن عمّار وهو ان يقول: «اللّهمّ إنّي أُريد ما أمرت به من التمتّع بالعمرة إلى الحجّ على كتابك وسنّة نبيّك ﷺ فيسّر ذلك لي وتقبّله منّي وأعنّي عليه، فإن عرض شيء يحبسني فحلّني حيث حبستني لقدرك الّذي قدّرت عليّ، اللّهمّ إن لم تكن حجّة فعمرة، احرم لك شعري وبشري ولحمي ودمي وعظامي ومخّي وعصبي من النساء والطيب، أبتغي بذلك وجهك والدار الآخرة».

المسألة ١٣ : يستحبّ ان يشترط عند إحرامه على الله ان يحلّه إذا عرض مانع من إتمام نسكه من حجّ أو عمرة، وأن يتمّم إحرامه عمرة إذا كان للحجّ ولم يمكنه الاتيان كما يظهر من جملة من الاخبار واختلفوا في فائدة هذا الاشتراط فقيل: إنّها سقوط الهدي، وقيل: إنّها تعجيل التحلّل وعدم انتظار بلوغ الهدي محلّه، وقيل: سقوط الحجّ من قابل، وقيل: إنّ فائدته إدراك الثواب فهو مستحبّ تعبديّ هذا هو

المسألة ١٢ : والاولى: لا وجه لإختصاص الأولوية بما في صحيح ابن عمار وكان الأحسن ان يقول: والاولى ان يكون طبق عبارة المعصوم ﷺ على ما في النصوص، ثم انه (قدس سره) خلط بين صحيح ابن عمار وصحيح ابن سنان فلفقهما والامر سهل (راجع روايات الأبواب ١٦ و١٧ و٢١ من الاحرام).

المسألة ١٣ : هو الأظهر: فيه منع وان كان موافقاً للاحتياط، بل الاظهر هو الحلّ بلا وظيفة وجعل الاحرام حينئذ كالعدم (طبقاً لمفاد الشرط وقد صرح في صحيح ذريح ٣/ ٢٤ ابواب الاحرام بان الله تعالى أحق من وفى بما اشترط عليه ...، فان القاعدة تقتضي العمل بالشرط ولاريب في استحباب هذا الشرط فهو مقبول منه تعالى وحينئذ فلا اشكال في انه تعالى يعمل على طبق الشرط ولا معنى له سوى الغاء الوظيفة من ناحية الاحرام. واما صحيح ابن نصر ٤/ ١ أبواب الاحصار الظاهر صدره في الحل بمجرد العارض بلا ذكر الشرط فالظاهر بمناسبة ارتباط الذيل بالصدر ان مورده الاشتراط. واما حديث مرض الحسين ﷺ ١/ ٢ أبواب الاحصار حيث لم يذكر شرط صدراً ولا ذيلاً فهو خارج عن البحث مع ان في ٢/ ٦ ابواب الاحصار انه ساق بدنة والاجماع قام على لزوم ذبح هديه لا على عدم التحلل إلّا بالذبح فيمكن التحلل ـ ان فرض الاشتراط ـ بصرف العارض وان كان يلزم الذبح لهديه اذا ساق. وأما سقوط الحج فلو كان المراد السقوط من جهة الافساد فهو كذلك ولو كان المراد سقوط التكليف كلاً فيفرق من استقر عليه الحج ومن لم يستقر هذا هو القاعدة،

الاظهر ويدلُّ عليه قوله ﷺ في بعض الاخبار: «هو حلّ حيث حبسه اشترط او لم يشترط» والظاهر عدم كفاية النيّة في حصول الاشتراط، بل لا بدّ من التلفّظ، لكن يكفي كلّ ما افاد هذا المعنى، فلا يعتبر فيه لفظ مخصوص وإن كان الاولى التعيين ممّا في الاخبار. الثاني: من واجبات الاحرام التلبيات الاربع، والقول بوجوب الخمس أو الستّ ضعيف، بل ادّعى جماعة الاجماع على عدم وجوب الازيد من الاربع، واختلفوا في صورتها على اقوال: احدها ان يقول: لبّيك اللّهمّ لبّيك، لبّيك لا شريك لك لبّيك. الثاني: أن يقول بعد العبارة المذكورة: إنّ الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك. الثالث: ان يقول: لبّيك اللّهمّ لبّيك، لبّيك إنّ الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك لبّيك. الرابع: كالثالث إلّا أنّه يقول: «إنّ الحمد والنعمة والملك لك لا شريك لك لبّيك» بتقديم لفظ [والملك] على لفظ [لك] والاقوى هو القول الاوّل كما هو صريح صحيحة معاوية بن عمّار، والزوائد مستحبّة والاولى التكرار بالاتيان

وأما ٢٧/٢ ابواب الوقوف بالمشعر ـ صحيح ضريس ـ الظاهر في السقوط كلاً فهو غير معمول به كما قال الحكيم(قدس سرّه) مع انه ليس في المحصور بمرض ونحوه بل مورده فوت الموقفين لضيق الوقت والغفلة كما قال الخوئي(قدس سرّه) وبأزاء الحديث صحيح ابي بصير ٢٤/١ ابواب الاحرام حيث يلزم الحج من قابل فيتعارضان ويسقطان والقاعدة تقتضي الوجوب من قابل.

فتحصل ان حكم الشرط التحلل بلا احتياج الى الهدي وان لزم الذبح للهدي ان ساقه لكنه حكم من جهة الهدي لا التحلل، بلا فرق بين المحصور والمصدود. وأما صحيح زرارة ٢٥/١ الاحرام وحمزة بن حمران ٢٥/٢ الصريحتان في الحل وان لم يشترط فمعارضتان لصحيح ذريح، والصحيح مقدم للتعليل في الذيل مع احتمال ارادة الحل تكويناً يعني اذا حبسه اللّه تعالى فلا طريق له إلّا الحلّ لعدم البقاء على الحرمة دائماً ولا نظر له الى الحل بالهدي وعدمه حتى يكون حله بالشرط اولا، فالحق الاظهر ما ذكرنا).

التلبيات... والاقوى: لا يترك الاحتياط برعاية الثاني (وفاقاً للبروجردي والگلپايگاني(قدس سرهما)، لإحتمال كون الذيل تتمة لعبارة التلبيات الاربع، وكون المراد من قوله ﷺ في صحيح معاوية بن عمار: التلبيات الاربع، ما يشمل هذا الذيل سيما على احتمال الفتح في ان الحمد ... الخ، ولكون الذيل في تلبيات النبي ﷺ بحسب غير واحد من الروايات، وقد ذكر في بعضها انه ما لبى به النبي ﷺ والمسلمون.

بكلّ من الصور المذكورة، بل يستحبّ أن يقول كما في صحيحة معاوية بن عمّار: لبّيك اللّهمّ لبيك، لبّيك لاشريك لك لبّيك، إنّ الحمد والنعمة لك والملك لك لا شريك لك، لبّيك ذا المعارج لبّيك لبّيك لبّيك داعياً إلى دار السلام لبّيك غفّار الذنوب لبّيك، لبّيك اهل التلبية لبّيك، لبّيك ذا الجلال والاكرام لبّيك مرهوباً ومرغوباً إليك لبّيك لبّيك تبدأ والمعاد إليك لبّيك كشّاف الكروب العظام لبّيك، لبّيك عبدك وابن عبديك لبّيك، لبّيك يا كريم لبّيك».

المسألة ١٤: اللازم الاتيان بها على الوجه الصحيح بمراعاة اداء الكلمات على قواعد العربيّة، فلا يجزي الملحون مع التمكّن من الصحيح بالتلقين او التصحيح، ومع عدم تمكّنه فالاحوط الجمع بينه وبين الاستنابة، وكذا لا تجزي الترجمة مع التمكّن، ومع عدمه فالاحوط الجمع بينهما وبين الاستنابة،

وظهور صحيح عاصم بن حميد في لزوم ذلك فانه المراد من نقل الامام عليه السلام عمل النبي صلى الله عليه وآله فتأمل. وصرف عدم ذكره في صحيح عمر بن يزيد ٤/ ٤٠ الاحرام لا ينفي ما ظاهره الوجوب لعدم ظهوره في الحصر فتأمل وراجع روايات الابواب ٢ اقسام الحج و٣٦ و٣٧ و٤٠ من الاحرام).

بل يستحب ان يقول: ويتأكد بالنسبة الى ذكر ذي المعارج (كما ورد الحث عليه).

المسألة ١٤: فالاحوط الجمع: لا يترك وان كان للاكتفاء بالملحون وجه (فانه مقتضى معتبر مسعدة بن صدقة ٢/ ٥٩ قرائة الصلاة وكذا قاعدة الميسور لو اعتقدنا تماميتها، وكذا مقتضى حكم الاخرس فانه يستفاد من عدم الانتقال الى الاستنابة مع العجز عن الصحيح والتمام لكن حيث لم يرد تصريح في المقام فالاحتياط لازم، واما رواية ٢/ ٣٩ الاحرام الدالة على الاستنابة للتلبية فلم يوثق ياسين الضرير في السند مع ان الاكتفاء بالاستنابة لا ينفي الاكتفاء بالملحون. ولا نجسر على الفتوى بكل ظن وإلّا لقلنا باستفادة الاكتفاء بأي طريق بلا فرق، من مجموع ادلة الباب ونظائرها وكريمة نفي الحرج. وان الشريعة سمحة).

الجمع بينهما وبين الاستنابة: (وقال الخوئي (قدس سره) لعل هذا الشخص معذور عن وجوب الحج فيصبر حتى السنة القادمة ليتعلم، لكن المستفاد من ادلة القرائة العفو عن التمام عند العجز كما في ٢/ ٥٩ قرائة الصلاة، هذا مع اهمية فورية الحج على ما يستفاد من الأدلة ولذلك لم يعهد من الفقهاء الزام التأخير هنا).

والاخرس يشير إليها بأصبعه مع تحريك لسانه، والاولى ان يجمع بينهما وبين الاستنابة، ويلبّى من الصبيّ الغير المميّز ومن المغمى عليه، وفي قوله: «انّ الحمد» الخ يصحّ ان يقرأ بكسر الهمزة وفتحها، والاولى الاوّل ولبّيك مصدر منصوب بفعل مقدّر، اي ألبّ لك إلباباً بعد إلباب، اولباً بعد لبّ، اي إقامة بعد إقامة، من لبّ بالمكان او ألبّ اي اقام، والاولى كونه من لبّ، وعلى هذا فاصله لبيّن لك، فحذف اللام وأضيف إلى الكاف، فحذف النون، وحاصل معناه إجابتين لك، وربما يحتمل ان يكون من لبّ بمعنى واجه، يقال: داري تلبّ دارك، اي تواجهها، فمعناه مواجهتي وقصدي لك، وامّا احتمال كونه من لبّ الشيء، اي خالصة، فيكون بمعنى إخلاصي لك فبعيد، كما انّ القول بانّه كلمة مفردة نظير «علي» و «لدي» فأضيفت إلى الكاف فقلبت الفه ياء لا وجه له، لانّ على ولدى إذا أضيفا إلى الظاهر يقال فيهما بالالف كعلى زيد ولدى زيد وليس لبّي كذلك فانه يقال فيه: لبّي زيد بالياء.

المسالة ١٥: لا ينعقد إحرام حجّ التمتّع وإحرام عمرته، ولا إحرام حجّ الافراد ولا إحرام العمرة المفردة إلا بالتلبية، وامّا في حجّ القران فيتخيّر بين التلبية وبين الاشعار أو التقليد، والاشعار مختصّ بالبدن،

عن الصبي: (لصحيح زرارة ٥/١٧ اقسام الحج).

المغمى عليه: والاحوط ان يرجع الى الميقات إن امكن وإلاّ فمن مكانه كالجاهل والناسي اذا تجاوزا عن الميقات غير محرمين بل لا يترك اذا افاق عن قريب (لعدم الدليل سوى مرسل جميل ٢/٥٥ الاحرام وهو مرسل، وأما خبر زرارة ٢/٣٩ الاحرام فشموله للمغمى عليه محلّ تأمل، فان قوله عليه السلام لا يحسن ان يلبي» ظاهر في بقاء القصد والارادة، والعجز للجهل لكن الفتوى مشهورة والمرسل جميل، ولعل المراد من خبر زرارة مطلق العذر، نعم شموله للعذر الزائل بعيد)

والاولى الاول: والاحوط التكرار بعد تمام الجملة وان كان الكسر اظهر (لمن يانس الادبيات، وقال الاستاذ (قدس سره): «الفتح غير معلوم» لكنه من باب التعليل ممكن).

وربما يحتمل: كما احتمل ان يكون بمعنى المحبة من امرئة لبّة اي محبّة، واحتمل ان يكون كلمة مفردة مستقلة بمعنى الاجابة أو تستعمل في مقام الجواب.

المسالة ١٥: والاشعار مختص بالبدن: (لظهور صحيح عمر بن يزيد ٢١/١٢ اقسام الحج: «من اشعر بدنته فقد احرم ...)، حيث اخذ قيد البدنة الظاهر في الاختصاص، وأما تعميم التقليد بين جميع اقسام الهدي فلرواية ٩/١٢ اقسام الحج ... بضمّ كفايته في الابل ايضاً اجماعاً).

والتقليد مشترك بينها وبين غيرها من أنواع الهدي، والاولى في البدن الجمع بين الاشعار والتقليد، فينعقد إحرام حجّ القران باحد هذه الثلاثة، ولكنّ الاحوط مع اختيار الاشعار والتقليد ضمّ التلبية ايضاً، نعم الظاهر وجوب التلبية على القارن وإن لم يتوقّف انعقاد إحرامه عليها، فهي واجبة عليه في نفسها، ويستحبّ الجمع بين التلبية واحد الامرين، وبايّهما بدا كان واجباً. وكان الآخر مستحباً ثمّ إنّ الإشعار عبارة عن شقّ السنام الايمن بان يقوم الرجل من الجانب الايسر من الهدي ويشقّ سنامه من الجانب الايمن، ويلطخ صفحته بدمه،

والأولى في البدن الجمع: (لمعتبر السكوني: «ما بال البدنة تقلد النعل وتشعر» ١٢/٢٢ اقسام الحج مع تصريح صحيح معاوية ١٢/٢٠ اقسام الحج بكفاية احد الثلاثة، وأما احتياط ضم التلبية فللخروج عن مخالفة السيد وابن ادريس في عدم انعقاد الحج حتى القران إلّا بالتلبية).

واجبة عليه في نفسها: فيه منع، والاظهر عدم الوجوب والمفروض عدم الدخالة شرطاً (فإنّ الاطلاقات ظاهرة في اللزوم الشرطي والمفروض تقييدها بأدلة القران، وأما موثق يونس ١٢/٢ اقسام الحج فالظاهر من نقل الصدوق بطريقة الصحيح انه مربوط بالعمرة ومعلوم ان احرامها بالتلبية فقط شرطاً).

الآخر مستحباً: اي شرطاً على الاحتياط السابق لا النفسي لإعتقاده الوجوب النفسي. (فلا يرد اشكال التهافت من غير واحد من المحشين).

(١) شق السنام الايمن: إلّا اذا كانت معه بدن كثيرة فانه حينئذ يدخل بين اثنين فيشعر هذه من الشق الايمن وهذه من الايسر (كما في صحيح حريز ١٢/١٩ اقسام الحج).

(٢) الاحوط بل الاقوى التلبية مع النية من الميقات سراً أو جهراً، والافضل تاخير اجهاره الى البيداء.

يقوم الرجل: لا دليل على دخالته في الإشعار (واما صحيح معاوية ١٢/٤ اقسام الحج فيحتمل ارتباط قوله ﷺ: «يقوم الرجل ...» الخ بالجملة بعدها اي قوله: ثم يقلدها، وحيث ان اصل التقليد في مورد الاشعار مستحب فهو لا يزيد عليه لكونه من آدابه).

ويلطخ: ليس عليه دليل واضح (ولعل في ذيل خبر السكوني ١٢/٢٢ اقسام الحج اشعار اليه: «... اما الاشعار فانه يحرم ظهرها على صاحبها من حيث اشعرها ...»

والتقليد ان يعلّق في رقبة الهدي نعلاً خلقاً قد صلّى فيه.

المسالة ١٦ : لا تجب مقارنة التلبية لنيّة الاحرام وإن كان احوط، فيجوز أن يؤخّرها عن النية ولبس الثوبين على الاقوى.

المسالة ١٧ : لا تحرم عليه محرّمات الاحرام قبل التلبية وإن دخل فيه بالنيّة ولبس الثوبين، فلو فعل شيئاً من المحرّمات لا يكون آثماً. وليس عليه كفّارة، وكذا في القارن إذا لم يات بها ولا بالاشعار أو التقليد، بل يجوز له ان يبطل الاحرام ما لم يات بها في غير القارن، او لم يات بها ولا باحد الامرين فيه، والحاصل انّ الشروع في الاحرام وإن كان يتحقّق بالنيّة ولبس الثوبين إلاّ انّه لا تحرم عليه المحرّمات، ولا يلزم البقاء عليه إلاّ بها أو باحد الامرين فالتلبية وأخواها بمنزلة تكبيرة الاحرام في الصلاة.

المسالة ١٨ : إذا نسي التلبية وجب عليه العود إلى الميقات لتداركها وإن لم يتمكّن أتى بها في مكان التذكّر، والظاهر عدم وجوب الكفّارة عليه إذا كان آتياً بما يوجبها، لما عرفت من عدم انعقاد الاحرام إلاّ بها.

فلعل أحداً يستفيد حسن رؤية اثر الاشعار على جميع موضع الركوب فتامل. وأما توجيه التذكرة: ليعرف انه صدقه، ففيه: كفاية الاشعار لذلك).

خلقا قد صلى: لا يلزم مراعاة هذين القيدين (فإنه مقتضى الجمع بين مثل ١٢/١١ اقسام الحج ومثل ٥ و١٢/٩ اقسام الحج).

المسالة ١٦ : وان كان احوط: بل اقوى (فإن الاحرام هو الدخول في حرم الله تعالى وسببه التلبية مع النية كما انه لا تنفك عنها عادة).

المسالة ١٧ : لا تحرم: (وهو واضح بناء على كون سبب الدخول في الاحرام هو التلبية كما مرّ من الادلة، فلا وجه لتامل الاستاذ (قدس سره) وحينئذ فالمراد من الدخول في الاحرام في المتن هو الشروع في الاعمال من لبس الثوبين ودعاء النيّة أو نفس النية كما اشار في المتن).

يتحقق بالنيّة: فيه منع، بل الاحرام لا ينعقد بالنية واللبس فقط بل بالتلبية أو الاشعار أو التقليد مع القصد على ما مر.

المسالة ١٨ : العود الى الميقات: هذا يتم بناء على ما ذكرنا من ان الاحرام هو التلبية أو ينعقد بها وأما على ما ظهر من المتن في المسالة السابقة من انه النية فلا موجب للرجوع الى الميقات ما لم تفت النية، وعلى ما ذكرنا فحكمه ما مرّ في أحكام المواقيت من التفصيل.

المسألة ١٩ : الواجب من التلبية مرّة واحدة، نعم يستحبّ الاكثار بها وتكريرها ما استطاع، خصوصاً في دبر كلّ صلاة فريضة أو نافلة، وعند صعود شرف، أو هبوط واد، وعند المنام، وعند اليقظة، وعند الركوب، وعند النزول، وعند ملاقاة راكب، وفي الاسحار، وفي بعض الاخبار: «من لبّى في إحرامه سبعين مرّة إيماناً واحتساباً أشهد الله له ألف ألف ملك براءة من النار وبراءة من النفاق» ويستحبّ الجهر بها خصوصاً في المواضع المذكورة للرجال دون النساء، ففي المرسل انّ التلبية شعار المحرم، فارفع صوتك بالتلبية، وفي المرفوعة: لمّا احرم رسول الله ﷺ أتاه جبرئيل فقال: مر اصحابك بالعجّ والثجّ، فالعجّ رفع الصوت بالتلبية، والثجّ نحر البدن.

المسألة ٢٠ : ذكر جماعة انّ الافضل لمن حجّ على طريق المدينة تاخير التلبية إلى البيداء مطلقاً كما قاله بعضهم، أو في خصوص الراكب كما قيل، ولمن حجّ على طريق أخر تاخيرها إلى ان يمشي قليلاً، ولمن حجّ من مكّة تاخيرها إلى الرقطاء كما قيل، أو إلى ان يشرف على الابطح، لكنّ الظاهر بعد عدم الاشكال في عدم وجوب مقارنتها للنيّة، ولبس الثوبين استحباب التعجيل بها مطلقاً، وكون افضليّة التاخير بالنسبة إلى الجهر بها، فالافضل ان ياتي بها حين النيّة ولبس الثوبين سرّاً، ويؤخّر الجهر بها إلى

المسألة ١٩ : وعند المنام: (باستفادة ذلك من قوله ﷺ: «واكثر ما استطعت» وأما بعنوان النوم فلا دليل عليه).

دون النساء: (للتصريح في الروايات برفع جهر التلبية عنهنّ كرفع الجمعة والعيد راجع روايات الابواب ٣٧ و٣٨ و٤٠ و٤١ من الاحرام).

المسألة ٢٠ : بعد عدم الاشكال: وقد مرّ الاشكال في ذلك ولزوم المقارنة ومرّ انه لا ينعقد الاحرام إلّا بالتلبية في غير القران.

فالافضل: (والمصنف(قدّس سرّه) يريد بذلك الجمع بين الروايات المتهافتة بظاهرها، فان بعضها صريح في عدم انعقاد الاحرام إلّا بالتلبية أو الاشعار أو التقليد مع صراحة النصوص بعدم جواز العبور عن الميقات بلا احرام، وبعضها صريح في تاخير التلبية الى البيداء ـ اذا احرم من مسجد الشجرة ـ أو المشي قليلاً اذا احرم من طريق آخر وهكذا فاراد الجمع بان المراد تاخير الاجهار، وفيه: ان صريح صحيح معاوية ٦/ ٣٤ الاحرام نفي اصل التلبية وكذا صحيح بن سنان وصحيح منصور، ومن ناحية اخرى صرح في ١/ ٣٤ بالاجهار من نفس المسجد. وقال الخوئي(مدّ ظلّه): الجمع بان دليل وجوب الاحرام من الميقات بإعتبار الشمول لمن يريد

المواضع المذكورة، والبيداء أرض مخصوصة بين مكّة والمدينة على ميل ذي الحليفة نحو مكّة، والأبطح: مسيل وادي مكّة، وهو مسيل واسع فيه دقاق الحصى، أوّله عند منقطع الشعب بين وادي منى، وآخره متّصل بالمقبرة التي تسمّى بالمعلّى عند أهل مكّة، والرقطاء: موضع دون الردم يسمّى مدعى، ومدعى الاقوام مجتمع قبائلهم، والردم حاجز يمنع السيل عن البيت، ويعبّر عنه بالمدعى.

الاحرام بعد يسير، مطلق لا صريح، فهذه الروايات تقيده وتفيد ان الافضل تاخير التلبية الى البيداء مثلاً أي تاخير الاحرام، فالمسجد محل تهيؤ الاحرام لا الاحرام نفسه على الافضل كما صرّح بذلك في صحيح معاوية من الباب ٣٤ الاحرام: «عن التهيؤ للاحرام فقال في مسجد الشجرة: فقد صلّى فيه رسول اللّه ﷺ وقد ترى اناساً يحرمون فلا تفعل حتى تنتهي الى البيداء حيث الميل فتحرمون كما انتم في محاملكم تقول: لبيك ...» الخ، مع ان الاحرام من نفس المسجد ايضاً جائز قطعاً كما يستفاد من صحيح بن سنان ٢/٣٥ واطلاق ٤/٣٥ بل ظهوره لان الصلاة توتى بها في المسجد معمولاً وقد اجاز التلبية بعد الصلاة، وفي صحيح عمر بن يزيد: «ان كنت ماشياً فاجهر بإهلالك وتلبيتك من المسجد» لكن يستفاد من صحيح حريز ١/٣٧ الاحرام ان احرام النبي ﷺ كان قبل رفع الصوت بالتلبية، ومعلوم ان الاحرام يحصل بالتلبية، فالمراد تاخير اجهاره وكذا ٤/٣٥ الاحرام ظاهر في ان اظهار النبي ﷺ احرامه في البيداء لمعرفة الناس ذلك. مع ان روايات عدم جواز العبور من الميقات بلا احرام غير قابلة للتقييد مثل ١/٨ المواقيت: «ليس له الاحرام إلّا من مسجد الشجرة». وكذا روايات الباب ٢ المواقيت. وقال بعض اهل العصر: لا بأس بالعمل بروايات التاخير للاحرام (التلبية) لان الظاهر ان البيداء بجنب الميقات او محاذ له، وفيه: ان البيداء اسم لأرض مخصوصة بين مكة والمدينة على ميل من ذي الحليفة نحو مكة على يسار الذاهب الى مكة وهو المكان الذي يقول الناس: يخسف الجيش كما وقع التصريح بانه مكان ما يعتقدونه مكان الخسف في الباب ٣٤ الاحرام.

وكيف كان فمع ذلك كله فالاحوط لو لم يكن اقوى هو الاحرام والتلبية من المسجد او محاذيه القريب منه وتاخير الاجهار الى البيداء مكان اجهار النبي ﷺ بملاك التاسي).

والابطح: (لا دليل على تاخير الاحرام اليه اصلاً بل الجهر فقط كما في صحيح معاوية الباب ٤٦ الاحرام).

المسألة ٢١ : المعتمر عمرة التمتّع يقطع التلبية عند مشاهدة بيوت مكّة في الزمن القديم، وحدّها لمن جاء على طريق المدينة عقبة المدنيّين، وهو مكان معروف، والمعتمر عمرة مفردة عند دخول الحرم إذا جاء من خارج الحرم، وعند مشاهدة الكعبة إن كان قد خرج من مكّة لإحرامها، والحاجّ بايّ نوع من الحجّ يقطعها عند الزوال من يوم عرفة، وظاهرهم انّ القطع في الموارد المذكورة على سبيل الوجوب وهو الاحوط وقد يقال: بكونه مستحباً.

المسألة ٢٢ : الظاهر انّه لا يلزم في تكرار التلبية ان يكون بالصورة المعتبرة في انعقاد الاحرام، بل ولا بإحدى الصور المذكورة في الاخبار، بل يكفي ان يقول: «لبّيك اللهمّ لبّيك» بل لا يبعد كفاية تكرار لفظ لبّيك.

المسألة ٢٣ : إذا شكّ بعد الاتيان بالتلبية انّه اتى بها صحيحة ام لا بنى على الصحّة.

المسألة ٢٤ : إذا اتى بالنيّة ولبس الثوبين وشكّ في انّه اتى بالتلبية ايضاً حتّى يجب عليه ترك المحرّمات أو لا يبني على عدم الاتيان لها فيجوز له فعلها، ولا كفّارة عليه.

المسألة ٢١ : في الزمن القديم: (والظاهر انه لا وجه لحاشية الاستاذ بالاحتياط في مشاهدة بيوت مكة زمن الاعتمار لمصحح معاوية ١/٤٣ الاحرام في القطع عند شهود عقبة المدنيين وعدم العبرة بما احدث اليوم، وأما صحيح الحلبي ٢/٤٣ في ان العبرة بعقبة ذي طوى فلعله في الدخول من جهة اخرى الى مكة).

ان كان قد خرج: ان كان من ادنى الحل يقطع عند شهود الكعبة سواء كان في مكة وخرج للاعتمار أو كان في خارج مكة وبدا له ان يعتمر من ادنى الحل كما فعل النبي ﷺ من الجعرانة (وفاقاً للخوئي لصحيح عمر بن يزيد ٨/٤٥ الاحرام في الصورة الاولى، وصحيح معاوية ٤٥ الاحرام بالاطلاق، ولا يقيد بالاولى لعدم التعارض وعدم ثبوت وحدة الارادة).

وهو الاحوط: بل لا يخلو عن قوة وان كان بقصد الورود فهو تشريع محرم (وقد قال الباقر عليه السلام: «والله لاصواتهم ابغض الى الله من اصوات الحمير ٢/٤٣ الاحرام).

المسألة ٢٤ : عدم الاتيان: اذا لم يخرج من الميقات، وإلاّ فيبني على الاتيان (لقاعدة التجاوز العامة إلاّ في الوضوء).

المسالة ٢٥ : إذا أتى بما يوجب الكفّارة وشكّ في أنّه كان بعد التلبية حتّى تجب عليه أو قبلها فإن كانا مجهولي التاريخ أو كان تاريخ التلبية مجهولاً لم تجب عليه الكفّارة، وإن كان تاريخ إتيان الموجب مجهولاً فيحتمل أن يقال بوجوبها لأصالة التأخير، لكن الاقوى عدمه، لانّ الاصل لا يثبت كونه بعد التلبية. الثالث: من واجبات الاحرام لبس الثوبين بعد التجرّد عمّا يجب على المحرم اجتنابه، يتّزر بأحدهما، ويرتدي بالآخر، والاقوى عدم كون لبسهما شرطاً في تحقق الإحرام، بل كونه واجباً تعبدياً،

المسالة ٢٥ : الاقوى عدمه: لا لما ذكره بل لعدم جريان اصالة عدم كونه قبل التلبية لعدم الاثر حتى يعارض اصالة عدم كونه بعدها.

الثالث: لبس الثوبين: للرجال وأما النساء فيكفي أيّ ثوب لهنّ بحيث لا يكونوا عراة (وفاقاً للاكثر منهم الجواهر والحدائق، لعدم شمول النصوص لهنّ ولعدم جريان قاعدة الاشتراك في مثل المورد مما فيه احتمال الخصوصية من جهة اختصاص حرمة المخيط، وكذا وجوب التجريد عن الثياب بالرجال، وكذا لا تجري قاعدة الاشتراك في كل ما تحتمل الخصوصية، ولعل منها الرقص فان الدليل الوارد في الخطاب مربوط بالرجال من قوله ﷺ: «انهاكم عن الزفن ...» الخ، هذا. مع السيرة العملية على الترك، نعم يجب عليها ثوب لئلا تكون عارية وان امنت من النظر، للروايات الواردة في لبس الحائض الثياب، وما دل على لزوم طهارة ثوبها، وما ورد في لبسها الحرير كما ورد في روايات الابواب ٣٣ و ٤٨ الاحرام. وأما نصوص الرجل فحيث انها مشتملة على نزع المخيط مربوط بالرجل، وكذا الفتاوى، وأما الوجوب للرجال فللروايات الآمرة به، راجع الابواب ٦ و٧ و٨ و٤٧ و٥٢ من الاحرام، مثل صحاح ١/٥٢ و٤/٦ و٢/٧ و١/٨ و١/٤٧ واشتمالهما على بعض الآداب لا يضر لظهور الهيئة في الوجوب، وكذا الروايات الواردة في تجريد الصبيان ١/٤٧ عن ثيابهم، وما دل على جواز تاخير لبس ثياب الاحرام عند الضرورة الى ذات عرق ١٠/٢ المواقيت، ويدل على اللزوم التزام المسلمين والمعصومين ﷺ باللبس، ولا نستدل بصرف العمل بل بالالتزام بالعمل، بل والنكير على الترك، فلا وجه لإشكال الخوئي (قدس سره) بان العمل اعم. هذا، ولكن لا يدل شيء من ذلك على دخالته في تحقق الاحرام شرطا أو تتميماً ـ والفرق ان في التتميم التلبية قبل اللبس صحيح فانه من الاحرام، لكن الاحرام الكامل يتحقق بعد التلبية واللبس ولكن في

والظاهر عدم اعتبار كيفيّة مخصوصة في لبسهما، فيجوز الائتزار بأحدهما كيف شاء، والارتداء بالآخر أو التوشّح به أو غير ذلك من الهيئات، لكن الاحوط لبسهما على الطريق المالوف وكذا الاحوط عدم عقد الازار في عنقه، بل عدم عقده مطلقاً ولو بعضه ببعض، وعدم غرزه بإبرة ونحوها، وكذا في الرداء الاحوط عدم عقده، لكنّ الاقوى جواز ذلك كلّه في كلّ منهما ما لم يخرج عن كونه رداء أو إزاراً، ويكفي فيهما المسمّى، وإن كان الاولى بل الاحوط أيضاً كون الازار ممّا يستر السرّة والركبة، والرداء ممّا يستر المنكبين، والاحوط عدم الاكتفاء بثوب طويل يتّزر ببعضه، ويرتدي بالباقي إلّا في حال الضرورة،

الشرط لم يتحقق الاحرام اصلاً لعدم تحقق شرطه ـ بل هذه الروايات كلها تشير الى الوجوب فقط، فلا تعارض الروايات المصرّحة بانّ موجب الاحرام أحد ثلاثة امور من الاشعار أو التقليد أو التلبية كما في صحيح ١٢/٢٠ اقسام الحج فلا دخالة للبس الثوبين، ويدل مثل صحيح معاوية ٤٥/٢ تروك الاحرام على تحقق الاحرام وان لم يلبس ثوبي الاحرام. وأما صحيح معاوية ٤٥/٥ الآمرة بإعادة التلبية والغسل فهو مربوط بثوب المحيط بعد تحقق الاحرام ولا يرتبط بالمقام).

الائتزار: (اصل وجوب الازار والرداء يستفاد من صحاح ٢/١ اقسام الحج ٤٤/٢ تروك الاحرام و٣٥/١ وغير ذلك).

عدم عقد الازار في عنقه: لا يترك الاحتياط بل لا يخلو عن قوه (لصحيح سعيد الاعرج يعقد ازاره في عنقه «قال: لا» ٥٣/١ تروك الاحرام وكذا صحيح ٥/ ٥٣ تروك الاحرام).

عدم عقد مطلقاً: لا بأس به، وكذا الغرز بإبرة ونحوها (لعدم الدليل سوى خبر الاحتجاج ٥٣/٣ تروك الاحرام).

في الرداء: لا بأس به (لعدم الدليل إلّا ما قد قيل من اطلاق الازار على الرداء كما في الثوب الثالث من كفن الميت، وفيه ما فيه).

بل الاحوط ايضاً: لا يترك بل يعتبر في الرداء ستر شيء من الظهر ايضاً زائداً على ستر المنكبين (كل ذلك عرفي).

والاحوط عدم الاكتفاء بثوب طويل: لا يترك (لظهور الروايات الآمرة بالتجرد عن الثياب ولبس لباس الاحرام في الازار والرداء، وكذا ما دلّ على جواز لبس السراويل ان لم يكن له ازار او لبس القباء ان لم يكن له رداء في تعدد الثوب مثل ٢/١

والاحوط كون اللبس قبل النيّة والتلبية، فلو قدّمهما عليه أعادهما بعده، والاحوط ملاحظة النيّة في اللبس. وامّا التجرّد فلا يعتبر فيه النيّة، وإن كان الاحوط والاولى اعتبارها فيه ايضاً.

المسالة ٢٦ : لو أحرم في قميص عالماً عامداً أعاد، لا لشرطيّة لبس الثوبين لمنعها كما عرفت، بل لانّه منافٍ للنيّة، حيث إنّه يعتبر فيها العزم على ترك المحرّمات التي منها لبس المخيط، وعلى هذا فلو لبسهما فوق القميص او تحته كان الامر كذلك ايضاً، لانّه مثله في المنافاة للنيّة، إلّا ان يمنع كون الاحرام هو العزم على ترك المحرّمات، بل هو البناء على تحريمها على نفسه، فلا تجب الاعادة حينئذ هذا، ولو أحرم في القميص جاهلاً بل او ناسياً ايضاً نزعه وصحّ إحرامه، امّا إذا لبسه بعد الاحرام فاللازم شقّه وإخراجه من تحت، والفرق بين الصورتين من حيث النزوع والشقّ تعبّد، لا لكون الاحرام باطلاً في الصورة الأولى كما قد قيل.

اقسام الحج و٢/٤٤ تروك الاحرام و١/٣٥ و٧/٤٤، فالاحوط لولا الاقوى رعاية التعدد وان كان يحتمل كون الملاك الستر لكن المتعارف منه ايضاً التعدد).

قبل النية والتلبية: يريد الاحتياط الاستحبابي والا فقد تقدم منه عدم اعتبار لبس الثوبين في الاحرام.

المسالة ٢٦ : اعاد: على الاحوط، وان كان الاقوى عدم لزوم الاعادة ودليله عليل (لعدم لزوم العزم على ترك المحرمات بل لو عزم على اتيان بعضها ايضاً لا يضر بالإحرام كما مرّ، وأما التفصيل بين العلم والجهل في صحيح عبدالصمد ٣/٤٥ تروك الاحرام فهو مربوط بنفي بعض تبعات عمله اي لبس قميصه، عند ابي حنيفة واصحابه من شق القميص والاخراج من رجليه وفساد الحج ولزوم البدنة ونحو ذلك مما كانوا يقولون، لا التفصيل بين العلم والجهل في لزوم اعادة الاحرام وإلّا فإطلاق صحيح معاوية ٢/٤٥ ايضاً ظاهر في الصحة مطلقاً. وأما استفادة بعض أهل العصر من رواية معاوية وابن سنان ١ و٢/١٦ ابواب الاحرام: «احرم لك شعري... من النساء...» الخ، ان الاحرام هو البناء على تحريمها على نفسه ففيه: ان مفاد الدليل توسعة الاحرام بالنسبة الى الشعر والبشرة و... وأما انه ما الاحرام؟ فلم يتعرض له بل وسّع في الفاعل اي كل اجزاء الشخص، والمتعلق اي النساء والثياب و...).

تعبد: (كما في ١ و٢/٤٥ تروك الاحرام ولا نفهم ملاكه، وامّا الحذر من ستر الرأس فهو في كليهما).

المسألة ٢٧ : لا يجب استدامة لبس الثوبين، بل يجوز، تبديلهما ونزعهما لازالة الوسخ أو للتطهيرْ، بل الظاهر جواز التجرّد منهما مع الأمن من الناظر، أو كون العورة مستورة بشيء آخر.

المسألة ٢٨ : لا بأس بالزيادة على الثوبين في ابتداء الاحرام، وفي الأثناء للاتّقاء عن البرد والحرّ بل ولو اختياراً.

المسألة ٢٧ : أو للتطهير : أو لايّ داع آخر (لعدم الاعتبار بقاء كما مرّ فيجوز النزع والتجرد اذا أمن النظر، ولا يجوز لبس المخيط، لأصالة عدم وجوب الاستمرار وقد ورد في احرام الحائض التصريح بجواز نزع ما احرمت فيها كما في صحيح ٤٨/٣ الاحرام: «... فاذا كان الليل خلعتها ولبست ثيابها الاخرى» وذكر الليل بإعتبار الظلمة والأمن من النظر بلا خصوصية في الليل).

المسألة ٢٨ : بالزيادة على الثوبين : (كما في صحيحي الحلبي ومعاوية ١ و٣/ ٣٠ الاحرام).

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاجارة

وهي تمليك عمل او منفعة بعوض، ويمكن ان يقال إنّ حقيقتها التسليط على عين للانتفاع بها بعوض، وفيه فصول:

كتاب الاجارة

ويمكن ان يقال: وهو الاظهر في التعريف لكن الانتفاع غاية خارجة عن حقيقة الاجارة وقد ذكر للاشارة الى ان التسليط للافناء كالاكل ليس اجارة، وهو غاية مهمة لكن العوض في مقابل التسليط، ولو لم ينتفع المستأجر لزمه اداء العوض ايضاً وفي اجارة الحر نفسه ايضاً نوع تسليط للمستأجر عليه لكنه اذا كان العمل متعيناً صار التسليط مقيداً بخلاف ما اذا لم يعين العمل فانّ العوض مقابل التسليط وان لم ينتفع المستأجر. (وهذا التعبير هو الموافق للتسخير الوارد في القرآن: ﴿ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً﴾ الزخرف: آية٣٢، المنطبق في الرواية على الاجارة فان التسخير هو التسليط، والمراد من التسليط هو الانشائي منه لا الشرعي ولا الاعتباري العقلائي فإنهما من آثار التسليط الانشائي فلا يرد ايراد غير واحد من المحشين بان التسليط اثر وحكم من احكام الاجارة. ويقرب ما ذكرناه من معناها اللغوي الاصيل وهو المكافاة على الثواب والاجر، واما تمليك عمل او منفعة بعوض المذكور في المتن فليس معناها المطابقي بل يصدق عليها بالحمل الشائع. كما ان ما ذكره البهبهاني(قدس سره): «مبادلة عمل او منفعة بعوض» كذلك، بل لو قال: بادلت هذا العمل او المنفعة بالعوض كان بيعاً لعدم اختصاص البيع بمبادلة العين. واما التعريف بانها معاملة خاصة تستتبع التسليط او التمليك او انّها اضافة خاصة بين العين والمستأجر كما يظهر من عبارات الاستاذ والگلپايگاني والبروجردي(قدس سرهم) فهما تعريف بالجنس البعيد واحالة على المجهول. والخوئي(قدس سره) قوى التعريف الاول في المتن واجاب عن ثلاث اشكالات

(١ ـ فصل)

في أركانها وهي ثلاثة: الأوّل: الايجاب والقبول، ويكفي فيهما كلّ لفظ دالّ على المعنى المذكور، والصريح منه آجرتك أو اكريتك الدار مثلاً، فيقول: قبلت او استأجرت أو استكريت، ويجري فيها المعاطاة كسائر العقود ويجوز أن يكون الايجاب بالقول، والقبول بالفعل، ولا يصحّ أن يقول في الايجاب:

واردة عليه من ان الاجارة تتعلق بالعين مع ان تمليك المنفعة ليس كذلك، وان المنفعة عرض قائم بالمستأجر فكيف يملكها الموجر للمستاجر ومن ان الاجارة قد تحقق فيما ليس في مورده تمليك كما في استيجار ولي الوقف داراً لإحراز الغلّة مثلاً، وفيه ما مرّ من ان التمليك ليس معنىً مطابقياً لمفهوم الاجارة، وردّ التسليط بأن في اجارة الحر نفسه ليس تسليطاً، وفيه ما مر توضيحه).

الايجاب والقبول: الصادران عن جدّ (ولوضوح المطلب تركه اكتفاء بالايجاب والقبول فان غير الجد منهما لا يعد ايجابا ولا قبولاً).

المعاطاة: حتى في اجارة الحر نفسه بالاخذ والعطاء للاجرة او بالشروع في المقدمات أو بالشروع في نفس العمل فيستحق به العقد وبالرتبة التالية يتحقق به الوفاء وان كانا زماناً معاً (فلا يجري اشكال النائيني (قدس سره) والسيد جمال بأن العمل وفاء بالعقد لا نفس العقد. والبحث عن مضمون الحديث: انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ٨/٤ المزارعة و٨/٤ ابواب العقود المستدل به على بطلان المعاطاة، في محله، وحاصله: ان المراد به ان الكلام يوجب التحليل والتحريم لا ان المحلل والمحرم منحصر بالكلام، فهو في مقام بيان انواع افادات الكلام لا في مقام بيان الانحصار المزبور فالظاهر صدق العقد على المعاطاة ايضاً في جميع الابواب، نعم لا تجري المعاطاة في الزواج بالاجماع والسيرة في جميع الاعصار بل الاتكاز على انكار الحصول بالمعاطاة بل يظهر اعتبار العقد بل عقد خاص من روايات الأبواب ١ و٢ عقد النكاح سيما ١/٧ الظاهر في انكار المعاطاة فيه، كما ان الايقاعات لا تجري فيها المعاطاة بنحو الاطلاق لعدم بناء عام عقلائياً فقد تجري كالإبراء وقد لا كالطلاق).

ولا يصح ان يقول: إلّا ان يريد الاجارة مجازاً بالقرينة وكذا الفرع الاتي بلا فرق بينهما اذا اقيمت القرينة (قال الخوئي (قدس سره): ان قلنا: ان الانشاء ايجاد المعنى

بعتك الدار مثلاً، وإن قصد الاجارة، نعم لو قال: بعتك منفعة الدار أو سكنى الدار مثلاً بكذا لا يبعد صحّته إذا قصد الاجارة. الثاني: المتعاقدان ويشترط فيهما البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او سفه او رقّية. الثالث: العوضان، ويشترط فيها أمور: الأوّل: المعلوميّة، وهي في كلّ شيء بحسبه بحيث لا يكون هناك غرر فلو آجره داراً او حماراً من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة بطل، وكذا

باللفظ وان اللفظ آلة لتحقق المعنى في وعاء الاعتبار، فيمكن ان يقال: ان الاليّة لا تتسع دائرتها لكل لفظ ولايّ معنى لكنه قد حققنا في الاصول ان الانشاء كالخبر مبرز لامر نفساني كاعتبار الملكية او التمني مثلاً، كابراز الحكاية في الخبر ولا ايجاد في البين. وفيه: ان ابراز الملكية الاعتبارية ما معناه سوى الايجاد الاعتباري؟ فانه على الفرض ليس حكاية وليس امراً نفسانياً كالجوع والتمني مثلاً. وقال الگلپايگاني (قدس سرّه): لا يمكن انشاء كل عقد بلفظ الآخر على تامل، وفيه: انه ما لم يقيّد الآليّة شرعاً او عقلائياً بلفظ خاص وقامت القرينة على ارادة المقصود لا دليل على المنع وان لم يكن معنى مطابقياً له).

البلوغ: في مال نفسه، واما اجراء العقد باستدعاء الغير فلا دليل على البطلان، وكذا في الاختيار فاذا كان مكرهاً على اجراء الصيغة من طرف المكره فلا دليل على البطلان. وكذا في الحجر لفلس او سفه او رقيّة فلا دليل حتى في العبد على بطلان عقده باستدعاء الغير بلا اذن المولى لعدم تسلط المولى على لسانه بحيث لم يجز له التكلم بلا اذنه (واما حديث عمد الصبي خطأ فهو فيما كان للخطأ حكم كما في الدية لا مطلقاً حتى يكون تكلمه العمدي في الصلاة بحكم الخطأ والسهو).

هناك غرر: في معنى الغرر احتمالات وكأن المراد هنا جهالة معتد بها توجب الخطر، ولا يضر ما يتسامح فيه عند عرف العقلاء في منفعة العين او الاجرة (ويمكن الاستدلال له بحديث ابي الربيع الشامي ١١/٥ المزارعة: «... فايّ وجوه القبالة أحلّ؟ قال يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة...»، فان المراد هو الاجارة وإلاّ فالمزارعة ليس شيء معلوم فيها، فان تقبل الارض فيها بازاء الكسر المشاع. قال الخوئي (قدس سرّه): والسند معتبر على الظاهر لذكر ابي الربيع في اسناد تفسير علي بن ابراهيم وهو قد وثق رجال كتابه وهو اهل خبرة إلاّ فيما ضعّفه غيره، لكنه قد مرّ غير مرّة ان الظاهر من عبارة ابن قولويه ارادة وثاقة المشايخ الذين روى عنهم بلا واسطة، واما الاستدلال ببناء العقلاء على لزوم رعاية تساوي المالية فلابد من

العلم بما يتفاوت المالية بحسبه وعلى ذلك بني خيار الغبن، وقد استدل الخوئي (قدس سره) بذلك، ففيه: انه على ذلك يكفي الخيار ولا يلزم البطلان بل لا يلزم الخيار ايضاً للاقدام كالاقدام على الغبن بل لا نسلّم البناء على رعاية التساوي في صحة المعاملات فان رزق الناس بعضهم بعضاً لا يناسب تلك الرعاية بل في اللزوم ايضاً لا تعتبر إلاّ في الفاحش من التفاوت.

واما الاستدلال بحديث الغرر فمع انه مختص بالبيع ولا سند لحديث الغرر المطلق لا من طريق الخاصة ولا العامة إلاّ الصدوق فقد تفرد بنقل نهي النبي عن الغرر، إلاّ ان يقال: حديث النهي عن بيع الغرر ايضاً وان كان قد ورد في كتبنا وكتب العامة في اكثر صحاحهم لكن جميعها ضعاف والصدوق رواها بأسانيد مختلفة لكن كلها ضعاف، وأما النهي عن الغرر مطلقاً فقد ذكره الشيخ في شركة الخلاف والشهيد (قدس سره) ويمكن استفادته من عموم التعليل في روايات بيع الغرر، فقد روى الصدوق في معاني الاخبار: نهى ﷺ عن المنابذة والملامسة وبيع الحصاة ... هذه بيوع كان اهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول الله ﷺ عنها لانها غرر كلها ١٢/١٣ عقد البيع وشروطه، إلاّ ان يقال: لا نعلم ان الذيل ايضاً من كلام الامام حتى يستفاد من عموم التعليل أو من الراوي. لكن الاظهر استفادة العموم وان لم يكن الذيل من كلام الامام ﷺ اذ لا نحتمل خصوصية في البيع في ذلك دون الاجارة مثلاً وراوي الحديث ايضاً ـ على فرض كون التعليل من كلامه ـ فهم العموم. فالنهي عن بيع الحصاة او المنابذة ليس لاجل الحصاة أو النبذ أو عنوان البيع، بل العرف يفهم انه لكون المعاملة غرراً فإن الجهل الخطري مبغوض شرعاً لإيجابه النزاع والبغضاء، وطرد الصلح من جوامع المسلمين لا انه مبغوض في البيع فقط دون غيره، وقد تمسك الأصحاب بحديث الغرر في البيع فانجبر الضعف ونحن نعمل بعموم التعليل أو تنقيح الملاك عرفاً في هذا الحديث المنجبر ضعفه، هذا ـ. وقد روى العامة ايضاً حديث الغرر معللاً كما في ج١ مسند حنبل ص٣٨٨: «نهى ﷺ عن بيع السمك في الماء لانه غرر» كما رووه غير معلل في مسنده ج١، ص١١٦ و٢٠٢ وج٢، ص١٥٥ و٣٧٦ و٤٣٦ و... وصحيح

لو جعل العوض شيئاً مجهولاً. الثاني: أن يكونا مقدوري التسليم، فلا تصحّ إجارة العبد الآبق، وفي

مسلم ج٣ باب٢ البيوع وبيوع موطأ مالك ج٢، ص٧٥، وسنن ابن ماجة ج٢، باب٢٣ من التجارات، والترمذي ج٢ ،ص٣٤٩ باب ١٧ من البيوع. ولم يعلم معنى الغرر في الحديث هو الخطر أو الخدعة أو الجهالة أو ما له ظاهر يغرّ المشتري أو التعريض للهلكة كما قال الاستاذ(قدس سره) (٣٠٤ ج٣ البيع) إلاّ ان يقال: لا نسلم ذلك فهل ترى المخاطبين في الروايات لم يفهموا من الغرر معنى؟ بل الدقة في معناه بحسب موارد الاستعمالات تعطي ان المراد هو الجهل الموجب للخطر المالي او الخطر الناشي عن الجهل بالمال، كما ان موارد الانطباق في الروايات ايضاً تعطي ذلك المعنى، ويعلم من الروايات ان الغرر امر مهم في نظر الشرع لابد ان يدفع شرّه، وأظن ان ملاك حرمة الربا ايضاً ذلك لكن الغرر في الربا الدارج بين الناس شرقاً وغرباً امر ليس في شيء من موارده الاخر، واما الخدعة فليست لها موضع في موارد الانطباق في الروايات، واما ما له ظاهر يغر المشتري فقد اخذ فيه الغرر أو الغرور، والاول محل الكلام فهو دور والثاني هو الخدعة وقد مرّ، بقى مما ذكر الاستاذ(قدس سره) تبعاً لبعض اهل اللغة، الخطر والجهالة والتعريض للهلكة وقلنا هو الجهل المالي الموجب للخطر والهلاك المالي، فالمعنى معلوم.

وأما الاستدلال لعدم اعتبار العلم بما ورد في قباله الارض بخراجها مثل ١٧/١ المزارعة كما استدل الحكيم (قدس سره) ففيه: ان الخراج فيه جعل على المستأجر بعنوان الشرط، واما الاجرة فهي معينة أي ماتا درهم على ما في الحديث. ومثل ١٧/٣ لكن لا شاهد على ارادة الاجارة فيها. وكذا ١٥/٣ المزارعة لعدم مملوكية الاجرة في الحديث حين القرار، ولجهل السند على فرض الدلالة. وكيف كان لو لم يكن مورد العقد معلوماً اصلاً يلحق بالسفه عند العرف. واستقوى الگلپايگاني(قدس سره) البطلان مع الجهل باحد العوضين وان لم يكن غرر. وكذا الخوئي(قدس سره) ولو كان المراد مطلق الجهل طولب بالدليل فما الدليل على كون مطلق الجهل ولو بدون الغرر مضراً بالاجارة).

مقدوري التسليم: كونهما مقدوري التسليم لطرف المعاملة يكفي فلو لم يكن استيفاء المنفعة للموجر مقدوراً وكان مقدوراً للمستأجر كفى على الاقوى، كما انه اذا وقعت المعاملة على فرض قدرة التسلم كفى على الاقوى، فيقول: آجرتك ان امكن

كفاية ضمّ الضميمة هنا كما في البيع إشكال. الثالث: أن يكونا مملوكين، فلا تصحّ إجارة مال الغير،

لك تسلم المنفعة (لعدم الغرر حينئذ ولان التعليق المضرّ بالاجماع ليس هذا مما كان العقد متوقفاً عليه مثل هي طالق ان كانت زوجتي مع ان في ابطال التعليق بالاجماع اشكالاً لإحتمال المدركية والبحث في محله. وكفاية القدرة على التسلم يستفاد من ٢/١١ عقد البيع ايضاً، يقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم يقدر على العبد... الخ الظاهر في رجوع الضمير الى المشتري، هذا وأما اصل اعتبار القدرة فلحديث الغرر ولعدم اعتبارها معاملة إلاّ اذا كانت القدرة مرجوة، وقيل: لعدم اعتبار الملكية للمنافع غير المقدور عليها، حتى يمكنه التمليك، فان المنافع توجد تدريجاً فاذا لم يكن تحت يده لم يعتبر له الملكية حتى يملكها الغير قاله الخوئي (قدس سره) قال: والامر في الاجارة اوضح من البيع لإمكان اعتبار الملكية في العين غير المقدور بخلاف المنافع المنعدمة آناً فآناً التي ليست تحت يد الشخص فلا تعتبر الملكية بالنسبة اليها. وفيه المنع، فان عرف العقلاء يعتبرون له الملكية ويقولون فلان الغاصب يستفيد من ملك فلان ومن سكنى داره، ولو لم يعتبر لمالكه الملكية لم يعتبر الغصب والضمان، ولذلك ايضاً لا يمنعون اذا كان مقدوراً للطرف المقابل مع انه اذا لم يعتبر للمؤجر مثلاً ملكاً فكيف يمكن تملكها المستاجر؟ نعم، ان لم يكن مقدوراً للموجر ولا للمستاجر كان المعاملة سفهية بل لا يعتبرها العقلاء. وأما اعتبار الملكية فلعله ايضاً باق فيقولون هذا المركب ملك فلان ومنافعه له لكن الغاصب غصبه وحتّى انه لا يرده اصلاً).

اشكال: والكفاية اقوى (لكون المسالة في البيع على وفق القاعدة لا لوجود النص تعبداً وهو ٢/١١ عقد البيع حتى يقال: بانه خلاف القاعدة ويقتصر على مورده، وذلك لان المثمن وان كان ذا جزئين والقاعدة تقسيط الثمن لكن بالشرط يخرج عن ذلك ويصير ذا حالين: ان قدر على العبد كان بالتقسيط وإلاّ كان الكل بازاء الضميمة ولا قدح في امكان ذلك بالشرط ولا يعدّ المعاملة سفهية فإن احتمال القدرة على العبد يجعله عقلائية وفي الاجارة يمكن ذلك بلا منع. والخوئي (قدس سره) منع حتى في البيع في غير مورد النص كالفرس الشارد مثلاً وفيه ما ذكرنا).

مملوكين: أو ما في حكمه كاستيجار الحر لعمل (فإنه قبل الوجود لا يعد مملوكاً).

ولا إجارة بمال الغير إلاّ مع الاجازة من المالك. **الرابع**: أن تكون عين المستأجرة ممّا يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصحّ إجارة الخبز للاكل مثلاً، ولا الحطب للاشعال وهكذا. **الخامس**: أن تكون المنفعة مباحة فلا تصحّ إجارة المساكن لاحراز المحرّمات او الدكاكين لبيعها، او الدوابّ لحملها، او الجارية للغناء، او العبد لكتابة الكفر ونحو ذلك، وتحرم الأجرة عليها. **السادس**: ان تكون العين ممّا يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها، فلا تصحّ إجارة أرض للزراعة إذا لم يمكن إيصال الماء إليها مع عدم إمكان الزراعة بماء السماء او عدم كفايته. **السابع**: أن يتمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة، فلا تصحّ إجارة الحائض لكنس المسجد مثلاً.

المسألة ١: لا تصحّ الاجارة إذا كان الموجر أو المستأجر مكرهاً عليها إلاّ مع الاجازة اللاحقة، بل الاحوط عدم الاكتفاء بها، بل تجديد العقد إذا رضيا، نعم تصحّ مع الاضطرار، كما إذا طلب منه ظالم مالاً فاضطرّ إلى إجارة دار سكناه لذلك، فإنّها تصحّ حينئذ كما انّه إذا اضطرّ إلى بيعها صحّ.

مباحة: (لقصور ادلة صحة العقود ولزومها عن مثل المورد لعدم فائدة في تصحيح العقد ثم الامر بإفناء مورد العقد ولمعتبر جابر الجعفي (لا صابر) ١/٣٩ ما يكتسب به: «يواجر بيته يباع فيها الخمر، قال: حرام اجره» وظاهره الاجارة لذلك وإلاّ فلو لم تكن بقصد ذلك لم يكن منع كما في ٢/٣٩. واما ما قاله النائيني (قدس سره) من عدم اعتبار الملكية لهذه المنفعة فاشتراط الملكية مغن، ففيه: ان الملكية تعتبر في ناحية المحل وموردها قابلية المحل للاستفادة، لا في ناحيه المستأجر واعماله. كما ان الاستدلال بعدم القدرة على التسليم ايضاً غير صحيح فإنه مقدور تكويناً).

السابع: ان يتمكن: (للتهافت عرفاً بين دليل الانفاذ ودليل تحريم المكث، ولا يكفي الشرط الخامس عن ذلك على ماقاله الگلپايگاني والسيد جمال (قدس سرهما)، وفيه: انّ الكنس بنفسه غير محرم بل مقدمته وهو المكث. وقال السيد جمال: لو بذله بشرط امكان حصول المنفعة المستأجرة كان اولى واشمل لشمول مالا يقبل النيابة ولو لإشتغال ذمة العامل، وفيه: ان المراد الحصول الخارجي التكويني او المشروع؟ الاول ممكن، والثاني غير ممكن لاجل التهافت المزبور).

المسألة ١: فإنها تصح: (لان حديث الرفع امتناني ولا يشمل المقام للوقوع في الضرر اشد، ولان الاكراه لم يقع على العقد. ثم ان في سند حديث رفع التسعة أحمد بن محمد بن يحيى ـ شيخ الصدوق (قدس سره) ـ ولم يوثق راجع المعجم وجامع

المسألة ٢: لا تصحّ إجارة المفلس بعد الحجر عليه داره أو عقاره نعم تصحّ إجارته نفسه لعمل أو خدمة، وامّا السفيه فهل هو كذلك؟ اي تصحّ إجارة نفسه للاكتساب مع كونه محجوراً عن إجارة داره

الرواة إلّا ان يستفاد التوثيق من كثرة الرواية وعدم ذكر ضعف فيه، وذكره السيرافي في طريقه الى كتب حسين بن سعيد ولا يبعد ذلك ويؤيده تمسك الأصحاب بحديث التسعة في كتبهم هذا مع ان رفع الاكراه ورد في احاديث معتبرة ايضاً، الباب ١٦ الايمان).

المسألة ٢: داره: اي غير سكناه لإستثناء دار السكنى فلو آجرها متحملاً للمشقة صحت الاجارة، ثم انه محجور عن امواله حين الحجر، وأما ما يوجد بعد الحجر ففيه اشكال.

لعمل أو خدمة: (لعدم شمول دليل الحجر له لعدم عدّ العمل مالاً خارجيّاً له وان كان هو مال لكن لا يعد ملاً خارجاً يشمله دليل الحجر (قال الخوئي (قدس سره): «الظاهر اطباق الفقهاء على عدم عدّه مستطيعاً» لكنه غير معلوم فإنه اذا قلنا بأن المراد من الاستطاعة معناه اللغوي العرفي فهو يستطيع الحج ان لم يكن اجارة نفسه في الطريق حرجاً عليه وقد افتى به بعضهم، نعم الموضوع في المقام ليس عنوان الاستطاعة لاداء الدين بل موضوع الحجر هو المال ولا يعد مالاً قبل الوجود بلا فرق بين الموارد، فلا وجه لتفصيل بعض اهل العصر تبعاً للگلپايگاني (قدس سره) بين العمل في المعيشة الواجبة والزائد عليها والاحتياط في الزائد بأن يكون بإذن الديّان، مع انه لو عدّ مالاً فلا وجه للتفصيل، اذ المحجور ياخذ نفقته من امواله بنظر الحاكم الذي حجره او غير ذلك. وأما ٧/٣ احكام الحجر موثقة السكوني المجوزة لإجارة الدائن بواسطة الغرماء فهي غير مربوطة بالحجر ولم يذكر فيها ذلك ولا تدل على حجره عن اجارة نفسه بل مربوط بالدائن الذي يتمكن بلا حرج من العمل وأداء الدين فتصح حينئذ اجارته نفسه وتجب لأداء الدين وان امتنع يؤجره الغرماء بإذن الحاكم ولو لم يتمكن اصلاً او بلا حرج فلا. لوضوح وجوب انظار المعسر مع انها من حيث نقل سيرة علي عليه السلام معارضة برواية غياث ٧/١ فان الملاك فيها ذكر وجود المال او الافلاس «كان يحبس في الدين فاذا تبيّن له حاجة وافلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالاً» بخلاف ٧/٣ حيث يجعل الدائن تحت اختيار الغرماء، وكيف كان لم يذكر في شيء من الحديثين الحجر وحكمه).

مثلاً أولا؟ وجهان من كونه من التصرفّ المالي وهو محجور، ومن انّه ليس تصرّفاً في ماله الموجود بل هو تحصيل للمال، ولا تعدّ منافعه من أمواله، خصوصاً إذا لم يكن كسوباً، ومن هنا يظهر النظر فيما ذكره بعضهم من حجر السفيهة من تزويج نفسها، بدعوى انّ منفعة البضع مال فإنّه أيضاً محلّ إشكال.

المسألة ٣: لا يجوز للعبد ان يوجر نفسه أو ماله أو مال مولاه إلاّ باذنه، أو إجازته.

المسألة ٤: لابدّ من تعيين العين المستاجرة، فلو آجره احد هذين العبدين أو إحدى هاتين الدارين لم يصحّ ولابدّ ايضاً من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعدّدة نعم تصحّ إجارتها بجميع منافعها مع التعدّد فيكون المستاجر مخيراً بينها.

وجهان: والاظهر عدم الجواز (لكون القصور في نفسه، ولا يلزم عنوان المال اصلاً بخلاف المفلس وقد ورد في الدليل عنوان الامر لا المال: «عن اليتيم متى يجوز امره؟ قال: اذا بلغ ... جاز امره إلاّ ان يكون سفيهاً ...» ٥/ ٢ الحجر، وكذلك ٨/ ٤٤ وصايا).

محل اشكال: اي كون منفعة البضع مالاً، واما حجرها من التزويج فهو منصوص (في صحيحة الفضلاء ١/ ٣ عقد النكاح بتقييد مورد الجواز بغير السفيهة، وكذا ٦/ ٩ وليست بموثقة على ما في غير واحد من الحواشي تبعاً للبروجردي (قدس سره) لعدم توثيق او مدح في علي بن اسماعيل وان كان من المؤلفين وكتب في الامامة كتاباً، وصرف نقل صفوان عنه لا يدل على الوثاقة).

المسألة ٤: لم يصح: فيما يتفاوت الرغبات لا كاحد الكاسين المتساويين، وكذا الامر في تعيين المنفعة (اذا اوجر نظير الكلي في المعين لا ايجار الفرد المردد لعدم وجود المردد واقعاً).

نعم تصح: (لكونه مالكاً بالنسبة الى جميع المنافع المتصورة فيصح الاجارة قاصداً لجميع المنافع خلافاً للحكيم (قدس سره) نظراً الى عدم هذه الملكية الاطلاقية للتضاد في الاستفادة، وفيه: ان التضاد الخارجي لا يسري الى الحكم الوضعي كالملكية كما في الحكم التكليفي، فعدم امكان جمع زيارة الحسين عليه السلام وبيت الله تعالى في ذي حجة مثلاً لا يسري الى الحكم ليرتفع الاستحباب بالنسبة اليهما. وايضاً ان التضاد لو كان مانعاً للملكية ومعلوم عدم امكان الترجيح بلا مرجح، فيلزم ان لا تعتبر الملكية بالنسبة الى شيء منها. واما مسالة الضمان هل هو بالنسبة الى جميع المنافع بالنسبة الى الغاصب أم لا فسيأتي).

المسالة ٥: معلوميّة المنفعة إمّا بتقدير المدّة كسكنى الدار شهراً والخياطة يوماً، او منفعة ركوب الدابّة إلى زمان كذا، وإمّا بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقّته وغلظته، فارسيّة أو رومية، من غير تعرّض للزمان، نعم يلزم تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول: إلى يوم الجمعة مثلاً، وإن أطلق اقتضى التعجيل على الوجه العرفيّ، وفي مثل استيجار الفحل للضراب يعيّن بالمرّة والمرّتين، ولو قدّر المدّة والعمل على وجه التطبيق فإن علم سعة الزمان له صحّ وإن علم عدمها بطل، وإن احتمل الأمران ففيه قولان.

المسالة ٦: إذا استاجر دابّة للحمل عليها لابدّ من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الاغراض باختلافه، وبحسب الوزن ولو بالمشاهدة والتخمين إن ارتفع به الغرر، وكذا بالنسبة إلى الركوب لابدّ من مشاهدة الراكب او وصفه، كما لا بدّ من مشاهدة الدابّة أو وصفها حتّى الذكوريّة والانوثية إن اختلفت الاغراض بحسبهما، والحاصل انّه يعتبر تعيين الحمل والمحمول عليه والراكب والمركوب عليه من كلّ جهة يختلف غرض العقلاء باختلافها.

المسالة ٧: إذا استاجر الدابّة لحرث جريب معلوم فلابدّ من مشاهدة الارض او وصفها على وجه يرتفع الغرر.

المسألة ٥: معلومية المنفعة: الملاك في جميع شقوق المسألة رفع الجهالة الموجبة للغرر، والموارد مختلفة من حيث الرغبات.

شهراً: يريد شهراً معيناً فيما يختلف الرغبات وهكذا الامر في الدار وما بعده.

تعيين الزمان: ان اختلف الرغبات وإلّا فلا يلزم، ويملك المستأجر كلي العمل فيسلّمه الموجر عند المطالبة إلّا ان يكون انصراف عرفي الى التعجيل.

التطبيق: بمعنى الوقوع في تلك المدة، بل وكذا بمعنى تطبيق الشروع والختم عرفاً ان تعلق الغرض به.

قولان: اقواهما الصحة مراعى بالقدرة، ويمكن قطعية الصحة بضم الضميمة (على ما مرّ من ان ضمّ الضميمة في العبد الآبق على القاعدة. وأما الصحة مراعى وفاقاً للخونساري(قدس سره) فلأن الشرط هنا واقعي، فلو كان قادراً واقعاً فالشرط حاصل ولا يلزم حينئذ تقيد العقد، اذ القدرة هنا كالشرط العقلي بمعنى ان ملاك كل عقد معاملي في عرف العقلاء على التعاطي فاذا لم يمكن لم يكن. فالعقد مطلق لكنه منزل على ذلك والادلة في مقام الاثبات ايضاً لا تابى عن شمول ذلك خلافاً لما

المسالة ٨: إذا استأجر دابّة للسفر مسافة لابدّ من بيان زمان السير من ليل أو نهار إلاّ إذا كان هناك عادة متّبعة.

المسالة ٩: إذا كانت الأجرة ممّا يكال او يوزن لابدّ من تعيين كيلها او وزنها ولا تكفي المشاهدة، وإن كانت ممّا يعدّ لابدّ من تعيين عددها، وتكفي المشاهدة فيما يكون اعتباره بها.

المسالة ١٠: ما كان معلوميّته بتقدير المدّة لابدّ من تعيينها شهراً او سنة او نحو ذلك، ولو قال: آجرتك إلى شهر او شهرين بطل، ولو قال: آجرتك كلّ شهر بدرهم مثلاً، ففي صحّته مطلقاً او بطلانه مطلقاً، او صحّته في شهر وبطلانه في الزيادة، فإن سكن فأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة، او الفرق بين التعبير المذكور وبين أن يقول: آجرتك شهراً بدرهم فإن زدت فبحسابه، بالبطلان في الاوّل والصحّة في شهر في الثاني أقوال: أقواها الثاني وذلك لعدم تعيين المدّة الموجب لجهالة الأجرة، جهالة المنفعة ايضاً، من غير فرق بين أن يعيّن المبدأ اولا، بل على فرض عدم تعيين المبدء يلزم جهالة أخرى إلاّ ان يقال: إنّه

يستفاد من بعض كلمات الخوئي (قدس سره).

المسالة ٨: عادة متبعة: اولم تختلف الاغراض.

المسالة ١٠: اقوال: اقواها الصحة اذا كان المبدء معلوماً وكان المراد تعيين المدة بعمل المستأجر فيما بعد ولم يختلف الرغبات من حيث تعين الآخر من اول العقد (اذ الغرر بمعنى الغرور او الخدعة او الخطر منتفية ولا نستفيد من حديث ابي الربيع الشافي ٥/ ١١ المزارعة ـ وابو الربيع لم يوثق ـ امراً تعبدياً من حيث لزوم المعلومية ولو بلا غرر في الجهل بل التعبد في هذه المسائل بعيد مع ان لفظ الحديث هو القبالة: «عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فأي وجوه القبالة احلّ؟ قال: يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسمّاة...» فلا يتعين ارادة الاجارة ويقابل الحديث حديث داود ١/ ١٧ المزارعة: «في الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها ويعطيه ماتي درهم في السنة قال: لا بأس».

هذه على ارادة الاجارة في العقد وأما الجعالة على فرض تصورها في المقام وكذا الاباحة بعوض فلا اشكال. وما ذكرنا هو الرائج عند الناس المتشرعة وغيرهم في كراء بيوت الفنادق وهي اجارة عندهم، يقولون قدر الكراء كل ساعة بكذا وكذا في استيجار الباصات والتاكسي، نعم اذا اختلفت الرغبات في تعيين المدة اولاً وآخراً

حينئذ ينصرف إلى المتّصل بالعقد، هذا إذا كان بعنوان الاجارة، وأمّا إذا كان بعنوان الجعالة فلا مانع منه، لأنّه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة، وكذا إذا كان بعنوان الإباحة بالعوض.

بحيث لم يتسامح فيه لزم التعيين لدفع الغرر خلافاً، للمتن والمحشين ووفاقاً للميلاني (قدّس سرّه) مشافهة ولبعض القدماء من ابن زهرة وابن الجنيد والشيخ في بعض كتبه. والظاهر ان تعيين قدر خاصّ وجعل الزائد بصيغة الشرط ايضاً يرجع الى سائر التعابير في العرف فان المراد من هذا التعبير ليس الشرط الاصطلاحي عند العرف بل المراد تعيين حدّ اقل واحتمال الزيادة وكلاهما في ناحية العوضين، وليس هذا التعبير دخيلاً في اصل الصيغة، ولعل صحيح داود ١/١٧ المزارعة شاهد الصحة بناء على ارادة الاجارة فانه في الجهل بالعوض كما أن مثل صحيح الشمالي ١/٨ الاجارة: اكتريتها منك الى مكان كذا. فان جاوزته فلك كذا...، في الجهل بالمعوّض ايضاً شاهد لما ذكرنا من الصحة).

الجعالة: بأن يجعل منفعة الدار لمن اعطاه كذا، واما جعل المستأجر على نفسه لمن اسكنه كل شهر كذا فهو خلاف المعهود من اجراء الصيغة من كون الايجاب من طرف الموجر، كما ان جعل المالك لنفسه على من سكن داره كذا ايضاً خلاف المعهود من الجعالة وان كان لا يبعد شمول ادلة الجعالة له ايضاً ملاكاً (ويستفاد من خبر اسحاق بن عمار ايضاً في جعالة الحمام ٣/٢٨ الاجارة لكن التعبير في ٢/٢٨ هو الاجر لا الجعل. لكن مفروض المسالة لا ينطبق بالمطابقة على شيء من هذه الصور للفرق الواضح بين مفهوم الاجارة والجعالة فان الجعالة مفهومها المطابقي الاصطلاحي هو التزام شيء على العهدة قبال العمل بخلاف الاجارة، نعم يمكن تطبيقها على المورد لو التفت المؤجر أو المستأجر الى الالتزام اللازم للاجارة بعنوان الانشاء المستقل لا حكم الاجارة. واستند الگلپايگاني بخبر السكوني ولم اجده وكأنه خبر اسحاق بن عمار).

الاباحة بعوض: (اذ للمالك تخصيص اذنه بدفع قدر من المال فلا يحتاج الى عقد معاملي فلا وجه لإيراد النائيني (قدّس سرّه) «ما لم يكن بعقد صحيح لم يكن الضمان بالمسمى بل باجرة المثل» مع امكان تحقق العقد ايضاً بذلك لفظاً أو معاطاة فيبيح له التصرف بازاء هذا المال فهو عقد مستقل يشمله أوفوا بالعقود).

المسألة ١١ : إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسيّاً أي بدرز فلك درهم، وإن كان خطّته روميّاً أي بدرزين فلك درهمان، فإن كان بعنوان الاجارة بطل لما مرّ من الجهالة وإن كان بعنوان الجعالة كما هو ظاهر العبارة صحّ، وكذا الحال إذا قال: إن عملت العمل الفلانيّ في هذا اليوم فلك درهمان، وإن عملته

المسألة ١١ : بطل لما مر: بل هو صحيح لعدم الغرر، والجهل بنفسه لا يضرّ كما مرّ، كما ان الابهام ايضاً لا دليل على ابطاله فهو عقد تعلق الانشاء بأحد طرفي الفعل مما يختاره القابل، واختياره العملي قبول (ولعل مثل ١/٨ الاجارة صحيح أبي حمزة الثمالي ايضاً من هذا القبيل، وما يقال: من عدم مساعدة العرف لهذا المبهم كما قال الگلپايگاني (قدس سره) فيه: ان العرف يفعل كذلك شائعاً فراجع، وما قاله الخوئي (قدس سره) من انه اما اجارة أو اجارتان، فعلى الثاني فهما باطلان لعدم امكان الجمع فلا قدرة، والاول ايضاً باطل لعدم وجود المردد، واحدهما المعلوم عند الله تعالى ايضاً لا يفيد لكونه جهلاً ولو لم يكن غرراً، ولإمكان عدم العمل اصلاً فلا واقع له، فيه ان ذلك عقد ولو لم يعمل لم يكن قبول فلا يتحقق عقد حينئذ كما في المعاطاة اذا لم يقبل الآخر في العمل لم يكن قرار، فالعقد على احدهما المردد فعلاً المعلوم لهما بعد قبول الطرف، وقد مر عدم مانعية الجهل بعنوانه، وما قاله الحكيم (قدس سره) من ان العمل لابد ان يكون بعنوان الوفاء فيُلزم الطرف بإيجاده وفاءً بالعقد والانتخاب بالعمل ليس بعنوان الوفاء بل انتخاب مربوط بأصل العقد، فيه: ان المعاطاة ايضاً كثيراً ما تكون كذلك على ما مرّ مع ان الوفاء ليس منحصراً بالابتداء بل يجري في الاستدامة ايضاً.

وقال الخوئي (قدس سره): يمكن تصحيح المقام من جهة انه دائر بين الاقل والاكثر لا المتباينين، فالعقد وقع على الاقل ويشترط انه ان زاد فله زائد أو نقول وقع على الاكثر ويشترط نقص الاجرة ان كان كذا وحينئذ يكون اجارة كما هو الظاهر من العبارة لا الجعالة، وفيه: ان المتفاهم العرفي من امثال العبارة في امثال هذه المعاملات ليس الاشتراط بل ما يقع بعنوان الاشتراط ايضاً يكون من الترديد في العقد، وكيف كان: فالحكم في المسألة هو الصحة اجارة وفاقاً للبروجردي (قدس سره) وبعض آخر).

بعنوان الجعالة: ان كان الاشكال ان العقد على المردد لا معنى له لعدم وجوده، فلا وجه للفرق بين الاجارة والجعالة.

في الغد فلك درهم، والقول بالصحّة إجارةً في الفرضين ضعيف، وأضعف منه القول بالفرق بينهما بالصحّة في الثاني دون الاوّل، وعلى ماذكرناه من البطلان فعلى تقدير العمل يستحق أجرة المثل وكذا في المسالة السابقة إذا سكن الدار شهراً أو اقلّ أو أكثر.

المسالة ١٢ : إذا استاجره او دابّته ليحمله أو يحمل متاعه إلى مكان معيّن في وقت معيّن بأجرة معيّنة، كان استأجر منه دابّة لايصاله إلى كربلاء قبل ليلة النصف من شعبان ولم يوصله، فإن كان ذلك لعدم سعة الوقت وعدم إمكان الإيصال فالإجارة باطلة وإن كان الزمان واسعاً ومع هذا قصّر ولم يوصله

اجرة المثل: (قال الخوئي (قدس سره) ان لم تكن اكثر من اجرة المسمى، والاّ فبإقدامه لا يستحق اكثر من المسمى إلاّ ان يكون الاجرة عيناً شخصية فاخذها وأتلفها، فحينئذ يكون الضمان بالاكثر على الآخذ الاجرة، وفيه: ان الاقدام كان في العقد الصحيح فإذا علم البطلان صار ذلك الاقدام هباء فالاقدام مشروط لا مطلق سيما اذا انكشف الغبن وهو قد اعترف بمورد الغبن على ان الاقدام فيه ايضاً ثابت ونسلّم الشرط الارتكازي على عدم الغبن لكنه في العقد فاذا بطل العقد بطل الشرط. واستشكل الخونساري (قدس سره) بانه اذا كان الداعي الى العمل اعتقاده لزوم ذلك مع عدم اللزوم واقعاً يشكل اجرة المثل، وفيه: ان العمل كان بحسب القرار وإلاّ لم يكن يعمل والعمل محترم).

المسالة ١٢ : فالاجارة باطلة: ان كان التقيد بذلك الزمان على وجه العنوانية أو التقييد، وإلاّ فالاجارة صحيحة وله حكم خيار الشرط وهذا كما يجري في الوقت يجري في المكان، فلو اخذ المكان على نحو العنوان أو القيد فلا يستحق شيئاً اذا لم يمكنه الايصال اصلاً لاي جهة ولو لتعب الدابة أو خراب السيّارة، وما في بعض الروايات من الحكم بالتقسيط بالمسافة كلاً مع ظهور التقيد إما حكم اخلاقي يراد به المصالحة كما في آخر الحديث أو فيما كان المتعارف هو التقسيط بمنزلة الشرط الارتكازي كما لا يبعد في المسافات عرفاً (الصحة وحق الفسخ لاشتراط الالتزام بالاجارة بذلك الالتزام، والظاهر ان حكمه ليس خصوص حق الفسخ بل هو أو الرضا بأخذ التفاوت لتفاوت الرغبات في ذلك لكن القوم تسالموا لظاهراً هنا على عدم حق التفاوت نظراً الى ان التقيد يفيد عدم الالزام بالقبول ولكن لا يوجب استحقاق التفاوت، فالاحوط هنا ان يكون اخذ التفاوت برضى الطرفين. وكيف كان:

فإن كان ذلك على وجه العنوانيّة والتقييد لم يستحقّ شيئاً من الأجرة، لعدم العمل بمقتضى الإجارة اصلاً، نظير ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة فاشتبه وصام يوم السبت، وإن كان ذلك على وجه الشرطيّة بان يكون متعلّق الاجارة الايصال إلى كربلاء، ولكن اشترط عليه الايصال في ذلك الوقت فالإجارة صحيحة، والأجرة المعيّنة لازمة، لكن له خيار الفسخ من جهة تخلّف الشرط، ومعه يرجع إلى أجرة المثل، ولو قال: وإن لم توصلني في وقت كذا فالأجرة كذا اقلّ ممّا عيّن اوّلاً، فهذا ايضاً قسمان، قد يكون ذلك بحيث يكون كلتا الصورتين من الايصال في ذلك الوقت وعدم الإيصال فيه مورداً للاجارة فيرجع إلى قوله: آجرتك بأجرة كذا إن أوصلتك في الوقت الفلانيّ، وبأجرة كذا إن لم أوصلك في ذلك الوقت، وهذا باطل للجهالة نظير ما ذكر في المسالة السابقة من البطلان إن قال: إن عملت في هذا اليوم فلك درهمان الخ، وقد يكون مورد الاجارة هو الإيصال في ذلك الوقت، ويشترط عليه أن ينقص من الأجرة كذا على

فحكم الگلپايگاني (قدس سره) بلغوية الشرط حينئذ فقط ليس بصحيح فان الشرط وان لم يكن مقدوراً حينئذ لكن الالتزام الاصلي مقيد به فلا اقل من ايجابه حق الفسخ، كما انه قد ظهر امكان التقيد في ذلك اذ القيدية أو العنوانية فيما يكون مقوماً واقعياً أو في نظر طرف المعاملة لاجل اغراض خاصة شخصية، فليس بصرف التعبير كما ليس واقعياً في نفسه بل يمكن بالقرار ايضاً لتفاوت الرغبات. واما التقسيط في المسافة فلما ذكرنا).

شيئاً من الاجرة: الظاهر انه يضمن للمستأجر قيمة المثل لعمله ويأخذ الاجرة المسماة (وفاقاً للخوئي (قدس سره) لتمامية العقد حينئذ ولا نسلم ان مقتضى كل معاملة هو التعاطي فاذا لم يسلم الطرف فهذا الطرف ايضاً لا يسلم فقط كما كان يقوله الاستاذ سابقاً بل مقتضى العقد هو ملكية كل طرف لما انتقل اليه، وعمل العرف بعدم تسليم الطرف ايضاً مبني على المتعارف المعمول من عدم تفاوت المسمى والمثل واما مع الاختلاف سيما الفاحش بواسطة تغيير الشرائط في المحيط فوراً فلا نسلم ان عملهم عليه).

خيار الفسخ: ولو لم يفسخ فالظاهر ان له حق اخذ التفاوت لتقيد الالتزام وتفاوت القيم بالرغبات.

باطل للجهالة: وقد مرت الصحة.

هو الايصال في ذلك الوقت: (هذا بظاهر عبارته في المسالة لا يلائم المقسم، فان هذا المورد قسم لقوله: ولو قال الخ وهو بمنزلة القسم لقوله: وان كان ذلك على

فرض عدم الايصال والظاهر الصحّة في هذه الصورة لعموم المؤمنون وغيره، مضافاً إلى صحيحة محمّد الحلبيّ ولو قال: إن لم توصلني فلا أجرة لك، فإن كان على وجه الشرطيّة بان يكون متعلّق الإجارة هو الإيصال الكذائيّ فقطّ واشترط عليه عدم الأجرة على تقدير المخالفة صحّ، ويكون الشرط المذكور مؤكّدا لمقتضى العقد وإن كان على وجه القيديّة بان جعل كلتا الصورتين مورداً للاجارة إلّا انّ في الصورة الثانية بلا أجرة يكون باطلا، ولعلّ هذه الصورة مراد المشهور القائلين بالبطلان دون الأولى، حيث قالوا: ولو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله لم يجز.

وجه الشرطية كما ان مورد صحيحة الحلبي ايضاً ليس ذلك بل مورد الاجارة هو الايصال والزمان المعين اخذ شرطاً. وكيف كان فان كان مورد الاجارة هو الايصال في ذلك الوقت فقد مرّ انه يمكن على نحو التقييد وكذا على نحو الاشتراط ولو كان على نحو الاشتراط فيمكن على نحو اشتراط نقص الاجرة ايضاً ولا بأس به، وليس هذا خلافاً لمقتضى عقد تلك الاجارة كما قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) فان مقتضى العقد حينئذ تملك تلك المنفعة بالاجرة وقد حصل، واما قدر الاجرة كشرط نقصه أو زيادته فلا.

مراد المشهور: الظاهر ان مراد المشهور عين منطوق الصحيحة وهو كون مورد الاجارة الايصال الى ذلك المكان وجعل الزمان الخاص شرطاً فحكم في الصحيحة بالبطلان اذا اشترط عدم الاجرة، ولا بأس بالعمل به لصحة الخبر وعمل المشهور، ويمكن كون هذا الحكم على طبق القاعدة نظراً الى ان الاجارة بلا اجر ليس اجارة عرفاً اي شرط على خلاف مقتضى العقد كما قال بعض فقهاء العصر، ولا يراد ان الحكم حينئذ بطلان الشرط ولزوم تسلم شيء من الاجرة بل الشرط صحيح ولا يطالب المستاجر بشيء حينئذ لكن ليس اجارة حينئذ بل هو قرار مستقل فهو باطل اجارة لا كلاً (فالظاهر كون الاجارة باطلة ولا يستحق شيئاً من الاجر بالقرار في هذا العقد الخاص أو تقول بإقدام نفسه، ولا نسلم عدم شمول ادلة الوفاء بالعقود لمثل هذا الذي وقع بلفظ الاجارة، ففيها جهتان: اصل كونه قراراً، وكونه اجارة، فتامل. إلّا ان يقال: في امثال هذه الموارد وان كان فيها جهتان: اصل القرار وكونه اجارة، لكن لو بنى على الابطال اجارة والصحة قراراً عاماً لزم لغوية ادلة شروط العقود الخاصة فتامل جيداً فانّ المقام من مزالّ الاقدام).

المسألة ١٣ : إذا استأجر منه دابّة لزيارة النصف من شعبان مثلاً ولكن لم يشترط على الموجر ذلك؛ ولم يكن على وجه العنوانيّة أيضاً واتّفق انه لم يوصله لم يكن له خيار الفسخ، وعليه تمام المسمّى من الأجرة، وإن لم يوصله إلى كربلاء اصلا سقط من المسمّى بحساب ما بقي، واستحقّ بمقدار ما مضى، والفرق بين هذه المسالة وما مرّ في المسالة السابقة انّ الايصال هنا غرض وداع، وفيما مرّ قيد او شرط.

(٢ ـ فصل)

الإجارة من العقود اللازمة لا تنفسخ إلّا بالتقايل أو شرط الخيار لاحدهما او كليهما إذا اختار الفسخ، نعم الاجارة المعاطاتيّة جايزة يجوز لكلّ منهما الفسخ مالم تلزم بتصرّفهما او تصرّف احدهما فيما انتقل إليه.

المسألة ١٣ : وان لم يوصله الى كربلاء اصلاً: ولم يؤخذ المكان عنواناً أو قيداً وإلّا فلا يستحق شيئاً.

سقط من المسمى: ان لم يكن عدم الايصال بإختيار من الموجر بل لخراب السيارة مثلاً وإلّا فالمستاجر مطالب باجرة مثل الباقي ويدفع الى الموجر قسط اجرة المسمى بالنسبة الى ما مضى.

(فصل ٢)

أو كليهما: أو لاجنبي، وكذا بحصول سبب الخيار من الغبن أو تخلف الشرط مثلاً.

جائزة: بل لازمة على الاقوى، ولا ينبغي ترك الاحتياط، وعلى القول بالجواز يحصل اللزوم بالتصرف المتلف وهذا يحصل بمضي قدر من الزمان ولو قليلاً يمكن للمستأجر الانتفاع (قال الخوئي (قدس سره) وهذا في اغلب الاجارات بخلاف مثل اجارة الثوب للبسه لعدم التغير، وفيه: ان اتلاف المنفعة بحسب الزمان يحصل في جميع الموارد بلا فرق، فالحق اطلاق اللزوم كما قال البروجردي (قدس سره) لا في الاغلب كما يقول الخوئي والنجفي (قدس سرهما) فلو باع الموجر متعلق الاجارة حينئذ انتقل الى المشتري مسلوب المنفعة بمقدار زمن الاجارة. ثم ان الحق لزوم المعاطاة في جميع العقود إلّا ما خرج بالدليل كالنكاح على الاظهر، للسيرة من العقلاء وشمول كريمة: (اوفوا) وسائر ادلة العقود الخاصة ومفهوم ادلة الخيارات بعد صدق العنوان، ولا نسلم اجماعاً كاشفاً على الجواز بل لو بنى على ظواهر عباراتهم لزم القول بالاباحة وهو خلاف الانشاء والمنشأ بلا ريب).

بتصرفهما: تصرفاً متلفاً أو مغيراً او دالاً على الرضا (في مورد الدلالة على الرضا

المسألة ١: يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدّة الاجارة، ولا تنفسخ الاجارة به فتنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدّة الاجارة، نعم للمشتري مع جهله بالاجارة خيار فسخ البيع، لانّ نقص المنفعة عيب، ولكن ليس كسائر العيوب مما يكون المشتري معه مخيّراً بين الردّ والارش فليس له ان لا يفسخ ويطالب بالارش فإن العيب الموجب للارش ما كان نقصاً في الشيء في حدّ نفسه، مثل العمى والعرج، وكونه مقطوع اليد، أو نحو ذلك، لا مثل المقام الذي العين في حدّ نفسها لا عيب فيها، وأمّا لو علم المشتري انّها مستأجرة ومع ذلك أقدم على الشراء فليس له الفسخ أيضاً، نعم لو اعتقد كون مدّة الاجارة كذا مقداراً فبان أنّها أزيد له الخيار أيضاً، ولو فسخ المستأجر الاجارة رجعت المنفعة في بقيّة المدّة إلى البائع لا الى المشتري، نعم لو اعتقد البايع والمشتري بقاء مدّة الاجارة وانّ العين مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا وتبيّن انّ المدّة منقضية فهل منفعة تلك المدّة للبايع حيث إنّه كانّه شرط كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا، او للمشتري لانّها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير او بالاستثناء، والمفروض عدمها وجهان، والاقوى الثاني نعم لو شرطا كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدّة كان لما ذكر وجه ثمّ بناء على ما هو الاقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري فهل للبايع الخيار اولا وجهان، لا يخلو أوّلهما من قوّة خصوصاً إذا أوجب ذلك له الغبن هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر، امّا لو بيعت عليه ففي انفساخ الاجارة وجهان، أقواهما العدم ويتفرّع على ذلك امور: منها اجتماع الثمن والأجرة عليه حينئذ، ومنها بقاء ملكه للمنفعة في مدّة تلك الاجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الاجارة، ومنها إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدّة لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين، وإن كانت ممّا لا ترث الزوجة منه، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ

الحكم معلوم وفي الاوليين ببناء العقلاء على ذلك فيما لم يسلم مورد التعامل).

المسألة ١: لا عيب فيها: وحينئذ فلا موجب لخيار العيب فلابد ان يبتني الخيار هنا على الشرط الارتكازي باستتباع العين جميع المنافع.

والاقوى الثاني: بل الاول فان العقد على العين مسلوبة المنفعة فهو كالشرط، ولا مجال حينئذ للبحث عن خيار البايع.

اقواهما العدم: بل احتمال الانفساخ مرهون جداً (خلافاً للگلپايگاني (قدس سره) فانه استشكل في امكان اعتبار الاضافة المعتبرة بين العين والمستأجر، بينها وبين المالك، وكذا في صحة اعتبار ملك المنفعة استقلالاً لمالك العين، ولعله ظاهر الاستاذ ايضاً لقوله بتبعية النماء للعين، وفيه: ان الاجارة فككت المنفعة عن العين اعتباراً).

بمجرّد البيع، ومنها رجوع المشتري بالاجرة لو تلف العين بعد قبضها وقبل انقضاء مدّة الاجارة، فإنّ تعذّر استيفاء المنفعة يكشفُ عن بطلان الاجارة، ويوجب الرجوع بالعوض وإن كان تلف العين عليه.

المسألة ٢: لو وقع البيع والاجارة في زمان واحد كما لو باع العين مالكها على شخص وآجرها وكيله على شخص آخر واتّفق وقوعهما في زمان واحد فهل يصحّان معاً، ويملكها المشتري مسلوبة المنفعة، كما لو سبقت الاجارة، أو يبطلان معاً للتزاحم في ملكيّة المنفعة، أو يبطلان معاً بالنسبة إلى تمليك المنفعة فيصحّ البيع على أنّها مسلوبة المنفعة تلك المدّة، فتبقى المنفعة على ملك البايع وجوه، اقواها الاوّل لعدم التزاحم، فإنّ البايع لا يملك المنفعة، وإنّما يملك العين، وملكيّة العين توجب ملكيّة المنفعة للتبعيّة وهي متأخّرة عن الاجارة.

المسألة ٣: لا تبطل الاجارة بموت الموجر ولا بموت المستاجر على الاقوى، نعم في إجارة العين

المشتري بالاجرة: أي من حين تلف العين، كما انه على الانفساخ يرجع اليه بها من حين البيع.

المسألة ٢: اقواها الاول: بل الثالث للتزاحم في تمليك المنفعة لوقوع البيع والاجارة في زمان واحد فالعين ينتقل الى المشتري مسلوب المنفعة وله حق الفسخ ولا اثر للتقدم الرتبي مع ان تقدم ملكية العين على المنفعة بملاك التبعية لا يستلزم تقدم الاجارة على المنفعة رتبة بصرف كون البيع والاجارة في رتبة واحدة على ما قال بعضهم، مع ان الحكم بوحدة رتبة البيع والاجارة ايضاً محل اشكال لعدم ملاك في ذلك، نعم لا تفاوت بينهما في الرتبة فانهما اعتبرتا من المالك ووكيله بلا تفاوت، واما الوحدة في الرتبة الواقعية أي بملاك العلية مثلا فلا.

المسألة ٣: على الاقوى: (لعدم وجه لذلك بعد حصول الانتقال، واما خبر ابراهيم بن محمد ١/ ٢٥ الإجاره: «... ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة، فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه او شيئاً منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء اللّه» وقد استدل به على البطلان بموت الموجر ففيه الاجمال، فهل المراد من قوله ﷺ: فلورثتها تلك الاجارة، هل الانفساخ من حين الموت وان امر الاجارة كلاً باختيار الورثة يواجروا أو لا؟ أو المراد انتقال الامر من المورث الى الورثة واستحقاقهم الاجرة؟ وعلى الثاني فالخبر دال على اللزوم ولعله اظهر، مع ان في السند ضعفاً بكلا طريقيه بأحمد بن اسحاق الابهري

الموقوفة إذا آجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى البطن اللاحق، لانّ الملكيّة محدودة، ومثله ما لو كانت المنفعة موصى بها للموجر ما دام حيّاً، بخلاف ما إذا كان الموجر هو المتولّي للوقف وآجر لمصلحة البطون الى مدة، فانها لا تبطل بموته ولا بموت البطن الموجود حال الاجارة، وكذا تبطل اذا آجرنفسه للعمل بنفسه من خدمة أو غيرها، فإنّه إذا مات لا يبقى محلّ للاجارة، وكذا إذا مات المستاجر الذي هو محلّ العمل من خدمة، او عمل آخر متعلّق به بنفسه، ولو جعل العمل في ذمّته لا تبطل الاجارة بموته، بل يستوفى من تركته، وكذا بالنسبة إلى المستاجر إذا لم يكن محلّ للعمل، بل كان مالكاً له على الموجر، كما إذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له، فإنّه إذا مات تنتقل إلى وارثه، فهم يملكون عليه ذلك العمل، وإذا آجر الدار واشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته، ويكون للموجر خيار الفسخ نعم إذا اعتبر سكناه على وجه القيديّة تبطل بموته.

وابراهيم بن محمد الهمداني. وكيف كان، فلا نحتاج اليه ولا يضرّنا).

تبطل بموته: بل تقع فضولياً.

لا تبطل بموته: (فان ذلك مقتضى الولاية ورعاية المصلحة والاحسان، والاّ لم يكن اطمينان عرفي بالقرارات وهذا امر عرفي في جميع قرارات الدول والمتولين إلاّ اذا لم يكن ما رآه مصلحة وقد اشتبه عليه الامر، واما موت البطن الموجود فالظاهر عدم وجه للبطلان اصلاً اذا كان المتولي متولياً على البطون مادام العمر، خلافاً للگلپايگاني(قدّس سرّه) حيث تأمل في كلا الفرعين من موت الموجر والبطن الموجود).

آجر نفسه: الظاهر اختصاص البطلان بما اذا انكشف عدم القدرة من الاول كما اذا كانت الاجارة مقيدة بزمان وقع الموت فيه أو قبله أو وقع الموت قبل مضي زمان يحتاج اليه للعمل بالقرار بخلاف ما اذا كان الزمان متسعاً ولم يعمل الموجر بسوء اختياره فان الاجارة حينئذ صحيحة يؤخذ اجرة مثل العمل من تركته كسائر الديون.

في ذمته: اي بلا تقيد بالمباشرة.

للموجر خيار: ان تخلف الورثة بخلاف ما اذا سكن عائلة المتوفى الذين كانوا معه ايام حياته، إلاّ اذا كان الاشتراط بمعنى كونهم تحت ادارته شخصاً (والظاهر عدم وجه للبطلان عند تخلف الشرط على ما قال الاستاذ(قدّس سرّه) اذ تخلف الشرط يوجب الخيار فقط. ولعل نظره(قدّس سرّه) الى ما قاله البروجردي(قدّس سرّه) من عدم ملكية الورثة حينئذ للمنفعة فالاجارة باطلة، وعلى الصحة لا وجه للخيار لعدم توجه شيء يجبر

المسالة ٤: إذا آجر الوليّ او الوصيّ الصبيّ المولّى عليه مدّة تزيد على زمان بلوغه ورشده بطلت في المتيقّن بلوغه فيه، بمعنى أنّها موقوفة على إجازته وصحّت واقعاً وظاهراً بالنسبة إلى المتيقّن صغره، وظاهرا بالنسبة إلى المحتمل، فإذا بلغ، له ان يفسخ على الاقوى، اي لا يجيز، خلافاً لبعضهم فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها في محلّها في وقت لم يعلم لها مناف، وهو كما ترى، نعم لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعاة إجارته مدّة زائدة على زمان البلوغ بحيث يكون إجارته أقلّ من تلك المدّة خلاف مصلحته تكون لازمة ليس له فسخها بعد بلوغه، وكذا الكلام في إجارة املاكه.

المسالة ٥: إذا آجرت امراة نفسها للخدمة مدّة معيّنة فتزوّجت قبل انقضائها لم تبطل الاجارة، وإن كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج.

المسالة ٦: إذا آجر عبده او امته للخدمة ثمّ اعتقه لا تبطل الاجارة بالعتق. وليس له الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقيّة المدّة لانّه كان مالكاً لمنافعه ابداً وقد استوفاها بالنسبة إلى تلك المدّة، فدعوى انّه فوّت على العبد ما كان له حال حرّيته كما ترى، نعم يبقى الكلام في نفقته في بقيّة المدّة إن لم يكن شرط كونها على المستاجر، وفي المسالة وجوه: احدها: كونها على المولى لانّه حيث استوفى بالاجارة منافعه فكانّه باق على ملكه. الثاني: انّه في كسبه إن امكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة، وإن لم يمكن فمن بيت المال، وإن لم يكن فعلى المسلمين كفاية. الثالث: انّه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة ففي كسبه وإن كان منافياً للخدمة. الرابع: انّه من كسبه، ويتعلّق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمّته. الخامس انّه من بيت المال من الاوّل، ولا يبعد قوّة الوجه الاوّل.

بالخيار، وفيه: ان الملكية مطلقة واستفادته بنفسه شرط وتخلفه يوجب الخيار).

المسالة ٤: تكون لازمة: قول البعض ليس غير ذلك لكنه في اجارة النفس غير صحيح لعدم اطلاق في ادلة الولاية بالنسبة الى النفس يشمل زمان البلوغ، وان كان ممكناً في حد نفسه فيقع فضولياً حتى يجيز البالغ. نعم لا اشكال في اجارة املاكه لعدم قيد في متعلق الولاية زماناً اذا كان مالاً والبلوغ غاية الولاية لا قيد متعلقها (وبما ذكرنا يظهر الاشكال في تقوية الگلپايگاني (قدس سره) نظر البعض في اجارة النفس، واما الاستدلال بآية ﴿فادفعوا اليهم اموالهم﴾ ففيه: انه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية).

المسالة ٦: ان لم يكن شرط: وكانت الاجارة مستوعبة جميع اوقات عمله بحيث لم يكن له فراغ يعمل لنفقة نفسه.

قوة الوجه الاول: بل الثاني بمعنى انه ان لم يكن فراغ يعمل لنفقة نفسه ففي

المسالة ٧: إذا وجد المستأجر في العين المستاجرة عيباً سابقاً على العقد وكان جاهلاً به فإن كان مما تنقص به المنفعة فلا إشكال في ثبوت الخيار له بين الفسخ والابقاء، والظاهر عدم جواز مطالبته الارش فله الفسخ أو الرضا بها مجّاناً نعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار فالظاهر تقسيط الأجرة

كسبه، وتنفسخ الاجارة بحسب تلك المدة لظهور عدم القدرة وللمستأجر الرجوع لاخذ ما بازائه من الاجرة أو الفسخ ان تفاوتت الرغبة بحسب وحدة العامل وتعدده.

المسالة ٧: الارش: بل الظاهر ثبوته فانه على القاعدة لا التعبد حتى يختص بمورد النص اي البيع (ولعل الظاهر بحسب بناء العرف ان الثمن بازاء الذات والوصف ايضاً لا ان الوصف يوجب زيادة الرغبة فقط والثمن بازاء الذات فقط على ما هو المعروف وصرح به الخوئي(قدس سره) إلّا ان يقال: ذلك يوجب البطلان في البعض فالارش امر آخر غير تقابل جزء الثمن والمثمن، ودليله البناء وعدم الردع بل الامضاء في البيع مع الغاء الخصوصية وهو التفاوت بالنسبة الى الثمن تقسيطاً اذا كان المبيع أو مورد الاجارة هو العين الشخصية. ولم نجد في روايات خيار العيب تصريحاً بانه التفاوت بحسب السوق لا الثمن، وأما تصريح الامام عليه السلام في دليل خيار العيب بان للمشتري حق اخذ قيمة الثوب فلعله في المعاملة على الكلي اذا لم يوجد الصحيح أو فيما لم يتفاوت قيمة السوق مع القيمة المعاملية).

تقسيط الاجرة: (ويمكن ان يقال: الارش ايضاً من التقسيط لا كما قاله الخوئي(قدس سره) من تسلّم الفرق ولكن خراب بعض بيوت الدار ايضاً كثيراً ما يكون من موارد الارش لا التقسيط نظراً الى انه في الغالب مما يزيد في الرغبة لكن المعاملة على مسمى الدار. وعلى ما ذكرنا فالاظهر هو الضمان ان لم يلتفت المشتري الى العيب اذا لم يتبرء البايع وكذا في الاجارة خلافاً لظاهر القوم وصريح الخوئي (قدس سره) بانه ان لم يلتفت المشتري فلا ضمان تنظيراً بمسالة اللقطة اذا تصدق الواجد بها فلا ضمان ما لم يطالب صاحبه، وفيه: انه لاجل دليل الصدقة الظاهر في البدلية. والظاهر ان ما ذكرنا مقتضى الشرطية الارتكازية في الصحة فان الالتزام حينئذ مقيد لكن الاظهر مع ذلك كله الفرق بين الارش والتقسيط بحسب عمل العقلاء فلا ضمان اذا رضي المشتري أو لم يلتفت، ومقتضى الشرط الارتكازي على الصحة هو تقيد الالتزام اي الخيار لا الملتزم حتى يكون تقسيط).

لانّه يكون حينئذ من قبيل تبعّض الصفقة، ولو كان العيب ممّا لا تنقص معه المنفعة، كما إذا تبيّن كون الدابّة مقطوع الاذن او الذنب فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه، لكن الاقوى ثبوته إذا كان ممّا يختلف به الرغبات، وتتفاوت به الأجرة وكذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد وقبل القبض، بل بعد القبض أيضاً، وإن كان استوفى بعض المنفعة ومضى بعض المدّة هذا إذا كانت العين شخصيّة، وامّا إذا كانت كلّية وكان الفرد المقبوض معيباً فليس له فسخ العقد، بل له مطالبة البدل، نعم لو تعذّر البدل كان له الخيار في أصل العقد.

المسألة ٨: إذا وجد الموجر عيباً سابقاً في الأجرة ولم يكن عالماً به كان له فسخ العقد، وله الرضا به، وهل له مطالبة الارش معه؟ لا يبعد ذلك بل ربما يدّعى عدم الخلاف فيه، لكن هذا إذا لم تكن الأجرة منفعة عين، وإلاّ فلا ارش فيه، مثل ما مرّ في المسالة السابقة من كون العين المستاجرة معيباً هذا إذا كانت الأجرة عيناً شخصيّة، وامّا إذا كانت كلّية فله مطالبة البدل، لا فسخ اصل العقد إلاّ مع تعذّر البدل على حذو ما مرّ في المسالة السابقة.

المسالة ٩: إذا افلس المستاجر بالأجرة كان للموجر الخيار بين الفسخ واسترداد العين، وبين الضرب مع الغرماء، نظير ما إذا افلس المشتري بالثمن حيث إنّ للبايع الخيار إذا وجد عين ماله.

وتتفاوت به الاجرة: تفاوت الاجر ممّا يوجب الارش واما اصل الخيار فيكفي فيه اختلاف الرغبة.

مضى بعض المدّة: اذ المنافع تدريجية الحصول فتكون بحكم قبل القبض (فلا اعضال في المسالة على ما قاله النائيني والسيد جمال(قدس سرهما) واحتاط الگلپايگاني(قدس سره) بالتراضي في الفسخ والابقاء وكان نظرهم الشريف الى وحدة المنافع وقد قبضت، وفيه: انه ليس بحثاً لفظياً حتى يرجع الى العرف وبالدقة هي امور تدريجية).

المسالة ٨: لكن هذا: بل ولو كان كذا (لكون الارش على القاعدة كما مرّ).

المسألة ٩: للموجر الخيار: (في البيع مسلم فتوىً ونصاً بل فيه النصوص من الباب ٥ احكام الحجر، وقد الحقوا المقام به بإلغاء الخصوصية كما لا يبعد بل يمكن ان يقال: وجود العين عند المفلّس المذكور في بعض تلك النصوص مثل ٣/ ٥ أعم من أن يكون بنحو البيع او بنحو الاجارة فيرجع المؤجر اليه ويأخذ عينه ولا يحاصّه الغرماء كما صرّح في الحديث).

المسألة ١٠ : إذا تبيّن غبن الموجر أو المستأجر فله الخيار إذا لم يكن عالماً به حال العقد إلّا إذا اشترطا سقوطه في ضمن العقد.

المسألة ١١ : ليس في الإجارة خيار المجلس ولا خيار الحيوان، بل ولا خيار التأخير على الوجه المذكور في البيع، ويجري فيها خيار الشرط حتّى للأجنبيّ وخيار العيب والغبن كما ذكرنا، بل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط، وتبعّض الصفقة، وتعذّر التسليم والتفليس والتدليس والشركة، وما يفسد ليومه وخيار شرط ردّ العوض نظير شرط ردّ الثمن في البيع.

المسألة ١٢ : إذا آجر عبده أو داره مثلاً ثمّ باعه من المستأجر لم تبطل الاجارة فيكون للمشتري منفعة العبد مثلاً من جهة الاجارة قبل انقضاء مدّتها، لامن جهة تبعيّة العين، ولو فسخت الاجارة رجعت إلى البايع، ولو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر على البايع بما يقابل بقيّة المدّة من الأجرة وإن كان تلف العين عليه والله العالم.

المسألة ١٠ : غبن: (وإن لم يرد دليل فيه لكنه عقلائي غير مردوع ووجهه تخلّف الشرط الضمني).

المسألة ١١ : على الوجه المذكور في البيع: اي التحديد بثلاثة أيام، وأما اصله فهو ثابت في الاجارة ايضاً بالشرط الارتكازي وهو الملاك في غير واحد من الخيارات) وبذلك يظهر عدم الحاجة الى دليل لا ضرر لإثبات خيار الشرط مثلاً سيّما علي راي انه حكم مولوي أي لا يضر احد غيره على ما كان يعتقده الاستاذ(قدّس سرّه) فلا يدل على حكم شرعي عام وعلى كونه كذلك وناظراً الى الاحكام الاولية كما يقولون فهو يرفع الحكم الضرري الآتي من قبل الشارع بخلاف المقام مما أقدما عليه بجهلهما بالموضوع مثلاً وان حكم الشارع ايضاً بلزوم الوفاء بالدليل العام. نعم لو كان مفاد لا ضرر لزوم تدارك الضرر كان دليلاً على الفسخ أو التفاوت.

المسألة ١٢ : لم تبطل الاجارة: (مرّ انه كذلك لامكان ملكية المنافع مستقلة في عرض العين وحينئذ اذا تلف العين بعد النقص فهو من المشتري لكن بالنسبة الى المنافع فهو قبل القبض بالنسبة الى ما ياتي بناءً على جريان حكم التلف قبل القبض في غير البيع ايضاً وفيه كلام لاختصاص دليله بالبيع لكن عليه، فلا وجه لإشكال بعض المحشين فيه)

(٢ـ فصل)

يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، والعمل في الاجارة على الاعمال بنفس العقد من غير توقّف على شيء كما هو مقتضى سببيّة العقود، كما انّ الموجر يملك الأجرة ملكيّة متزلزلة به كذلك ولكن لا يستحقّ الموجر مطالبة الأجرة إلاّ بتسليم العين أو العمل، كما لا يستحقّ المستأجر مطالبتهما إلاّ بتسليم الأجرة، كما هو مقتضى المعاوضة وتستقرّ ملكيّة الأجرة باستيفاء المنفعة او العمل او ما بحكمه، فاصل الملكيّة للطرفين موقوف على تماميّة العقد، وجواز المطالبة موقوف على التسليم، واستقرار ملكيّة الأجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام العمل او ما بحكمهما فلو حصل مانع عن الاستيفاء أو عن العمل تنفسخ الاجارة كما سيأتي تفصيله.

المسألة ١: لو استاجر داراً مثلاً وتسلّمها ومضت مدّة الاجارة استقرّت الأجرة عليه، سواء سكنها او لم يسكنها باختياره، وكذا إذا استاجر دابّةً للركوب او لحمل المتاع إلى مكان كذا ومضى زمان يمكن له ذلك وجب عليه الأجرة واستقرّت، وإن لم يركب أو لم يحمل بشرط أن يكون مقدّراً بالزمان المتّصل بالعقد، وامّا إذا عيّنا وقتاً فبعد مضيّ ذلك الوقت، هذا إذا كانت الاجارة واقعة على عين معيّنة شخصيّة في وقت معيّن، وامّا إن وقعت على كلّي وعيّن في فرد وتسلّمه فالاقوى انّه كذلك مع تعيين الوقت وانقضائه، نعم مع عدم تعيين الوقت فالظاهر عدم استقرار الأجرة المسمّاة وبقاء الاجارة وإن كان ضامناً لأجرة المثل لتلك المدّة من جهة تفويته المنفعة على الموجر.

المسألة ٢: إذا بذل الموجر العين المستاجرة للمستاجر ولم يتسلّم حتّى انقضت المدّة استقرّت عليه الأجرة، وكذا إذا استاجره ليخيط له ثوباً معيّناً مثلاً في وقت معيّن وامتنع من دفع الثوب إليه حتّى مضى ذلك الوقت فإنّه يجب عليه دفع الأجرة، سواء اشتغل في ذلك الوقت مع امتناع المستأجر من دفع الثوب

(فصل ٣)

ملكية متزلزلة: لا كالعقد الجائز بل لان مقتضى العقد هو التعاطي (فاذا لم يعطي احد الطرفين لم يجب على الآخر، ولا فرق في ذلك بين الاجرة والمنفعة فاصل الملكية ثابت بالعقد لكن وجوب الدفع متوقف على تهيأ الآخر ايضاً لدفع حق الطرف).

حصل مانع: لا من ناحية المستاجر.

المسألة ١: عدم استقرار الاجرة: بل الظاهر هو الاستقرار وعدم ضمان اجرة المثل فان التسلم كان بعنوان تعيين الكلي في الغرر.

إليه بشغل آخر لنفسه أو لغيره أو جلس فارغاً.

المسالة ٣: إذا استاجره لقلع ضرسه ومضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها وكان الموجر باذلاً نفسه استقرّت الأجرة، سواء كان الموجر حراً أو عبداً باذن مولاه واحتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الاوّل لانّ منافع الحرّ لا تضمن إلاّ بالاستيفاء لا وجه له، لانّ منافعه بعد العقد عليها صارت مالاً للمستحقّ، فإذا بذلها ولم يقبل كان تلفها منه، مع أنّا لا نسلم انّ منافعه لا تضمن إلاّ بالاستيفاء، بل تضمن بالتفويت أيضاً إذا صدق ذلك، كما إذا حبسه وكان كسوباً فإنّه يصدق في العرف انّه فوّت عليه كذا مقداراً، هذا ولو استاجره لقلع ضرسه فزال الالم بعد العقد لم تثبت الاجرة لانفساخ الاجارة حينئذ.

المسالة ٣: احتمال الفرق: (المنقول من جامع المقاصد).

بالتفويت ايضاً: (الظاهر انه كذلك عند العقلاء وان كان لم يذكر في الأدلة سوى الضمان باليد والاتلاف لكن الارتكاز وعدم الردع كاف مع امكان القول بشمول اليد، فإذا حبس الحر فقد وقع كسبه وما يكتسبه تحت يد الحابس وفاقاً للاستاذ والبروجردي والبهبهاني (قدس سرهم) وخلافاً للخوئي والگلپايگاني والاصطهباناتي والنجفي(قدس سرهم).

قال النجفي (قدس سره): لازمه ضمان كسب ارباب الحرف اذا حبسوا وهو كما ترى، وفيه: عدم المنع من ذلك في الحبس عن ظلم. لا عن حق اومظنة فيما يجوز لوليّ الامر.

وقال الاصطهباناتي (قدس سره): «لا نسلم ان كل تفويت موجب للضمان» فإشكاله في الاطلاق، وياتي في ضمن مسالة٧ تاييد لضمان التفويت).

فزال الالم: فيما كان الاجارة لرفع الالم عنواناً لا غاية فقط وإلاّ فلا تبطل الاجارة ان لم تكن سفهياً أو لمحرم شرعاً كما اوجب القلع ضرراً معتداً به نفساً او عدّ سفهياً (لكن القوم لم يذكروا السفهية ولابد أن يذكر فانه وان لم يكن محرماً كما لم يوجب ضرراً نفسياً من الاشراف على التهلكة على ما مثل به الخوئي(قدس سره) لكن كون الاجارة سفهية توجب البطلان ولا فرق بين السفه في الابتداء أو الاستدامة. نعم، هذا مبني على القول بكون المعاملة السفهية باطلة بخلاف ما لو قلنا ببطلان معاملة السفيه لا السفهية ولو من غير السفيه، هذا مع امكان شمول ادلة تحريم ضرر النفس ايضاً لمثل هذا فإن قلع الضرس السالم كقطع الاصبع السالم.

المسالة ٤: إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الاجارة، وكذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل، وأمّا إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها في بعض المدّة فتبطل بالنسبة إلى بقيّة المدّة فيرجع من الأجرة بما قابل المتخلّف من المدّة إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، مع تساوي الاجزاء بحسب الاوقات، ومع التفاوت تلاحظ النسبة.

المسالة ٥: إذا حصل الفسخ في اثناء المدّة باحد اسبابه تثبت الأجرة المسمّاة بالنسبة إلى ما مضى، ويرجع منها بالنسبة إلى ما بقي كما ذكرنا في البطلان على المشهور، ويحتمل قريباً ان يرجع تمام المسمّى ويكون للموجر أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لانّ المفروض انّه يفسخ العقد الواقع اوّلاً ومقتضى الفسخ

المسالة ٤: بطلت الاجارة: (نظراً الى ان المنافع قبل وجودها ليست مملوكة للمالك حتى يملكها الغير، فالاجارة باطلة لعدم وجود منفعة حينئذ اذا تلفت العين قبل القبض أو بعده بلا فصل، وأما بعد استيفاء مدة فبالنسبة الى بقية المدة).

بعد استيفاء: بل بعد مضي بعض المدة مع امكان الاستيفاء.

الى بقية المدة: مع خيار التبعض حينئذ للمستأجر اذا كان يوجب الضرر.

المسالة ٥: ويحتمل قريباً: وهو الاقوى نظراً الى ان الفسخ انحلال العقد من اصله إلاّ في خيار الشرط حيث لا سبب له إلاّ ارادة الشخص بلا ظهور سبب سابق في العين فبالإرتكاز العرفي هو انحلال من حينه (الملاك في الكلمات مختلف، فقد جعل الگلپايگاني (قدس سره) الملاك ثبوت الخيار بالنص المستفاد منها حق فسخ مجموع العقد بخلاف الخيار الناشئ من الضرر أو الشرط أو تخلف الوصف، وفيه: ان هذه ايضاً من الاصل لكون السبب من الاول وظهور الدليل في حق فسخ العقد أي كله بحسب ظاهر الحق. وقال الاستاذ وبعض آخر: الملاك كون موجب الخيار في الاثناء أو من الاول ولم يذكروا ما هو الموجب في الاثناء وكانه الشرط أو ظهور العيب في الاثناء لكن السؤال باق في ان الفسخ ولو بعامل في الاثناء، معناه حلّ العقد من الاصل. بقي الكلام في انه لو كان معنى الفسخ حل العقد من الاصل فما حكم النماء الحاصل في الاثناء في بيع الاعيان؟ والسيرة قائمة على عدم ضمان النماء حينئذ فلا يطلب من المشتري كراء المركب الذي اشتراه والجواب ان الفسخ حل من الاصل لكن انشاء الفسخ من الآن، نعم هو يؤثر فيما سبق لكن المورد خرج بالسيرة وبناء العرف فتامله).

عود كلّ عوض إلى مالكه، بل يحتمل أن يكون الامر كذلك في صورة البطلان ايضاً، لكنّه بعيد.

المسالة ٦: إذا تلف بعض العين المستاجرة تبطل بنسبته، ويجيء خيار تبعّض الصفقة.

المسالة ٧: ظاهر كلمات العلماء أنّ الأجرة من حين العقد مملوكة للموجر بتمامها، وبالتلف قبل القبض او بعده او في أثناء المدّة ترجع إلى المستاجر كلاً أو بعضاً من حين البطلان، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض، لا ان يكون كاشفاً عن عدم ملكيّتها من الاوّل، وهو مشكل لانّ مع التلف ينكشف عدم كون الموجر مالكاً للمنفعة إلى تمام المدّة، فلم ينتقل ما يقابل المتخلّف من الاوّل إليه، وفرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض وتلف العين هنا، لانّ المبيع حين بيعه كان مالاً موجوداً قوبل بالعوض، وامّا المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد، ولا في علم الله إلّا بمقدار بقاء العين، وعلى هذا فإذا تصرّف في الاجرة يكون تصرّفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلّف فضولياً ومن هذا يظهر أنّ وجه البطلان في صورة التلف كلاً أو بعضاً انكشاف عدم الملكيّة للمعوّض.

لكنه بعيد: بل لا وجه له اصلاً لان تلف العين الذي يوجب البطلان فيما بقى من المدة لا يضر بالسابق.

المسالة ٧: وهو مشكل: (وما قاله بعض المحشين وتبعه بعض اهل العصر من ان العين اذا كان لها اقتضاء البقاء فالمنفعة موجودة عرفاً، ولذا يعد متلف العين متلف المنفعة ايضاً ولو جعلت المنافع ثمناً لمبيع أو صداقاً لامرية ضمن المتلف قيمة المنفعة للبائع والمرتة ... ، فيه: ان واقع الامر معلوم لإمرته فيه وهو ان المنافع لم توجد وأما عدّها موجودة فهو حكم عرفي بلا موضوع فإنا نعلم ذلك مع ان ضمان المتلف انما هو بمقتضى اصالة السلامة كما في اصل العين ايضاً وإلّا فربما يدعي الشخص ان عمر هذا من الازل لم يكن ازيد من ذلك، ومن ذلك يعلم ان ضمان العين عندئذ ضمان الاتلاف، واما ضمان المنافع فهو ضمان التفويت على ما مرّ او هو الاتلاف ايضاً بلحاظ انه لو لم يكن متلف كان العين والمنافع موجودة، فالفرق ثابت بين الاتلاف والتلف ومورد الكلام هو التلف لا الاتلاف وذلك حكم عرفي عقلائي بمقتضى اصالة السلامة. فالمتلف كأنه استوفى جميع المنافع لانه لو لم يكن اتلافه كان العين باقياً بمقتضى ذلك الاصل ولا يجري ذلك في التلف سماوياً او بمتلف غير ارادي أو ما بحكمه كحيوانه بتقصيره كما يأتي في مسالة١٣. واما ما قاله بعض أهل العصر من ان العين ايضاً لو انعدم بلحظة بعد الوجود لم يعدّ مالاً، فماليته ايضاً بلحاظ حكم

المسالة ٨: إذا آجر دابّة كلّية ودفع فرداً منها فتلف لا تنفسخ الاجارة، بل ينفسخ الوفاء، فعليه ان يدفع فرداً آخر.

المسالة ٩: إذا آجره داراً فانهدمت فإن خرجت عن الانتفاع بالمرّة بطلت، فإن كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها اصلاً رجعت الأجرة بتمامها وإلاّ فبالنسبة، ويحتمل تمامها في هذه الصورة ايضاً، ويضمن أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لكنّه بعيد وإن أمكن الانتفاع بها مع ذلك كان للمستأجر الخيار بين الابقاء والفسخ، وإذا فسخ كان حكم الأجرة ما ذكرنا، ويقوى هنا رجوع تمام المسمّى مطلقاً ودفع أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لانّ هذا هو مقتضى فسخ العقد كما مرّ سابقاً، وإن انهدم بعض بيوتها بقيت الاجارة بالنسبة إلى البقية، وكان للمستأجر خيار تبعّض الصفقة، ولو بادر الموجر إلى تعميرها بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً ليس للمستأجر الفسخ حينئذٍ على الاقوى خلافاً للثانيين.

البقاء، فيه: ان عدم ماليته ايضاً باعتبار منافعه المنعدمة وإلاّ فالعين التي ماليته باعتبار نفسها لا منافعها، ليست كذلك او تقول باعتبار منافعها الآنيّة).

المسالة ٨: بل ينفسخ الوفاء: (والظاهر عدم وجه لإشكال النجفي (قدس سره) فان التلف حتى بعد القبض من مال الموجر على ما مرّ، وحيث انه فرد لمورد العقد فالانفساخ في الوفاء لا العقد، نعم في تعبير انفساخ الوفاء نوع تسامح والمراد عدم تحقق الوفاء به).

المسالة ٩: بالمرة: او عن الانتفاع لما استوجر له بنحو العنوان أو التقييد.

قبل ان يسكن: اي قبل مجيئ زمان السكنى.

لكنه بعيد: بل لا وجه له، لكن حيث ان له خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى ما مضى فيقدر على حلّ اصل العقد فيسترجع جميع المسماة (فلا وجه لحاشية بعضهم بان سبب الخيار هنا حادث).

امكن الانتفاع: اي الذي استأجرها له وان لم يذكر شيء فالانتفاع المعتد به.

ويقوى هنا: لو فسخ من الاصل، ويمكن له الفسخ في بعض المدة ايضاً فيرجع من المسمى بالنسبة.

خيار تبعض الصفقة: من الأصل او الحين، ويختلف حكم الاجرة مثلاً ومسمّىً بذلك.

بحيث لم يفت: ولم يكن للغائب مالية وجهة تختلف بها الرغبات وإلاّ فالحق مع الثانيين.

المسألة ١٠ : إذا امتنع الموجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه، وإن لم يمكن إجباره للمستأجر فسخ الاجارة والرجوع بالأجرة، وله الابقاء ومطالبة عوض المنفعة الفائتة، وكذا إن أخذها منه بعد التسليم بلا فصل، أو في أثناء المدّة ومع الفسخ في الاثناء يرجع بما يقابل المتخلّف من الأجرة، ويحتمل قوياً رجوع تمام الأجرة ودفع أجرة المثل لما مضى، كما مرّ نظيره سابقا، لانّ مقتضى فسخ العقد عود تمام كلّ من العوضين إلى مالكهما الاوّل، لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور.

المسألة ١١ : إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخيّر بين الفسخ والرجوع بالأجرة، وبين الرجوع على الظالم بعوض مافات، ويحتمل قوياً تعيّن الثاني وإن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض يتعيّن الوجه الثاني فليس له الفسخ حينئذ، سواء كان بعد القبض في ابتداء المدّة أو في اثنائها، ثمّ لو أعاد الظالم العين المستأجرة في أثناء المدّة إلى المستأجر فالخيار باق، لكن ليس له الفسخ إلا في الجميع، وربما يحتمل جواز الفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدّة في يد الغاصب، والرجوع بقسطه من المسمّى واستيفاء باقي المنفعة وهو ضعيف للزوم التبعيض في العقد وإن كان يشكل الفرق بينه وبين ما ذكر من مذهب المشهور من إبقاء العقد فيما مضى وفسخه فيما بقي، إذ إشكال تبعيض العقد مشترك بينهما.

المسألة ١٢ : لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء كما لو استأجر دابّة لتحمله إلى بلد فمرض المستأجر ولم يقدر فالظاهر البطلان إن اشترط المباشرة على وجه القيديّة، وكذا لو حصل له عذر آخر، ويحتمل عدم البطلان نعم لو كان هناك عذر عامّ بطلت قطعا لعدم قابليّة العين للاستيفاء حينئذ.

المسألة ١٠ : ويحتمل قوياً: ان فسخ من الاصل، وله ان يفسخ من حينه بالنسبة الى الباقي فقط.

المسألة ١١ : ويحتمل قوياً: وهو الاقوى فيما توجه منع الظالم الى المستأجر في انتفاعه لا الى الموجر في تسليمه.

وهو ضعيف: بل قوي، ولا مانع من البعض كما مرّ (وفاقاً للگلپايگاني (قدس سره) لإنحلال العقد بحسب الازمان ايضاً، ولا وجه لإشكال النجفي في ذلك).

المسألة ١٢ : يحتمل عدم البطلان: وهو الاظهر إلا اذا رجع الى نوع من الاشتراط أي ان امكنني الانتفاع شخصاً، فيبطل لعدم القابلية للانتفاع حينئذ، وقيل: ذلك للتعليق. خلافا للخونساري والسيد عبد الهادي (قدس سرهما) نظراً الى انه كمسألة قلع الضرس فزال الالم وقد مرّ ما فيه ايضاً.

المسألة ١٣ : التلف السماويّ للعين المستأجرة أو لمحلّ العمل موجب للبطلان، ومنه إتلاف الحيوانات، وإتلاف المستأجر بمنزلة القبض وإتلاف الموجر موجب للتخيير بين ضمانه والفسخ، وإتلاف الاجنبيّ موجب لضمانه والعذر العامّ بمنزلة التلف وامّا العذر الخاصّ بالمستأجر كما إذا استأجر دابّة لركوبه بنفسه فمرض. ولم يقدر على المسافرة، أو رجلاً لقلع سنّه فزال الله أو نحو ذات ففيه إشكال، ولا يبعد أن يقال: إنّه يوجب البطلان إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصحّ معه العقد.

المسألة ١٤ : إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافي حقّ الاستمتاع وقفت على إجازة الزوج، بخلاف ما إذا لم يكن منافياً فإنّها صحيحة، وإذا اتّفق إرادة الزوج للاستمتاع كشف عن فسادها.

المسألة ١٣ : اتلاف الحيوانات: ان لم يستند الى صاحبها بالتقصير وإلاّ فهو المتلف وله حكمه، ثم الظاهر ثبوت الخيار في الصورة الاولى ايضاً فانها من هذه الجهة كإتلاف الاجنبي.

موجب لضمانه: العين للمالك والمنفعة للمستأجر ان كان الاتلاف بعد القبض، وأما قبل القبض فالمستأجر يتخير بين الابقاء والرجوع الى الاجنبي وبين الفسخ والرجوع الى المالك في المسماة لتخلف شرط التسليم الارتكازي في العقد، ثم الظاهر ان اتلاف الاجنبي لمحل العمل كاتلافه ثوب المالك الموجود عند الخياط للخياطة لا يوجب ضمان مورد الاجارة أي الخياطة، غاية الامر انه اعدم الموضوع فهو ضامن لمالك الثوب فقط. (واعتقد الاستاذ البطلان في جميع صور التلف والاتلاف، والظاهر عدم صحته اذ له الخيار ظاهراً في الاتلاف من الاجنبي والموجر، وأما عدم ضمانه للمنفعة عند اعدامه لمحل العمل ايضاً فهو على القاعدة لعدم صدق الاتلاف بالنسبة الى المنافع ولا يصدق جهة اخرى ايضاً).

ولا يبعد ان يقال: لكن انطباقه على مثل قلع الضرس محل تامل لصحة الاجارة عليه ولو بلا الم لداع من الدواعي كالتبديل بالمصنوع الافضل على رايه بل ولو بغير داع عقلائي لعدم دليل على بطلان المعاملة السفهية بل الدليل على بطلان معاملة السفيه لا السفهية ولو من شخص غير سفيه، إلاّ ان يفرض مورد يكون القلع حراماً. وأما استيجار الدابة لركوبه بنفسه فهو صحيح وان مرض بعداً، إلاّ ان يكون بالتقييد، وأما مع المرض قبلاً فلعله لا يتمشى الانشاء حينئذ اصلاً.

المسألة ١٤ : ارادة الزوج: بناء على كون حق الاستمتاع بإرادة الزوج بلا تقيد،

المسألة ١٥ : قد ذكر سابقاً انّ كلاً من الموجر والمستأجر يملك ما انتقل إليه بالاجارة بنفس العقد، ولكن لا يجب تسليم احدهما إلاّ بتسلّم الآخر، وتسليم المنفعة بتسليم العين، وتسليم الأجرة بإقباضها إلاّ إذا كانت منفعة ايضاً فبتسليم العين التي تستوفى منها، ولا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم، ولو تعاسرا اجبرهما الحاكم، ولو كان احدهما باذلاً دون الآخر ولم يمكن جبره كان للأوّل الحبس إلى ان يسلّم الآخر، هذا كلّه إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في احدهما، وإلاّ كان هو المتّبع، هذا، وامّا تسليم العمل فإن كان مثل الصلاة والصوم والحجّ والزيارة ونحوها فبإتمامه، فقبله لا يستحقّ الموجر المطالبة وبعده لا يجوز للمستأجر المماطلة إلاّ ان يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأجرة فيتّبع، وإلاّ فلا يستحقّ، حتّى لو لم يمكن له العمل إلاّ بعد أخذ الأجرة، كما في حجّ الاستيجاريّ إذا كان الموجر معسراً، وكذا في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك، فإنّ إتمام العمل تسليم، ولا يحتاج إلى شيء آخر، وامّا في مثل الثوب الذي اعطاه ليخيطه أو الكتاب الّذي يكتبه أو نحو ذلك ممّا كان العمل في شيء بيد الموجر فهل يكفي إتمامه في التسليم، فبمجرّد الاتمام يستحقّ المطالبة، أولا إلاّ بعد تسليم مورد العمل فقبل ان يسلّم الثوب مثلاً لا يستحقّ مطالبة الأجرة؟ قولان، اقواهما الاوّل لانّ المستأجر عليه نفس العمل، والمفروض انّه قد حصل، لا الصفة الحادثة في الثوب

بخلاف ما لو قلنا بانه على العادة لا ازيد منها، كما انه لو قلنا بأن حقه ليس منوطاً بإرادته بل الارادة انما هي في استفادته وان اصل الحق مطلق، وحينئذ فليس للزوجة تمليك زمان الحق للغير ولو لم يعلم الزوج.

المسألة ١٥ : الموجر المطالبة: يمكن ان يقال: اذا كان العمل تدريجياً فبأزاء كل جزء من العمل يستحق جزءٌ من الاجرة إلاّ اذا عدّ ارتباطياً كصلاة واحدة بخلاف صلاة استيجار سنة، أو كان شرط ضمني أو ارتكازي مبني عليه العقد.

أو نحو ذلك: مما يكون مورد العمل تحت استيلاء المستأجر، ويجري فيه ما ذكرنا آنفاً.

اقواهما الاول: بل الثاني، فانه وان كان المستأجر عليه نفس العمل لكن لابد من تسليم العمل وهو انما يحصل بتسليم العين كما ليس الملاك ما ذكره بعض الاعاظم (قدس سرّهم) من ان المالية للوصف اي المخيطية فجعل ذلك ملاكاً للزوم تسليم العين في استحقاق الاجرة اذ نسلّم ان الوصف ايضاً يقابل بالمال خلافاً لما اشتهر لكن مورد الاجارة هو العمل وملاك الحكم ما ذكرنا (وبعض الاعاظم هو النائيني وخالفه

مثلاً وهي المخيطة حتّى يقال: إنّها في الثوب، وتسليمها بتسليمه، وعلى ما ذكرنا فلو تلف الثوب مثلاً بعد تمام الخياطة في يد الموجر بلا ضمان يستحقّ اجرة العمل، بخلافه علىٰ القول الآخر، ولو تلف مع ضمانه او اتلفه وجب عليه قيمته مع وصف المخيطة، لا قيمته قبلها، وله الأجرة المسمّاة، بخلافه على القول الآخر، فإنه لا يستحقّ الأجرة، وعليه قيمته غير مخيط وامّا احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع ضمانه القيمة مع الوصف فبعيد، وإن كان له وجه، وكذا يتفرّع على ما ذكر انّه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل إلى ان يستوفى الأجرة، فإنّها بيده امانة، إذ ليست هي ولا الصفة التي فيها مورداً للمعاوضة، فلو حبسها ضمن بخلافه على القول الآخر.

الخوئي في مالية الوصف، وقال بانه يوجب اختلاف الرغبات لكن المال بازاء العين لا الوصف، واما ما قاله الخوئي من ان الوصف لو كان مقابلاً بالمال لاستلزم الاشتراك في قيمة العين لو اكره شخص على ايجاد وصف في عين، ففيه: ان عدم الاشتراك لاجل ان الوصف الموجَد في عين الغير حيث ان الوصف بلا اضافة الى العين لا معنى له، لا يمكن تعيين القيمة بازائه والتفكيك. وإلاّ فراجع السوق واشتر الفرش أو السيارة فترى ان اكثر القيمة بازاء وصف كونه من البلد الفلاني او العامل الفلاني فتامل. وهذا بخلاف ما لو كان الوصف والعين لمالك واحد).

بخلافه على القول الآخر: بل عليه ايضاً، اذ العين حينئذ عنده امانة ولا وجه لضمانه اذا لم يكن افراط أو تفريط. ولا يمكن تطبيق قانون التلف قبل القبض على ذلك اذ مورد الاجارة هو العمل وقد تم فالعين امانة فقط مع ما في تعميم دليل التلف قبل القبض لغير البيع.

مع وصف المخيطية: لكون العين الموصوفة بهذا الوصف امانة مضمونة أو متلفة والاجارة صحيحة فله الاجرة المسماة.

فانه لا يستحق الاجرة: بل يستحق لان كون تسليمه بتسليم العين غير كون العين مورد الاجارة فان موردها العمل وقد تم فهو يستحق المسماة والعين الموصوفة مضمونة حينئذ مع وصفها.

وكذا يتفرع: لكن العين وان كانت امانة، مرتبطة بالوصف واذا سلّمها فقد سلّم الوصف مع انه له المنع حتى يتسلم الاجرة.

المسألة ١٦ : إذا تبيّن بطلان الاجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر واستحقّ الموجر أجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة، أو فاتت تحت يده إذا كان جاهلاً بالبطلان، خصوصاً مع علم المستأجر، وأمّا إذا كان عالماً فيشكل ضمان المستأجر، خصوصاً إذا كان جاهلاً لانّه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله خصوصاً إذا كان البطلان من جهة جعل الأجرة مالاً يتموّل شرعاً أو عرفاً، أو إذا كان أجرة بلا عوض، ودعوى انّ إقدامه وإذنه في الاستيفاء إنّما هو بعنوان الاجارة، والمفروض عدم تحقّقها فإذنه مقيّد بما لم يتحقّق مدفوعة بانه إن كان المراد كونه مقيّداً بالتحقّق شرعاً فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم الصحّة شرعاً لا يعقل قصد تحقّقه إلاّ على وجه التشريع المعلوم عدمه، وإن كان المراد تقيّده بتحقّقها الانشائيّة فهو حاصل، ومن هنا يظهر حال الأجرة أيضاً، فإنّها لو تلفت في يد الموجر يضمن عوضها إلاّ إذا كان المستأجر عالماً ببطلان الاجارة، ومع ذلك دفعها إليه، نعم إذا كانت موجودة له أن يستردها، هذا، وكذا في الاجارة على الأعمال إذا كانت باطلة يستحقّ العامل أجرة المثل لعمله دون المسمّاة إذا كان جاهلاً بالبطلان، وأمّا إذا كان عالماً فيكون هو المتبرّع بعمله، سواء كان بأمر من المستأجر أولا، فيجب عليه ردّ الأجرة المسمّاة أو عوضها، ولا يستحقّ أجرة المثل، وإذا كان المستأجر أيضاً عالماً فليس له مطالبة الأجرة مع تلفها ولو مع عدم العمل من الموجر.

المسألة ١٦ : فيشكل، بل لا اشكال في الضمان ولا اثر للعلم والجهل في ذلك ولا هتك لحرمة المال في هذه المعاملات المبنية على سيرة العرف وان كانت باطلة شرعاً إلاّ في مثل الاجارة بلا اجرة فان الموجر اقدم حينئذ على المجانية. كما لا اثر لما لا يكون مالاً شرعاً او عرفاً ايضاً اذ الملكية بل الحقّية كافية في عدم الهتك، واما تقيد الاذن فهو ليس بالمعاملة الشرعية ولا الانشائية المحضة بل العرفية وكذلك حال الاجارة في الاعمال في اجرة المثل على المثل وفي استرداد المسماة. (فالضمان ثابت بالاتلاف المعلوم من الشرع بالقاعدة المصطادة ـ «من اتلف ...» الخ ـ وباليد المعلوم من العقلاء الممضى شرعاً بعدم الردع ولو لم يثبت حديث على اليد. واما احتمال كون المعاملة على غير المال سفهية، ففيه عدم دليل على بطلانها على ما مرّ من بطلان معاملة السفيه وحجره لا المعاملة السفهية ولو من العاقل مع عدم تسلم كونها سفهية لإمكان وجود داع عقلائي كاشتراء خط ابيه ولو لم يرغب فيه احد غيره).

المسألة ١٧ : يجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه وصلحه وهبته، ولكن لا يجوز تسليمه إلّا بإذن الشريك إذا كان مشتركاً، نعم إذا كان المستاجر جاهلاً بكونه مشتركاً كان له خيار الفسخ للشركة، وذلك كما إذا آجره داره فتبيّن انّ نصفها للغير ولم يجز ذلك الغير فإنّ له خيار الشركة بل وخيار التبعّض، ولو آجره نصف الدار مشاعاً وكان المستاجر معتقداً ان تمام الدار له فيكون شريكاً معه في منفعتها فتبيّن انّ النصف الآخر مال الغير فالشركة مع ذلك الغير، ففي ثبوت الخيار له حينئذٍ وجهان، لا يبعد ذلك إذا كان في الشركة مع ذلك الغير منقصة له.

المسألة ١٨ : لا بأس باستيجار اثنين داراً على الاشاعة ثمّ يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة، وكذا يجوز استيجار اثنين دابّة للركوب على التناوب، ثمّ يتّفقان على قرار بينهما بالتعيين بفرسخ فرسخ أو غير ذلك، وإذا اختلفا في المبتدي يرجعان إلى القرعة، وكذا يجوز استيجار اثنين دابّة مثلاً لا على وجه الاشاعة بل نوباً معيّنة بالمدّة أو بالفراسخ، وكذا يجوز إجارة اثنين نفسهما على عمل معيّن على وجه الشركة كحمل شيء معيّن لا يمكن إلّا بالمتعدّد.

المسألة ١٩ : لا يشترط اتّصال مدّة الاجارة بالعقد على الاقوى، فيجوز ان يوجره داره شهراً متاخّراً عن العقد بشهر أو سنة، سواء كانت مستاجرة في ذلك الشهر الفاصل أولا، ودعوى البطلان من جهة عدم القدرة على التسليم كما ترى، إذ التسليم لازم في زمان الاستحقاق لا قبله، هذا، ولو آجره داره شهراً واطلق انصرف إلى الاتّصال بالعقد، نعم لو لم يكن انصراف بطل.

(٤ ـ فصل)

العين المستاجرة في يد المستاجر امانة، فلا يضمن تلفها أو تعيّبها إلّا بالتعدّي أو التفريط، ولو شرط الموجر عليه ضمانها بدونها فالمشهور عدم الصحّة لكنّ الاقوى صحّته واولى بالصحّة إذا اشترط عليه

المسألة ١٧ : **لا يجوز تسليمه** : تكليفاً فاذا عصى وسلمه ترتب اثره عليه.

منقصة له : بحيث عدت العين معيوبة ككون الشريك معروفاً بالفساد.

المسألة ١٩ : **انصرف** : لو لم تكن قرينة خاصة كما اذا كانت تحت اجارة الغير وعلمها المستاجر، كما ان البطلان عند عدم الانصراف ايضاً ممنوع اذا لم يكن غرر نظير قطع تذاكر الطائرات والسيارات مفتوح التاريخ فيتعين الزمان بعداً.

(فصل٤)

لكن الاقوى صحته : فيه اشكال بل منع، نعم يصح شرط التدارك اي شرط

اداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيّب، لا بعنوان الضمان، والظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الامرين بين ان يكون التلف في أثناء المدّة او بعدها إذا لم يحصل منه منع للموجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلّي بينه وبينها ولم يتصرّف بعد ذلك فيها، ثمّ هذا إذا كانت الاجارة صحيحة، وامّا إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان، اقواهما العدم خصوصاً إذا كان الموجر عالماً بالبطلان حين الاقباض دون المستأجر.

الفعل لا النتيجة. (وان قلنا سابقاً بالصحة. وفاقاً لبعض المتاخرين، وأشدّ ما اورد على الصحة ما نقله الخوئي واعتقده من ان الضمان وعدمه حكم شرعي ليس باختيار المكلف وبيده حتى يتعهده إلاّ فيما استصوبه الشارع كالعارية المضمونة وليس في الاجارة فهو كشرط الارث ليس بيد المكلف، وفيه: انه يشترط تعهده للتدارك لا تعهد الشارع ولا الحكم الشرعي بل تعهده الشخصي فيتحقق الشرط فيشمله عموم ادلة الشروط ويحصل الحكم الشرعي ايضاً فما هو إلاّ كايجاد البيع في بعت مع ان البيع الشرعي بيد الشارع كما انه ليس خلافاً لمقتضى العقد ايضاً بل خلافاً لحكم الشارع على العقد على فرضه وليس ايضاً خلافاً لحكم الشرع حتى يكون محرماً أو محللاً لان حكم الشارع على الطبيعة لو خلّي وطبعها لا مطلقاً بنحو لا يفترق عنها كما انه عند الدقة لا فرق بين الصورتين لان اشتراط اداء مقدار من المال يرجع الى التعهد والذمة وهو الضمان، إلاّ ان يقال: الضمان المراد هنا هو اشتغال الذمة ابتداء بالعقد وهو خلاف حكم الشرع المستكشف باطلاق الدليل، راجع روايات الباب ١٧ من احكام الاجارة و١/٣٢ احكام الاجارة و٦/١ من العارية ونحوها فهو شرط خلاف ما انزل الله تعالى، ولا يمكن ان يقال: حكم عدم الضمان انما هو فيما لم يشترط الضمان لان الشرط غير جائز لكونه خلاف الشرع، المستفاد ذلك من اطلاق الدليل فلا وجه للصحة إلاّ بإرجاع ذلك الى شرط تدارك الضرر الوارد على صاحب المال، ولاريب في كون نظر العرف الى المال لا انه بنحو شرط الفعل أو النتيجة اي التدارك أو الضمان بمعنى اشتغال الذمة).

بل خلّى: بإعلام الموجر ذلك بحيث يصدق الردّ.

اقويهما العدم: لكن الظاهر الضمان في صورة الاشتراط ولو كانت الاجارة باطلة (عدم الضمان لقاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، كما ان تسليم

المسالة ١: العين التي للمستاجر بيد الموجر الذي آجر نفسه لعمل فيها كالثوب آجر نفسه ليخيطه امانة فلا يضمن تلفها او نقصها إلّا بالتعدّي، أو التفريط، أو اشتراط ضمانها على حذو ما مرّ في العين المستأجرة ولو تلفت او اتلفها الموجر او الاجنبيّ قبل العمل او في الاثناء بطلت الاجارة ورجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى المستاجر، بل لو اتلفها مالكها المستاجر كذلك ايضاً، نعم لو كانت الاجارة واقعة على منفعة الموجر بان يملك منفعته الخياطيّ في يوم كذا يكون إتلافه لمتعلّق العمل بمنزلة استيفائه لانّه باتلافه إيّاه فوّت على نفسه المنفعة، ففرق بين أن يكون العمل في ذمّته او يكون منفعة الكذائيّة للمستاجر، ففي الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان ورجوع الاجرة إلى المستاجر وإن كان هو المتلف، وفي الصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء وحيث إنّه مالك لمنفعة الموجر وقد فوّتها على نفسه فالأجرة ثابتة عليه.

الموجر وتسلم المستاجر كان بعنوان الامانة لا الاقدام على الضمان، واما الضمان مع الاشتراط فلرفع الامانة، والاقدام على الضمان).

المسالة ١: **او اشتراط ضمانها**: بنحو شرط الفعل لا النتيجة (على ما مرّ من صحة هذا النحو من الشرط بلا فرق بين المقام وما قبله، وقد اشتهر بين جمع من المتاخرين الفرق بالصحة في المقام بنحو شرط النتيجة ايضاً وكانه لموثق موسى بن بكر ٥/ ٣٠ احكام الاجارة الوارد في صحة اشتراط ضمان النقص على ملاح لحمل طعام فان الطعام بيد الموجر حينئذ وقد حكم بصحة الاشتراط، ولذلك حكم الگلپايگاني (قدس سره) بالضمان حينئذ مع اشكاله فيما سبق، واجاب الخوئي (قدس سره) بأن الضمان هنا لعله بمعنى اداء قدر من المال اي شرط الفعل لا ضمان الذمة اي شرط النتيجة. وهذا هو الصحيح لما مرّ من استكشاف اطلاق حكم الشرع بعدم ضمان صاحب البضاعة والمستاجر من اطلاق ادلة الباب، والاطلاق دليل فالشرط بخلافه خلاف الشرع، وقد كنت سابقاً اقول: الادلة الاولية لا تتعرض للعناوين الثانوية ومنها الشرط فلا تعرض لادلة الباب لحال الشرط، لكن فيه: ان اطلاق ادلة الباب يدفع احتمال تاثير الشرط كما لا حكومة للشرط ودليله على الادلة الاولية بخلاف مثل الحرج والضرر).

أو اتلفها الموجر: مرّ التفصيل في المسالة الثالثة عشر وان حكم اتلاف الموجر او الاجنبي هو التخيير بين الفسخ والابقاء والرجوع الى المتلف، واما اتلاف المستاجر فهو بمنزلة القبض.

هو المتلف: بل حينئذ بمنزلة القابض.

المسألة ٢: المدار في الضمان على قيمة يوم الاداء في القيميّات لا يوم التلف، ولا اعلى القيم على الاقوى.

المسألة ٢ : لا اعلى القيم: لا يترك الاحتياط به لمن اراد التخلص، بل هو الأوجه سيما في المتعدى إلاّ في المقدار المتسامح فيه عرفاً (وفاقاً للشهيد الثاني قضاءً لكون المالية ايضاً ممّا يكون تحت اليد تبعاً للعين، وايضاً بناء العقلاء على ذلك فانّهم يقبحون من حبس مال الغير حتى نقدت القيمة تلفت العين أو لم تتلف، والظاهر عدم ملائمة نفي اعلى القيم هنا مع قول من يضمن تلف المالية وان لم يقولوا في نقص المالية لكن اللازم القول به ايضاً، وكذا يقبحون عند تلف العين ويقول صاحبه لو كان عندي استفدت كذا وكذا من العين، واما صحيح ابي ولاد فالظاهر ان يوم خالفته قيد البغل، ومراد الحديث نفي الهزال الحاصل بعد عطب البغل ويصح تقييد الذات بالزمان خلافاً للخوئي وبعض آخر، عند عروض هذه الاحوال، اي يلزمك قيمة بغل صحيح سمن كما كان قبل شروع المخالفة. ولا نظر في الحديث الى القيمة السوقية مع بعد التفاوت السوقي بخمسة عشر يوم في تلك الازمان، وقد احتاط السيد جمال والاصطهباناتي ايضاً، ويبعد ايضاً كون يوم قيداً للقيمة اي قيمة البغل يوم المخالفة، قاله الخوئي اذ السؤال عن الضمان بعد التلف فبعيد كون ضمان القيمة قبل التلف جواباً عنه. كما ان كون الملاك قيمة يوم التلف، وقد افتى به غير واحد كالگلپايگاني والاستاذ سابقاً مستدلاً بان الحديث مجمل المراد، واما على اليد فلا معنى لكون العين الشخصية على العهدة فمعنى التعهد والضمان حينئذ كون الخسارة عليه اذا تلفت ايضاً خلاف ظاهر على اليد الدال على التعهد للعين وهذا غير معنى الذمة فالعين مورد العهدة ويتبعها القيمة.

واما يوم الاداء المقبول عند صاحب العروة والاستاذ والبروجردي و... نظراً الى كون العين في العهدة فما لم يؤد فهو مطالب به، ونظراً الى ابهام صحيحة ابي ولاد ففيه: اما الصحيحة فمعلوم المراد على ما مر، واما على اليد فقد مرّ ان المالية ايضاً تتبع العين تكون تحت اليد. ان قلت: فكيف لا تفتي بذلك في الخمس؟ قلت: فان الموضوع فيه «ما افاد» وهو لا يصدق بصرف القيمة السوقية فانه الفائدة التقديرية وان كانت مالية بالفعل، ان قلت: السيرة العملية على عدم ضمان القيمة السوقية

المسألة ٣: إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً واستحقّ الاجرة المسمّاة، وكذا لو حمل متاعاً إلى مكان معيّن ثمّ تلف مضموناً او أتلفه فإنّه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا ان يكون المالك مخيّراً بين تضمينه غير مخيط بلا أجرة او مخيطاً مع الأجرة وكذا لا ان يكون في المتاع مخيّراً بين قيمته غير محمول في مكانه الاوّل بلا أجرة او في ذلك المكان مع الأجرة كما قد يقال.

المسألة ٤: إذا افسد الاجير للخياطة أو القصارة او التفصيل الثوب ضمن، وكذا الحجّام إذا جنى في حجامته، او الختّان في ختانه، وكذا الكحّال والبيطار وكلّ من آجر نفسه لعمل في مال المستاجر إذا أفسده يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحدّ الماذون فيه، وإن كان بغير قصده، لعموم من أتلف، وللصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه، فقال عليه السلام: كلّ عامل اعطيته أجراً على ان يصلح فافسد فهو ضامن، بل ظاهر المشهور ضمانه وإن لم يتجاوز عن الحدّ الماذون فيه، ولكنّه مشكل فلو مات الولد بسبب الختان مع كون الختّان حاذقاً من غير ان يتعدّى عن محلّ القطع بان كان اصل الختان مضرّاً به في ضمانه إشكال.

المسألة ٥: الطبيب المباشر للعلاج إذا افسد ضامن، وإن كان حاذقا، وامّا إذا لم يكن مباشراً بل كان آمراً ففي ضمانه إشكال، إلّا ان يكون سبباً وكان اقوى من المباشر واشكل منه إذا كان واصفاً للدواء

كما نرى في المعاملات الرائجة بين الناس كما في ابواب المهور والقروض والضمانات، قلت: ذلك في المقدار المتسامح فيه عرفاً واما غير المتسامح فيه كما في شرائط التورم الاقتصادي فلا نسلم سيرة. هذا مع ان المقام ان كان جهة الضمان تعدي المستاجر يكون من مصاديق الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال، بناء على عدم اختصاصه بحالة الاخذ، وشموله للمأخوذ ايضاً. فتدبره جيداً).

المسألة ٤: مشكل: بل عدم الضمان اقوى إلّا فيما كان الاذن مقيداً بالاصلاح اعتماداً على حذاقة المستأجر ولعلّه المتعارف اليوم.

اشكال: ان كان وظيفته الختان فقط ولا بصيرة له بالاضرار فلا ضمان سيما مع معرفة المختون بالحال وتسليمه نفسه جامعاً لشرائط التكليف وفي المختون الصغير الضمان حينئذ على مسلّمه الى الخاتن، كالوالد مثلاً لعدم الولاية على مثل ذلك، واما ان كان الخاتن بصيراً بالحال وقد اعتمد على حذاقته المختون فهو ضامن ان لم يتبرّء. (لقانون الاقوائية، ولإطلاق مثل صحيح الحلبي ١٩/ ٢٩ احكام الاجارة، المذكور في المتن).

المسألة ٥: اشكال: الاظهر هو الضمان في جميع موارد الطبابة المتعارفة (لحديث

من دون أن يكون آمراً، كان يقول: إنّ دواءك كذا وكذا، بل الاقوى فيه عدم الضمان وإن قال: الدواء الفلانيّ نافع للمرض الفلانيّ، فلا ينبغي الاشكال في عدم ضمانه، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمّل فيه، وكذا لو قال: لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلانيّ.

المسألة ٦: إذا تبرّأ الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليّه ولم يقصّر في الاجتهاد والاحتياط برأ على الاقوى.

المسألة ٧: إذا عثر الحمّال فسقط ما كان على رأسه او ظهره مثلاً ضمن لقاعدة الإتلاف.

السكوني ١/ ٢٤ موجبات الضمان: «من تطبب أو تبيطر فلياخذ البرائة من وليّه وإلاّ فهو ضامن» والحديث معبر لنصّ الشيخ على وثاقة السكوني في العدة وعمل الطائفة بروايات النوفلي عن السكوني مع صدق قاعدة من اتلف، وشمول حديث الحلبي ١٩/ ٢٩ الاجارة: «... كل عامل اعطيته اجراً على ان يصلح فافسد فهو ضامن» وحمل خبر السكوني على مورد المباشرة حمل على النادر بل هو عامل ايضاً ويشمله حديث الحلبي وان لم يكن مباشراً، ولا يلزم المباشرة في الاسناد).

المسألة ٦: برء: وكذا الجرّاح (لحديث السكوني الماضي، وهو دليل على امكان اسقاط ما لم يجب ومعناه ايجاد مانع الثبوت وهو شامل لمورد القتل ايضاً ولا اقل من دلالة ترك التفصيل مع معرضية ذلك مع انه لا طريق بغير ذلك، فإنه إمّا ان لا يطبّب او يجرّح هذا المريض، أو يعمل بلا برائة ويكون العامل ضامناً أو ثالث وهو عدم الضمان مع البرائة ...).

المسألة ٧: ضمن: ان كان العثور عن تقصير وإلاّ فلا ضمان وهو بالتلف اشبه (وفاقاً لغير واحد ويؤيده ما ورد في الصحاح في الساقط على آخر فمات، في عدم ضمان الساقط. فلا قصاص ولا ديّة، وأما ١١/ ٣٠ الاجارة رواية داود بن سرحان: «في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب انساناً فمات أو انكسر منه شيء فهو ضامن»، والسند لا بأس به بحسب نقل الوسائل في الاجارة لا ابواب موجبات الضمان ج١٩ ص١٨٢، فانه مشتمل على سهل بن زياد وقد قيل فيه شيء. لكن الظاهر ان ضمير انكسر يرجع الى الانسان لا المتاع فلا يرتبط بالبحث. ويؤيد عدم الضمان ايضاً ١١/ ٣٩ الاجارة في استيجار حمال... قال: «... ان كان مأموناً فليس عليه شيء». ويشهد لرجوع ضمير حديث ابن سرحان الى الشخص لا المتاع انه لم يفرض في الحديث كون

المسألة ٨: إذا قال للخيّاط مثلاً: إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه، فقطعه فلم يكف ضمن في وجه، ومثله لو قال: هل يكفي قميصاً؟ فقال: نعم. فقال: اقطعه فلم يكفه، وربما يفرّق بينهما فيحكم بالضمان في الأوّل دون الثاني بدعوى عدم الاذن في الأوّل دون الثاني وفيه انّ في الاوّل ايضاً الاذن حاصل، وربما يقال بعدم الضمان فيهما للاذن فيهما، وفيه انّه مقيّد بالكفاية، إلاّ ان يقال: إنّه مقيّد باعتقاد الكفاية وهو حاصل، والاولى الفرق بين الموارد والاشخاص بحسب صدق الغرور وعدمه أو تقيّد الاذن وعدمه، والاحوط مراعاة الاحتياط.

المسألة ٩: إذا آجر عبده لعمل فافسد ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه أو في كسبه إذا كان من غير تفريط، وفي ذمّته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط، أو في كسبه مطلقاً وجوه واقوال. اقواها الاخير للنصّ الصحيح، هذا في غير الجناية على نفس او طرف، وإلاّ فيتعلّق برقبته، وللمولى فداؤه بأقلّ الامرين من الارش والقيمة.

الرجل حمالاً لمتاع غيره، فلعل المتاع له نفسه ولا وجه حينئذ للضمان).

المسألة ٨: وربما يفرق: الضمان في الصورتين لا يخلو عن قوة (لتقيد الاذن في الصورتين، وفرق العبارة ليس بفارق بعد وضوح المراد، واما التمسك بقاعدة الغرور ففيه كلام، فقد يردّ بعدم الدليل على اطلاقها فهل يحكم بضمان الخياط اذا اخبر بالكفاية فقطع المالك لا الخياط؟ أو بضمان المخبر برقاء القيمة في البلد الفلاني فارسل متاعه الى ذلك البلد فتضرّر؟! قاله الخوئي (قدس سره) وتأمل البروجردي والگلپايگاني (قدس سرهما) لكن الاظهر انها قاعدة عقلائية وسيأتي الكلام عليها وعلى هذه النقوض).

المسألة ٩: اقواها الاخير: بل الاول للنصّ الحسن، واما الصحيح فلا دلالة فيه على تحقق الاستيجار من المولى أو باذنه (فلعله استاجر المملوك بلا اذن المولى ايضاً ولعله لم يكن يعلم انه مملوك ولم يحكم المعصوم عليه السلام بسعي العبد في اوقات خدمته للمولى، فلعل المولى يتركه ساعات في اليوم والليلة، وكلمة يستسعى ظاهرة في اعضال العمل، وبذلك يظهر ان حمل الصحيح على استهلاك مال آخر والحسن على تضييع مورد الاستيجار كما حمل الخوئي والبروجردي والگلپايگاني ايضاً بلا وجه، كما ان قول الاستاذ: الصحيح في غير ما نحن فيه أو تقيد بالحسن ايضاً غير صحيح، بل التفاوت ظاهراً في المستأجر منه، فقد ذكر في الحسن ١٢/١ ابواب موجبات الضمان:

المسألة ١٠ : إذا آجر دابّة لحمل متاع فعثرت وتلف او نقص لاضمان على صاحبها إلاّ إذا كان هو السبب بنخص أو ضرب.

المسألة ١١ : إذا استأجر سفينة او دابّة لحمل متاع فنقص او سرق لم يضمن صاحبها، نعم لو اشترط عليه الضمان صحّ لعموم دليل الشرط وللنصّ.

المسألة ١٢ : إذا حمل الدابّة المستأجرة أزيد من المشترط او المقدار المتعارف مع الاطلاق ضمن تلفها او عوارها، والظاهر ثبوت أجرة المثل لا المسمّى مع عدم التلف، لانّ العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل، نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ثبت عليه المسمّاة وأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة.

المسألة ١٣ : إذا اكترى دابّة فسار عليها زيادة عن المشترط ضمن، والظاهر ثبوت الأجرة المسمّاة بالنسبة إلى المقدار المشترط وأجرة المثل بالنسبة إلى الزائد.

فاستأجره منه... الخ، وفي الصحيح ٣/ ١١. احكام الاجارة: «في رجل استأجر مملوكاً»، والظاهر ان طرف الاستيجار هو المملوك، وعلى فرض اطلاق الاخير فيقيد بالاول بجهة الاذن لا بجهة مال المستأجر عليه والمال الاخر لعدم دليل أيّ دليل على ذلك ففي الاول ضيّع شيئاً، وفي الثاني يستهلك مالاً، ولا فرق بين التعبيرين).

وللمولى فدائه: هذا في الخطا، واما في العمد فلا اختيار للمولى بل الخيرة بيد ولي المقتول أو المجني عليه من القصاص أو الاسترقاق في القتل، والاسترقاق في الجناية ان كانت مستوعبة لقيمة العبد وإلاّ فيتوقّف على التراضي فان اعطاه الدية فهو وإلاّ فيسترقه بمقدار استحقاقه فيصير مشتركاً بين المولى والمجني عليه حينئذ، وكيف كان فلا يضمن المولى جنايته (فان العبد لا يغرم اهله وراء نفسه شيئاً كما في صحيح محمد بن قيس بحسب نقل الصدوق راجع ٢/ ١٠ دية النفس من الوسائل. وفي رواية ابن مسكان ٦/ ٤١ قصاص النفس: «... فلا شيء على مواليه»).

المسألة ١١ : نعم لو اشترط: على ما مرّ من شرط الفعل لا النتيجة بل عليها ايضاً اذا اريد النقل اي كون ما على نفسه على الغير لإمكان تحقق النقل المالي بأيّ لفظ مناسب ومنه الاشتراط. فراجع سيرة العقلاء وسيأتي في المسألة الاولى من الخاتمة.

المسألة ١٢ : اجرة المثل: الظاهر ان حكمه عند التقييد حكم المتباينين على ما يأتي. ثم التقييد بعدم التلف لا وجه له اذا فرض امكان استيفاء المنفعة المستأجر عليها.

المسالة ١٤ : يجوز لمن استاجر دابّة للركوب أو الحمل ان يضربها إذا وقفت على المتعارف، او يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف إلاّ مع منع المالك من ذلك أو كونه معها، وكان المتعارف سوقه هو، ولو تعدّى عن المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها او تلفها، امّا في صورة الجواز ففي ضمانه مع عدم التعدّي إشكال، بل الاقوى العدم لانّه ماذون فيه.

المسالة ١٥ : إذا استوجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن إلاّ مع التقصير في الحفظ، ولو لغلبة النوم عليه، أو مع اشتراط الضمان وهل يستحقّ الأجرة مع السرقة؟ الظاهر لا، لعدم حصول العمل المستاجر عليه إلاّ أن يكون متعلّق الاجارة الجلوس عنده وكان الغرض هو الحفظ لا أن يكون هو المستاجر عليه.

المسالة ١٦ : صاحب الحمّام لا يضمن الثياب إلاّ إذا أودع وفرط او تعدّى، وحينئذٍ يشكل صحّة اشتراط الضمان ايضاً لانّه امين محض فإنّه انّما اخذ الأجرة على الحمّام ولم يأخذ على الثياب، نعم لو استوجر مع ذلك للحفظ ايضاً ضمن مع التعدّي او التفريط، ومع اشتراط الضمان ايضاً، لانّه حينئذٍ ياخذ الأجرة على الثياب ايضاً فلا يكون امينا مَحضاً.

المسالة ١٤ : منع المالك: اي في ضمن العقد وإلاّ فلا اثر للمنع عن المتعارف بعد العقد.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الاقوى العدم: في عدم ضمان الاتلاف يلزم الاذن وفي التلف عدم التعدي والتفريط عن الماذون او المتعارف.

المسالة ١٥ : لغلبة النوم: اذا كانت مصداقاً للتقصير كما اذا امكنه الحفظ عن النوم (والاصل في المسالة انه مؤتمن فلا ضمان إلاّ مع التعدي أو التفريط كما في ٣/ ٢٩ الاجارة، أو الاشتراط على ما مرّ).

الحارس: او سائر الاعمال مع الاتيان بها.

المسالة ١٦ : يشكل: لا اشكال على ما مر في اشتراط الضمان بمعنى الفعل اي تدارك مقدار من ماله. (وأما النص٢ و٣/٢٨ الاجارة: «لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لأنه انما اخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب». فالظاهر انه فيما لا تعهد حتى بنحو الوديعة بالنسبة الى الثياب كما في حمامات بعض القرى).

(٥ ـ فصل)

يكفي في صحّة الاجارة كون الموجر مالكاً للمنفعة، أو وكيلاً عن المالك لها، أو وليّاً عليه، وإن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصيّة أو بالصلح أو بالاجارة فيجوز للمستأجر أن يوجرها من الموجر أو من غيره، لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن الموجر إشكال فلو استأجر دابّة للركوب أو لحمل المتاع مدّة معينة فآجرها في تلك المدّة أو في بعضها من آخر يجوز، ولكن لا يسلّمها إليه، بل يكون هو معها، وإن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الاجارة لا يلازم تسليم العين بيده، فإن سلّمها بدون إذن المالك ضمن، هذا إذا كانت الاجارة الأولى مطلقة، وامّا إذا كانت مقيّدة كان استأجر الدابّة لركوبه نفسه فلا يجوز إجارتها من آخر كما انّه إذا اشترط الموجر عدم إجارتها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه كذلك ايضاً، اي لا يجوز إجارتها من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه ولم يشترط كونها لنفسه جاز ايضاً إجارتها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير، ثمّ لو خالف وآجر في هذه الصور ففي الصورة الأولى وهي ما إذا استأجر الدابّة لركوبه نفسه بطلت، لعدم كونه مالكاً إلّا ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامناً لأجرة المثل للمالك إن استوفى المنفعة وفي الصورة الثانية والثالثة في بطلان الاجارة وعدمه وجهان مبنيّان على انّ

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(فصل ٥)

اشكال: الجواز اظهر إلّا اذا كان التسليم الى الثاني خلاف الامانة كالتسليم الى الظالم والهاتك وفي مورد الجواز لا ضمان.

اجارتها من آخر: اذا كانت مزاحمة لركوبه نفسه وإلّا فالاجارة صحيحة، وهذا كإجارة واجب النفقة العين المستأجرة الى من يجب نفقته عليه ليصرفه عليه أو يوجر الأجنبي فيتبرع بإسكان الموجر نفسه.

بطلت: يعني الفضولية ولكن قد مرت الصحة.

لاجرة المثل للمالك: بل للمستأجر الاول بتلف المنفعة تحت يده وان لم يستوفها، نعم فيما استوفى ازيد مما وقع عليه الاجارة الاولى يكون ضامناً للمالك باجرة المثل للزائد. (والوجه واضح بعد عدم بطلان الاجارة الاولى ومالكية المستأجر الاول للمنافع).

وجهان: الظاهر صحة الثانية والرابعة مع خيار تخلف الشرط، واما الثالثة فالظاهر ان ملكية المستأجر الأول للمنافع محدودة فالاجارة منه حينئذ فضولية.

التصرّف المخالف للشرط باطل لكونه مفوّتاً لحقّ الشرط اولاً، بل حرام وموجب للخيار، وكذا في الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلّمها إلى ذلك الغير.

المسالة ١: يجوز للمستاجر مع عدم اشتراط المباشرة وما بمعناها أن يوجر العين المستاجرة باقلّ ممّا استاجر، وبالمساوي له مطلقا ايّ شيء كانت، بل باكثر منه ايضاً إذا احدث فيها حدثاً، او كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة، بل مع عدم الشرطين ايضاً فيما عدا البيت والدار والدكّان والاجير، وامّا فيها فإشكال، فلا يترك الاحتياط بترك إجارتها بالاكثر بل الاحوط إلحاق الرحى والسفينة بها ايضاً في ذلك، والاقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الارض على كراهة، وإن كان الاحوط الترك فيها ايضاً، بل الاحوط الترك في مطلق الاعيان إلاّ مع إحداث حدث فيها، هذا، وكذا لا يجوز أن يوجر بعض احد الاربعة المذكورة بازيد من الأجرة، كما إذا استاجر داراً بعشرة دنانير وسكن بعضها وآجر البعض الآخر بازيد من العشرة، فإنّه لا يجوز بدون إحداث حدث وامّا لو آجر باقلّ من العشرة فلا إشكال، والاقوى الجواز بالعشرة ايضاً، وإن كان الاحوط تركه.

المسالة ١: من غير حبس الاجرة: إلاّ في النقود كالريال والدلار فلا يجوز على الاحوط (لإحتمال صدق الايجار بالاكثر قوياً وهو ممنوع في النص).

فلا يترك الاحتياط: بل عدم الجواز اقوى. (لظهور الدليل في عدم الجواز ٢٠ و٢٢ احكام الاجارة).

الرحى: والجواز اقوى (للتعبير بالكراهة في دليله ١/ ٢٠ و٥/ ٢٢).

والسفينة: وعدم الجواز اقوى (بالمفهوم من موثق إسحاق بن عمار ٢/ ٢٢).

في الأرض: (وذلك أي الكراهة للجمع بين ٣ و ٤/ ٢٠ احكام الاجارة الدالتين على الجواز و١ و٢ و٦/ ٢١ الدالة على المنع، اذ المراد بالتقبيل بالمشاع فيهما هو على نحو المزارعة، والمراد بالتقبيل بالمضمون أي الدرهم والدينار هو الاجارة وقد دلت على المنع، إلاّ ان يقال: مورد المنع ايضاً هو المزارعة لعدم التصريح بالاجارة فيحمل صحة المزارعة بالمعين ايضاً ويأتي في محله. وحينئذ فلا كراهة ايضاً).

الأحوط تركه: لا دليل عليه وان كان الاحتياط حسناً (لعدم فهم ذلك من الدليل بعد التصريح بالجواز بالمساوي مع تبعيض مورد الاجارة).

المسألة ٢: إذا تقبّل عملاً من غير اشتراط المباشرة ولا مع الانصراف إليها يجوز ان يوكله إلى عبده أو صانعه او أجنبيّ ولكن الاحوط عدم تسليم متعلّق العمل كالثوب ونحوه إلى غيره من دون إذن المالك، وإلاّ ضمن، وجواز الايكال لا يستلزم جواز الدفع، كما مرّ نظيره في العين المستأجرة فيجوز له استيجار غيره لذلك العمل بمساوي الأجرة التي قرّرها في إجارته أو أكثر، وفي جواز استيجار الغير باقلّ من الأجرة إشكال إلاّ ان يحدث حدثاً، او ياتي ببعض فلو آجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكل استيجار غيره لها باقلّ منه إلاّ ان يفصّله او يخيط شيئاً منه ولو قليلاً، بل يكفي ان يشتري الخيط او الابرة في جواز الاقلّ، وكذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة او صوم شهر بعشر دراهم مثلاً في صورة عدم اعتبار المباشرة يشكل استيجار غيره بتسعة مثلاً إلاّ ان ياتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلاً.

المسألة ٣: إذا استوجر لعمل في ذمّته لا بشرط المباشرة يجوز تبرّع الغير عنه، وتفرغ ذمّته بذلك، ويستحقّ الأجرة المسمّاة، نعم لو اتى بذلك العمل المعيّن غيره لا بقصد التبرّع عنه لا يستحقّ الأجرة المسمّاة وتنفسخ الاجارة حينئذ لفوات المحلّ، نظير ما مرّ سابقاً من الاجارة على قلع السنّ فزال الم، او لخياطة ثوب فسرق او حرق.

المسألة ٢: ولكن الأحوط: مرّ الجواز إلاّ في مثل التسليم الى غير المبالي.

اشكال: عدم الجواز اقوى كما مرّ، وكذا في موردي الاشكال بعد ذلك.

يحدث حدثاً: يوجب كون المستأجر عليه ثانياً غير الأول بخلاف مثل صبغ الثوب مما لا يرتبط بالمستأجر عليه. (والوجه ظهور الدليل في كون وجه الجواز فيما يجوز، تعدد المستأجر عليه بالتغير وهنا هو الخياطة، وأما ٢٥/٥ احكام الاجارة: «إلاّ ان يحدث فيها شيئاً»، فهو في الاجارة للدار، فالاحداث فيها مساوق للتغير المزبور).

يشتري الخيط: اي من ماله لاصرف اجراء صيغة البيع (لعدم كون اجراء الصيغة هنا مثلاً جزء العمل المستأجر عليه).

المسألة ٣: ويستحق الاجرة: (وكانت الاجارة وقعت على كلي العمل بلا قيد المباشرة وحتى بلا قيد التسبيب اي بأعم من المقدور وغير المقدور، وحينئذ فكليّه مقدور فهو نظير اداء دين الغير تبرعاً بلا احتياج الى اذن المدين، واشير اليه في الاخبار المتفرقة كدين الاب أو الارحام او غيرهم).

وتنفسخ: اذا كان تبرع المتبرع قبل مضيّ زمان يمكن للأجير اتيان العمل وإلاّ فالظاهر ضمان الاجير للعمل فيدفع اجرة المثل ويستحق من المستأجر الاجرة المسماة،

المسالة ٤: الاجير الخاصّ وهو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستاجر في مدّة معيّنة او على وجه تكون منفعته الخاصّة كالخياطة مثلاً له، او آجر نفسه لعمل مباشرة مدّة معيّنة، او كان اعتبار المباشرة او كونها في تلك المدّة او كليهما على وجه الشرطيّة لا القيديّة لا يجوز له ان يعمل في تلك المدّة لنفسه او لغيره بالاجارة او الجعالة او التبرُّع عملاً ينافي حقّ المستاجر إلاّ مع إذنه، ومثل تعيين المدّة تعيين اوّل زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ، نعم لا باس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه او لغيره في الليل فإنّه لا مانع منه إذا لم يكن موجباً لضعفه في النهار، ومثل إجراء عقد او إيقاع او تعليم او تعلّم في اثناء الخياطة ونحوها، لإنصراف المنافع عن مثلها، هذا ولو خالف واتى بعمل مناف لحقّ المستاجر فإن كانت الاجارة على الوجه الاوّل بان يكون جميع منافعه للمستاجر وعمل لنفسه في تمام المدّة او بعضها فللمستاجر ان يفسخ ويسترجع تمام الأجرة المسمّاة، او بعضها او يبقيها ويطالب عوض الفائت من المنفعة بعضاً او كلاً، وكذا إن عمل للغير تبرّعاً، ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرّع له بالعوض، سواء كان جاهلاً بالحال او عالماً، لانّ الموجر هو الذي اتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير، وإن كان ذلك الغير آمراً له بالعمل إلاّ إذا فرض على وجه يتحقّق معه صدق الغرور وإلاّ

وأما مسالة قلع السنّ فقد مرّ ما فيها.

المسالة ٤: لغيره في الليل: اذا لم يكن الليل داخلاً في مدّة الاجارة.

اجراء عقد: ان لم يكن له مالية وإلاّ فلا يجوز في الصورة الاولى.

أو بعضها: مع التراضي وإلاّ فيشكل التبعيض في الخيار (لعدم وسع نطاق الدليل لذلك).

عوض الفائت: أو اجرة مثل ما عمل لغير المستاجر (اذ جميع منافعه ملك للمستأجر، اذ منافعه في المدة للمستاجر فله الاخذ بالفائت من المنظور من العمل، كما له الاخذ باجرة مثل ما عمل للغير مخيراً في ذلك لإمكان التفاوت في القيمة. وبذلك يظهر عدم صحة توضيح الاستاذ مقيداً بالثاني بل له احدهما بلا تعين).

آمراً له: الظاهر ضمانه في هذه الصورة باستيفاء ملك الغير وهو منافع الاجير (لشمول «لا يحل مال امرء مسلم...» الخ لهذه الصورة بخلاف مثل الاستضائة بنور سراج الغير، فان المقام يصدق فيه التصرف بخلافه مع انه ليس في الدليل لفظ التصرف ايضاً).

صدق الغرور: بأن يدعي الوكالة أو مثلها عن المستاجر في الاستفادة من الاجير،

فالمفروض انّ المباشر للاتلاف هو الموجر، وإن كان عمل للغير بعنوان الاجارة او الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك، ويكون له الأجرة المسمّاة في تلك الاجارة او الجعالة، كما انّ له الفسخ والرجوع إلى الأجرة المسمّاة وله الابقاء ومطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخيّر بين الأمور الثلاثة وإن كانت الاجارة على الوجه الثاني وهو كون منفعته الخاصّة للمستأجر فحاله كالوجه الاوّل إلاّ إذا كان العمل للغير على وجه الاجارة أو الجعالة، ولم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، كان تكون الاجارة واقعة على منفعة الخياطيّ فآجر نفسه للغير للكتابة، او عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنّه ليس للمستأجر إجازة ذلك، لانّ المفروض أنّه مالك لمنفعة الخياطيّ، فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيّراً بين الامرين من الفسخ واسترجاع الأجرة المسمّاة والابقاء ومطالبة عوض الفائت، وإن كانت على الوجه الثالث فكالثاني إلاّ أنّه لا فرق فيه في عدم صحّة الاجازة بين ما إذا كانت الاجارة او الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره، إذ ليست منفعة الخياطة مثلاً مملوكة للمستأجر حتّى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها، بل يملك عمل الخياطة في ذمّة الموجر، وإن كانت على الوجه الرابع وهو كون اعتبار المباشرة أو المدّة المعيّنة على وجه الشرطيّة لا القيديّة ففيه وجهان يمكن ان يقال بصحّة العمل للغير

ولو استشكل بعدم الدليل على قاعدة الغرور كلّياً فالضمان حينئذ للاستيفاء كما مرّ إلاّ اذا اقدم الاجير على المجانية والتبرع كما اذا غرّه الغير في التبرع فوعده امراً غرّه وتبرع اذا لم يكن هذا قراراً معاوضياً عقدياً كالقرار على التبرع قبال ارضائه المالك فلم يُرض المالك وإلاّ فالغير ايضاً ضامن بالاستيفاء.

ان يجيز ذلك: (فانه فضولي حينئذ لإيقاع العقد على مال الغير فيصح بالاجازة، فلا وجه لإشكال الخوئي(مدّ ظلّه) بعدم الصحة بالاجازة هنا نظراً الى عدم امكان الجمع بين الاجارتين).

عوض المقدار الذي فات: أو اجرة مثل ما عمل للغير كما مرّ مخيراً في الرجوع اليه او الغير المستوفي لمنافع الاجير.

فليس له اجازة العقد: بل له ذلك، كما ان له الاسقاط (لعدم ملازمة حق الاجازة والملكية كحق المرتهن، بل ويمكن ملك الجامع بين المتضادين أي ملكية المالية (وفاقاً في ملكية الجامع للسيد جمال (قدس سرّه)).

فكالثاني: فيجري فيه ما ذكرنا من حق الاجازة والاسقاط.

وجهان: بل وجوه أوجهها التوقف على الاجازة (لاستفادة الحقية من ادلة الشروط،

بعنوان الاجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الاجازة وإن لم يكن جايزاً من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل، غاية ما يكون انّ للمستاجر خيار تخلّف الشرط، ويمكن ان يقال بالحاجة إلى الاجازة، لانّ الاجارة أو الجعالة منافية لحقّ الشرط، فتكون باطلة بدون الاجازة.

المسالة ٥: إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة ولو مع تعيين المدّة او من غير تعيين المدّة ولو مع اعتبار المباشرة جاز عمله للغير ولو على وجه الاجارة قبل الاتيان بالمستاجر عليه، لعدم منافاته له من حيث امكان تحصيله، لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير، لانّ المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدّة، ودعوى انّ إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل ممنوعة مع انّ لنا ان نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل.

المسالة ٦: لو استاجر دابّة لحمل متاع معيّن شخصيّ او كلّي على وجه التقييد فحملها غير ذلك المتاع او استعملها في الركوب لزمه الاجرة المسمّاة، وأجرة المثل لحمل المتاع الآخر او للركوب، وكذا لو

ولو شك فمن بناء العقلاء غير المردوع عنه، وقال الاستاذ والگلپايگاني و... : بالصحة بلا اجازة، لكن فيه: منافاة ذلك للحقّية، وقال الخوئي بالبطلان، وكذا البروجردي (قدس سرّه) نظراً الى ان الاجازة بمعنى اجازة العقد الواقع وامضائه لا معنى له لعدم ارتباطه به وبمعنى الاسقاط لا ينفع بعد الوقوع لعدم التغير عما وقع، وفيه ما قلنا من الارتباط كحق المرتهن، ولو رجع الى تحديد المنفعة كالقيد فلإمكان ملكية الجامع بين المتضادين، بل يمكن اعتبار ملكية المتضادين معاً فانها امر اعتباري، والتضاد في واقعهما الخارجي اي المنفعتين المتضادتين لا في اعتبار ملكيتهما. لكن ليعلم ان ملكية المتضادين لا يوجب ضمانهما معاً لا تلفاً ولا اتلافاً ولا استيفاء ولا عقداً كما يأتي).

المسالة ٥: ممنوعة: الموارد مختلفة (وأما التنافي بين المذكور هنا والمذكور في المسالة ٥ من الفصل الأول المذكور في بعض الحواشي فيمكن اندفاعه بما ذكره الخوئي (قدس سرّه) من ان المنفي هنا التعجيل الحقيقي، والثابت هناك التعجيل العرفي، فيمكن العمل لنفسه وللغير فيما قبل تعجيله العرفي).

المسالة ٦: لزمه: بل اكثر الامرين من المسماة واجرة المثل (وفاقاً للبروجردي (قدس سرّه) و... وخلافاً للخونساري والبهبهاني والخوئي و... ، لعمل العرف من المتشرعة وغيرهم على ذلك بحيث يعد بناءً لهم في الضمان بعدم تعدد الضمان بذلك، بل

استأجر عبداً للخياطة فاستعمله في الكتابة، بل وكذا لو استأجر حراً لعمل معيّن في زمان معيّن وحمله على غير ذلك العمل مع تعمّده وغفلة ذلك الحرّ واعتقاده أنّه العمل المستأجر عليه، ودعوى أن ليس للدابّة في زمان واحد منفعتان متضادّتان، وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلاّ إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحقّ أجرتين؟ مدفوعة بأنّ المستأجر بتفويته على نفسه واستعماله في غير ما يستحقّ كأنّه حصل له منفعة أخرى.

المسألة ٧: لو آجر نفسه للخياطة مثلاً في زمان معيّن فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنّه غير العمل المستأجر عليه لم يستحقّ شيئاً أمّا الأجرة المسمّاة فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة، وأمّا أجرة المثل للكتابة مثلاً فلعدم كونها مستأجراً عليها، فيكون كالمتبرّع بها، بل يمكن أن يقال: بعدم استحقاقة لها، ولو كان مشتبهاً غير متعمّد، خصوصاً مع جهل المستأجر بالحال.

واستنكارهم عن ضمانين هنا، ولظهور صحيح ابي ولاد ١/ ١٧ احكام الاجارة في نفي الضمانين، وأما حل اشكال ضمان العقد ـ وان لم يكن اتلاف ولا استيفاء ولا تلف تحت اليد العادية لعدم صدق اتلافين وتلفين أو تلف واستيفاء او اتلاف واستيفاء معاً ـ الذي استند اليه الخوئي، وبذلك اجاب عن اشكال: «فلمَ لا يضمن الناصب جميع المنافع» بان الغاصب لا ضمان له بالعقد بل باحد الثلاثة الأخر، ففيه: ان ضمان العقد ايضاً انما هو في مورد امكان الاستيفاء ولا يمكن استيفاءان معاً، لا يقال: فلو عجز المستأجر نفسه او عجز عن الاستيفاء لا يضمن المسماة؟ قلنا: الملاك الامكان من ناحية المال لا المستأجر، وهنا لا يمكن استيفاءان. وأما وجه ضمان اكثر الأمرين فقد ظهر مما ذكر فانه استوفى بمقداره. فقد علم ان المتضادين مملوكان معاً، ولا يمنع التضاد الخارجي ملكيتهما معاً، لكن نفس الملكية لا توجب الضمان بل يلزم احد عوامل الضمان الاربعة، ولا يمكن بالنسبة الى المتضادين لعدم صدق التلف والاتلاف والاستيفاء بالنسبة اليهما معاً وكذا العقدي لعدم امكان الاستيفاء مع لزوم ذلك الامكان وهذا ما لم يلتفت اليه الخوئي (قدس سره).

وغفلة ذلك الحرّ: الملاك عدم اقدام الأجير على المجانية لا العلم أو الجهل بالموضوع وهما يقبلان الانفكاك.

المسألة ٧: فاشتغل بالكتابة: أي بنفسه بلا دعوة من المستأجر.

لم يستحق شيئاً: ان فسخ المستأجر وإلاّ فله مطالبة قيمة العمل المستأجر عليه،

المسالة ٨: لو آجر دابّته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه وحملها متاع عمرو لم يستحقّ الأجرة على زيد ولا على عمرو.

المسالة ٩: لو آجر دابّته من زيد مثلاً فشردت قبل التسليم إليه او بعده في اثناء المدّة بطلت الاجارة وكذا لو آجر عبده فابق، ولو غصبهما غاصب فإن كان قبل التسليم فكذلك، وإن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة، ويحتمل التخيير بين الرجوع على الغاصب وبين الفسخ في الصورة الأولى وهو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.

المسالة ١٠: إذا آجر سفينته لحمل الخلّ مثلاً من بلد إلى بلد فحملها المستأجر خمراً لم يستحقّ الموجر إلاّ الأجرة المسمّاة، ولا يستحقّ أجرة المثل لحمل الخمر لانّ اخذ الأجرة عليه حرام فليست هذه المسالة مثل

وعليه الاجرة المسماة للأجير (والوجه واضح، لعدم بطلان عقد الاجارة بالتفويت، كما ان صرف الاشتغال بغير المستأجر عليه لا يوجب المجانية وسقوط اجرة المثل فالمراد من الاشتغال، ما هو بنفسه الملازم للمجانيّة).

المسالة ٨: لم يستحق الاجرة على زيد: ان فسخ زيد وإلاّ فله مطالبة قيمة العمل وعليه الاجرة المسماة.

المسالة ٩: بطلت الاجارة: بالنسبة الى المدة الباقية، وللمستأجر الخيار بالنسبة الى ما مضى.

وكذا لو اجر: ان لم يكن تقصير من المستأجر في الحفظ بالمتعارف وكذا في الفرع قبله وبعده.

ويحتمل التخيير: وهو الاقوى (وفاقاً للأكثر، اذ المال موجود محفوظ والاشكال في ناحية القدرة على التسليم وهو شرط ارتكازي في المعاملات تخلفه يوجب الخيار فقط، وقال جمع منهم البروجردي (قدس سرّه) و... . ان المتن هنا مناف لما مرّ منه في الفصل الثالث المسالة ١١ حيث حكم بالرجوع الى الظالم لا التخيير، وقال بعضهم: كان هو الاقوى، وفيه: ما ذكره الخوئي (مدّ ظلّه) من ان الكلام هنا في الغصب وهناك في المنع من الظالم فيحتمل هناك كون المراد منع الظالم من استفادة المستأجر لا من تسليم الموجر بخلاف المقام فان الغاصب ينظر الى المال بنفسه، وقد مرّ هناك توضيح ذلك المتن).

المسالة ١٠: **إلاّ الاجرة المسماة:** بل اكثر الامرين (وحرمة العمل على المستأجر

مسألة إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة، لا يقال: فعلى هذا إذا غصب السفينة وحملها خمراً كان اللازم عدم استحقاق المالك أُجرة المثل، لانّ أجرة حمل الخمر حرام، لانّا نقول: إنّما يستحقّ المالك أجرة المثل للمنافع المحلّلة الفائتة في هذه المدّة، وفي المسألة المفروضة لم يفوّت على الموجر منفعة لانّه اعطاه الأجرة المسمّاة لحمل الخلّ بالفرض.

المسألة ١١ : لو استاجر دابّة معيّنة من زيد للركوب إلى مكان فاشتبه وركب دابّة أُخرى له لزمه الأجرة المسمّاة للاولى وأُجرة المثل للثانية، كما إذا اشتبه فركب دابّة عمرو فإنّه يلزمه أُجرة المثل لدابّة عمرو، والمسمّاة لدابة زيد، حيث فوّت منفعتها على نفسه.

المسألة ١٢ : لو آجر نفسه لصوم يوم معيّن عن زيد مثلاً ثمّ آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو لم تصحّ الاجارة الثانية، ولو فسخ الاولى بخيار او إقالة قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحّتها بل ولو أجازها ثانياً بل لابدّ له من تجديد العقد، لانّ الاجازة كاشفة، ولا يمكن الكشف هنا لوجود المانع حين الإجارة، فيكون نظير من باع شيئاً ثمّ ملك بل أشكل.

لا تنافي وجوب دفع مقابل ما استفاد من المال، ولعل للمال بعض الخطرات في ناحية استفادة المحرم لابد ان يلاحظ في الاجرة كخطرات الاستفادة من السيارات في الذهاب بمال السرقة، وان كان لو علم الموجر حرم عليه الاجارة لذلك. وهذا طبق قاعدة الضمان العقلائي وطبق حرمة مال المسلم).

المسألة ١١ : للاولى: اذا سلمها اليه وأخرجها من تحت سلطانه (وذكر الاشتباه لتحقق موضوع المسألة فلا وجه لتعرض الخوئي(مدّ ظلّه) في الشرح بعدم دخالة الاشتباه).

المسألة ١٢ : لم تصح الاجارة الثانية: والاظهر صحتها بإجازة المستأجر الاول ويكون مال الاجارة الثانية للمستأجر الاول وللأجير المسماة في الاولى. (اذ المانع كون عمل الاجير للمستأجر الاول فإذا اجازها صحت، ومعنى الاجازة حينئذ تبديل النسبة في الصوم عن زيد الى عمرو فان طبيعي الصوم انطبق أولاً على صومه عن زيد ثم بدّل بالاجازة اليه عن عمرو وفاقاً للسيد جمال والاصطهباناتي).

لم ينفع: بل لا تبعد الصحة حينئذ لرفع المانع وان كان الاحوط ضم الاجازة، ولو لم يجز يجوز اجباره على العمل غير القربي وفي كاشفيته الاجازة اشكال (وفاقاً للسيد جمال والاصطهباناتي و ... ، وجوز الخوئي(مدّ ظلّه) في الشرح نظراً الى جواز

(٦ ـ فصل)

لا يجوز إجارة الارض لزرع الحنطة او الشعير بما يحصل منها من الحنطة او الشعير، لا لما قيل من عدم كون مال الاجارة موجوداً حينئذ لا في الخارج ولا في الذمّة، ومن هنا يظهر عدم جواز إجارتها

ملكية المتضادين والمانع عدم امكان الجمع، فاذا ارتفع المانع مضى العقد بلا احتياج الى الاجازة الثانية، وعلى ذلك فليس من باب من باع ... الخ لان الموجر مالك لمنافعه المتصادة من الاول. واما وجه الاشكلية فهو عدم وجود من يصلح للاجازة في المقام على اعتقاد المصنف (قدس سره) لعدم مالكية الموجر عندئذ على رأيه وكون المستاجر الاول اجنبياً عن هذا العقد فانه عليك حصة خاصة من الصوم وهو الصوم عن زيد. لكن فيه ما عرفت، كما ان ما ذكره الحكيم (قدس سره) في وجه الاشكلية من ان عدم القدرة على الصوم عن عمرو يوجب خروجه عن صلاحيّة الملك. ذاتاً بخلاف مسالة من باع ... الخ فان المانع فيه عارضي ... ، فيه منع الخروج عن صلاحية الملك بما عرفت اولاً، وصرف عدم القدرة لا يقتضي ذلك، وفي مسالة من باع ايضاً نفس الخروج عن الملك حاصل والصلاحية هنا غير دخلية. وظهر بما ذكرنا عدم وجه لحاشية السيد جمال والاصطهباناتي (قدس سرهما) بعدم وجه للأشكلية).

(فصل ٦)

من الحنطة أو الشعير: أو سائر الحبوب، سواء اريد تمليك الاجرة حين العقد أو بعد وجودها (لعموم التعليل في الاخبار ١٥/٥ و٢ و٣ و٩ و١٦/١١ من المزارعة، وروايات الباب١٦ من الاجارة. فان عدم المضمونية يعم جميع انواع الحاصل، ولعله اشارة الى عدم اعتبار الوجود لهما كما ان عرف العقلاء ايضا لا يعتبرها امراً موجوداً ولا اعتبار عندهم بملكيتهما، والفرق بين المقام ومنافع العين واضح فان العين مستتبع للمنافع بلا توقف من ناحية العين على شيء بل الامر في الاستفادة بإرادة المستفيد. واما بيع الثمار مع الضميمة فقيل بالتعبد كما عليه الخوئي والبروجردي و... ولكنه يحتمل قوياً ارادة ان كون المحتمل مهماً مفيداً، يجعل البيع عقلائياً خارجاً عن الغرر نظير بيع الآبق مع الضميمة ولعله عقلائي، فلا يريد الدليل الحكم بوجود الثمار بل بصحة البيع لكونه عقلائياً... ولو فرض اعتبار الحاصل من

بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير، بل عدم جوازها بما يحصل من ارض أخرى ايضاً لمنع ذلك، فإنّهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة، وهذا المقدار كاف في الصحّة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضمّ الضميمة، فإنّها لا يجعل غير الموجود موجوداً، مع انّ البيع وقع على المجموع، بل للاخبار الخاصّة وامّا إذا آجرها بالحنطة او الشعير في الذمّة لكن بشرط الاداء منها، ففي جوازه إشكال، والاحوط العدم لما يظهر من بعض الاخبار، وإن كان يمكن حمله على الصورة الأولى، ولو آجرها بالحنطة او الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالاقوى جوازه، نعم لا يبعد كراهته، وامّا إجارتها بغير الحنطة والشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصاً إذا كان في الذمّة مع اشتراط كونه منها اولا.

المسألة ١: لا بأس باجارة حصّة من أرض معيّنة مشاعة، كما لا بأس باجارة حصّة منها على وجه الكلّي في المعيّن مع مشاهدتها على وجه يرتفع به الغرر، وامّا إجارتها على وجه الكلّي في الذمّة فمحلّ إشكال، بل قد يقال بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف، ولذا لا يصحّ السلم فيها، وفيه انه يمكن وصفها على وجه يرتفع فلا مانع منها إذا كان كذلك.

الارض ايضاً موجوداً عند العرف فنقول فيه غرر قطعاً، ولعل المراد من عدم المضمونية ذلك الغرر ولكن الاخبار بين ضعيف السند أو الدلالة سيما واكثرها غير متعرض لكون الاجرة حاصلة من الارض فراجع، لكن المنع على القاعدة كما عرفت).

والاحوط العدم: لا بأس بتركه (فان الاجرة عامة والشرط لا يوجب تخلفه إلّا الخيار. نعم، لو كان الملاك الغرر سرى من الشرط الى اصل المعاملة كما قال الگلپايگاني وتبعه الاستاذ ايضاً فتامل، فانه يمكن ان يقال: لا غرر للخيار في الشرط، نعم عدم المضمونية لعله لا فرق بين كون مال الاجارة عيناً او كلياً بشرط الاداء منه لكن موضوع الروايات لا يشمل المقام).

لا تبعد كراهته: (لعموم النهي عن اجارة الارض بالحنطة أو الشعير او الطعام).

فلا اشكال فيه: عرفت الاشكال في الحاصل مطلقاً، واما غير الحاصل من الارض فلا تبعد الكراهة (لعموم النهي عن اجارة الارض بالطعام).

المسألة ١: اذا كان كذلك: (والظاهر امكانه احياناً، وليس كما قال البروجردي والنجفي(قدس سرهما) من عدم امكان رفع غررها إلّا بالشهود او كونه مشكلاً. وقال بعض اهل العصر اجارة الارض على نحو الكلي في الذمة غير معهود عند العقلاء.

المسألة ٢: يجوز استيجار الأرض لتعمل مسجداً لانّه منفعة محلّلة، وهل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث، ودخول الجنب والحائض ونحو ذلك؟ قولان، اقواهما العدم، نعم إذا كان قصد عنوان المسجديّة لا مجرّد الصلاة فيه وكانت المدّة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا يبعد ذلك لصدق المسجد عليه حينئذٍ.

المسألة ٣: يجوز استيجار الدراهم والدنانير للزينة أو لحفظ الاعتبار أو غير ذلك من الفوائد التي لا تنافي بقاء العين.

ولعله لكون ارتفاع الغرر بالوصف فيه نادراً، ولكنه كما قال الخوئي (قدس سره) لا فرق من هذه الجهة بين الارض أو الدابة أو السيارة الكلية من هذه الجهة. فان ذكر توصيف كامل يرتفع الغرر).

المسألة ٢: لتعمل مسجداً: أي مصلّى واما الاجارة للمسجدية فهي فرع امكان ذلك.

طويلة: لادخالة لطول المدة في ذلك بعد ظهور دخالة التابيد في عنوان المسجدية (وهذا واضح بحسب ارتكاز المتشرعة فلا وجه لدعوى الاردبيلي (قدس سره) بان المسجدية اعم من التابيد، واستشكل الاستاذ (قدس سره) وجوّزها البروجردي والگلپايگاني(قدس سرهما) أو تاملا، لكن الظاهر ما قلنا لظهور ﴿وان المساجد للّه﴾ الخ. وما جعل للّه لا يمكن ردّها كما في ١/ ٢٤ الصدقة و٢/ ١١ الوقوف والصدقات. وللارتكاز من المتشرعة. واما ما قاله البروجردي والگلپايگاني: لا قوة فيه بعد ما عملت مسجداً أي قصد عنوان المسجدية، ففيه: ان اريد محل الصلاة فلا يدل على الدعوى وان اريد المسجد الشرعية فصحة قصده اول الكلام).

المسألة ٣: للزينة: (والعجب من النجفي (قدس سره) وبعض آخر في الاشكال من جهة عدّ ذلك من المنافع النادرة مع ان الاجارة بعنوان منفعة خاصة ولو نادرة لا باس بها وكذا في الاستظلال والتنزه وكلام البعض في التنزه اعجب اذ هو من المنافع الشائعة. وكون الاستظلال جائزاً بلا اذن المالك لا يوجب اشكالاً في الاجارة لإمكان ارادة الحق من المالك. وحينئذ فلا يجوز للغير بلا اذن من المستاجر فتامل فانه لا يحتاج الى الاذن لعدم كونه تصرفاً فالمراد صورة ما يحتاج الى دخالة المالك كإرادته قطع الشجرة بنحو منع الغير عن الاستظلال).

المسألة ٤: يجوز استيجار الشجر لفائدة الاستظلال ونحوه كربط الدابّة به أو نشر الثياب عليه.

المسألة ٥: يجوز استيجار البستان لفائدة التنزّه، لأنّه منفعة محلّلة عقلائيّة.

المسألة ٦: يجوز الاستيجار لحيازة المباحات كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء فلو استأجر من يحمل الماء له من الشطّ مثلاً ملك ذلك الماء بمجرّد حيازة السقّاء فلو أتلفه متلف قبل الايصال إلى المستأجر ضمن قيمته له، وكذا في حيازة الحطب والحشيش، نعم لو قصد الموجر كون المحوز لنفسه فيحتمل القول بكونه له، ويكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوّته عليه من المنفعة، خصوصاً إذا كان الموجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الفلانيّ للمستأجر، أو يكون منفعته من حيث الحيازة له، وذلك

المسألة ٤: الاستظلال: فيما يحتاج الى دخالة المالك كما اذا اراد المالك قطع الشجرة، والاّ فالاستظلال جائز بلا احتياج الى اذن المالك فانه ليس تصرفاً عرفاً ليحتاج الى الاجازة والاجارة.

المسألة ٦: بمجرد حيازة السقاء: ولا يحتاج مع الاستيجار الى قصد التملك للمستأجر على الاظهر اذا كان اجيراً في هذا الوقت لهذا العمل (فان الأجير وان كان انساناً مستقلاً مختاراً لكنه بعد جعل عمله للغير بمقتضى الاجارة لا يمكنه قصد نفسه أو غيره فان هو قاعدة من حاز ملك وفي ظرف الاستيجار الحائز هو المستأجر والاجير بمنزلة الآلة له، والحيازة تحتاج الى قصدها لان العمل الخارجي كما يمكن بعنوان الحيازة يمكن لجهة اخرى لكن اذا قصد الحيازة وتحقق العمل بعنوان ايقاع السلطان على الشيء فهو بنفسه موجب للتملك ولا يحتاج الى قصد التملك كما يلزم القصد في ايقاع صيغة البيع لكن بعد ذلك القصد لا يحتاج الى قصد الملكية أي المسبب فان قصد السبب كاف. هذا ثم الحيازة من الاجير في الحقيقة حيازة المستأجر والاجير آلة، والمستأجر قصد الحيازة أي السبب بفعل الاجير، وقصد الاجير لا يفيد كما ان قصد التملك لنفسه مثلاً لا يضرّ اذ بعد القرار على ان اعماله للمستأجر فالقصد منه على الخلاف لا يضرّ، ثم ان البروجردي (قدس سره) استشكل في اصل جريان الحيازة في ذلك وفاقاً للعلامة والمحقق وبعض المتاخرين منهم الشهيد الصدر (قدس سره) وقال: هذا خلاف الاصل ولما ذكرناه علم انه طبق القاعدة، ولا وجه للاشكال لعدم منع لشمول ادلة الاجارة وعدم منع لشمول من حاز ... الخ للمستأجر. واما الوكالة فهي عند العقلاء في الامور الاعتبارية مثل انشاء العقد ولم يعلم البناء منهم عليها في الحقائق

لإعتبار النيّة في التملّك بالحيازة والمفروض أنّه لم يقصد كونه للمستأجر، بل قصد نفسه، ويحتمل القول بكونه للمستأجر لانّ المفروض ان منفعته من طرف الحيازة له فيكون نيّة كونه لنفسه لغواً، والمسالة مبنيّة على انّ الحيازة من الاسباب القهريّة لتملّك الحائز ولو قصد الغير، ولازمه عدم صحّة الاستيجار لها، أو يعتبر فيها نيّة التملّك ودائرة مدارها، ولازمه صحّة الاجارة وكون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه وإن كان اجيراً للغير، وايضاً لازمه عدم حصول الملكيّة له إذا قصد كونه للغير من دون ان يكون أجيراً له او وكيلاً عنه، وبقاؤه على الاباحة إلّا إذ قصد بعد ذلك كونه له، بناء على عدم جريان التبرّع في حيازة

كما لا عموم لادلته الشرعية يشمل الحقائق. وأما النيابة فيحتمل التعميم لمثل المقام عند العقلاء فإن العامل عمله باختياره وله قصده بعنوان الغير وعن الغير أي جعله بمنزلة آلة الغير وهذا قد يكون بالاجرة مثل الاجارة والوكالة ونحوهما وقد يكون مجاناً كالتبرع، وبذلك يظهر صحة التبرع في المقام ايضاً فان الناس مسلطون على انفسهم كاموالهم وهذا من السلطنة على النفس فله التغيير في عمله وسلبه عن نفسه وايقاعه للغير وعن الغير. وفاقاً للبهبهاني (قدس سره). وقال الخوئي (مدّ ظلّه): العمل في الوكالة منتسب الى الموكل بخلاف النيابة فان العمل عمل النائب لكنه نيابة عن الغير ووقوع عمل شخص عن الغير يحتاج الى دليل وليس في المقام، وفيه: ان النيابة لو كانت بأمر من المنوب عنه والنائب فعل بهذا القصد يعدّ عمله عمل المنوب عنه بلا فرق بينها والوكالة، ومن جهة اخرى النائب ولو بلا امر من المنوب عنه له بمقتضى السلطنة على نفسه وماله ان يجعل عمله عن الغير وللغير وبما ذكرنا كله ظهر ان الحيازة لا يعتبر فيها المباشرة).

ويحتمل القول: وهو الاقوى للقرار على كون عمله الحيازي للمستأجر (وخلافاً للگلپايگاني والاستاذ والبهبهاني وكانه نظراً الى ان سلطنة الاجير على عمله تقتضي صحة قصده لنفسه كما لغيره وفيه: ان القرار بينه والمستأجر قد نفى تلك السلطنة).

والمسالة مبنية: الحيازة من العناوين القصدية وبعد تحققها لا يلزم قصد التملك فانه من احكامها فهي اذا تحققت سبب قهري لتملك من له الحيازة واقعاً وفي المقام هو المستأجر، فالاظهر هو الوجه الاخير المذكور في المتن لكنه بعد تحقق الحيازة بقصدها.

أو وكيلاً: في جريان الوكالة في المقام تأمل (لما مرّ من عدم بناء العقلاء على الوكالة في الامور الحقيقية بخلاف الاجارة والنيابة والتبرع).

المباحات، والسبق إلى المشتركات وإن كان لا يبعد جريانه أو أنّها من الاسباب القهريّة لمن له تلك المنفعة فإن لم يكن اجيراً يكون له وإن قصد الغير فضولاً، فيملك بمجرّد قصد الحيازة، وإن كان أجيراً للغير يكون لذلك الغير قهراً، وإن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير، والظاهر عدم كونها من الاسباب القهريّة مطلقاً، فالوجه الاوّل غير صحيح، ويبقى الاشكال في ترجيح احد الاخيرين ولابدّ من التامّل.

المسالة ٧: يجوز استيجار المراة للإرضاع بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها، وإن لم يكن منها فعل مدّة معيّنة، ولا بدّ من مشاهدة الصبيّ الذي استوجرت لإرضاعه، لاختلاف الصبيان، ويكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر، وكذا لابدّ من مشاهدة الصبيّ الذي استوجرت لإرضاعه، لاختلاف الصبيان، ويكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر، وكذا لابدّ من المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر، نعم لو استوجرت على وجه يستحقّ منافعها اجمع التي منها الرضاع لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبيّ أو وصفه، وإن اختلفت الاغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لإختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمها لابدّ من تعيينه أيضاً.

المسالة ٨: إذا كانت الامراة المستاجرة مزوّجة، لا يعتبر في صحّة استيجارها إذنه ما لم ينافِ ذلك حقّ استمتاعه، لانّ اللبن ليس له، فيجوز لها الارضاع من غير رضاه، ولذا يجوز لها اخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده سواء كان منها أو من غيرها، نعم لو نافي ذلك حقّه لم يجز إلّا باذنه ولو كان غايباً فآجرت

لا يبعد جريانه: (خلافاً للگلپايگاني والخوئي والشهيد الصدر(قدس سرهم) وفيه: ان صحته من شؤون السلطنة على النفس ولا وجه لمنعها فله قصد جعل عمله للغير).

المسالة ٧: بمعنى الانتفاع: ولو بلا ارتضاع كالشرب بعد الحلب واولى منه الرضاع بمعنى الارتضاع (واشكال الحكيم والنجفي و... في المعنى الاول بانه من قبيل تمليك العين لا المنفعة، فيه: ان العين تابع والاجارة وقعت على المرئة بما انها قابلة للانتفاع قابلية متعقبة بالفعلية. ونظيره اجارة الشجرة للانتفاع بثمرها والشاة للحلب، ولا وجه للفرق بينهما كما عن الاصفهاني(قدس سره) في ص١٦٢ من اجارته بان لا عمل من الموجر في الاول وكذا اول منعيي المقام، وفيه: ان ذلك لا يضر بصحة الاجارة فانها بملاك القابلية للانتفاع والعين اي الحليب أو الثمرة مثلاً تابعة لذلك بعكس البيع من تبعته المنفعة للعين. وفاقاً للخوئي، وللاكثر في عدم الفرق).

المسالة ٨: لم يجز إلّا باذنه: (وتوجيه بعضهم ذلك من باب الترتب، فيه عدم جريانه في الوضعيات إلّا ان يدل دليل بالصراحة وإلّا فالمنشا في الموضوعين مطلق

نفسها للارضاع فحضر في اثناء المدّة وكان على وجه ينافي حقّه انفسخت الاجارة بالنسبة إلى بقيّة المدّة.

المسألة ٩: لو كانت الامراة خليّة فآجرت نفسها للارضاع او غيره من الاعمال ثمّ تزوّجت قدّم حقّ المستاجر على حقّ الزوج في صورة المعارضة، حتّى انّه إذا كان وطيه لها مضراً بالولد منع منه.

المسألة ١٠: يجوز للمولى إجبار امته على الارضاع إجارة او تبرّعاً، قنّة كانت او مدبّرة او أمّ ولد، وامّا المكاتبة المطلقة فلا يجوز له إجبارها، بل وكذا المشروطة كما لا يجوز في المبعّضة، ولا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن اولا، لا مكان إرضاعه من لبن غيرها.

المسألة ١١: لا فرق في المرتضع بين ان يكون معيّناً او كلّياً، ولا في المستاجرة بين تعيين مباشرتها للارضاع او جعله في ذمّتها، فلو مات الصبيّ في صورة التعيين او الامراة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الاجارة، بخلاف ما لو كان الولد كلّياً او جعل في ذمّتها، فانّه لا تبطل بموته او موتها إلّا مع تعذّر الغير من صبيّ او مرضعة.

المسألة ١٢: يجوز استيجار الشاة للبنها والاشجار للانتفاع بأثمارها، والآبار للاستقاء ونحو ذلك، ولا يضرّ كون الانتفاع فيها بإتلاف الاعيان، لانّ المناط في المنفعة هو العرف وعندهم يعدّ اللّبن منفعة للشاة، والثمر منفعة للشجر، وهكذا، ولذا قلنا: بصحّة استيجار المراة للرضاع وإن لم يكن منها فعل بان انتفع بلبنها في حال نومها او بوضع الولد في حجرها وجعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض العلماء من إشكال الاجارة في المذكورات لانّ الانتفاع فيها بإتلاف الاعيان وهو خلاف وضع الاجارة لا وجه له.

فلا يجوز اجتماعهما وفي المقام لا يجتمع الحكم بصحة الاجارة وحق الزوج).

انفسخت: ان لم يمضها الزوج.

المسألة ٩: مضراً بالولد: اي بارتضاعها.

المسألة ١٠: المبعّضة: إلّا ان يقسّم مهاياة.

المسألة ١١: او موتها: (لإمكان الارضاع تسبيباً بالوصية والاخراج من تركتها وان لم يمكن الارضاع اصلاً أُخرجت القيمة من تركتها، وحكم العلامة (قدس سره) باخراج القيمة من التركة مطلقاً ولا وجه له لو امكن الارضاع).

المسألة ١٢: يعد اللبن منفعة: لكن لا توجب الاجارة ملكية اللبن مثلاً بل ملكية صرفها وحق شربها فان الاجارة اضافة تسليطية من المالك بين المستاجر والعين توجب حق الاستفادة من العين، فالحق صحة هذه الاجارة الشائعة (خلافاً للبروجردي

المسألة ١٣ : لا يجوز الاجارة لإتيان الواجبات العينيّة كالصلوات الخمس، والكفائيّة كتغسيل الاموات وتكفينهم والصلاة عليهم، وكتعليم القدر الواجب من أصول الدين وفروعه، والقدر الواجب من تعليم القرآن كالحمد وسورة منه، وكالقضاء والفتوى ونحو ذلك، ولا يجوز الاجارة على الأذان، نعم لا بأس بارتزاق القاضي والمفتي والمؤذّن من بيت المال، ويجوز الاجارة لتعليم الفقه والحديث والعلوم الادبيّة وتعليم القرآن ما عدا المقدار الواجب ونحو ذلك.

المسألة ١٤ : يجوز الاجارة لكنس المسجد والمشهد وفرشها وإشعال السراج ونحو ذلك.

المسألة ١٥ : يجوز الاجارة لحفظ المتاع او الدار أو البستان مدّة معيّنة عن السرقة، والاتلاف، واشتراط الضمان لو حصلت السرقة أو الاتلاف. ولو من غير تقصير، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناطور إذا ضاع مال، لكن لابدّ من تعيين العمل والمدّة والأجرة على شرائط الاجارة.

المسألة ١٦ : لا يجوز استيجار اثنين للصلاة عن ميّت واحد في وقت واحد، لمنافاته للترتيب المعتبر في القضاء بخلاف الصوم فإنّه لا يعتبر فيه الترتيب، وكذا لا يجوز استيجار شخص واحد لنيابة الحجّ الواجب عن اثنين، ويجوز ذلك في الحجّ المندوب، وكذا في الزيارات، كما يجوز النيابة عن المتعدّد تبرّعاً في الحجّ والزيارات، ويجوز الاتيان بها لا بعنوان النيابة، بل بقصد اهداء الثواب لواحد أو متعدّد.

والبهبهاني والخونساري(قدس سرهم) في الاشكال بصحتها، بل يمكن القول بحصول الملكية لنفس اللبن ايضاً كما في المتن بأن المراد من المنافع في المقام ليس معناها العرضي القائم بالعين بل ما تعد في العرف منفعة واللبن والثمرة كذلك فلا وجه لإشكال الخوئي (قدس سره) بأن الصادق في المقام هو المنفعة قبال الخسران والضرر لا بمعناها التابع للعين وللاقا ضياء (قدس سره) كلام هنا في الاصول ص ٦٤ بدايع الافكار مغزاه رعاية حيث الترشح).

المسألة ١٣ : لا يجوز: فيما ثبت من الدليل لزوم اتيانه مجاناً كبعض العينيّات والكفائيات (لعدم منافاة الوجوب لأخذ الاجرة حتى العيني التعييني فضلاً عن التخييري والكفائي، وكذا لا ينافي أخذ الاجرة قصد القربة. نعم ثبت المجانية موارد كالاذن على ما مرّ، وكذا تجهيز الميت على الاظهر وتعليم الدين بمقداره اللازم. ويجوز على الطبابة مثلاً ولو صارت عينياً).

المسألة ١٥ : اشتراط الضمان: على ما مرّ من شرط الفعل لا النتيجة.

المسألة ١٦ : للترتيب: قد مرّ عدم لزوم الترتيب إلاّ في المترتبتين وان كان الاحوط مراعاته فيما علم الترتيب في الفوت مطلقاً.

المسألة ١٧ : لا يجوز الاجارة للنيابة عن الحيّ في الصلاة ولو في الصلوات المستحبة نعم يجوز ذلك في الزيارات والحجّ المندوب وإتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان النيابة بل من باب سببيّة الزيارة لإستحباب الصلاة بعدها ركعتين، ويحتمل جواز قصد النيابة فيها لأنّها تابعة للزيارة والاحوط إتيانها بقصد ما في الواقع.

المسألة ١٨ : إذا عمل للغير لا بأمره ولا إذنه لا يستحقّ عليه العوض وإن كان بتخيّل انّه ماجور عليه فبان خلافه.

المسألة ١٩ : إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك فان كان بقصد التبرّع لا يستحقّ عليه أجرة وإن كان من قصد الآمر إعطاء الأجرة وإن قصد الأجرة وكان ذلك العمل ممّا له أجرة استحقّ وإن كان من قصد

المسألة ١٧ : ولو في الصلوات المستحبة : تجوز النيابة رجاء فتجوز الاجارة على ذلك الوجه (وفاقاً للشيخ الاعظم والحكيم(قدس سرهما) فان ٩ و١/ ١٢ قضاء الصلوات ظاهران في جواز الصلاة بعنوان البرّ عن الوالدين حيين وميتين لكنهما ضعيفا السند. وأما الدلالة فلا باس بهما، وما ذكره الخوئي(قدس سره) من ان الأولى بصدد بيان برّ الميت منهما لمعروفية طريق البرّ الى حيّهما. فيه: ان ذلك لا يكفي لصرف الظهور مع صراحة ذكر الحيّ، وأما ١٢/١٦ قضاء الصلوات الدال على المنع فلعل الظاهر منه ارادة التشريك في عمل واحد نظير التشريك في الحج في ٢٥/٩ نيابة الحج فلعل للتشريك خصوصية تقتضي المنع بخلاف النيابة انفراداً مع تجويز التشريك في الحج بصراحة ٢٨/٢ نيابة الحج، وعن السيد بن طاوس التصريح بأن رواية المنع انما هي في غير المستحب وأما فيه فيجوز ذلك كما في الزيارات والحج وغيرهما. وكيف كان فالنيابة رجاء لا اشكال فيها لعدم دليل صحيح على المنع فيجوز الاستيجار على النيابة رجاء. بل يمكن ان يقال: اذا فرض صحة النيابة في صلاة الزيارة فتعلم صحة النيابة في الصلاة فيجوز الاستيجار جزماً).

وتحمل: وهو الأظهر كصلاة الطواف (فان دليل النيابة في الحج يشمل صلاته وكذا الزيارة).

المسألة ١٩ : كان بقصد التبرع لا يستحق : والدليل على القصد ظاهر الحال والقرائن، (والظاهر عدم وجه لحاشية بعضهم من عدم الاعتبار بالقصد بل الاعتبار بظاهر وجهة العمل وانه ظاهر في المجانية او الاجرة، اذ ذلك مقام الاثبات وأما مقام الثبوت فلا ريب في قيمة القصد اذ قصد التبرع اقدام على اسقاط حق الاجره وهو الملاك).

الآمر إتيانه تبرّعاً سواء كان العامل ممّن شانه أخذ الأجرة ومعداً نفسه لذلك اولا، بل وكذلك إن لم يقصد التبرّع ولا أخذ الأجرة، فإنّ عمل المسلم محترم، ولو تنازعا بعد ذلك في انّه قصد التبرّع اولا قدّم قول العامل، لاصالة عدم قصد التبرّع بعد كون عمل المسلم محترماً، بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك وإن اغمضنا جريان أصالة عدم التبرّع ولا فرق في ذلك بين أن يكون العامل ممّن شانه وشغله اخذ الأجرة وغيره إلّا أن يكون هناك انصراف او قرينة على كونه بقصد التبرّع أو على اشتراطه.

المسالة ٢٠: كلّ ما يمكن الانتفاع به منفعة محلّلة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته، وكذا كلّ عمل محلّل مقصود للعقلاء عدا ما استثني يجوز الاجارة عليه، ولو كان تعلّق القصد والغرض به نادراً، لكن في صورة تحقّق ذلك النادر بل الامر في باب المعاوضات الواقعة على الاعيان ايضاً كذلك، فمثل حبّة الحنطة لا يجوز بيعها، لكن إذا حصل مورد يكون متعلّقاً لغرض العقلاء ويبذلون المال

اتيانه تبرعاً: إلّا اذا قامت القرائن على استدعائه التبرع فلا يستحق حينئذ.

عمل المسلم محترم: وكذا غير المسلم إلّا الحربي (والدليل على الاحترام نصوص حرمة مال المسلم كحرمة دمه ١٢/١٥٢ احكام، في خصوص المسلم ولا وجه لقول الخوئي (قدس سره): «حرمة مال المسلم تقتضي عدم كونه هدراً يهجم عليه كل احد كالمباحات لا استحقاق الأجر فيما كان بامر الآمر ...» اذ لاريب في ان من مقتضيات الحرمة وعدم كونه هدراً كونه موجباً للأجر إلّا اذا اسقط صاحبه بنفسه، وايضاً بناء العقلاء والمتشرعة على الضمان في موارد الامر فيما لم يتحقق التبرع فان العمل مقتض للأجر ومانعة قصد التبرع فما لم يقصد التبرع سواء قصد الأجر أم كان غافلاً او ملتفتاً متردداً اثر المقتضى اثره هذا هو السيرة. وامّا تمسك الخوئي (قدس سره) بالسيرة على الضمان في موارد الامر كما نرى في اعمال الحمّال والحلاق وبما ورد من كراهة تعيين اجر الحجام ١/٩ ما يكتسب به بل يامره بالحجامة ثم يؤدي الاجرة المثلية ففيه انها غير ما نحن فيه فان القرائن فيها قائمة على عدم قصد التبرع).

لأصالة عدم قصد التبرع: (بل لعل المورد من موارد قبول قول الشخص فيما لا يعلم إلّا من قبله اذا لم يكن قرينة فلا يحتاج الى الاستصحاب. والعجب من مفتاح الكرامة من حكمه بعدم الأجر لولا الاجماع مطلقاً ولو فيما اذا قصد الاجر بلا عقد ظاهر).

وان اغمضا: هذا من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصّص.

المسالة ٢٠: ويبذلون المال: ولو بلحاظ حالة شخصية كشراء خط ابيه المتوفى بل

في قبالها يجوز بيعها.

المسألة ٢١ : في الاستيجار للحجّ المستحبّي أو الزيارة لا يشترط أن يكون الاتيان بها بقصد النيابة، بل يجوز أن يستاجره لاتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستاجر أو إلى ميّته، ويجوز أن يكون لا بعنوان النيابة ولا اهداء الثواب، بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث إنّها من الاعمال الراجحة فياتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء.

لا يبعد كفاية الملكية وان لم يعدّ مالاً (ولا وجه لإشكال الخوئي (قدس سرّه) بمثل المثال وانه لا يبذل عند العقلاء بازائه المال قال: فليس البيع مبادلة مال بمال كما عليه مصباح المنير بل مبادلة ملك بملك بلا اعتبار المالية اذ في مثل المثال يبذل بازائه المال عند متعارف الناس كما ان البيع على ما نفهمه من العرف هو التبادل المالي).

المسألة ٢١ : بقصد اهداء الثواب: (ولا وجه لاشكال الگپايگاني (قدس سرّه) بان الثواب حينئذ اي عندما يكون العمل لنفسه، يكون لنفسه وصحة الاجارة حينئذ مشكلة، نعم لا بأس بإعطاء شيء ليكون داعياً على اهداء الثواب بعد العمل) وكذا لاشكال الحكيم (قدس سرّه) بان الثواب ليس من عمله ليستاجر عليه وليس تحت اختياره لإمكان تحقق موانع من القبول، اذ المراد احد وجهين: ١ـ نية وقوع العمل بقاء عنه بدل النيابة حدوثاً كما في ١/ ٢٩ نيابة حج: فاجعل ذلك لها الآن. ٢ـ الابتهال والدعاء الى اللّه تعالى بأن يتفضل في اعطاء الثواب لشخص آخر كما في دعاء بعض الزيارات: «اللّهم اجعل ثواب هذا... الخ». وهذان اختياريان له ويمكن تأثيرهما فان الأمر اعتباري والدليل موجود).

المقصود ايجارها: (واستشكل غير واحد منهم فيه إلاّ ان يقصد بذلك اعطاء المال لإيجاد الداعي له لاصل العمل مخيراً بين النيابة والاصالة لكنه ليس اجارة، واستظهر البهبهاني عدم الجواز، وقيد الاستاذ بما اذا كان له تعلق غرض عقلائي راجح بالعمل منه. وكان منشأ الاشكال ان العمل للموجر نفسه لا يصل الى المستاجر ليوقع الاجارة عليه، وفيه: ان غرضه قد يتعلق بوقوع عمل محبوب للمولى في الخارج والمولى يثيبه على ذلك ولا يلزم وقوع الثواب تحت الاجارة).

المسألة ٢٢ : في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمداد للكتابة والابرة والخيط للخياطة مثلاً على الموجر أو المستأجر قولان، والاقوى وجوب التعيين إلاّ إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الاطلاق، وإن كان القول بكونه مع عدم التعيين وعدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه أيضاً لانّ اللازم على الموجر ليس إلاّ العمل.

المسألة ٢٣ : يجوز الجمع بين الاجارة والبيع مثلاً بعقد واحد، كان يقول: بعتك داري وآجرتك حماري بكذا، وحينئذٍ يوزع العوض عليهما بالنسبة ويلحق كلاً منهما حكمه، فلو قال: آجرتك هذه الدار وبعتك هذا الدينار بعشرة دنانير فلابدّ من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس، وإذا كان في مقابل الدينار بعد ملاحظة النسبة أزيد من دينار أو أقلّ منه بطل بالنسبة إليه، للزوم الربا ولو قال: آجرتك هذه الدار وصالحتك هذه الدينار بعشرة دنانير مثلاً فإن قلنا: بجريان حكم الصرف من وجوب القبض في المجلس وحكم الربا في الصلح فالحال كالبيع وإلاّ فيصحّ بالنسبة إلى المصالحة ايضاً.

المسألة ٢٢ : لا يخلو عن وجه: الاوجه عند عدم التعارف والعادة كون الآت العمل كالابرة والمنحت على الموجر، والدواخل في الموضوع كالخيط في الثوب على المستاجر.

المسألة ٢٣ : للزوم الربا: (ولا يجري في المقام حكم الجواز بالضميمة فان المقام مقام ضم عقد الى عقد لا مال الى مال فلا يفيد كما يفيد ضم مالك الى مالك).

حكم الصرف: الأوجه عدم جريان شيء من الحكمين في المقام واختصاصهما بالبيع، نعم يجري الربا في المصالحة المشتملة على المعاوضة بين العينين على الاحوط، وأما اذا كان التبادل بين الصلح من الطرفين وكان العينان متعلقين للصلحين فلا يجري الربا ايضاً على الاقوى.

(ودليلنا ظهور روايات الربا في البيع أو مطلق التبادل المالي، حتى المطلقات فانها ايضاً وان كانت خالية عن ذكر البيع لكن ظهور جملة قفيز من كذا بكذا ظاهر في تبادل المالين أو ملكين وهو حقيقة البيع ونحوه لا الصلح، واستشكل الخونساري(قدس سره) في اصل جمع عقدين في عقد واحد وقال النجفي: لو لم يكن محذور، وكان مراده من حيث جهالة المبيع ونحوها، لكن الادلة منصرفة عن مثل هذه الجهالة لعدم الغرر على أيّ حال، فلا وجه لحاشية السيد عبدالهادي(قدس سره) ايضاً في لزوم تعيين الثمن والاجرة ولو بالمقاولة قبلاً).

المسألة ٢٤ : يجوز استيجار من يقوم بكلّ ما يأمره من حوائجه فيكون له جميع منافعه، والاقوى انّ نفقته على نفسه، لا على المستأجر إلّا مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة، وعلى الاوّل لابدّ من تعيينها كمّاً وكيفاً إلّا ان يكون متعارفاً، وعلى الثاني على ما هو المعتاد المتعارف، ولو انفق من نفسه او انفقه متبرّع يستحقّ مطالبة عوضها على الاوّل بل وكذا على الثاني لانّ الانصراف بمنزلة الشرط.

المسألة ٢٥ : يجوز ان يستعمل الاجير مع عدم تعيين الأجرة وعدم إجراء صيغة الاجارة، فيرجع إلى أجرة المثل لكنّه مكروه، ولا يكون حينئذ من الاجارة المعاطاتيّة، كما قد يتخيّل، لانّه يعتبر في المعاملة المعاطاتيّة اشتمالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة، والمفروض عدم تعيين الأجرة في المقام، بل عدم قصد الانشاء منهما ولا فعل من المستأجر، بل يكون من باب العمل بالضمان، نظير الاباحة

المسألة ٢٤ : من حوائجه: مع العلم بسنخ الحوائج لكنه حينئذ لا يكون من باب جميع المنافع، نعم يجوز استيجاره بجميع منافعه ايضاً.

مطالبة عوضها: ان كان شرط المنفعة وكذا العادة بمنزلة تعهد بذل المقدار بنحو الذمة، وأما اذا كان بنحو شرط الفعل اي الانفاق فقط فتخلفه معصية فقط ولا يوجب الضمان (فهو كالانفاق على العمودين لا كنفقة الزوجة، أو تقول: كإشباع أحد فاذا شبع بايّ وجه فلا يجب اشباعه.

قال الخوئي: الظاهر ان النفقة اخذت على وجه الشرطية لا الجزئية فلا ضمان، وفيه: ان الماخوذ على وجه الشرط ايضاً ان كان بنحو شرط النتيجة اي كون كذا مقداراً ملك الطرف فهو يوجب الضمان لعدم اعتبار صيغة خاصة في التمليك. واما ١/ ١٠ الاجارة الظاهر في كون النفقة على المستأجر فالظاهر ان مورده شرط النفقة على المستأجر كما في صدر الحديث).

المسألة ٢٥ : عدم قصد الانشاء: نعم، احياناً يكون الامر بقصد انشاء الاجارة اذا كان الاجرة معلومة بالتعارف لإمكان أخذ الامر بمنزلة العمل في البيع بالتعاطي.

العمل بالضمان: العمل فعل الاجير وصرفه لا يوجب ضمان الغير إلّا اذا فرض امر المستأجر بمنزلة الاستيجاب كما في الاباحة بالضمان وتصرف المتصرف فيها بمنزلة القبول في العقود. والظاهر انطباق ذلك حينئذ على التعاطي الذي بنمزلة العقد اذا كانت الاجرة معلومة بالتعارف، فالأظهر ان يكون الضمان هنا من باب الاستيفاء بالضمان اذا فرض انه ليس بمنزلة العقد.

بالضمان، كما إذا أذن في أكل طعامه بضمان العوض ونظير التمليك بالضمان كما في القرض على الاقوى من عدم كونه معاوضة، فهذه الامور عناوين مستقلّة غير المعاوضة والدليل عليها السيرة بل الاخبار ايضاً، وامّا الكراهة فللاخبار ايضاً.

المسالة ٢٦ : لو استاجر ارضاً مدّة معيّنة فغرس فيها او زرع مالا يدرك في تلك المدّة فبعد انقضائها للمالك ان يامره بقلعها، بل وكذا لو استاجر لخصوص الغرس أو لخصوص الزرع وليس له الابقاء ولو مع الأجرة ولا مطالبة الارش مع القلع، لانّ التقصير من قبله، نعم لو استاجرها مدّة يبلغ الزرع فاتّفق التاخير لتغيّر الهواء أو غيره امكن ان يقال بوجوب الصبر على المالك مع الأجرة للزوم الضرر إلّا ان يكون موجباً لتضرّر المالك.

من عدم كونه معاوضة : لكنه عقد.

فللاخبار ايضاً: (٢ و١/ ٣ الاجارة، وظاهر الاول: «من كان يؤمن باللّه واليوم الآخر فلا يستعملن اجيراً حتى يعلم ما اجره» هو الحرمة، لكن السيرة من العقلاء والمتشرعة كاشفة عن كون المراد شدّة الاهتمام كما في الوتر بمثل التعبير ١/ ٢٩ اعداد الفرائض ونوافلها، كما ان غضب الرضا عليه السلام في الثاني لاجل مصالح اخر شخصية احتراماً لمقام الامامة او ما ذكر في نفس الحديث من ظنّ الاجير فالخبران دليلان على الجواز كما على الكراهة).

المسالة ٢٦ : لخصوص الغرس: اذا لم يرجع الى التناقض في الانشاء (نظراً الى عدم امكان ذلك إلّا ان يراد الاستفادة من الخارج عن الارض كيف كان).

امكن ان يقال: بل لا يمكن القول به (اذ الضرر جاء من قبل عقد الاجارة الذي اقدم هو عليه وان قيل هو اقدام رجاء سعة الوقت فلم يقدم على الضرر، فنقول: اقدم على امر لم يبق له حقاً في الابقاء. كما ان الضرر في الغبن جاء من قبل اصل العقد لا حكم الشرع والخيار تداركه، ولا ضرر لا يثبت التدارك. وهذا هو الوجه لا الاتفاق وعدمه كما في المتن فان المرض الاتفاقي يرفع الحكم كما في غير الاتفاقي وكما في العمد، فلو اوقع المكلف نفسه في المرض مثلاً وكان الوضوء عندئذ ضرراً عليه ارتفع الوضوء عنه بلا اشكال، ثم ان لا ضرر وكذا لا ضرار لعلّه الاقدام على الضرر كما في القتال بمعنى الاقدام على القتل) ليس حكماً اولياً مولوياً فقط كما استفاد الاستاذ (قدس سره) من مورد حديث سمرة وغيره، اذ لا وجه للاختصاص بل مفاده

(٧ـ فصل في التنازع)

المسالة ١: إذا تنازعا في اصل الاجارة قدّم قول منكرها مع اليمين، فإن كان هو المالك استحقّ أجرة المثل دون ما يقوله المدّعي، ولو زاد عنها لم يستحقّ تلك الزيادة وإن وجب على المدّعي المتصرّف

نفي الضرر والضرار في حوزة الاسلام ولو في الاحكام الاولية فهو لا يشذّ عن النظر الى الاوليات ايضاً حتى لو قاله النبي ﷺ في مقام حكمه المولوي ﷺ. فهل يتصور القول بانه لا يجوز ضرر احد على احد لكن يجوز ضرر النبي ﷺ او الشارع على احد؟ فهذا لسان آب عن التخصيص، والتخصيص إلاّ في حكم طبعه ضرري بالانصراف، ولذا فهم الفقهاء منه نفي الحكم الضرري ايضاً، فالظاهر تمامية نظر المشهور في التمسك بالحديث خلافاً لما كان عليه الاستاذ (قدس سره). واما القول بان حرمة الابقاء ضررية فتنتفي، ففيه: ان الحديث امتناني لا يجري فيما اوجب ضرراً على الغير ولو بصرف قصر سلطنته على ماله بل لا يحتاج الى لحاظ الضرر فان صرف كونه خلاف سلطنة الغير على ماله ينفي جهة الامتنان، وبذلك يظهر عدم جواز التفصيل بين الضرر الاقوى والاضعف كما قاله بعض اهل العصر ... ، وكذا لما قاله الحكيم (قدس سره) من عدم التاكد في الاعدام اي اذا نفى الضرر فلا فرق بين الضعيف والقوي في المنفى فتامل. كما لا وجه للتخيير بين الضررين لعدم معنى للتخيير بين شخصين. نعم لا يبعد في الضرر المتسامح يعني لا يعد ضرراً على الغير لو فرض ذلك. واما اجراء لا ضرر في مورد سمرة مع التعارض فلإقتضاء قاعدة الشركة في الطريق لزوم الإعلام والإستجازة، فسمرة كان يفعل خلاف الاحكام الاولية فجازاه النبي ﷺ بذلك وكان يمكن المجازاة بالمنع من الدخول ايضاً لكن تعيين المجازاة بيد ولي الامر).

فصل٧: في التنازع

المسالة ١: لم يستحق تلك الزيادة: لكن لا فائدة في الدعوى حينئذ ولا يتوجه اليمين على المنكر فاطلاق صدر الكلام غير موجّه (وفاقاً للأكثر فان الميزان في المدعي والمنكر هو المقصود من النزاع لا مصبّ الدعوى، فاذا كان مقصود مدعي الاجارة شيئاً اقل من المنكر لم يكن مدعياً ولا يتشكل النزاع).

إيصالها إليه، وإن كان المنكر هو المتصرّف فكذلك لم يستحقّ المالك إلّا أجرة المثل، ولكن لوزادت عمّا يدّعيه من المسمّى لم يستحقّ الزيادة لإعترافه بعدم استحقاقها، ويجب على المتصرّف إيصالها إليه، هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة، وإن كان قبله رجع كلّ مال إلى صاحبه.

المسألة ٢: لو اتّفقا على أنّه اذن للمتصرّف في استيفاء المنفعة ولكنّ المالك يدّعي أنّه على وجه الاجارة بكذاأو الاذن بالضمان، والمتصرّف يدّعي أنّه على وجه العارية ففي تقديم أيّهما وجهان بل قولان، مَن أصالة البراءة بعد فرض كون التصرّف جايزاً ومن أصالة احترام مال المسلم الّذي لا يحلّ إلّا بالاباحة، والاصل عدمها فتثبت أُجرة المثل بعد التحالف ولا يبعد ترجيح الثاني وجواز التصرّف أعمّ من الاباحة.

ايصالها اليه: الوجوب ظاهراً بحكم الحاكم طبق اقراره، وأما الوجوب واقعاً فهو مرتب على الواقع المعلوم لعلمه بالحال وهكذا الكلام في الفرع الآتي، بل الوجوب الظاهري ايضاً لإدعائه العلم لا لصرف الاقرار لتنازع الاقرارين.

لم يستحق الزيادة: الكلام في عدم جدوى الدعوى حينئذ كما مرّ.

المسألة ٢: **ترجيح الثاني**: بل الأول، لا لاصالة البرائة بل لكون المالك مدعياً حينئذ عليه البينة واذا لم تكن بينة يقدم قول المتصرف مع اليمين، ولا وجه للتحالف اذ تشخيص المدعي والمنكر بيد العرف، والعرف يرى من عليه الاثبات مدعياً ويلاحظ ذلك بالنسبة الى غرض الدعوى لا المصبّ وفي المقام المالك يدعي الاجرة وعليه الاثبات والزام الخصم. وأما خصمه المتصرف فلا يدّعي شيئاً خاصاً زائداً على ما اتفقا عليه من التصرف بالاذن. (وفاقاً للخوئي في الشرح وخلافاً له في الحاشية حيث يثبت الضمان وللگلپايگاني وبعض آخر المثبتين للضمان بقاعدة الاتلاف واستيفاء المنافع فانها مقتضى الضمان واحتمال التخصيص أو التخصص ينفى بالاصل، ونظيره البهبهاني (قدس سرّه) وخلافاً للبروجردي والاستاذ وبعض آخر القائلين بالتحالف وثبوت اجرة المثل بقاعدة الاستيفاء، لكن الأظهر عدم وجه للتحالف لما ذكر من ملاك الادعاء والانكار فان المدعي ليس من لو ترك ترك، وإلّا لزم كون من يعترف بالحق ويدعي الاداء منكراً لتطبيق ذلك على خصمه المدعى لعدم الاداء وبقاء الحق، مع ان العرف يرى مدعي الاداء مدعياً وليس من يكون قوله خلاف الاصل، فان اثبات الاجرة في المقام خلاف الاصل الأولي وطبق الأصل الثانوي أي قاعدة الضمان باليد، ولعلّ اللازم عليه لحاظ الاصل الخاص اي الثانوي مع ان العرف يرى المالك هنا

المسالة ٣: إذا تنازعا في قدر المستاجر قدّم قول مدّعي الاقلّ.

المسالة ٤: إذا تنازعا في ردّ العين المستاجرة قدّم قول المالك.

المسالة ٥: إذا ادّعى الصائغ او الملاّح او المكاري تلف المتاع من غير تعدّ ولا تفريط، وانكر المالك التلف، او ادّعى التفريط او التعدّي قدّم قولهم مع اليمين على الاقوى.

مدعياً للاجرة. واما التمسك بقاعدة الاتلاف واستيفاء المنافع في المقام: ففيه: ان موجب الضمان بالاستيفاء او التلف منحصر في اليد او العقد، والاول هنا منفي للاتفاق على الاذن وان اليد يد امانة، والثاني غير معلوم على الفرض وعلى المالك اثباته فدقق النظر. ومما ذكر يظهر النظر في التمسك بقاعدة احترام مال الغير اذ لو كان مفادها صرف التكليف فلا وجه لها في المقام ولو كان الوضع فهو في مورد لم يكن ماذوناً).

المسالة ٣: قدم قول: (ولا وجه للتحالف نظراً الى تعدد الاجارتين مع خصوصيّتين متباينتين اذ الملاك هو الفرض لا المصب).

المسالة ٤: قول المالك: (وقيل في الوديعة بقبول قول الودعي للاجماع وهو غير مسلّم، والعمدة ان قبول قول الامين انما هو في غير الردّ، قال بعض اهل العصر: ذلك لاجل ان الردّ انتهاء امد الامانة وقبول قوله انما هو فيما دامت الامانة باقية، وفيه: ان المالك حينئذ يسلم الامانة لإدعائه عدم الردّ اي الموضوع باق! فالاحسن الاستدلال بان اتهام عدم الردّ بمنزلة نفي الامانة عند العقلاء مع عدم اطلاق في دليل قبول قول الامين يشمل المقام).

المسالة ٥: قدم قولهم: اذا كانوا ثقاة مامونين او قامت القرائن على صحة قولهم، بخلاف ما اذا كانوا مدّعين فعليهم البينة حينئذ (وفاقاً للخوئي والمفيد والمرتضى(قدس سرّهم) بل والمشهور على ما نسب اليهم الشهيد الثاني، لكن المعروف نسبة الشهرة الى ما في المتن، جمعاً بين الروايات الدالة على الضمان وعدمه، والتفصيل بين الثقة والمتهم راجع الروايات ٢ و٥ و٦/٢٩ و٣٠، ١ و ٢ الاجارة، ٩و١٤/٢٩ و٤ و١٢/٢٩ و٦ و٧/ ٣٠، والظاهر انه عقلائي ايضاً بحث يكون خلافه يحتاج الى دليل قوي، لكن المحشين إلاّ النادر منهم قبلوا ما في المتن نظراً الى الشهرة واعراض المشهور عن المخالف).

المسألة ٦: يكره تضمين الاجير في مورد ضمانه من قيام البيّنة على إتلافه أو تفريطه في الحفظ او تعدّيه أو نكوله عن اليمين او نحو ذلك.

المسألة ٧: إذا تنازعا في مقدار الأجرة قدّم قول المستاجر.

المسألة ٨: إذا تنازعا في انّه آجره بغلاً او حماراً او آجره هذا الحمار مثلاً او ذاك فالمرجع التحالف وكذا لو اختلفا في الأجرة انّها عشرة دراهم أو دينار.

المسألة ٦: **يكره**: في الكراهة اشكال، نعم يستحب ترك التضمين من باب الاحسان في حق الغير فانه مستحب مطلقاً (واما ١٢/ ٣٠ الاجارة: «... فقال امين هو؟ قلت: نعم، قال: فلا يأخذون منه شيئاً» فلا يدل على المقام للاشكال في السند والدلالة من جهة كون الشخص المفروض امنياً فلا وجه لضمانه. كما ان تطول الباقر عليه السلام في بعض ما مر من الروايات (٤/ ٢٩ الاجارة: «كان امير المؤمنين عليه السلام يضمّن القصار والصائغ احتياطاً للناس، وكان ابي عليه السلام يتطول عليه اذا كان مامونا» انما هو في الامين وكيف كان فله تضمين الاجير قانوناً لكن يستحب التطول والاحسان مطلقاً. لكن لعل دليل ذلك ينصرف عمّا يلزم منه اعتياد الشخص بالتعدي والخيانة لاموال الناس، ولعله كان ملاك تضمين علي عليه السلام القصار والصائغ).

المسألة ٨: **التحالف**: وينحل الاجارة ويستحق المالك اجرة المثل، ومحل الكلام ما اذا لم تكن بينة او اقامها الطرفان، ثم ان التحالف في مثل الدرهم والدينار انما هو فيما كان النظر الى خصوصهما لا المالية المشتركة وإلّا فهو من باب المدعي والمنكر لا التحالف (وفاقاً للمشهور والمحشين خلافاً للسيد الاصفهاني(قدس سره) والگلپايگاني والحكيم(قدس سرهم) في الشرح نظراً الى ان استحقاق الاجرة متفق عليه والموجر لا يدعى شيئاً بل المستاجر يدعي عليه منفعة ازيد من منفعة الحمار اي الفرس، والمالك في المثال الثاني يدعي شيئاً ازيد وهو الدينار، واما اعتقاد المستاجر لعشرة دراهم فهو اقرار لا ادعاء كاعتقاد المالك في المثال الاول بلزوم دفع الحمار، وفيه: ما ذكره الخوئي(مدّ ظلّه) من انه ليس صرف ذلك بل المالك في الاول يدعي استحقاق الاجرة بصرف تسليم الحمار والمستاجر في الثاني يدعي استحقاق تسلم العين بصرف دفع عشرة دراهم، وقد مرّ ان ملاك تشخيص المدعي والمنكر هو العرف. وقال الاستاذ: لا يبعد احياناً كون العشرة درهم والدينار من المدعي والمنكر

المسألة ٩: إذا اختلفا في أنّه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أولا فالقول قول منكره.

المسألة ١٠ : إذا اختلفا في المدّة أنّها شهر او شهران مثلاً فالقول قول منكر الازيد.

المسألة ١١ : إذا اختلفا في الصحّة والفساد قدّم من يدّعي الصحّة.

المسألة ١٢ : إذا حمل الموجر متاعه إلى بلد فقال المستأجر: استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلانيّ غير ذلك البلد وتنازعا قدّم قول المستأجر فلا يستحقّ الموجر أجرة حمله، وإن طلب منه الردّ إلى المكان الاوّل وجب عليه وليس له ردّه إليه إذا لم يرض، ويضمن له إن تلف او عاب لعدم كونه اميناً حينئذٍ في ظاهر الشرع.

وانما التحالف في مثل الحنطة والشعير، وكان نظره الى ان النقد باعتبار المالية بلا خصوصية للدرهم والدينار ولا يبعد ذلك).

المسألة ١٠ : منكر الازيد: (ولا وقع لحاشية بعض المعاصرين: «هذا بناء على كون الملاك غرض الدعوى لا المصبّ وإلافهما متداعيان» اذ على المصبّ ايضاً الشهر والشهران من الزيادة والنقص وبابهما باب الادعاء والانكار. وفصّل بعض اهل العصر فقال بالتحالف فيما احتلفا في مال الاجارة ايضاً، والزم المصنف والمحشين بالتفصيل، وفيه: ان الكلام في تمحض الخلاف في المدة كما في نظائره في الباب).

المسألة ١١ : قول من يدعي الصحة: فيما كان الشك في الشرائط لا الاركان كعدم قابلية الموضوع أو عدم بلوغ العاقد (اذ لا اطلاق لأصالة الصحة، اذ ملاك بناء العقلاء لا مثل صنع فعل اخيك ... الخ، وهو في غير الاركان، وفي الحقيقة الشك عندئذ في التحقق لا الصحة).

المسألة ١٢ : قدم قول المستاجر: بل يتحالفان لطلب المستأجر العمل المطلوب له ان لم يفت المحل واجرة مثله ان فات ان لم يفسخ وكانت اجرة المثل زائدة على المسماة أو مباينة، كما ان الاجير يطلب المسماة. هذا اذا كان التنازع بعد العمل، واما قبل العمل فلا كلام في التحالف لبقاء المحل ويصرح به في المسالة الآتية (والوجه واضح بعد الدقة فيما مرّ من عدم الانفساخ بالتفويت).

وجب عليه: (اذ المكان ايضاً من خصوصيات المال وصفاته وربما توجب اختلاف الرغبات والصفات ايضاً مضمونة كما مرّ سابقاً والضمان هنا باليد، ودليله بناء العقلاء لا حديث على اليد ... الخ المروي في كتب الفقه، وفي المستدرك ٤/ ١

المسالة ١٣ : إذا خاط ثوبه قباء وادّعى المستاجر انّه امره بان يخيطه قميصاً فالاقوى تقديم قول المستاجر لاصالة عدم الاذن في خياطته قباء، وعلى هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك، ولا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستاجر وإن كان له كان له ويضمن النقص الحاصل من ذلك، ولا يجب عليه قبول عوضه لوطلبه المستاجر، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه الموجر هذا ولو تنازعا في هذه المسالة والمسالة المتقدّمة قبل الحمل وقبل الخياطة فالمرجع التحالف.

المسالة ١٤ : كلّ من يقدّم قوله في الموارد المذكورة عليه اليمين للآخر.

الغصب لعدم ثبوت السند ولا حديث: الغصب مردود ٣/ ١ غصب الوسائل و ٤/ ١ الانفال. اذ الردّ اعم من الردّ في خصوص المكان الاول. فلا وجه لمنع الگلپايگاني وتردد بعض اهل العصر، وكانه تصور ان دليل الردّ صرف عدم الاذن فقال: هو لا يثبت لوازمه).

المسالة ١٣ : تقديم قول المستاجر: بل التحالف لادعاء كل على الآخر شيئاً، فكما أن الموجر يطلب الاجر فالمستاجر يطلب العمل المطلوب له او عوضه. (ولا يلزم كون المستاجر مدعياً ان يكون طالباً للقميصية بعد الصيرورة قباء كما تصور الگلپايگاني (قدس سرّه) وكانه مراد البروجردي (قدس سرّه) نظراً الى فوات المحل في غير هذه الصورة، لإمكان العوض بعد عدم الانفساخ بمجرد ذلك).

كان له: وليس له مطالبة مالية صفة القميصية (لكونها واقعة على مال الغير بلا اذنه، لا لعدم ماليتها كما هو ظاهر الخوئي في الشرح، والعجب انه افتى بضمان الصفة فيما قبل، إلاّ ان يقال: ذلك من باب الملك لا المال. واما قول بعضهم بعدم جواز النقض اذا عدّ الخيط تالفاً أو اوجب نقصاً في الثوب، ففيه: ان عده تالفاً لا يخرجه عن ملكه اذا أمكن الوصول، ولابد ان يكون المراد من ايجاب النقص نقصاً جديداً باخراج الخيط).

المسالة ١٤ : اليمين للآخر: ولو نكل عن اليمين ردّه الى المدعي فيحلف ويثبت دعواه، كما ان المدعي قد يثبت دعواه بشاهد ويمين، ثم ان في موارد التنازع لا ينقلب الواقع عما هو عليه فيحرم على الغاصب الواقعي لكن الأظهر عدم جواز التقاص للمالك ايضاً سيما في موارد اليمين (للروايات في عدم جواز ردّ حكم الحاكم ١/ ١١ صفات القاضي، وما دل على ذهاب اليمين بحق المدعي وان اقام البينة

(خاتمة)

فيها مسائل: الاولى: خراج الارض المستأجرة في الاراضي الخراجيّة على مالكها، ولو شرط كونه على المستاجر صحّ على الاقوى، ولا يضرّ كونه مجهولاً من حيث القلّة والكثرة لإغتفار مثل هذه الجهالة

فيما بعد، انظر البابين ٩ و١٠ صفات القاضي و١/٦ كتاب الايمان، وخصّه الحكيم(قدس سرّه) باليمين، لكن الاظهر الغاء الخصوصية لما اشير اليه في ٢/١٠ بأن الملاك الرضا بالتحاكم، بل ويلغو حينئذ خاصية حكم الحاكم. وأما ان الحكم ظاهري لا يوجب انقلاب الواقع فلظاهر الروايات مثل ١/٢ كيفية القضاء: «... وبعضكم الحن بحجته من بعض ... الخ» ثم الظاهر عدم جواز عمل القاضي بعلمه في حق الله تعالى للحصر في قوله ﷺ: «انما اقضي بينكم بالبينات والايمان» في ١/٢، ولوضوح حصول اليقين باقرار واقرارين مع الزام الشرع اربع اقرارات، بل وفي حق الناس ايضاً لظهور كون حديث الحصر، وارداً في حق الناس، وهو خلاف متعارف العقلاء في زماننا، نعم كان مرسوماً في الحكومات الاستبدادية والفردية. وللزوم الخلاف كثيراً ولحصول الوهن في موقع القاضي عند الناس وليس كل قاض ظاهر الصلاح صالحاً في الواقع فيلزم الظلم كثيراً كما نرى. وللكلام مقام غير المقام).

خاتمة

الاولى ... صحّ على الاقوى: (خلافاً للحكيم والخوئي(قدس سرهما) إلّا اذا كان المراد شرط التأدية نظراً الى كون الخراج في الشرع على المالك أي مالك المنفعة لعدم ملكية الرقبة في المفتوحة عنوة، فلا يمكن تغيير الحكم الشرعي، وفيه: ان نقل ما في الذمة امر عقلائي غير مردوع عنه بل يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم).

مجهولاً: (خلافاً للبروجردي والاستاذ(قدس سرهما) و... نظراً الى انصراف الاخبار الى المعلوم عند الطرفين كما هو الغالب، وفيه: منع الانصراف بعد ثبوت الاطلاق مع انّ الشرط ليس ركناً في العقيدة، ولا نسلم سرايته الى العقد جهالة اذا كان عقلائياً، بل مرّ ان الغرر ليس مطلق الجهل بل الجهل غير العقلائي الموجب للخطر وهذا متعارف عقلائي كما في المزارعة، مع اطلاق الادلة بل التصريح في بعضها بعدم قدح القلة مثل ٢/١٠ المزارعة، وسيما ١/١٧ المزارعة المصرّحة بعدم قدح

عرفاً، ولإطلاق بعض الاخبار، **الثانية**: لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيّد الشهداء وسائر الائمّة صلوات الله عليهم، ولكن لو أخذها على مقدّماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان اولى. **الثالثة**: يجوز استيجار الصبيّ المميّز من وليّه الاجباريّ أو غيره كالحاكم الشرعيّ لقراءة القرآن والتعزية والزيارات، بل الظاهر جوازه لنيابة الصلاة عن الاموات بناء على الاقوى من شرعيّة عباداته. **الرابعة**: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة أصول الزرع فنبتت فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له، وإن أعرض عنها وقصد صاحب الارض تملّكها كانت له، ولو بادر آخر إلى تملّكها ملك وإن لم

الجهالة وباطلاقها حتى المعتد به، ولا نسلم الانصراف الى المعلوم عند الطرفين فان امر الخراج الى الحاكم وقد يزيد فيه بما لم يتصور قبلاً).

الثانية... اولى: (لتحصيل الخلوص في نفس العمل فكم للمعزّى من اجر ومقام فان باب الحسين عليه السلام اوسع ابواب الجنة نرجوه بلطفه عليه السلام).

الثالثة... لنيابة الصلاة: محلّ اشكال لعدم اطلاق في ادلة النيابة يشمله من حيث فراغ ذمّة المنوب عنه، ونظير المقام الاكتفاء بصلاته على الميت (وفاقاً للخوئي والگلپايگاني(قدس سرهما) و... لعدم الملازمة بين شرعية عباداته وجواز الاكتفاء بها عن الغير، واما ادلة: «برّ الولد لوالده ان يصلي عنه...»، فلا اطلاق لها من حيث البلوغ. نعم، الأظهر شرعية عباداته خلافاً للنجفي (مدظله) لإطلاق الادلة، وحديث رفع القلم يرفع الالزام لكونه امتنانياً ولا امتنان في رفع اساس الحكم ولا منع في ذلك حتى على بساطة الحكم لكون الامر اعتبارياً خلافاً للخوئي، ويشهد لما ذكرنا ذكر النائم ايضاً مع وضوح عدم رفع الحكم عنه اساساً حتى الوضع مثلاً، ان قلت: اذا كان العمل صحيحاً فما الوجه في منع النيابة؟ قلت: الوجه اختلاف موقع الصحة نفسياً ونيابة عند العقلاء يوجب عدم ظهور الادلة في الاطلاق كما نرى في صحة تسليم الصبي ولزوم جوابه عقلائياً ومع ذلك لا يستحسنون وقد يقبحون لووجّه الشخص صبياً لإبلاغ التسليم أو للنيابة في العيادة والتشييع مثلاً).

الرابعة ونبتت: أي: وانتجت بحيث يصير مالاً بل ولو لم يكن مالاً (لبقاء حق الاختصاص).

كانت له: اذا حازها (لعدم كفاية قصد التملك بلا الاستيلاء) وقد مرّ نظيره سابقاً، ثم الاظهر ما في المتن من كون الاعراض سبباً للخروج عن الملكية بمعنى انه سبب

يجز له الدخول في الارض إلاّ باذن مالكها. الخامسة: إذا استأجر القصّاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعيّ بحيث صار حراماً ضمن قيمته، بل الظاهر ذلك إذا امره بالذبح تبرّعاً، وكذا في نظائر المسالة.

لعدّ المال تالفاً في النسبة أي نسبته الى مالكه فان دليل لا يحل مال امرء مسلم ... الخ، لابد في تحقق موضوعه من تحقق عنوان المالية والانتساب الى المسلم مثلاً ـ وان كانت الملكية كافية ايضاً في الحرمة وغير المسلم لحكم المسلم ايضاً احياناً لكن ذلك بدليل آخر ـ فقد يتلف العين أو ماليته وقد يتلف الانتساب، والاعراض من متلفات الانتساب، دليل ذلك نفي اعتبار العقلاء ملكيته حينئذ. ولا اشك في ذلك وان شك غير واحد كالخوئي والحكيم (قدس سرهما) وفاقاً للاستاذ والبروجردي (قدس سرهما) و ... فاذا تلف الانتساب فهو مال بلا مالك فهو لآخذها، وامّا ان تالف الانتساب كالمباح فهو بدليل روايات السفيه ٢ و١/ ١١ اللقطة: «... وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم»، وأما قوله ﷺ: فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم احق به فلعل المراد فيما يكون اهله متوقعاً لحصوله فلم يعرض، ويشير اليه ذكر ترك صاحبه في الفقرة الاخرى وإلاّ فلا موضوع له عادة فيما غرقت وذهبوا الى اوطانهم بلا شعور بمكان الفرق مثلاً بحيث تركوا مالهم. وحينئذ فالظاهر عدم كون ذلك تعبداً خاصاً على ما وصفه الخوئي (قدس سره) بل لعدّه تالفاً أو تالف الانتساب كما ذكرنا ونظير ذلك احياء الموات المعرض عنه راجع ٥ و٦/ ١ احياء الموات، وانفاق البعير الضائع واخذ المال الضائع ٢ و٣ و١/ ١٣ اللقطة، وهذا هو قول المشهور كما عن السرائر والجواهر وكذا السيرة في حطب المسافر، ولعله يستفاد من فحوى بعض الأخبار ١٢ اللقطة، وحينئذ فنصوص الشاة الضائع ايضاً على القاعدة ١/ ١٣ اللقطة فالمراد منه صورة الضياع فلا نسلم قول الحكيم (قدس سره): لم يعمل بظاهرها عند المشهور. وما ذكرنا هو الملاك في التصرف في الشوارع المستحدثة بغير اذن صاحبها مع قيام السيرة عليه ايضاً بل لعل السيرة على الأوسع من ذلك أي ولو لم يعرض صاحبها فتامل.

إلاّ باذن مالكها: في غير ما قامت السيرة على الجواز كالاراضي الواسعة.

الخامسة: ... اذا امره: أو فعل كذلك بلا امر (ووجه التعبير بالظاهر دون القطع الاشارة الى الاحسان وانه لا سبيل على المحسنين، وفيه: انه كان بصدد الاحسان ولم يكن محسناً ولم يعتبره المالك محسناً بخلاف مثل الوديعة ففيها اعتبره المالك محسناً).

السادسة: إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد فاشتبه واتى بها عن عمرو فإن كان من قصده النيابة عن من وقع العقد عليه وتخيّل انّه عمرو فالظاهر الصحّة عن زيد واستحقاقه الأجرة، وإن كان ناوياً النيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمّة زيد ولم يستحقّ الأجرة، وتفرغ ذمّة عمرو إن كانت مشغولة ولا يستحقّ الأجرة من تركته، لانّه بمنزلة التبرّع، وكذا الحال في كلّ عمل مفتقر إلى النيّة. السابعة: يجوز أن يوجر داره مثلاً إلى سنة بأجرة معيّنة ويوكل المستأجر في تجديد الاجارة عند انقضاء المدّة، وله عزله بعد ذلك، وإن جدّد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده، ويجوز أن يشترط في ضمن العقد ان يكون وكيلاً عنه في التجديد بعد الانقضاء،

السابعة: ... ان يكون وكيلاً: أي بنحو شرط النتيجة فيكون وكيلاً بنفس هذا الاشتراط وليس له عزله تكليفاً ولكن لو عزله ينعزل على الاظهر (وفاقاً للبهبهاني والگلپايگاني وهكذا نقل عن الخونساري (قدس سره) مشافهة واستشكل في الحاشية بلا تفريق بين شرط الفعل والنتيجة وخلافاً للخوئي (قدس سره) في شرحه في شرط النتيجة ويستدل بتحقق الوكالة بنفس هذا الاشتراط لعدم لزوم عقد خاص في تحقق الوكالة، وفيه: ان تحقق الوكالة بالشرط ووجوب الوفاء به لا يستلزم عدم الانعزال لو عزله لعدم فهم ازيد من ذلك من «المؤمنون عند شروطهم» أي يجب العمل. إلّا ان يقال: مفاد الحديث قصر السلطنة وهو محل تأمل، ومثل ذلك شرط الوكالة للزوجة في الطلاق في ضمن عقد النكاح يجب العمل وعدم العزل لكن لو عزل وعصى لا دليل على عدم الانعزال.

وأما ما يستدل على عدم صحّة الشرط بان الوكالة عقد جائز لا ينقلب لازماً ابداً، ففيه: ان ذلك بالعنوان الثانوي كالنذر أي يصير مصداقاً للازم لا لازماً بنفسه وذاته، وايضاً العقد الجائز لا ينحل بنفسه بل بحلّ شخص ذي حق في الحلّ والغرض انه سلب عن نفسه حق الحلّ فان الجواز حكم، وأما الفسخ والحل فهو حق، فالكلام كله في ان هذا الشرط يوجب سلب السلطنة على الفسخ ام لا؟

ويمكن ان يقال: لا ينبغي ان يشك في امكان سلب الحق من ذي الحق عن نفسه بالقرار كما يمكن سلب الملكية من المالك بالقرار فهل يكون الحق اهم من الملك؟ فاذا كان ذلك ممكناً بالاساس فيسلب عنه ذلك الحق بالقرار، فالحق يسلب أو ينتقل كالملكية ويمكن ان يقال: العزل حينئذ تصرف في حق الغير فلا يتحقق بلا رضا الغير كما استدل الحكيم (قدس سره) ولكن مع ذلك كله الاقوى الانعزال لان الوكالة

وفي هذه الصورة ليس له عزله. الثامنة: لا يجوز للمشتري ببيع الخيار بشرط ردّ الثمن للبايع ان يوجر المبيع ازيد من مدّة الخيار للبايع، ولا في مدّة الخيار من دون اشتراط الخيار حتّى إذا فسخ البايع يمكنه ان يفسخ الاجارة، وذلك لانّ اشتراط الخيار من البايع في قوّة إبقاء المبيع على حاله حتّى يمكنه الفسخ، فلا يجوز تصرّف ينافي ذلك. التاسعة: إذا استوجر لخياطة ثوب معيّن لا بقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرّعاً عنه استحقّ الأجرة المسمّاة، وإن خاطه تبرّعاً عن المالك لم يستحقّ المستاجر شيئاً

بلا عزل غير معتبرة في الشريعة فان الوكالة فيها امكان العزل، نعم اذا نذر أو شرط يصير العزل تصرفاً في حق الغير فيكون حراماً وليس كل تصرف في حق الغير غير متحقق اذ حق الغير ليس بعنوان عدم العزل أو العزل بل بعنوان الشرط وعدمه أو النذر وعدمه، والمستفاد من ادلة النذر أو الشرط هو التكليف فقط، فحديث قصر السلطنة غير مفيد في المسالة فانه يكون بعنوان الشرط أو النذر وهو لا يفيد سوى التكليف، وتأمل في مشابه المقام وهو شرط عدم تزوج المرئة من زيد في طلاقها فيقول الرجل انت طالق بشرط ان لا تتزوج من زيد بعداً، فاذا تزوجت فهل يصير الزواج باطلاً أو محرماً فقط تحت عنوان مخالفة الشرط؟.

فتحصل ان خاصية الشرط حينئذ الحرمة تكليفاً وتزلزل اصل العقد بمخالفة الشرط وضعاً فقط لا عدم تحقق الانعزال مثلاً).

الثامنة: لا يجوز: تكليفاً بل ووضعاً ايضاً اذا تعلق نظر ذي الخيار بشخص المبيع وصرّح بذلك في العقد فلا ينفذ حينئذ بل يكون مراعى بعدم الفسخ بخلاف اجارة مثل الدينار للتفاخر مع عدم نظر خاص من ذي الخيار بشخص الدينار بل بماليته (خلافاً للخوئي (قدس سره) فقال بالمضي وجريان حكم التلف حينئذ نظير الخيار المجعول شرعاً، نظراً الى ان مخالفة الشرط لا توجب البطلان وضعاً او عدم النفوذ بل يوجب التكليف فقط نظير اشتراط عدم تزوج المرئة من زيد في طلاقها، لكن الظاهر وجود الفارق وهو ابقاء حق لنفسه عند البيع من جميع خصوصيات المبيع وهذا الابقاء يوجب عدم مضي التصرف).

من دون اشتراط الخيار: قيد للجملتين (فلا يحتاج الى تقييد الاولى كما قيد الگلپايگاني (قدس سره).

التاسعة: استحق الاجرة المسماة: (والعجب من بعض أهل العصر حيث استشكل

وبطلت الاجارة وكذا إن لم يقصد التبرّع عن احدهما ولا يستحقّ على المالك أجرة، لانّه لم يكن ماذوناً من قبله، وإن كان قاصداً لها او معتقداً انّ المالك امره بذلك. **العاشرة**: إذا آجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً في مدّة معيّنة فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد فإن كان المستأجر عليه الايصال وكان طيّ الطريق مقدّمة لم يستحقّ شيئاً، وإن كان المستأجر عليه مجموع السير والايصال استحقّ بالنسبة، وكذا الحال في كلّ ما هو من هذا القبيل، فالاجارة مثل الجعالة قد يكون على العمل المركّب من أجزاء وقد تكون على نتيجة ذلك العمل، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الأولى يستحقّ الأجرة بمقدار ما أتى به وفي الثانية لا يستحقّ شيئاً، ومثل الصورة ما إذا جعلت الأجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء من إتمامها. **الحادية عشر**: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، وإن كان بعده

في ذلك بانه لم يكن بامر من الاجير ولم يكن العمل منه مباشرة ولا تسبيباً فكيف يستحق الاجير؟ وفيه: ان عمل المتبرع عنه عمله بلا ريب ويسقط ما في ذمة الاجير والاجرة بازائه).

وبطلت الاجارة: فيما انكشف عدم قدرة الاجير اصلاً كما اذا كان الاستيجار للعمل يوم الجمعة فبادر المتبرع يوم الخميس، وأما فيما كان قادراً والوقت متسعاً فتبرع المتبرع فالظاهر تخيير المستأجر بين الفسخ أو الابقاء والانتقال الى قيمة العمل وتسليم المسماة الى الاجير ثم المستاجر في كلامه بالفتح، أي: الاجير.

العاشرة... نتيجة ذلك العمل: اذا كانت الاجارة حينئذ عقلائية غير غررية بأن كانت النتيجة متوقع الحصول، وبذلك يفرق الاجارة عن الجعالة فان العمل في الجعالة من ناحية العامل نفسه بلا قرار خاص معه.

مجموع: فالاجرة حينئذ في قبال الوصف المتولد من المركب فلم يلاحظ الاجتماع قيداً حتى يلزم بتخلفه الخيار فقط، ومنه يعلم صورة اخرى وهي ما لوحظ الاجتماع شرطاً ويثبت الخيار بتخلفه.

الحادية عشر... وان كان بعده: في جواز الفسخ بعد تمام العمل في خيار الشرط اشكال وان كان الاوجه ذلك (وفاقاً للبهبهاني وبعض اهل العصر لعدم اطلاق في الادلة وبناء العقلاء يشمل ذلك فالعقلاء لا يعتبرون ذلك الخيار، لكن الاوجه الجواز لإطلاق المؤمنون ... الخ، فاذا صرّحا بالخيار حتى بعد العمل فالظاهر عدم الاشكال

استحقّ أجرة المثل، وإن كان في أثنائه استحقّ بمقدار ما أتى به من المسمّى أو المثل على الوجهين المتقدّمين إلّا إذا كان المستاجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحقّ شيئاً وإن كان العمل ممّا يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة، بناء على حرمة قطعها، والحجّ بناء على وجوب إتمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل اولا، وجهان اوجههما الاوّل هذا إذا كان الخيار فوريّاً، كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبوناً في اثناء العمل وقلنا: إنّ الاتمام مناف للفوريّة، وإلّا فله ان لا يفسخ إلّا بعد الاتمام وكذا الحال اذا كان الخيار للمستاجر إلّا انّه إذا كان المستاجر عليه المجموع من حيث المجموع، وكان في اثناء العمل يمكن ان يقال: إنّ الاجير يستحقّ بمقدار ما عمل من أجرة المثل لإحترام عمل المسلم خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط. الثانية عشر: كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابّة المستاجرة والعبد والاجير المستاجرين للخدمة او غيرها على المستاجر إذا كانت معيّنة بحسب العادة أو عيّناها على وجه يرتفع الغرر كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستاجر على الاجير او الموجر بشرط التعيين او التعيّن الرافعين للغرر، فما هو المتعارف من إجارة الدابّة للحجّ واشتراط كون تمام النفقة ومصارف الطريق ونحوها

وان كان البناء المتعارف على خلاف ذلك بعد تمام العمل).

على الوجهين: مرّ الفرق بين الخيار الاصلي والمجعول من طرفي العقد ففي، الاول ينحل اصل العقد بفسخ ذي الخيار ويصير الاجير مستحقاً لاجرة المثل، وفي الثاني يكون الفسخ من حين الفسخ فيستحق الاجير من المسمى بنسبة ما عمل (ونظيره القول بالفرق بين ما سببه من الاول وما طرء سببه كما عن الاستاذ وبعض آخر فان الاول هو الخيار الاصلي لكن ما طرء عنوان يعم المجعول شرعاً ومن الطرفين، وكيف كان ففي المجعول من الطرفين بناء العرف على الانحلال).

اوجههما الأول: اذا اتم العمل بنية الاجرة (واصل الحكم لكون الامر الاول موجباً للاتمام لعدم جواز النقص من الاجير).

خيار الغبن: في فوريته تأمل (والكلام في محله اذ التاخير اعم من الرضا).

يمكن ان يقال: الظاهر عدم الفرق، والاجير بقبوله الاجارة الخاصة اسقط ضمان عمله.

الثانية عشر ... اجارة الدابة للحج: لكن المتعارف في الحملدارية للحجاج ليس ذلك بل اجارة الشخص نفسه لعمل الحجاج وتهيئة وسائل سفرهم ولذا لا يكون موت الدابة أو عطل الطيارة موجباً لبطلان الاجارة.

على الموجر لامانع منه إذا عيّنوها على وجه رافع للغرر. **الثالثة عشر**: إذا آجر داره او دابّة من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ثمّ آجرها من عمرو كانت الثانية فضوليّة موقوفة على إجازة زيد، فإن أجاز صحّت له ويملك هو الأجرة فيطالبها من عمرو، ولا يصحّ له إجازتها على ان تكون الأجرة للموجر، وإن فسخ الاجارة الأولى بعدها، لانّه لم يكن مالكاً للمنفعة حين العقد الثاني، وملكيّته لها حال الفسخ لا تنفع إلّا إذا جدّد الصيغة وإلّا فهو من قبيل من باع شيئاً ثمّ ملك. ولو زادت مدّة الثانية عن الاولى لا يبعد لزومهما على الموجر في تلك الزيادة، وان يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدّة الأولى. **الرابعة عشر**: إذا استاجر عيناً ثمّ تملّكها قبل انقضاء مدّة الاجارة بقيت الاجارة على حالها فلو باعها والحال هذه

الثالثة عشر ... صحت له: اذا كان مورد الاجارتين واحداً او الاولى متضمنة للثانية وحينئذ يلزم رعاية المسالة من فصل٥ فلا تكون اجرة الثانية اكثر إلّا اذا احدث حدثاً (وأما لو لم يكن موردهما واحداً فلا منافاة بينهما فيكون الثانية ايضاً للموجر).

على ان تكون الاجرة للموجر: إلّا ان يريد تمليك المنفعة له بتمليك جديد بهذا التعبير وان كانت الصحة بدون ذلك ايضاً محتملة والبحث في محله (لعدم تسلم لزوم دخول الاجرة في ملك من خرجت عن ملكه المنفعة وكذلك الحال في البيع، فيمكن ان يقول مالك الثمن لزيد: اشتر بهذا لنفسك الخبز مثلاً، فتامل).

جدد الصيغة: الأظهر عدم الاحتياج الى تجديد العقد (فانه لا يلزم كون المجيز مالكاً حين العقد بل الملكية حين الاجازة كافية اذ العمدة تحقق استناد العقد السابق الى المجيز عرفاً بلا فرق بين تحقق الملكية حين العقد وعدمه إلّا ان يمتنع احد الفضولية على القاعدة. وأما روايات: «لا تبع ما ليس عندك» فالمراد عدم نفوذ العقد مع قطع النظر عن المالك ورغماً عليه. وأما اشكال ان الاجازة كاشفة (حكما لا حقيقياً على نحو الانقلاب أو الشرط المتاخر) لا ناقلة، مع ان الكشف هنا غير ممكن لعدم الملكية حين العقد، فالجواب ان الكاشفية انما هي من زمان يمكن، وفي المقام زمان الامكان انما هو من حين انتقال الملك الى المجيز).

الرابعة عشر: ... **بقيت الاجارة**: إلّا فيما كان ظاهراً عرفاً في ارادة فسخ الاجارة بذلك. وإلّا في التملك بمثل الارث على احتمال (لعدم التنافي فينتقل كل من العين والمنافع بسبب على حدة اليه. واستشكل غير واحد منهم في المسالة، والظاهر ما ذكرنا. وأما في مثل الارث وكل سبب لا يعتبر له البقاء والزوال ليجري فيه

لم يملكها المشتري إلاّ مسلوبة المنفعة في تلك المدّة، فالمنفعة تكون له، ولا تتبع العين، نعم للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالماً بالحال، وكذا الحال إذا ملّك المنفعة بغير الاجارة في مدّة ثمّ ملّك العين، كما إذا ملّكها بالوصيّة أو بالصلح أو نحو ذلك فهي تابعة للعين إذا لم تكن مفروزة، ومجرّد كونها لمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري، نعم لايبعد تبعيّتها للعين إذا كان قاصداً لذلك حين البيع. الخامسة عشر: إذا استاجر ارضاً للزراعة مثلاً فحصلت آفة سماويّة او ارضيّة توجب نقص الحاصل لم تبطل، ولا يوجب ذلك نقصاً في مال الاجارة ولا خياراً للمستاجر، نعم لو شرط على الموجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثاً او ربعاً او نحو ذلك او ان يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الاجارة عيناً شخصيّة فالظاهر الصحّة، بل الظاهر صحّة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة، ولا يضرّه التعليق لمنع كونه مضراً في الشروط، نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بان يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءة من الاوّل فالظاهر عدم صحّته لاوله إلى الجهل بمقدار مال الاجارة حين العقد. السادسةعشر: يجوز إجارة الارض مدّة معلومة بتعميرها وإعمال

امكان الفسخ فيحتمل عدم الاجارة كما قال الاستاذ (قدس سره) لكن لا يبعد تقدم سبب الاجارة ايضاً بحسب القواعد والاعتبار العقلائي).

خيار الفسخ اذا لم يكن عالماً: وفرض ورود الايجاب والقبول على مورد واحد كبعض موارد الغفلة واما لو فرض انشاء البائع تمليك العين مسلوبة المنفعة والمشتري قبول تملكها واجدة المنفعة فالعقد لا يقع لعدم توارد الايجاب والقبول على امر واحد فلا موضوع للخيار، كما انه اذا باع بالمتعارف من تمليك العين مع تبعية المنافع لم يكن شيء يوجب الخيار في البين.

اذا كان قاصداً: أي وقع تحت انشاء العقد، وحينئذ فالتبعية معلومة بلا ريب.

الخامسة عشر: عدم صحته: بل الظاهر الصحة فان البراءة لا تتحقق إلاّ بعد اشتغال الذمة فقدر مال الاجارة معلوم إلاّ ان يراد من البراءة عدم اشتغال الذمة اصلاً على خلاف معنى الكلمة (كما انه قد مرّ صحة شرط النتيجة في الضمان كما يستفاد من ١/ ٢٤ موجبات الضمان في من تطيب أو تبطير وانه ضامن إلاّ ان ياخذ البراءة. فان معنى البراءة براءة الذمة ومقابلها ضمان الذمة).

السادسة عشر: بتعميرها: مع تعيين العمل على وجه يرتفع به الغرر، والحق ان التقبيل معاملة مستقلة يتبادل فيها منافع الطرفين وان كان يحتمل كونه إجارة موجرها

عمل فيها من كري الانهار وتنقية الآبار وغرس الاشجار ونحو ذلك، وعليه يحمل قوله ﷺ: لا باس بقبالة الارض من اهلها بعشرين سنة أو أكثر فيعمرها ويودّي ما خرج عليها، ونحوه غيره. السابعة عشر: لا باس باخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائيّة، لانّها كسائر الصنايع واجبة بالعوض، لإنتظام نظام معايش العباد، بل يجوز وإن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره، ويجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الرافع للغرر، ويجوز ايضاً مقاطعته على المعالجة إلى مدّة او مطلقاً بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مظنوناً بل مطلقاً وما قيل من عدم جواز ذلك لانّ البرء

مالك الأرض أو مؤجرها المتقبل يوجر نفسه للعمل (اذ ملاك الموجر والبائع التوجه الى المالية كما ان ملاك الاستيجار والاشتراء التوجه الى خصوصية العين ففيما كان العوضان منفعتين أو عينين وكان النظر الى خصوص العين او المالية من كلا الطرفين لم يكن تبعاً ولا شراء ولا اجارة بل معاملة خاصة فتدبر).

السابعة عشر: واجبة بالعوض: في وجوبها شرعاً اشكال (وفاقاً للاستاذ(قدس سره) لعدم دليل على ذلك شرعاً وكفاية القيام العقلائي بها عن الايجاب فلا يحتاج اليه، وعلّل السيد جمال والاصطهباناتي والنجفي(قدس سرهم) المسالة بان وجوبها بمعنى حرمة منعها عن المحتاجين ولا يلازم المجانية، وفيه: انا لا نسلم رجوع الوجوب الى حرمة الترك والمنع. وللبحث عن اصل المسالة مقام آخر، وقد مرّ في صلاة الاستيجار عدم استلزام الوجوب للمجانية إلّا اذا قيّد بها كتجهيز الموتى بالاجماع).

أو مطلقاً: اذا لم يكن غررياً (بان كانت المدة معلومة ولو بالتقريب أو كان المرض بحيث لا نظر فعلاً الى مدة العلاج بل الى البرء أو الراحة كالاجارة على خياطة الثوب) لكن هذا ايضاً يعتبر فيه المدة ولو تقريباً لا الى آخر العمر.

مظنوناً: في التقيد به حينئذ اشكال إلّا اذا كان مطمئناً اليه بحيث يكون كالعلم العادي لئلا يكون غررياً ويكون مقدوراً يمكن الالتزام به وإلّا فيكون من التعليق، نعم لا باس في الشرط (فانه ان كان اختيارياً يكون بمعنى الالتزام بالفعل وان كان غير اختياري يكون بمعنى جعل الخيار عند تخلف ذلك واما القيد بمعنى المعاملة على الحصة الخاصة فان كان غير اختياري لا يقع تحت التكليف والامر والقدرة فيرجع الى التعليق مثل صلّ عند الزوال أو ان زالت الشمس صلّ بلا فرق في التعبير، ففيما يكون

بيد الله فليس اختيارياً له، وانّ اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الاجارة فيه انّه يكفي كون مقدّماته العاديّة اختياريّة، ولا يضرّ التخلّف في بعض الاوقات، كيف وإلاّ لم يصحّ بعنوان الجعالة، ايضاً. الثامنة عشر: إذا استوجر لختم القرآن لا يجب ان يقراه مرتّباً بالشروع من الفاتحة والختم بسورة الناس، بل يجوز ان يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة ايضاً، ولهذا إذا علم بعد الاتمام انّه قرأ الآية الكذائيّة غلطاً او نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط، نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته، ولو علم إجمالاً بعد الاتمام انّه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الاعراب او من حيث عدم اداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادّة فلا يبعد كفايته وعدم وجوب الاعادة، لانّ اللازم القراءة على المتعارف والمعتاد، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارين غالباً إلاّ من شذّ منهم، نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً لزم عليه الاعادة مع العلم به في الجملة، وكذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها، وكذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها

مطمئناً لا اشكال في تعليقه اذ في الحقيقة لا تعليق كالتعليق على طلوع الشمس بخلاف غير المعلوم، وما ذكرنا من عدم القدرة غير ما ذكره السيد جمال والاصطهباناتي من ان البرء فعل اللّه فهو غير مقدور للعبد فان البرء له مقدمات طبيعية هي عمل الطبيب والدواء والمريض والجنود الباطنة وهي مع ذلك عمل اللّه، كما ان البرء وكل عمل واصل وجودنا منسوب الينا واليه تعالى ـ لكن كما الموجود منسوب لنا. فالفعل فعل اللّه وهو فعلنا ـ والبحث في محله).

الجعالة ايضاً: فرق بينهما لعدم تمليك من الاول في الجعالة.

الثامنة عشر: على خلاف الترتيب: بل الظاهر لزوم الترتيب إلاّ ان يصرّح باطلاق المستأجر عليه، وكذا في ترتيب الآيات بل اظهر، نعم يكفي قرائة المغلوط أو المنسي وحده، بعد السورة لو التفت بعدها واما لو التفت في الآية أو بعدها بلا فصل أو مع فصل يسير فالاحوط بل الاوجه ايضاً التكرار المحصّل للترتيب (خلافاً للخوئي (قدس سره) في الاخير وقد شبهه بالصلاة في عدم لزوم التكرار المحصل للترتيب وفيه لزوم رعاية الترتيب في اجزاء الصلاة ايضاً اذا توجه قبل الركوع).

اسقاط كلمة: على المتعارف إلاّ ان ينصرف الى عمل الضابطين الادقّاء فيراعى عملهم المتعارف.

لايضرّ في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة او حرف أو كتابتهما غلطاً. التاسعة عشر: لا يجوز في الاستيجار للحجّ البلديّ ان يستأجر شخصاً من بلد الميّت إلى النجف، وشخصاً آخر من النجف إلى مكّة او إلى الميقات، وشخصاً آخر منه إلى مكّة إذ اللازم ان يكون قصد الموجر من البلد الحجّ، والمفروض انّ مقصده النجف مثلاً، وهكذا فما اتى به من السير ليس مقدّمة للحجّ، وهو نظير ان يستأجر شخصاً لعمرة التمتّع وشخصاً آخر للحجّ، ومعلوم انّه مشكل، بل اللازم على القائل بكفايته ان يقول بكفاية استيجار شخص للركعة الأولى من الصلاة وشخص آخر للثانية، وهكذا. متمّم العشرين: إذا استوجر للصلاة عن الميّت فصلّى ونقص من صلاته بعض الواجبات الغير الركنيّة سهواً فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذي قد يتّفق امكن ان يقال: لا ينقص من أجرته شيء، وإن كان الناقص من الواجبات والمستحبّات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص من الأجرة بمقداره إلّا ان يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة للذمّة، ونظير ذلك إذا استوجر للحجّ فمات بعد الاحرام ودخول الحرم، حيث إنّ ذمّة الميّت تبرأ بذلك، فإن كان المستأجر عليه ما يبرأ الذمّة استحقّ تمام الأجرة، وإلّا فتوزع ويستردّ ما يقابل بقيّة الاعمال.

التاسعة عشر: لا يجوز: (ولا يبتني على البحث عن وجوب المقدمة هل هي الموصلة أو مطلقاً اذ سير زيد لا يكون مقدمة لحج عمرو ولو غير الموصلة خلافاً للنائيني(قدس سره) في بنائه على ذلك، فلا يجوز إلّا ان يريد المستأجر ـ طبق الوصية ـ اتيان عمل مشترك بين المتعددين اشتراكاً اعم من نفس العمل ومقدماته وكأنه مراد النجفي(قدس سره) بقوله: «الاقوى جوازه في بعض الفروض» لكن الظاهر ان مشي زيد الى بلد خاص فقط لا يرتبط بالحج بصرف قصد ذلك الاشتراك).

نظير: هما عملان ارتبطا شرعاً بخلاف المقام ولذا ورد امكان النيابة بالعمرة عن احد الوالدين وبالحج عن الآخر. وأما الصلاة فكل ركعة من شخص تقع باطلة لعدم المحلل في الاولى وعدم المحرّم في الاخرى وكان الاولى التنظير بوضوء، وصلاة شخص آخر.

العشرين: ينقص من الاجرة: ان لم يتدارك النقص بخلاف مثل التشهد المنسي.

المبرئة: والتفصيل ان الاجارة قد تكون على الابراء وقد تكون على الاعمال بنحو الجزئية وقد تكون على الاركان والاجزاء اللازمة واخذ الباقية بنحو الاشتراط ففي الاولى لا ينقص من الاجرة عند حصول الابراء وفي الثانية ينقص وفي الثالثة لا ينقص لكن فيها خيار تخلف الشرط (ولم افهم وجه حاشية الگلپايگاني(قدس سره) في استحقاق تمام الاجرة وفي الموت بعد الاحرام في الحرم وان كان أجيراً على الاعمال؟!).

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المضاربة

وتسمّى قراضاً عند اهل الحجاز، والاوّل من الضرب لضرب العامل في الارض لتحصيل الربح، والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً له والعامل مباشراً، والثاني من القرض بمعنى القطع لقطع المالك حصّة من ماله ودفعه إلى العامل ليتّجر به وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الاوّل مضارب بالبناء للفاعل، وكيف كان عبارة عن دفع الانسان مالاً إلى غيره ليتّجر به على أن يكون الربح بينهما، لا ان يكون

كتاب المضاربة

والمفاعلة: بناء على لزوم الاشتراك في معناها وهو ممنوع (والاظهر في معناها السعي في تحقق المادّة بلا لزوم الاشتراك كما ترى في مثل: قامت وسافرت وآويت وباركت له وطالعت، والفرق بين قاتلت وقتلت تحقق القتل في الثاني وهو محتمل في الاول، ومعنى المضاربة السعي في تحقق الضرب في الأرض او الضرب في الربح).

دفع الانسان: لعل المراد من الدفع في هذا التعريف المنقول عن المحقق والعلامة والشهيد الثاني في بعض كتبهم الانشائي منه حتى لا يرد عليه ان الدفع خارجاً لازم المضاربة ومسبب عنها لانفسها، وايضاً ياتي من الماتن صحة المضاربة مع كون المال بيد المالك فلا يلزم الدفع الخارجي، لكن يرد عليه: ان المضاربة عقد وقرار ـ باللفظ أو الفعل ـ بين شخصين من احدهما المال ومن الآخر العمل لا صرف دفع المال الذي يكون من احد الشخصين، كما انها ليست عقداً لفظياً على ما يظهر من بعض العبارات بل واقع العقد والقرار، واللفظ من اسباب ايجاده.

وهي معاملة مستقلة لعل حقيقتها ترجع الى نوع شركة بين شخصين بالمال والعمل على ان يكون الربح بينهما (وحقيقة تقسيم الربح تسهيم الربح للمال والعمل وأورد على هذا التعبير بعض اهل العصر بان السهم للمالك والعامل لا المال والعمل، وفيه: ان النوع تبع الاصل والربح بواسطة الاصل اي المال مثلاً يتصل بمالك المال.

تمام الربح للمالك ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك أنّ من دفع مالاً إلى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة، وتارة على ان يكون تمامه للعامل، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده وتارة على أن يكون تمامه للمالك، ويسمّى عندهم باسم البضاعة وتارة لا يشترطان شيئاً، وعلى هذا ايضاً يكون تمام الربح للمالك فهو داخل في عنوان البضاعة، وعليهما يستحقّ العامل أجرة المثل لعمله إلاّ ان يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرّع ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرّع ايضاًله ان يطالب الاجرة إلاّ أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم اخذ الأجرة، وإلاّ فعمل المسلم محترم

وقال الگلپايگاني(قدس سرّه): حقيقتها توكيل المالك العامل في الاتجار، وفيه: ان الوكالة اعتبارها عند العقلاء ـ ولا اطلاق في الشرع يعم غيرها ـ انما هو في الامور الاعتبارية وفي المضاربة ليس الاعتباريات فقط بل كل شيء اعتبارياً وحقيقياً. وقال النجفي تبعاً للبروجردي(قدس سرهما): حقيقتها الاشتراط بين العامل ورب المال ... الخ. واظن ان تعبير البروجردي(قدس سرّه) الاشتراك والغلط من النّساخ).

ان كان بقصده: وإلاّ فبحكمه (ولو قصد المضاربة فالقصد الى العنوان لغو وقولنا بحكمه نظراً الى قصد المعنون ذاته بلا تفهم العنوان. واما تمسك الرياض لذلك بحديث ١/ ٤ المضاربة: «من ضمّن تاجراً فليس له إلاّ راس ماله وليس له من الربح شيء» أي فهو قرض حقيقة، ففيه احتمال ارادة فساد العقد وان المال بمنزلة المغصوب والخراج بالضمان كما عليه ابوحنيفة تقية. وايضاً مورد الحديث التضمين وهو غير مورد البحث، وبعبارة اخرى القرض متقوم حقيقة بعود راس المال فقط وبصحة المعاملات الواردة على المال لكن ليس كل متقوم بهذين قرضاً لجريانهما في قاعدة الخراج بالضمان ايضاً).

قاصداً للتبرع: قصداً يظهره بفعل أو قول وهو المراد من قوله إلاّ ان يكون الظاهر ... الخ. ومثل ذلك تقييد المالك اذنه في التجارة بالمال بالمجانية، ولعل المراد من اشتراط عدم الاجرة في كلامه ما يعم ذلك.

محترم: (لكن الاحترام اعم من الضمان، والاولى الاستدلال ببناء العقلاء على الضمان باستيفاء منفعة الغير اذا كان بالامر. فان قوله ﷺ: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» يدل على لزوم الاحترام واخذ الحريم، ولا دليل على شموله الضمان الوضعي لعدم العلم باطلاق التنزيل من هذه الجهة بل من جهة الاهمية فقط.

ما لم يقصد التبرّع، ويشترط في المضاربة الايجاب والقبول، ويكفي فيهما كلّ دالّ قولاً او فعلاً والايجاب القوليّ كان يقول: ضاربتك على كذا وما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت، ويشترط فيها ايضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او جنون أمور: الاوّل: ان يكون رأس المال عيناً فلا

نعم يمكن ان يقال: بناء العقلاء على الضمان باستيفاء منفعة الغير اذا كان بالامر ونحوه. وأما سند الحرمة فبهذه العبارة، اي «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» في ١٥٨/٣ احكام العشرة، وكذا في اصول الكافي ٢: ٣٦٠، باب الايمان والكفر عنه ﷺ بسند معتبر: «ساب المسلم... وحرمة ماله كحرمة دمه» وذكره بعينه احمد بن حنبل في مسنده ١: ٤٤٦. وهي لا تدل على ازيد من الاحترام، كما لا يستفاد من التشبيه والتنزيل ايضاً الضمان نظراً الى تحققه في الدم لعدم دليل على اطلاق التنزيل، فهي مثل قوله ﷺ: اعظم الخطايا اقتطاع مال امرء مسلم بغير حق ٧٧/١٤ جهاد النفس الوسائل وكذا ٧٨/٦، وقوله ﷺ: «لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلّا بطيب نفسه» ٣/١ مكان المصلي و٣/١ قصاص النفس، وقوله ﷺ: في خطبة حجة الوداع: «ان دمائكم واعراضكم عليكم حرام الى ان تلقوا ربّكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا» ص٣٠ تحف العقول، وقوله ﷺ: «من قرء قل هو الله احد مرة قبل نومه غفر له جميع ذنوبه عدا الدماء والاموال (ابواب قراءة القرآن من الوسائل).

الايجاب والقبول: (فهي عقد لا ايقاع، وملاك ذلك كونه تحت ولاية الطرفين واذا كان تحت ولاية شخص واحد يصير ايقاعاً. كالوكالة من الطرفين في اجراء عقد النكاح أو المضاربة أو غيرهما فالمضاربة عقد وبالوكالة لشخص واحد من الطرفين تصير ايقاعاً كالطلاق لا يعتبر فيه القبول والايجاب بل يقع بصيغة واحدة كما قال النبي ﷺ: «زوجتكها»).

لفلس أو جنون: لعل المراد السفه لئلا يلزم التكرار مع ذكر العقل، وحينئذ فعدم السفه كعدم الفلس انما يعتبر في المالك لا العامل (نعم السفه في العامل يعارض غرض المضاربة لكنه من جهة اخرى غير جهة الحجر لعدم تصرف مالي في العامل، وفاقاً لغير واحد، والوجه واضح لعدم اطلاق في ادلة الحجر يشمل حجر منفعة العمل، فراجع بل. هو خلاف بناء العقلاء في الحجر وخلاف غرض الحجر بل العامل حرّ فاذا حصّل مالاً فهو يدخل تحت الحجر).

تصحّ بالمنفعة ولا بالدين، فلو كان له دين على احد لم يجز أن يجعله مضاربة إلاّ بعد قبضه، ولو اذن للعامل في قبضه ما لم يجدّد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على القبض والايجاب من طرف المالك والقبول

بالمنفعة: على الاحوط لا ينبغي تركه كما يصح القرار عليها عقداً مستقلاً إن عدّ عرفاً امراً غير المضاربة وكذا في الدين (لعدم تخصص ﴿اوفوا بالعقود﴾ بالمتعارفة في الفقه ولا بالعقود اللازمة، لعدم دليل قوي على التخصيص وان كان غير متعارف، هذا ولكن العرف غير آب عن جعل مثل اجارة الدكان مال المضاربة ولا يرون فرقاً بينه قبل القبض والنضد وبعده فان منفعة الدكان مال، وان لم يكن متعارفاً، نعم ليس لدينا اطلاق في ادلة المضاربة فراجع فانها بتعبير: يعطي المال، دفع المال وامثالهما الظاهرة في العين لمكان الاعطاء والدفع، نعم فيها ايضاً: «المال يعمل بها بالمضاربة» لكنه ليس في مقام بيان هذه الحرمة أو الاطلاق من كل جهة، ولكن يمكن ان يقال: الملاك في المضاربة عرفاً هو المال بلا دخل لكلمة الاعطاء مثلاً ولا فرق عرفاً بين اقسام المال والمضاربة عقلائية لا تاسيس الشرع، ان قلت: يعتبر بقائه ليعمل به كما قال الخوئي (قدس سره)، قلت: بقاء العين غير لازم لعدم بقاء الاثمان ايضاً بل بقاء المالية وهو حاصل، ثم ان ترك الاستفصال في حديث: «المال يعمل بها...» الخ ايضاً دليل.

والدين ايضاً اذا كان مرجو الحصول يصح على القاعدة لكن الاحوط عدم الصحة للشهرة وللحديث ١/ ٥ المضاربة: «... حتى تقبضه...» لكن يمكن ان يقال: الحديث موضوعه مقيد بعدم كون المال عنده، والظاهر ان المراد عدم كون المدين واجداً، وحينئذ فمن الظاهر عدم صحة المضاربة لعدم المال وأما قوله ﷺ: «حتى تقبضه» فيمكن ان يقال: ليس المراد لزوم القبض بل لتحقق وجود المال بذلك.

وكيف كان فالاحوط عدم كونه ديناً في المضاربة، والاظهر صحته عقداً مستقلاً واما معتبرة ١/ ٥ المضاربة فلا ينفي كونه عقداً مستقلاً، قال الخوئي (قدس سره): اوفوا بالعقود وسائر الادلة وان كانت عامة لكن لا تشمل مثل المضاربة لكونها على خلاف القواعد لكونها مشتملة على تمليك غير الموجود اي الحصة من الربح للعامل من المالك، وتمليك مالا يملك، لعدم سلطنة المالك على الحصة من الربح غير الموجودة. ولجعل حصته من ربح رأس مال العامل الحاصل في المعاملة الثانية للمالك

منه بان يكون موجباً قابلاً صحّ، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصحّ جعله قراضاً إلّا ان يوكله في تعيينه، ثمّ إيقاع العقد عليه بالايجاب والقبول بتولّي الطرفين. الثاني: ان يكون من الذهب او الفضّة المسكوكين بسكّة المعاملة بان يكون درهما او دينارا، فلا تصحّ بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الاجماع، نعم تامّل فيه بعضهم وهو في محلّه لشمول العمومات إلّا ان يتحقّق الاجماع وليس ببعيد فلا يترك الاحتياط، ولا باس بكونه من المغشوش الذي يعامل به

على خلاف تبعية الفائدة للأصل. وفيه: ان الامور الاعتبارية تابعة للقرارات العرفية واذا اقتضى المعيشة العامة لاعتبار المعاملة على العموم فهو اصل وقاعدة بحسب العرف ولا غرر فيه اذا كان الامور معلومة بالحدس بخلاف مثل القمار، وتمليك المعدوم وما لا يملك لا اشكال فيه اذا كان في ظرفه موجوداً كما في الخرس في معاملات الأثمار وفي المساقاة ونحوها، هذا ولي في المقام كلام في الاستدلال بعموم اوفوا وهو انه لو بنى على تصحيح المعاملة بذلك لزم لغوية الجعل في ادلة الشروط في المعاملة فان هذه المعاملة مضاربة عرفاً وهي مشروطة شرعاً بكذا وكذا من الشرائط فلو بنى على التصحيح تمسكاً بعموم اوفوا، لزم لغوية جعل الشرائط.

ولا يمكن ان يقال: لا ننظر الى جهة المضاربة بل الى اصل كونه عقداً، اذ ليس الامر قصدياً فانه مضاربة والمضاربة لها شرائط عرفاً وهذا امر مهم تدبره جيداً فلا وجه لكلام الحكيم (قدس سره) في التمسك بالآية لنفي الشرائط باعتبار اصل العقدية، وكذا السيد (قدس سره) في مواضع من العروة، وكذا ما عن الميلاني (قدس سره) مشافهة في تصحيح الاجارات الشائعة اليوم بلا مدّة. نعم، فيما امكن عدّ المعاملة امراً غير هذه المعاملة الخاصة امكن التصحيح تمسكاً بالآية لكن اذا كان المورد تلك المعاملة عرفاً فلا يمكن اخراجه عنها بصرف القصد).

موجباً قابلاً: الاظهر عدم الاحتياج الى الايجاب والقبول في وكالة شخص عن الطرفين بل ينعقد بصيغة واحدة ايقاعاً.

او ديناراً: بل تصح بكل النقود والفلوس بل يتجه بالعروض ايضاً وان كان الاحوط خلافه (وفاقاً للبهبهاني في الاطلاق ولاكثر المحشين في الفلوس كلها خلافاً للبروجردي(قدس سره) فاقتصر على المشهور. دليلنا اطلاق الأدلة العامة في العقود بل شمول ادلة الباب بالاطلاق ولا اقل بعدم التفصيل فان موضوع الادلة هو المال وظهور

مثل الشاميّات والقمريّ ونحوها، نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره بأن كان قلباً لم يصحّ وإن كان له

الدرهم والدينار لو فرض دليل على عنوانهما في كون الوجه هو المالية المشتركة كما يظهر من حديث سالم بن أبي جعد في المجمع ونور الثقلين عنه ﷺ في الدرهم والدينار وكذا حديث الخصال، هذا مع سعة ميدان المضاربة عرفاً والاجماع غير ثابت مع احتمال مدركيته فراجع الخلاف ص٢٦٨ مع مهارته في دعوى الاجماع لم يذكر هنا إلّا ان ذلك مجمع عليه ولا دليل في غير ذلك، لا ان الاجماع على عدم صحة غير ذلك ونظيره القاضي في الجواهر ص٤٩٨ الجواهر الفقهية.

وكيف كان فدليل التخصيص اما الاجماع أو كون هذا العقد على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن أو ظهور المال في ادلة الباب في المالية المحضة وهي في الدينار والدرهم أو في النقود مطلقاً كما يدعي الخوئي(قدس سره) واكثر المعاصرين وكلها مدخولة أو كون هذا العقد فيه الخسران والربح ومعيارهما النقود كما قال الخوئي، وفيه: ان ذلك معيار تشخيص الخسران والربح لا انه مورد العقد بل الحق ان ملاك المضاربة امران امكان التبديل وامكان حصول الربح، ومع ما ذكرنا فلا وجه لقول الجواهر ٢٦: ٣٥٦: الاجماع بقسميه عليه).

مثل الشاميّات: اذا كان الخليط كثيراً بحيث لم يصدق عليه الذهب والفضة كان اللازم على مبنى القوم البطلان.

فهو مثل الفلوس: فيصح على ما مرّ كما يصح الفرع بعد ذلك، واما وجوب الكسر تكليفاً ففيه تأمل بل منع، وان كان الاعتبار يساعده قطعاً لمادة الفساد وبه خبر ولا يترك الاحتياط باخراجه عن مسير المعاملات بتغيير فيه (راجع ٥/ ١٠ الصرف، لكن قال في الجواهر: باقي النصوص على خلافه ولم اجد من افتى به، وان كان كلامه مخدوشاً من جهة ان باقي النصوص المشار اليه في كلامه مثل٩ و١٠ و٢/ ١٠ الصرف ليس مفاده ذلك فانه في جعل المغشوش مبيعاً مع التذكر والتصريح للمشتري و٥/ ١٠ مربوط بجعله ثمناً كسائر الاثمان غشاً وسند الشيخ الى ابن ابي عمير حسن كما في جامع الرواة وعلي بن الحسن الصيرفي من مشايخ ابن ابي عمير ومفضل بن عمر لا بأس به كما قال الخوئي في المعجم وحقق الامر وملاك الحكم هدم وسيلة الخدعة والايذاء ان قلت: كسر مال الغير يحتاج الى دليل ولو في مقام نهي المنكر،

قيمة فهو مثل الفلوس. ولو قال للعامل: بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً لم يصحّ إلا ان يوكله في تجديد العقد عليه بعد ان نضّ ثمنه. الثالث: ان يكون معلوماً قدراً ووصفاً ولا يكفي المشاهدة وإن زال به

قلت: مراد الحديث ما اذا انتقل اليك وصار مالك أو في يدك مقاصاً عمن اخذ مالك في الشراء لكن استفادة خصوص الكسر مشكلة بل المراد اخراجه عن مسير المعاملات ولا يترك الاحتياط بذلك.

ولا يكفي المشاهدة: الملاك زوال الغرر بالعلم بما هو دخيل في الغرض وقد يحصل ذلك بالشهود (واحتاط الخوئي (قدس سره) في اصل لزوم المعلومية وكانه لعدم ثبوت النهي عن الغرر لكن يظهر من الفقهاء تلقي النهي عن غرر البيع بالقبول والاظهر عرفاً ان ملاك النهي هو الغرر لا خصوص البيع مع ان المطلق منه اثبت بحسب النقل حيث يمكن استفادته من ٢/ ١٠ معه عقد البيع وشروطه و١٣/ ١٢ منها ورواه التذكرة في مسألة ٢ من الركن ٢ من الفصل ٢ من كتاب الاجارة، وقال بعض المحشين يكفي الشهود اذا زال به معظم الغرر ولا افهم وجهه اذ لو قبل دليل الغرر فلا فرق بين اصله ومعظمه وإلا فلا جهة لمراعاة معظمه ايضاً.

ثم ان نصّ الغرر غير نقي السند حتى في البيع فان ٣/ ٤٠ آداب التجارة في سنده محمد بن علي الشاه المروزي المجهول وكذا محمد بن عبدالله النيشابوري وكذا احمد بن ابراهيم بن بكر الخوزي في طريقه الآخر وكذا حسين بن محمد العدل في طريقه الثالث. كما ان محمد بن هارون الزنجاني وعلي بن عبدالعزيز في ١٣/ ١٢ عقد البيع وشروطه الواردة في البيوع المنهية المعللة بالغرر ايضاً من المجاهيل. لكن الاصحاب تمسكوا بالحديث في غير البيع ايضاً فابطلوا غيره ايضاً بالغرر فكانهم عملوا بعموم التعليل وعمل الاصحاب جابر بلا فرق بين البيع وغيره، بل الفريقان على العموم فراجع ص ١٤٦ بداية المجتهد في البيوع الغررية المعللة بذلك وص٢٣٤ في جريان حكم الغرر في المضاربة عند جمهور فقهاء الامصار وكذا ص٢٣٥. وفي الشرائع في الاجارة يشترط ان تكون الاجرة معلومة ليتحقق انتفاء الغرر، وفي الجواهر ٢٧: ٢١٩ في ذلك: «... مضافاً الى مافي المسالك عنه ﷺ من النهي عن الغرر وان لم نتحققه إلا انه منجبر بعمل الاصحاب» وفي غير واحد من كتب الاصحاب التمسك بالغرر في غير البيع، كما ان الحديث في سنن البيهقي ٥: ٣٣٨

معظم الغرر. الرابع: ان يكون معيّناً فلو احضر مالين وقال: قارضتك باحدهما او بأيّهما شئت لم ينعقد إلا ان يعيّن ثمّ يوقعان العقد عليه، نعم لا فرق بين ان يكون مشاعاً او مفروزاً بعد العلم بمقداره

وصحيح الترمذي ٥: ٢٣٧ وغير ذلك خاص بالبيع، وقال الشيخ الانصاري: الظاهر اتفاق أصحابنا على الاستدلال به، وذكر في كتب الفقه الاستدلال به على نفي بيع المنابذة وغيره، ونعلم أن روايته ما ذكرنا من ١٢/١٣ عقد البيع، ويستفاد منها العموم مع أن من البعيد كون الاشكال في البيع بل الملاك هو الغرر، كما أن ما ذكره الحكيم (قدس سره) من كثرة التخصيص على العموم لو فرض، فيه: أنه ممنوع فان المضاربة واضرابها ليست غررية حتى يكون أدلتها تخصيصاً فان الغرر الخطر المالي فانه المستفاد من التطبيق على موارد المنابذة وغيرها لا الخدعة أو ماله ظاهر بغير المشتري، ويقرب من التفسير بالخطر تفسيره بما لا يؤمن معه من الضرر كما يستفاد من ٧/١ عقد البيع من المستدرك، وكذا يقرب منه التعريض للهلكة أي المالية، ولا يرد اشكال الاستاذ بانه غير الجهل المستدل له بالحديث، او الجهل ماخوذ التزاماً في معناه.

وكيف كان، فلا وجه لإشكاله (قدس سره) على الشيخ الانصاري (قدس سره) حيث قال: الكل متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر. كما لا وجه لقول الخوئي (قدس سره): لا غرر في المقام لإمكان العلم بعد العقد، وإلا فبالتصالح أو حكم الحاكم أو القرعة ينحل مشكل الجهل والغرر.

وفيه: أن ذلك رفع الغرر لادفعه، كما لا وجه لحاشية بعضهم تبعاً للمبسوط على ما حكي بكفاية زوال معظم الغرر، لعدم اختصاص الدليل بالمعظم وكان المراد معظم الجهل. والحاصل: ان دليل الغرر ثابت بعمومه بالعمل بعموم العلة).

الرابع: ... معيناً: قبال الترديد الواقعي لا عنوان احدهما بنحو الكلي في المعين ولا بعنوان أيهما شاء الطرف ولا بعنوان الاقل والاكثر كالمضاربة على الالف وان شاء على الالفين. (ويدل على صحة الاقل والاكثر ٨/١ احكام الاجارة: «... فان جاوزته فلك كذا وكذا، قال: لابأس» والظاهر ان الزائد عقد مستقل معاطاتي وقع الرضا به قبلاً، والظاهر ان قصة موسى ايضاً ذلك لا التفضل كما يقوله صاحب الجواهر استظهاراً من قوله تعالى: ﴿فمن عندك﴾. ثم ان مال الاجارة لم يذكر في تلك القصة ولعله الاعاشة عند شعيب لا بضع البنت.

ووصفه، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال صح، مع العلم بحصته من ثلث او ربع، وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً فقال قارضتك بنصف هذا المال صحّ. الخامس: ان يكون الربح مشاعاً بينهما فلو جعل لاحدهما مقداراً معيّناً والبقيّة للآخر او البقيّة مشتركة بينهما لم يصحّ. السادس: تعيين حصّة كلّ منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك إلاّ ان يكون هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق. السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزءاً منه لاجنبيّ عنهما لم يصحّ إلاّ ان يشترط عليه عمل متعلّق بالتجارة، نعم ذكروا أنّه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام احدهما صحّ، ولا بأس به خصوصاً على القول بانّ العبد لا يملك، لانّه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل إلاّ انّه لمّا كان مقتضى القاعدة صحّة الشرط حتّى للاجنبيّ والقدر المتيقّن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لاحدهما فالاقوى الصحّة مطلقاً، بل لا يبعد القول به في الاجنبيّ ايضاً وإن لم يكن عاملاً لعموم الادلّة.

والحاصل انه لا اجماع في المسالة ولو فرض فاحتمال المدركية قوي بل الشيخ صرّح في ص١٩٨ من الخلاف ـ طبع كوشانبورق ـ بجواز شراء عبد من عبدين بالاجماع، وان لا نسلم ذلك وكانه لرواية ١٦/١ بيع الحيوان، وفي السند ابن أبي حبيب مع ان مورده ايضاً لا نسلم انه بيع عبد من عبدين بل بيع الكلي أو الكلي في المعين والحكم في مورده على خلاف القواعد وفي الوسائل: «وجهه بعض علمائنا بوقوع البيع على نصف العبدين» وكانه المختلف).

الخامس: ... لم يصحّ: فيه اشكال بل الأوجه الصحة اذا وثق بزيادة الربح على المقدار المعين (لتقوم المضاربة بالاشتراك في الربح لا الاشاعة فيه واستدال الشرائع بعدم الوثوق بحصول الزائد مدخول بامكان الوثوق، مع ان الحكم على الواقع وان لم يوثق به إلاّ اذا وثق بالعدم فلا يحصل الانشاء، وأما الروايات المذكور فيها السهام فلا نظر لها الى صورة الاشتراط والتصريح بالمعلوم.

السابع: ... لعموم الادلة: ان كان المراد الادلة العامة في مطلق التعود فهو لا يثبت كونه مضاربة وان كان المراد عموم ادلة المضاربة فلا عموم فيها: نعم يمكن ان يقال: الادلة متعرضة لطبع المضاربة لا لصورة الاشتراط فلا تنفى صحة الاشتراط وهذا اقرب. (وقال البروجردي (قدس سره) صحة الاشتراط للغلام ايضاً مبني على القول بعدم مالكيته، قال: وهو مصرح في كتب الفريقين. والاستاذ وغير واحد افتوا بالبطلان في الاجنبي لكن الاقرب ما ذكرنا فان الادلة واردة على الاغلب من عدم

الثامن: ذكر بعضهم أنّه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصحّ، لكن لا دليل عليه فلا مانع أن يتصدّى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة وأمّا إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلاً ويكون الربح بينهما يشكل صحّته إذ القدر المعلوم من الأدلّة هو التجارة، ولو فرض صحّة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة. العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزاً حتّى مع الاستعانة بالغير وإلاّ فلا يصحّ

تعيين شيء للأجنبي أي فلم يكن مورد حتى تنفيه الادلة، وايضاً متعرضة لطبع المضاربة، مع ان العرف لا يفرّق في صحة المضاربة بذلك. نعم لو شك في تحقق عنوان المضاربة عرفاً ما كان دليل على الصحة مضاربة حينئذ، لكن الظاهر عدم قدح ذلك في صدق عنوان المضاربة. ودليل الصحة حينئذ عدم الردع وإلاّ ففي غير واحد من الموارد يشك ولا اطلاق في البين).

الثامن: ... فلا مانع: (خلافاً للحكيم (قدس سره) للشك في صدق عنوان المضاربة عرفاً، لكن الظاهر عدم قدح ذلك عرفاً، ثم ان قول الماتن هنا مخالف لتعريفه المضاربة بأن يدفع المال الى غيره ليتجر ... الخ، ان قلت: ذكر في بعض روايات الباب: «... يعطى مالاً ... الخ». قلت: هو في كلام السائل فلا يدل على الاشتراط مع ان في مثل ١/٣ و٣/١: «... يعمل بالمال ... الخ»).

التاسع: ... كما لا يبعد: (خلافاً للبروجردي والگلبايگاني والاستاذ والنجفي والخونساري والاخير عبّر بـ: اذا لم يكن من العقود المتعارفة ففي الصحة اشكال، لكن الإظهر عموم آية الوفاء لعدم وجه لكون اللاّم عهداً بل عموم لكل عقد، وهذا بخلاف مثل: ﴿وأولي الامر منكم﴾ حيث نقول يكون الامر فيه امراً الهياً، واولي الامر هم المعيّنون من جانبه تعالى، فانه بمناسبة الحكم والموضوع اذا صدر من ولي الامر المطلق يحمل على ذلك، بخلاف العقود لعدم وجه مخصوص لها بعقود الله تعالى، أي المذكورة في قوانينه أو العقد معه تعالى كالنذر. وأما عدم الصحة مضاربة فلعدم اطلاق مع عدم ثبوت بناء العقلاء بنحو يمكن دعوى السيرة المستمرة كما ان الروايات كلها في الاتجار، وكذا فهم الاصحاب بل الفريقين كما فصّلناه في التعليقة المفصّلة).

العاشر: ... وإلاّ فلا يصحّ: الاظهر الصحة فيما يقدر ويتخير المالك حينئذ للتبعض

لاشتراط كون العامل قادراً على العمل كما انّ الامر كذلك في الاجارة للعمل، فانّه إذا كان عاجزاً تكون باطلة، وحينئذٍ فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجرة عمله مع جهله بالبطلان، ويكون ضامناً لتلف المال إلاّ مع علم المالك بالحال، وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميّز مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لانّ العجز إنّما يكون بسببه فيختصّ به او الاوّل إذا أخذ الجميع دفعة والثاني إذا

(لكون الاشكال هو العجز وهو في الزائد، وقال الگلپايگاني (قدس سره): لا يشترط القدرة اصلاً في صحة المضاربة، ولم يذكر في كلمات السابقين وانما ذكروا مسالة هي: «انه لو أخذ ما يعجز ضمن لانه لم يكن عن اذن لان اذنه مقيّد بالقدرة على التجارة...» وفيه: ان تقيد الاذن في العقد في حكم الاشتراط بل كالركن المقوم، وقال البروجردي (قدس سره): «اشتراط القدرة في المضاربة عقلي». وكيف كان ففي المقدور لا بأس به).

كذلك في الاجارة للعمل: (وان كان بينها والمضاربة فرق وهو ان في الاجارة تمليك بخلاف المضاربة فان التمليك فيها انما هو بعد العمل، لكن هذا غير فارق في اشتراط القدرة او ما بحكم الشرط، فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدس سره)).

مع جهله بالبطلان: بل مطلقاً (فان صرف العلم لا يوجب كون الشخص مقدماً على المجانية ما لم يظهر التبرع مع ان البطلان انما هو بالنسبة الى الزائد لا مطلقاً).

ضامناً لتلف المال: (والظاهر عدم وجه لحاشية الخوئي والحكيم (قدس سرهما) ولبعض آخر بعدم الضمان مطلقاً نظرا الى قانون مالا يضمن... الخ. فان ذلك القانون نظره الى طبع العقد لا من جهة حالات المتعاقدين من جهة الاقدام أو تقيد الاذن).

مع علم المالك: فيه اشكال بل لا يبعد الضمان ايضاً (اذا سلّم المالك المال بعنوان المضاربة لا بعنوان هدر ماله ولو مع علمه بعدم قدرته على التجارة فان العلم بالعجز والبطلان غير رفع اليد عن المال وعن تضمين اليد. فلعله دفع المال لتعهد العامل واظهاره القدرة ثم ان فساد المضاربة بما هو لا يوجب عدم الضمان بل صحة المضاربة توجب عدم الضمان لان صاحب البضاعة مؤتمن ١/٦ العارية ففي صورة الفساد يرتفع وجه عدم الضمان. لكن وجه الضمان عدم تحقق الامانة ولا فرق فيه من جهة العلم بالعجز وعدمه اذا لم يهتك ماله، وصرف العلم لا يوجب ذلك).

اخذ اوّلاً بقدر مقدوره ثمّ اخذ الزائد ولم يمزجه مع ما اخذه اوّلاً، أقوال أقواها الاخير ودعوى انّه بعد اخذ الزايد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لاحد اجزائه، إذ لو ترك الاوّل واخذ الزيادة لا يكون عاجزاً كما ترى، إذ الاوّل وقع صحيحاً، والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه، والمفروض عدم المزج، هذا ولكن ذكر بعضهم انّ مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك ولا وجه له لما ذكرنا، مع انّه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان، ثمّ إذا تجدّد العجز في الاثناء وجب عليه ردّ الزائد وإلاّ ضمن.

المسالة ١: لو كان له مال موجود في يد غيره امانة أو غيرها فضاربه عليها صحّ، وإن كان في يده غصباً أو غيره ممّا يكون اليد فيه يد ضمان فالاقوى انّه يرتفع الضمان بذلك، لإنقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم ودعوى انّ الضمان مغيّاً بالتادية ولم تحصل كما ترى، ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلاّ إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البايع فانّه يرتفع الضمان به، لانّه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك في الرهن ايضاً، وانّ العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده انّها تبقى على الضمان، والاقوى ما ذكرنا في المقامين لما ذكرنا.

المسالة ٢: المضاربة جايزة من الطرفين يجوز لكلّ منهما فسخها سواء كان قبل الشروع في العمل

اقواها الأخير: بل الثاني.

وجه للضمان: وجهه تقيد الاذن وعدم تحقق ما يوجب هتك المال من ناحية المالك: ثم ان ذلك كله فيما كان المال تحت يد العامل.

المسالة ١: يرتفع الضمان: اذا كان انشاء المضاربة ظاهراً في الاذن في ابقاء المال تحت يده وكذا الرهن (قيل: الضمان اقوى بناء على عدم اعتبار القبض في المضاربة إلاّ اذا تحقق القبض كما قال الحكيم في الشرح والخوئي (قدس سرهما) لكن الاظهر ما في المتن لانقلاب اليد بذلك فتصير اليد بذلك يد البضاعة المؤتمنة، فعدم الضمان ليس لاجل تحقق القبض والتادية المأخوذة غاية لضمان اليد في حديث على اليد (مستدرك ١٢/ ١ الوديعة و٤/ ١ الغصب).

بل لإنقلاب اليد عن الخيانة الى الامانة لظهور ذلك عرفاً إلاّ اذا طلب حين العقد ماله. وفاقاً للگلپايگاني، فدليل ضمان اليد إما الاستصحاب او عموم على اليد وشيء منهما غير مفيد فلا وجه لقول المسالك والشرائع والحكيم (قدس سرهما)).

المسألة ٢: لكل منهما فسخها: فينحل القرار الدال على التبادل بين الاذن في

أو بعده قبل حصول الربح، أو بعده، نضّ المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الاجل، وإن كان قبل انقضائه، نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن ان يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الاقوى، لوجوب الوفاء بالشرط، ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد ايضاً لانّه مناف لمقتضى العقد، وفيه منع بل هو مناف لإطلاقه، ودعوى انّ الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط وإلاّ فما دام العقد باقياً يجب الوفاء

التصرف والالتزام بالعمل، واما بعد العمل وحصول الربح فلا وجه للفسخ (لعدم وجه للفسخ حينئذ فهو كالفسخ بعد سنوات مامضى من المعاملات السابقة المترتبة عليها الآثار. مع ان الجواز بدليل الاجماع والمتقين منه غير هذا).

أو قبله: ولا اجرة لعمل العامل حينئذ (خلافاً للجواهر حيث يقول احترام العمل يقتضي الاجر حتى في صورة فسخ العامل كما في التذكرة فضلاً عن صورة فسخ المالك، ما لم يكن اجماع، والاقدام على المعاملة الجائزة اعم من قصد التبرع، وفيه: ان مقتضى اطلاق المضاربة ذلك مالم يشرط).

لوجوب الوفاء بالشرط: تكليفاً واما الوضع يعني عدم الانفساخ لو عصى وفسخ فلا دليل عليه بعد جواز العقد وفاقاً لاكثر المحشين وكذا الحائري المؤسس على ما نقل الاستاذ الاراكي (قدس سره). (وما قاله بعضهم تبعاً لبعض كلمات الحكيم (قدس سره) هنا من ان الشرط يوجب الحق والوضع فيه ان ذلك يكفي فيه الوجوب التكليفي أي يجب ان لا يفسخ، واما عدم الانفساخ لو عصى وفسخ فلا يستفاد منه وما قاله الحكيم (قدس سره) من انه لو استفيد التكليف لزم تعدد العقاب اذا لم يعمل بالعقد او الشرط، لآية لزوم الوفاء بالعقد وللغصب، فيه انه لا بأس به فان الوفاء بالقرار بنفسه عنوان مستقل في الروايات والآيات.

ثم الدليل على الجواز الاجماع لا كونها كالوكالة وبمعناها أو انها عقد اذني كما قاله الخوئي (قدس سره) وابن قدامة في المغني والگلپايگاني (قدس سره) لانها شركة بين المال والعمل لا صرف الوكالة).

مناف لمقتضى العقد: كأن المشهور ارادوا شرط اللزوم أو ان لا يملك الفسخ وهذا مخالف لمقتضاه الشرعي أي لحكمه، والاحسن التعبير بالمخالفة للشرع اذ مقتضى العقد بمعنى المفهوم منه لا يقتضي الجواز. لكن الاظهر عدم بطلان العقد بذلك بل يثبت

بالشرط فيه، وهذا إنّما يتمّ في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فانّه يوجب لزوم ذلك العقد هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحّة الشرط ولزومه وهذا يؤيّد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحّته في ضمن عقد آخر أيضاً، ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أُخرى سابقة صحّ ووجب الوفاء به إلّا ان يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب، كما انّه لو اشترط في مضاربة مضاربة أُخرى في مال آخر او اخذ بضاعة منه او قرض او خدمة او نحو ذلك وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية، وإن فسخها سقط الوجوب، ولا بدّ ان يحمل ما اشتهر من أنّ الشروط في ضمن العقود الجايزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، وإلاّ فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر، بدعوى انّها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هي اولى بالجواز وانّها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» اللازمة منها، لظهور الامر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحّة اصل الشرط، لا اللزوم والجواز إذ لا يخفى ما فيه.

المسالة ٣: إذا دفع إليه مالاً وقال: اشتربه بستاناً مثلاً او قطيعاً من الغنم فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صحّ مضاربة، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحّته مضاربة وجهان، من أنّ الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح، ومن أنّ حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة، والاقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل

الخيار، واما اشتراط عدم الفسخ فلا يخالف الشرع ولا مقتضى العقد، ويجب الوفاء به لكن لو عصى وفسخ ينفسخ العقد.

يوجب لزوم ذلك العقد: فيه منع لو اريد اللزوم الوضعي، بل لا يوجب إلّا التكليف.

فلا اشكال: في اللزوم التكليفي لا الوضعي فلا تأييد. وكذلك حكم الشرط في مضاربة لمضاربة اخرى أو شرط مضاربة اخرى.

يحمل ما اشتهر: في حمل كلامهم على ذلك اشكال، لكن الأظهر الوجوب تكليفاً مادام العقد.

لا يخفى ما فيه: لكن لا يثبت اللزوم الوضعي ولا يستفاد اكثر من الوجوب التكليفي.

المسالة ٣: مع ارادة عنوان المضاربة: (وحينئذ فهو متهافت في عبارته، لكن الأظهر

هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمّها إلى زيادة القيمة وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحّته للعمومات.

المسألة ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لراس

حينئذ ان يقال: ان العامي ربما لا يتوجه الى معنى المضاربة دقيقاً ولو فهم معناها بدلها عنواناً آخر غير المضاربة فلا يريد المضاربة واقعاً فهو معاملة مستقلة عامة فيدخل تحت فرع آخر المسالة، ثم الدليل على اصل المسالة لزوم التجارة والاسترباح، ولزوم امكان التصرف في راس المال وقد استدل بهما القواعد وجامع المقاصد على الترتيب، وليسا واحداً خلافاً للحكيم (قدس سره) فان عنوانهما متعدد، بحسب لسان الشرع وبناء العقلاء، وقصور الادلة، ويستفاد من العامة الاستدلال بلزوم حرّية العامل اي لا يصح تحديده بشراء شيء خاص، ففي المورد ايضاً يشكل الامر على ما استدلوا لمطلق التحديد راجع ص٤٥ ج٣ الفقه على المذاهب الاربعة).

للعمومات: (لعدم الدليل على انحصار الادلة العامة بالمتعارفة عرفاً او المعهودة شرعاً خلافاً للگلپايگاني (قدس سره) وظاهر النجفي (قدس سره)[1] لكن الاستاذ (قدس سره) معترف بالعموم فلا افهم وجه حاشيته وتقوية البطلان ولعله لما ذكره الخوئي (قدس سره) من كون هذه المعاملة على خلاف القاعدة، وفيه ما مرّ من كون الملاك في القاعدة المتعارف العقلائي).

المسالة ٤: اقويهما الاول: اذا كان المراد تدارك الضرر من مال العامل بل يصح ايضاً اذا كان المراد انتقال مقدار الخسران الى عهدة العامل، واما اذا كان المراد كون الخسارة من الاول من مال العامل فلا يترك الاحتياط اذا كان المراد خصوص عنوان المضاربة وان كان للصحة ايضاً وجه.

(وقال البروجردي والاصطهباناتي اشتراط كون الخسارة عليه اشتراط لأمر غير معقول، وفيه: انه اذا اطمئن بعدم خسار كثير فيه بحيث يطمئن بكون المعاملة نافعاً له ليس غير معقول بل قد يكون الغرض تمرين التجارة او الاشتهار فقط وهو امر معقول، وايضاً لا فرق بين الصور حينئذ إلّا ان يكون المراد لزوم تبعية الربح والخسار للمال، وفيه: انه للمال والعمل معاً كما مرّ من انها الشركة في ذلك. وقال الگلپايگاني

---

(١) توفي (ره) ليلة الخميس الماضي ٨/ صفر/ ١٤١٤، وذهب بغير واحد من العلوم غير الدارجة معه.

المال في صحّته وجهان، اقواهما الاوّل لانّه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيّل، بل إنّما هو

وتبعه بعض اهل العصر: ينقلب حينئذ قرضاً للنص المعمول به وكانه يشير الى ١/ ٤ المضاربة صحيح محمد بن قيس: «من ضمّن تاجراً فليس له إلّا راس ماله وليس له من الربح شيء» لكن ظاهره صحة الشرط حينئذ لا بطلان الشرط اذ لو كان باطلاً صحت المضاربة غاية الامر تحقق الخيار بتخلف الشرط. ولو كان المراد القرض كان ايقاعاً على غير ما قصد وكان تعبداً محضاً والتعبد في المعاملات الانشائية على خلاف القاعدة بحيث يحتاج الى تصريحات.

فالصحيح لعلّه يكون كما قال الحكيم (قدس سره) من باب الخراج بالضمان المروي بطرق العامة عن النبي ﷺ كما في صحيح الترمذي ٥: ٢٨٥ وسنن ابي داود ٢: ٢٥٥ وسنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ لكن فيه ايضاً ان مورده الضمان العقدي الموجب ملكية مستوفي المنافع كما فصّلته في التعليقة المفصلة فان مورد الحديث ابتياع الغلام: «ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبي ﷺ فردّه عليه، فقال الرجل: يارسول الله قد استغل غلامي فقال رسول ﷺ الخراج بالضمان».

واكثر العامة خصّوا الحديث بالضمان العقدي إلّا الحنفيّة حيث عمّموه الى الضمان الشرعي ايضاً. وعمل العامة بالحديث، وقال ابن رشد في بداية المجتهد ٢: ١٧٤: «... هو اصل متفق عليه ...» وتمسك شيخ الطائفة (قدس سره) ايضاً بالحديث في خلافه ص٢١١: «... روت عائشة انه ﷺ قضى ان الخراج بالضمان» وكذا في المسالة١٧٦ من البيع، ومراد اكثر المتمسكين بالحديث من العامة والخاصة تطبيق الحديث على الضمان العقدي كالبيع ونحوه كما في مورد الحديث وهذا المعنى لا يختص بالعامة على ما ذكره الحكيم (قدس سره) فان اختصاص منافع المال للمشتري بعد حصول الملكية له وكذا ضمانه للمال اذا اراد الردّ ليس امراً خاصاً بالعامّة، وأما مورد صحيح ١/ ٤ المضاربة فان كان مضاربة فالمال لم يكن للعامل وخراج مال الغير لا يكون له، ولعل العامة ايضاً لا يعتقد الخراج بالضمان في مطلق الضمان العقدي بل فيما كان ملك المستفيد فلا ينطبق قاعدة الخراج بالضمان على مورد الصحيح على ما قاله الحكيم (قدس سره).

مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلّا مع التعدّي أو التفريط.

واعتقد الخوئي (قدس سره) تبعاً للحدائق والوافي ان مورد الصحيح هو القرض، وفيه: ان تادية مفهوم القرض بالضمان ليس امراً عرفياً ولو كان قرضاً فلا خصوصية للتاجر والعامل في حكمه المذكور اي كون المنافع للمقترض كما لا مفهوم لجملة «راس المال» لعدم فرع له حتى يكون هو الاصل والراس نعم إلّا فيما بنى على الربا كما لا يتوقع كون ربح التجارة لصاحب المال، في القرض حتى ينفيه الامام، كما ان قضاء علي عليه السلام لابد ان يكون لضرورة خاصة في المجتمع عرضت، واما بيان حكم القرض او بيان حرمة الربا فليس امراً قضائياً.

فلعل مرام الصحيح بيان حكم مولوي لمصلحة خاصة في زمانه عليه السلام وهو الحكم بتبديل المضاربة قرضاً بمعنى بطلان المضاربة ولزوم ردّ اصل المال فقط اذا ضمّن صاحب المال عامله لايجابه الضيق على العملاء، وثروة زائدة للاغنياء، فتحصل: ان مرام الصحيح تعبد مولوي من الامام عليه السلام ولعل مراد القائلين بانه في القرض ذلك اي التعبد لكنه قد مرّ الزام بغير ما قصد العاقد، فالاصح ما ذكرنا من انه حكم مولوي لزمان خاص لسدّ باب سوء استفادة الاغنياء، ان قلت: بل الظاهر ارادة انه مضاربة فاسدة فيلزم رجوع المال الى صاحبه، قلت: فحينئذ يلزم كون الربح للمال، وللعامل اجرة المثل، إلّا ان يقال: قدّر الامام عليه السلام اجرة المثل بما استفاد، وفيه ما فيه للاختلاف الكثير احياناً إلّا ان يبني على حكم مولوي سلطاني ايضاً، وايضاً انّ كان المراد من التضمين تدارك الخسارة او انتقال مقدارها الى ذمة العامل لم يكن وجه للبطلان والعوام لا يفرقون بين ذلك وبين كون الخسارة من الاول على العامل ليكون خلاف الشرع فالحكم بالبطلان مطلقاً مشكل، هذا وفي قبال الصحيح حسنة الكاهلي ٦/ ٣: على المضارب من الوضيعة بقدر ما جعل له من الربح، ولولا الاعراض عن الصحيح يمكن الجمع بالمتيقن ـ لو قبلنا ذلك الجمع ـ بان المتيقن من الصحيح ارادة غير المضاربة من العقود المطلقة او المضاربة المشترطة فيها عدم الضرر ومتيقن الحسن مورد اشتراط تقسيم الضرر، هذا.

واما روايات ١ و٣ المضاربة: «ليس عليه من الوضيعة شيء»، فلا يستفاد منها اكثر من حكم المضاربة المطلقة بالعنوان الاولي فلا يعارض المؤمنون عند شروطهم،

المسألة ٥: إذا اشترط المالك على العامل ان لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلانيّ أو إلاّ إلى البلد الفلانيّ، أولا يشتري الجنس الفلانيّ، أو إلاّ الجنس الفلانيّ، أولا يبيع من زيد مثلاً، او إلاّ من زيد، أولا يشتري من شخص، او إلاّ من شخص معيّن أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة، وإلاّ ضمن المال لو تلف بعضاً او كلاً، وضمن الخسارة مع فرضها، ومقتضى القاعدة وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيديّة إذا أجاز المعاملة، وثبوت خيار تخلّف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ إلاّ انّ الاقوى اشتراكهما في الربح على ما قرّر، لجملة من الاخبار الدالّة على ذلك، ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل، ولا إلى الاقتصار على مواردها لإستفادة العموم من بعضها الآخر.

إلاّ ان يقال: اذا ثبت ان حكم الشرع عدم ضمان العامل فشرط الخلاف خلاف الشرع وعنوان الشرط ليس كالحرج والضرر من العناوين الثانوية لئلا تكون الادلة الاولية في رتبته، وكيف كان فالاحوط المنع إلاّ اذا اريد التدارك ونحوه).

المسألة ٥: لجملة من الاخبار: لا نسلم شمول الأخبار للقيود الواقعية حتى تكون تعبداً محضاً فلو فرض ان المالك انشأ المضاربة مقيداً تقييداً واقعياً لا ظاهرياً لغرض الربح مثلاً بكون طرف المعاملة زيداً وإلاّ فلا، فالاقوى كون المعاملة مع غير زيد فضولية حينئذ فان اجاز المالك فالربح له خاصة (والشرائط المذكورة في الروايات خصوصاً أو عموماً في الحقيقة شرائط لأمانة العامل مالكياً فالمالك لا يراه أميناً بل ضامناً في مورد المخالفة وليست قيداً لأصل المضاربة أو الربح، ولا يوجب هذا الاشتراط خياراً لتبين حكم التخلف بنحو بناء العرف وانه الضمان فقط فامضاه الشارع كذلك بخلاف اشتراط صلاة النافلة مثلاً على العامل اذا كانت غير دخيلة في العمل والربح على حسب رأي المالك.

والعجب من بعض أهل العصر حيث ردّ هذا التوجيه بقوله: كما ترى، ووجّه الامر هو بأن القيود كلها شروط ومن باب تعدد المطلوب وان ذكر بصورة القيد، وفيه: ان انكار امكان التقيد بواقع التقيد مكابرة ظاهرة، وفاقاً فيما ذكرناه لصاحب الجواهر وغير واحد من المحشين وان كان في بعض خصوصيات كلامهم بعض الانظار، راجع روايات الباب١ من المضاربة).

المسألة ٦: لا يجوز للعامل خلط راس المال مع مال آخر لنفسه او غيره، إلاّ مع إذن المالك عموماً، كان يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة، او خصوصاً، فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف إلاّ انّ المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة.

المسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرّف على حسب ما يراه من حيث البايع والمشتري، ونوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز له ان يسافر من دون إذن المالك إلاّ إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق، وإن خالف فسافر فعلى ما مرّ في المسألة المتقدّمة.

المسألة ٨: مع إطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك إلاّ ان يكون متعارفاً ينصرف إليه الاطلاق، ولو خالف في غير موردالانصراف فان استوفى الثمن قبل اطّلاع المالك فهو، وإن اطّلع المالك قبل الاستيفاء فإن امضى فهو، وإلاّ فالبيع باطل وله الرجوع على كلّ من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده، أو عند مشتر آخر منه، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلاّ ان يكون مغروراً من قبله، وكانت القيمة أزيد من الثمن، فإنّه حينئذٍ يرجع بتلك الزيادة عليه وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلاّ ان يكون مغروراًمنه وكان الثمن أقلّ فانّه حينئذٍ يرجع بمقدار الثمن.

المسألة ٦: لا يجوز: اذا كان النظر الى المالية الصرفة كاعمال البنوك وما شابهها فالجواز قوي إلاّ ان يصرّح بالخلاف.

المسألة ٧: ان يسافر: اذا كان للمالك نظر خاص، وأما طبع المضاربة فالنظر الى المالية والاسترباح فقد يكون السفر اربح. (والروايات وردت في مورد نهي المالك لا الاطلاق).

المسألة ٨: ينصرف اليه: أو لا ينصرف عنه.

اطلاع المالك: الظاهر اندراج المسألة في المسألة الخامسة وقد مرّ حكمها. وان القيود ان كانت واقعية فالمعاملة فضولية وإلاّ فالمقصود حاصل اذا استربح. والاطلاع لا اثر له بصرفه وقد مرّ حكم الضمان وكذا الكلام في المسألة التاسعة.

مغروراً منه: أي المشتري كان مغروراً من العامل (والحكم على البطلان كذلك ظاهراً ولا افهم وجهاً لحاشية الگلپايگاني (قدس سره) «بل بمقدار الثمن ان لم يأخذه ولم يكن الثمن زائداً على ما غرم» اذ المعاملة على فرض التقييد الواقعي باطلة ولازمه رجوع المالك الى ماله وأخذه من كل يد وقعت عليه واستقرار الضمان على اليد المتأخرة إلاّ في صورة الغرور).

المسالة ٩: في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنّه لا يجوز أن يبيع بأقلّ من قيمة المثل وإلاّ بطل نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الامرين لا بأس به.

المسالة ١٠: لا يجب في صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر وقيل: بعدم جواز البيع إلاّ بالنقد المتعارف ولا وجه له إلاّ إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً.

المسالة ١١: لا يجوز شراء المعيب إلاّ إذا اقتضت المصلحة، ولو اتّفق فله الردّ أو الارش على ما تقتضيه المصلحة.

المسالة ١٢: المشهور على ما قيل: أنّ في صورة الاطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمّة، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك، لا كلّياً في الذمّة، والظاهر أنّه يلحق به الكلّي في المعيّن أيضاً، وعلّل ذلك بأنّه القدر المتيقّن، وأيضاً الشراء في الذمّة قد يؤدّي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعلّ المالك غير راض بذلك، وأيضاً إذا اشترى بكلّي في الذمّة لا يصدق على الربح أنّه ربح مال المضاربة، ولا يخفى ما في هذه العلل، والاقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمّة والدفع من رأس المال، ثمّ إنّهم لم يتعرّضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلّياً ثمّ الدفع من الاجناس التي عنده، والاقوى فيه أيضاً جواز كونه كلّياً، وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء ثمّ إنّ الشراء في الذمّة يتصوّر على وجوه: احدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمّته من حيث المضاربة. الثاني: أن يقصد كون الثمن

المسالة ١٠: غالباً: بحيث يخل بغرض الاسترباح.

المسالة ١٢: المشهور: الظاهر أن وضع المضاربة في تعين دائرة المال اي بنحو الكلي في المعين وهو غير الشراء بالذمة مطلقاً ولا يبعد ذلك وظاهر الروايات ايضاً وقوع الاتجار بهذا المال وليس المراد الشراء بالمال الشخصي والإلزم الحمل على النادر بل ما هو المتعارف اي بنحو الكلي في المعين، ولعل ما ذكرنا مراد من قال من المحشين المراد من عدم جواز الشراء في ذمة المالك ما ثبت به شيء في ذمته حتى يلزم بتأديته من مال آخر لو لم يمكن من مال المضاربة.

المتعارف: المتعارف الشراء في الذمة من حيث المضاربة لا مطلقاً فهو من باب الكلي في المعين (واحتاط الگلپايگاني ولعله لظهور الروايات في الشراء بهذا المال المدفوع الى العامل فراجع، لكن الاظهر عدم الاختصاص وإلاّ لزم الحمل على النادر، وسرّ التعبير ان العامل مستظهر بهذا المدفوع).

في ذمّته من حيث إنّه عامل ووكيل عن المالك، ويرجع إلى الأوّل، وحكمها الصحّة، وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمّة المالك يؤدّي من ماله الآخر. الثالث: أن يقصد ذمّة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثمّ دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك إلّا إذا كان ماذوناً في الاستقراض وقصد القرض. الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتّى يكون الربح له فقصد نفسه حيلة منه، وعليه يمكن الحكم بصحّة الشراء وإن كان عاصياً في التصرّف في مال المضاربة من غير إذن المالك، وضامناً له، بل ضامناً للبايع أيضاً، حيث إنّ الوفاء بمال الغير غير صحيح، ويحتمل القول ببطلان الشراء لانّ رضى البايع مقيّد بدفع الثمن، والمفروض انّ الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الاخبار انّ من استقرض ولم يكن قاصداً للاداء فهو سارق، ويحتمل صحّة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً، بعد ان كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإنّ البيع وإن كان بقصد نفسه وكلّياً في ذمّته إلّا انه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكان البيع وقع عليه، والاوفق بالقواعد الوجه الاوّل، وبالاحتياط الثاني، واضعف الوجوه

يؤدي من ماله الآخر: فيه منع بعد تقيد الشراء بحيثية المضاربة وحيثية الوكالة والعمل للمالك مضاربة بل يبطل حينئذ المعاملة ويرجع المبيع الى بائعه فالشراء مع هذا القيد من باب الكلي في المعين (وان اصر عليه في المسالك وجعله في الجواهر مقتضى الاطلاق).

الشراء صحيح: أي للعامل وغير مربوط بالمضاربة.

عاصياً في التصرف: لو اريد من التصرف الانشاء والعقد على مال الغير فتحقق العصيان بصرف ذلك ممنوع ولو اريد التصرف الخارجي اي الدفع فهو مشترك بينه والثالث والخامس.

رضى البايع: والفرق بينه والثالث واضح فان في الثالث لم يكن اشكال في القصد والانشاء وانما كان التجاوز في العمل وهو خارج عن العقد (فلا وجه لإشكال النجفي والاصطهباناتي(قدس سرهما)).

والاوفق: (اذ الثاني مدفوع بأن اخذ الثمن ليس داخلاً تحت انشاء البائع فهو كالهدف فالمنشأ نفس ملكية الطرف بلا تقييد، ولو كان تقييد لزم التبعض في الصفقة عند دفع بعض الثمن ولا يلتزم به احد ولم يكن فرق بين هذه الصورة وما لم يكن هذا

الثالث وإن لم يستبعده الآقا البهبهانيّ. الخامس: أن يقصد الشراء في ذمّته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه ايضاً يكون المبيع له، وإذا دفعه من مال المضاربة يكون غاصباً ولو اختلف البايع والعامل في انّ الشراء كان لنفسه أو لغيره، وهو المالك المضارب يقدّم قول البايع لظاهر الحال فيلزم بالثمن من ماله، وليس له إرجاع البايع إلى المالك المضارب.

المسألة ١٣ : يجب على العامل بعد تحقّق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولّى ما يتولاّه التاجر لنفسه من عرض القماش والنشر والطيّ وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك ممّا هو اللائق والمتعارف، ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلاّل والحمّال والوزّان والكيّال وغير ذلك، ويعطي الأجرة من الوسط، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله ولو تولّى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر

قصده عند العقد وكذا غيرهما من موارد تعذر دفع الثمن فلا انفساخ، نعم له خيار الفسخ بلحاظ الشرط الضمني لاداء الثمن كما في خيار الغبن وأما روايات عدّ المستقرض الناوي لعدم الاداء لصاً او بمنزلة السارق فهي فيما لا قصد له الى القرض اصلاً بخلاف المقام لقصده البيع والشراء ولو سلم فذلك بحسب استمرار عدم الدفع لا صرف عدم الدفع اولاً وقصده حين العقد مع قصد القرض واقعاً ولذلك لو دفع بعد ذلك فرضاً لم يكن لصاً. والثالث مدفوع بان صرف قصد الاداء من مال الغير لا يوجب انصباب البيع على مالك المال المدفوع اذ العقد تابع للقصد ويرد على ما يقوله الاستاذ(قدس سره) في غير موضع من كون الكلي المراد دفعه من مال معين يكون بحكم ما يكون ظهيراً له أي المعين، الموافق لما يقوله الآقا ضياء (قدس سره) هنا بعدم صحة ذلك عند العقلاء ولذا لو دفعه من مال آخر صحّ بحكم عرف العقلاء).

يقدم قول البائع: فرق بين العامل المطلق للمالك فالقول قول العامل وبين من له العمل لنفسه أو لغير المالك ايضاً فقول البائع.

الخامس: ... **المبيع له**: ان كان ممن يعمل لنفسه وقد لغيره بخلاف العامل المطلق الذي لا شغل له سوى العمل للمالك، فالغفلة عنه في قصده بمنزلة القصد للمالك اثباتاً بل وثبوتاً، نعم اذا فرض عدم القصد مع الالتفات كان لنفسه لكنه مجرد فرض.

لظاهر الحال: يختلف الظهور في العامل المطلق وغيره اذا علم البائع ذلك وإلاّ فصرف عقد البيع وكذا معاطاته ظاهر في الاسناد الى نفسه ان لم يكن صارف.

المسألة ١٣ : فالاجرة من ماله: وهو ضامن للمال لو تلف في يد الاجير إلاّ اذا

جواز أخذ الاجرة إن لم يقصد التبرّع، وربما يقال بعدم الجواز وفيه انّه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

المسألة ١٤ : قد مرّ انّه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه فنفقته في السفر من رأس المال إلاّ إذا اشترط المالك كونها على نفسه، وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً والظاهر انّ مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الاصل، وربما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر، والاقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من اصل المال بتمامها من ماكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك ممّا يصدق عليه النفقة ففي صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» هذا وامّا في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئا إلاّ إذا اشترط على المالك ذلك.

المسألة ١٥ : المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من ماكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجرة المسكن ونحو ذلك، وامّا جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه إلاّ إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

كان ماذوناً في ذلك.

جواز اخذ الاجرة: ان كان ماذوناً من المالك في ذلك بحيث يستند العمل الى المالك وإلاّ فهو هاتك لعمله (وبه يظهر ما في التمسك بقاعدة احترام العمل).

احترام عمل: اي العمل المستند الى من له العمل.

المسألة ١٤ : فليس له: أي في مصارفه الشخصية دون ما يرتبط بالمضاربة فانه من جهات العمل.

المسألة ١٥ : موقوفة: أو تقتضيها مصلحة التجارة. (ثم ان النفقة عامة لكل شيء حتى للمرض ويستفاد عموم النفقة لكل حاجة من صحيح عبدالرحمن بن الحجاج وخبر ابن صلت١ و١٣/٤ مستحقين الزكاة: «خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً الاب و... وذلك انهم عياله لازمون له، او يجبر على نفقتهم» ولو كان المراد خصوص المأكل والمشرب بقي استحقاق الزكاة بالنسبة الى المرض وغيره. واما البقرة آية ٢٣٣ فهي في الرزق والكسوة، والدواء ليس رزقاً، واما الطلاق آية٧: ﴿لينفق ذو سعة... الخ﴾ فهي مربوطة بالمطلقات وانّ نفقة الزوجة ثابتة للمطلقة ايضاً. واما النساء آية١٩: ﴿عاشروهن بالمعروف﴾ فهي في جهات الخلق كما ان١ و١/١٢ النفقات مربوط بالاطعام والكسوة فقط.

المسألة ١٦ : اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه، نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له.

المسألة ١٧ : المراد من السفر العرفيّ لا الشرعيّ، فيشمل السفر فرسخين او ثلاثة كما أنّه إذا أقام في بلد عشرة أيّام او ازيد كان نفقته من راس المال، لانّه في السفر عرفاً، نعم إذا اقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرُّج او لتحصيل مال له او لغيره ممّا ليس متعلّقاً بالتجارة فنفقته في تلك المدّة على نفسه، وإن كان مقامه لما يتعلّق بالتجارة ولامر آخر بحيث يكون كلّ منهما علّة مستقلّة لو لا الآخر، فإن كان الامر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة، وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه ثالثها التوزيع، وهو الاحوط في الجملة، واحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت

وتفصيد الكلام ان الآيات على خمس تعبيرات عدم الحيف كما في النساء آية٣، والانفاق كما في النساء آية٣٤، وعشرة المعروف كما في النساء آية١٩ والرزق والكسوة كما في البقرة آية٢٣٣ (وهذه الجملة المركبة كناية عن مطلق الخاصة كما يظهر من النساء آية ٥ في السفهاء ...)، والانفاق بقدر امكان الزوج كما في الطلاق آية٧ والروايات على خمس تعبيرات: الكسوة والطعام كما في روايات الباب ١ النفقات ج١٥ الوسائل وفي سنن البيهقي ٧: ٣٠٤، ومرّ انه كناية عن مطلق الحاجة لا كما قال الخوئي(قدس سره) من ان اقامة الظهر والصلب كناية عن مطلق الحاجة، الكفاية كما في رواية هند من البخاري ٧: ٨٥ وكنز العمال ٨: ٣٠٣، وقدّر مدّ في الطعام، كما في ١/ ٢ النفقات أو مدين من التمر كما في ١١/ ١ والنفقة كما في ٩/ ١، والظاهر عدم التعبد والاشارة الى الكفاية وقدر الحاجة، وبما ذكر يظهر الاشكال في كلام ابن ادريس على الطوسي(قدس سره) بعدم خبر على مدّ واستصوبه المختلف ٤: ٢٩ وان نسبه الى الحمق في التعبير عن فتوى الشيخ في ذلك.

ثم ان المقام اوضح من ذلك كله لكون شرط النفقة على المالك من الشروط المبني عليها العقد ولا تقول الشرط في ضمن العقد كما عبّر الخوئي(قدس سره) لانه حينئذ يصير تكليفاً محضاً كما مرّ).

المسألة ١٧ : فالظاهر: لا يبعد التوزيع في زمان العروض إلّا ان يكون امراً تابعاً بحيث لا يحسب امراً مستقلاً.

وهو الاحوط: بل لا يخلو عن قوة (خلافاً للخوئي والگلپايكاني(قدس سرهما) نظراً

العلّة مجموعهما بحيث يكون كلّ واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع.

المسألة ١٨ : استحقاق النفقة مختصّ بالسفر المأذون فيه، فلو سافر من غير إذن أو في غير الجهة المأذون فيه أو مع التعدّي عمّا أذن فيه ليس له ان ياخذ من مال التجارة.

المسألة ١٩ : لو تعدّد ارباب المال كان يكون عاملاً لإثنين أو أزيد أو عاملاً لنفسه وغيره توزع النفقة، وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين قولان.

المسألة ٢٠ : لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح اصلاً، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ويعطى المالك تمام راس ماله ثمّ يقسّم بينهما.

المسألة ٢١ : لو مرض في اثناء السفر فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة، وإن منعه ليس له وعلى الاوّل لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.

المسألة ٢٢ : لو حصل الفسخ أو الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه، بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنّها من مال المضاربة.

المسألة ٢٣ : قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وانّ في الاوّل الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة إلّا إذا علم

الى اطلاق النصّ ٦ لكن الظاهر انها فيما كانت لمال المضاربة، والتعبد بعيد).

المسألة ١٨ : ليس له: (خلافاً للكلبايگاني نظراً الى بقاء المضاربة، وفيه: ان بقاء المضاربة لا يستلزم كون النفقة على المالك دائماً وليس كالشرط الذي يكون له الفسخ أو الابقاء).

المسألة ١٩ : توزع: إلّا اذا كان احدهما تابعاً صرفاً لا يحسب امراً مستقلاً.

قولان: الملاك الاستلزام للنفقة وذلك يختلف سيما بناء على تعميم المضاربة للعروض فقد يكون مال قليل مستلزماً لنفقة كثيرة وكذلك العمل فالاختلاف كما يكون بالكم يكون بالكيف، والملاك ما ذكرنا لا المال فقط ولا كميّة العمل فقط.

المسألة ٢١ : ليس له: ان لم يكن حاصلاً بالسفر وإلّا فيجوز الاخذ من مال المضاربة، وكذا اذا كان مما يحصل عادة بحيث يحسب عرفاً من النفقة المعتادة بخلاف غير المعتاد الحاصل من غير جهة السفر.

المسألة ٢٣ : إلّا اذا علم: وكذا اذا شك في ذلك واذا علم انه غافل يحكم بذلك ايضاً (فمع احتمال ارادة البضاعة يصح).

انّه قصد الابضاع فيصير بضاعة، ولا يستحقّ العامل أجرة إلّا مع الشرط أو القرائن الدالّة على عدم التبرّع، ومع الشكّ فيه وفي ارادة الأجرة يستحقّ الأجرة أيضاً لقاعدة احترام عمل المسلم. وإذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة إلّا إذا علم انّه اراد القرض، ولو لم يذكر لفظ المضاربة بان قال: خذه واتّجر به والربح بتمامه لي كان بضاعة إلّا مع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة، ولو قال: خذه واتّجر به والربح لك بتمامه فهو قرض إلّا مع العلم بارادة المضاربة ففاسد، ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك وللعامل أجرة عمله إلّا مع علمه بالفساد.

المسالة ٢٤: لو اختلف العامل والمالك في انّها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة ولم يكن هناك ظهور لفظيّ ولا قرينة معيّنة فمقتضى القاعدة التحالف، وقد يقال: بتقديم قول من يدّعي الصحّة وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحّة ما إذا علم انّهما اوقعا معاملة معيّنة واختلفا في صحّتها وفسادها، لا مثل المقام الذي يكون الامر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح، وعلى الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أنّهما أوقعا البيع الصحيح او الاجارة الفاسدة مثلاً، أو في مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف وأصالة الصحّة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة او بضاعة صحيحة مثلاً لامضاربة فاسدة.

ولا يستحق العامل اجرة: بل يستحق إلّا اذا شرط المجانية وقد مرّ عدم العبرة بقصد التبرع بمجرده مالم يظهر العامل المجانيّة، كما مرّ ان قاعدة الاحترام لا تثبت الضمان بل يوجب التكليف وحرمة الاستيفاء فقط.

فكذلك مضاربة فاسدة: بل هو قرض صحيح أو مضاربة وهبة لسهمه من الربح ولا عبرة بالعبارة بعد معلومية المراد.

فتكون فاسدة: إلّا اذا احتمل ارادة هبة سهمه من الربح.

إلّا مع علمه بالفساد: بل له الاجرة مالم يظهر المجانية.

المسالة ٢٤: التحالف: مرّ ان ملاك الادعاء كون الشخص مثبتاً لشيء يطلبه من الطرف وملزماً عليه والانكار مقابله، وفي المقام في الصورة الاولى اذا كان المالك مدعياً للقرض بغرض تضمين العامل للتلف او الخسران والعامل مدعياً للمضاربة الفاسدة بغرض اثبات الاجرة فكل منهما مدع ومنكر والحكم التحالف واما اذا لم يكن تلف او خسران فليس مقام التحالف لعدم اثبات شيء بادعاء المالك القرض وانما العامل يدعي الاجرة بدعواه المضاربة والمالك يحلف وينفي.

المسالة ٢٥ : إذا قال المالك للعامل : خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صحّ، ولكلّ منهما النصف، وإذا قال : ونصف الربح لك فكذلك، بل وكذا لو قال : ونصف الربح لي فإنّ الظاهر انّ النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحّة في الأولى لانّه صرّح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعيّة، بخلاف العبارة الثانية فانّ كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له ايضاً على قاعدة التبعيّة، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وانت خبير بانّ المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل.

المسالة ٢٦ : لافرق بين ان يقول : خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال : خذه قراضاً ولك ربح

كما انه لو ادعى العامل القرض لجلب الربح وانكر المالك وادعى المضاربة ليس من التحالف اذ يحلف المالك على نفي القرض يثبت الربح له كما ان الاجرة غير مدعاة من العامل نفسه بإقرار منه. نعم، لو فرض بعيداً انه كان لكل منهما نصيب في اثبات عنوان القرض او المضاربة كاستيفاء منفعة مربوطة بمن اقرض او ضارب في المجتمع وكان نفع كل في اثبات عنوان معين منهما كان من التحالف مثلاً فتامل، كما انه لو قلنا بكون الملاك في الادعاء والانكار مصبّ الدعوى لا القرض كان من التحالف، لكن مرّ ما فيه وان قانون القضاء لحلّ مشكلة في المجتمع لا حلّ ابحاث لفظية اسمية تعد جزافاً، وبما ذكرنا يظهر الكلام في الصورة الثانية (ويشهد لما ذكرنا من ملاك الادعاء والانكار انه لو ادعى ديناً على احد ولكن يعترف بالاداء من خصمه على فرض ثبوت الدين، وانكر الخصم اصل الدين، لم يكن وجه لسماع هذه الدعوى كما يصرح الحكيم (قدس سره) في المسالة ٥٠. ولذلك ايضاً قيد الماتن كلامه في مسالة ٥١ : «... تالفاً مع ضمان العامل» لان في صورة عدم ضمان التلف لا فائدة في دعوى المالك مالاً ازيد مما يعترف العامل. فالحاصل ان ادلة وجوب حل الدعاوى على القاضي لا اطلاق لها يشمل الدعاوى التي لا محصل لها فكذلك ادلة تعيين من عليه اليمين أو البينة فلا وجه لفتوى الاستاذ (قدس سره) في ذلك وان الملاك هو المصبّ).

المسالة ٢٦ : ربح نصفه : (امر غير متعارف وصرف الفرض وكانه اخذ من بعض كتب الاقدمين من العامة ثم دخل في فقه الشيعة ولم يجوزه الشافعي والحنابلة على ما في ص١٤٩ ج٥ المغني لابن قدامة، وقال ابو حنيفة وابو ثور : يجوز لان ربح

نصفه في الصحّة والاشتراك في الربح بالمناصفة، وربما يقال: بالبطلان في الثاني بدعوى أنّ مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، وقد يربح النصف فيختصّ به أحدهما، أو يربح أكثر من النصف فلا يكون الحصّة معلومة، وأيضاً قد لا يعامل إلاّ في النصف، وفيه أنّ المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال.

المسألة ٢٧ : يجوز اتّحاد المالك وتعدّد العامل مع اتّحاد المال أو تميّز مال كلّ من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صحّ، وكانا فيه سواء، ولو فضّل أحدهما على الآخر صحّ أيضاً، وإن كانا في العمل سواء، فإنّ غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، وهذا لا باس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه، وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، او بالاختلاف بان يكون في حصّة احدهما بالنصف، وفي حصّة الآخر بالثلث او الربع مثلاً، وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كلّ منهما ممتازاً وقارضاً واحداً مع الاذن في الخلط مع التساوي في حصّة العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال احدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث او الربع.

نصفه هو نصف ربحه).

المسألة ٢٦ : ولك ربح نصفه: لو لم يكن المراد ما يراد عن التعبير الاول فالظاهر بطلانه مضاربة على المشهور لكن مرّ امكان اشتراط شيء على خلاف طبعها الاول كما ان الصحة عقداً مستقلاً ايضاً لا باس بها. (وقال السيد عبدالهادي والگلپايگاني (قدس سرهما) بالبطلان إلاّ ان يرجع الى التعبير الاول نظراً الى ان شياع الربح حكم قطعي، وفيه: ان المسلّم كونه كذا في الجملة).

المسألة ٢٧ : وتعدد العامل: اي تعدد العامل في جميع المال وإلاّ لم يكن من اتحاد المال وحينئذ فالمراد دخالة كليهما في جميع الانشاءات والمعاملات ولا باس به فانه احتياط من المالك لما له واما لو اريد دخالتهما مستقلاً او منضماً بحيث اذا عمل احدهما كفى وحصل الربح لهما معاً وان لم يعمل الآخر ففيه اشكال إلاّ ان يرجع الى الاشتراط نظير شرط الربح للاجنبي، لكن الاوجه ايضاً الصحة اذا لم يكن غرر. فان يكون البناء على عمل من هذا وعمل من ذاك بناء عرفياً والاعمال معلومة بالتقريب (خلافاً للگلپايگاني والنجفي (قدس سرهما) في الاخير كما ان فرض الگلپايگاني (قدس سره) صورة دخالة كل في نصف المال خارج عن البحث لعدم اتحاد المال حينئذ).

المسألة ٢٨ : إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضاً واحداً واشترطاله نصف الربح وتفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لاحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه فإن كان من قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بان يكون كأنّه اشترط على العامل في العمل بماله اقلّ من ما شرطه الآخر له، كان اشترط هو للعامل ثلث ربح حصّته، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصّته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر بان يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصّتهما بان لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لاحدهما على الآخر مع تساوي المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة، لانّ المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة، والاقوى الصحّة لمنع عدم جواز الزيادة لاحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإنّ الاقوى جواز ذلك بالشرط ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع انّه يمكن ان يدّعى الفرق بين الشركة والمضاربة وإن كانت متضمّنة للشركة.

المسألة ٢٨ : والاقوى الصحة : اذا رجع الامر الى اشتراط شيء من العامل على احد الشريكين وإلاّ فلا يرتبط ذلك بالعقد الواقع بينهما مع العامل فلابد حينئذ من عقد الشركة مع اشتراط ذلك بينهما ثم عقد المضاربة ولكن للصحة مطلقاً ايضاً وجه اذا كان المراد انشاء عقد ذو ثلاثة اطراف أو جمع عقدين في انشاء واحد كما يقع ذلك في الكتابات ففي هذا الانشاء عقد بين المالكين ايضاً بان قسمة الربح تكون على هذا الوجه فان القسمة بمنزلة معاملة جديدة. (واما الصورة الاولى فيصح على ما مر من امكان شرط الربح للأجنبي وايضاً يمكن دخالة ذلك في ربح العامل مثلاً يرى العامل ان الشريك الآخر لا يرضى بغير ذلك.

ثم ان الحكيم (قدس سره) في كتاب الشركة منع من التفاضل فيها وفي المقام والخوئي منع بنحو شرط النتيجة، ومعلوم انه محل الكلام لا شرط الفعل والاعطاء، وكان وجهه ان رجوع ربح المال الى غير صاحبه خلاف مقتضى الشركة وان المضاربة ايضاً ليس من رجوع ربح المال الى غير صاحبه بل في الحقيقة معاوضة بين الربح التابع للمال والعمل التابع للعامل. لكن فيه ان ذلك في المفروز واما المشاع او المخلوط فلا لعدم اطلاق دليل في ذلك وانما هو امر عقلائي يخص بغير المقام. ولو فرض دليل لفظي على تبعية الربح للمال فلا اطلاق له يعمّ المقام).

المسألة ٢٩ : تبطل المضاربة بموت كلّ من العامل والمالك، أمّا الأوّل فلاختصاص الاذن به، وامّا الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه، فإن كان المال نقداً صحّ، وإن كان عروضاً فلا لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين، وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، ليكون واقعاً على ماله أو متعلّق حقّه وهذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف ازيد من مدّة حياته فإنّ البطن اللاحق يجوز له الاجازة، لانّ له حقّاً بحسب جعل الواقف، وامّا في المقام فليس للوارث حقّ حال حياة المورث أصلاً، وإنّما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصيّة، وفي المنجّز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإنّ له حقّاً فيما زاد، فلذا يصحّ إجازته، ونظير المقام إجارة الشخص ماله مدّة مات في اثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنّه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحّة الاجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقة به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، ومرجع إجازته حينئذٍ إلى إبقاء ما فعله المورّث لا قبوله ولا تنفيذه، فإنّ الاجازة أقسام قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حقّ، كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام.

المسألة ٢٩ : جائز: (كما مرّ للاجماع لا لكونه كالوكالة كما استدل الخوئي(قدس سره) وكذا ابن قدامة من العامة في المغني ٥ : ١٨١ ، ثم لا دليل على كلية الانفساخ بالموت أو الجنون في مطلق العقد الجائز كالهبة بعد القبض، وقيل: التصرف فلا وجه لقول ابن قدامة: «... لانه عقد جائز فانفسخ بموت احدهما، نعم في غير مفيد الملكية كالمقام صحيح لانبطال الاذن).

عروضاً فلا: مرّ الجواز.

لكن يمكن: لكنه ضعيف، نعم لا يبعد ان يقال يكفي في انشاء المضاربة كل لفظ دال عليها والاجازة هنا بمنزلة انشاء جديد، فكما يقع من الاخرس بالاشارة الانشائية يقع بالاجازة المشيرة الى العقد السابق فالاجازة هنا مطلوبة بدلالتها الالتزامية ويمكن الانشاء بها لا المطابقية (وأما الاجازة بمعناها المطابقي فلا معنى لها هنا لعدم قصور في ولاية من صدر منه العقد سابقاً وعدم ولاية للمجيز عليه اي على الواقع، والابقاء لم يكن مفاد العقد. وما قاله (قدس سره) من كفاية كون المال في معرض

المسالة ٣٠: لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلاً في عمله، او يستأجر اجيراً إلا باذن المالك، نعم لا باس بالتوكيل او الاستيجار في بعض المقدّمات على ما هو المتعارف، وامّا الايكال إلى الغير وكالة او استيجاراً في اصل التجارة فلا يجوز من دون إذن المالك، ومعه لا مانع منه، كما انّه لا يجوز له ان يضارب غيره إلا باذن المالك.

المسالة ٣١: إذا اذن في مضاربة الغير فامّا ان يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، او بجعله شريكاً معه في العمل والحصّة، وإمّا بجعله عاملاً لنفسه، امّا الاوّل فلا مانع منه، وتنفسخ مضاربة نفسه على الاقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني، وليس الاوّل شيء إلا إذا كان بعد ان عمل عملاً وحصل ربح فيستحقّ حصّته من ذلك، وليس له ان يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد ان لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية،

الانتقال عجيب منه(قدس سرّه) هل المراد كونه كذلك طبيعياً أو بالقرار فعلى الاول يستلزم اجازة ورثة الشخص لكل معاملاته في زمان حياته لكون امواله في معرض الانتقال اليهم. وعلى الثاني يلزم اجازة الاجانب في معاملات الشخص اذا كانوا في معرض انتقال المال اليهم.

ويستلزم عدم صحة المضاربة هنا من الابتداء لكونها متعلقة لحق الغير.

ثم ان صاحب الجواهر ايضاً صرّح هنا بكفاية الاجازة للانشاء قال حتى اذا كان بلفظ التقرير ص٣٦٣).

المسالة ٣١: عاملاً للمالك: في عرض العامل الاول أو من شؤونه بحيث يكون الثانية كالجعالة من الاولى (كما قسم الحكيم ولا باس به).

لعدم المنافاة: لا باس به بعد كون المضاربة عقداً اذنياً يجوز للمالك الاذن لإثنين والربح للسابق في العمل. كما في الولاية من الاب والجد إلا ان يريد بذلك طرد العامل الاول عن المضاربة ويريد التعويض الى الثاني. (ثم المراد من كون المضاربة عقداً اذنياً كون المالك هو الاصل موافقاً لبناء العقلاء في اصالة البذر وراس المال في التوليد، وإلا فكل عقد يكون مع حقيقة الاذن ولو اريد بهذا كونها صرف الاذن كما قد يستشم من كلمات الخوئي(قدس سرّه) ففيه: انها عقد بلا ريب والعقد متقوم بالطرفين).

شيئاً من الربح: لا يبعد الجواز (فانه اذا قلنا بصحة المضاربة من العامل اذا كان باذن المالك يكون معناه صحة المضاربة على مال الغير باذنه وللمضارب حينئذ جعل كل

بل لو جعل الحصّة للعامل في المضاربة الثانية اقلّ ممّا اشترط له في الأولى كان يكون في الأولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحقّ تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له بدعوى أنّ هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربة ثمّ جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصّة من الربح له، وفيه أنّه وكالة لا مضاربة والثاني أيضاً لا مانع منه وتكون الحصّة المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما، وأمّا الثالث فلا يصحّ من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني ومعه يرجع إلى التشريك.

المسألة ٣٢: إذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الاذن السابق في الصور المتقدّمة، فيلحق كلاً حكمه، وإن لم يجز بطلت المضاربة الثانية وحينئذٍ فإن

شيء مالم يدل دليل على خلافه وهو حينئذ يجعل ما بيده بيد الغير ويأخذ شيئاً بازاء ذلك والاخذ حينئذ من العامل الثاني لا المالك حتى يقال لم يعمل شيئاً حتى يأخذ شيئاً فان قرار الربح قبال العمل كان مع المالك وهذا قرار آخر مع العامل الثاني، وأما ادلة عدم جواز اجارة الدار و... من المستأجر لغيره باكثر مما استأجر ما لم يعمل فيه شيئاً فهي لا تجري في المضاربة لعدم امكان الغاء الخصوصية، ومما ذكرنا يظهر النظر فيما قاله المتن من ان ايقاع العقد وكالة لا مضاربة اذ هو لا يأخذ الربح بعنوان الربح للمضاربة بل من العامل الثاني قبال التفويض المذكور، وكذا فيما ذكره الگلپايگاني (قدس سره) من ان عقد المضاربة لنفسه ليس من عمل المضارب في المال. هذا مع ان تلك الادلة فيما آجر لنفسه وهذا للمالك، هذا ويمكن قرار ذلك مع المالك ايضاً بان يأخذ شيئاً بازاء تجسّس فرد لائق لمضاربته).

وايضاً لا مانع منه: ويكون في الحقيقة فسخاً للاولى وايقاعاً لمضاربة جديدة.

اما الثالث فلا يصح: أي لا يصح مضاربة وأما لو اريد الاجارة أو الشركة فلا اشكال، وكذا بعنوان عقد مستقل آخر باذن المالك الوجه واضح لقصور ادلة المضاربة عن المضاربة على مال الغير بعنوان نفسه بصرف كونها تحت يده ولا منع من العقد الآخر كالشركة أو الاجارة أو مستقلاً.

المسألة ٣٢: كما في الاذن السابق: لكن لابد ان يكون الاجازة بحيث تشمل المعاملات الصادرة قبلها من العامل.

بطلت المضاربة الثانية: كما تنفسخ الاولى ايضاً في الصورة الاولى من الصور

كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرّر للمالك في المضاربة الأولى فله، وأمّا ما قرّر للعامل فهل هو ايضاً له، أو للعامل الاوّل، او مشترك بين العاملين؟ وجوه واقوال، اقواها الاوّل، لانّ المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحقّ العامل الثاني شيئاً، وانّ العامل الاوّل لم يعمل حتّى يستحقّ، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله، ويستحقّ العامل الثاني أجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الاوّل، لانّه مغرور من قبله، وقيل: يستحقّ على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الاذن منه له في العمل، هذا إذا ضاربه على ان يكون عاملاً للمالك، وامّا إذا ضاربه على ان يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الاوّل فيمكن ان يقال: إنّ الربح للعامل الاوّل، بل هو مختار المحقّق في الشرايع، وذلك بدعوى انّ المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض انّ العامل قصد العمل للعامل الاوّل فيكون كانّه هو العامل فيستحقّ الربح، وعليه أجرة عمل العامل إذا كان جاهلاً بالبطلان، وبطلان المعاملة لا يضرّ بالاذن الحاصل منه للعمل له، لكن هذا إنّما يتمّ إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وامّا مع اعتبارها فلا يتمّ ويتعيّن كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربة الثانية.

المسألة ٣٣: إذا شرط احدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً او عملاً كان اشترط المالك على العامل ان يخيط له ثوباً او يعطيه درهماً او نحو ذلك او بالعكس فالظاهر صحّته، وكذا إذا اشترط احدهما على الآخر بيعاً او قرضاً او قراضاً او بضاعة او نحو ذلك، ودعوى انّ القدر المتيقّن ما إذا لم يكن من المالك إلاّ رأس المال، ومن العامل إلاّ التجارة مدفوعة بانّ ذلك من حيث متعلّق العقد، فلا ينافي اشتراط مال او عمل خارجيّ في ضمنه، ويكفي في صحّته عموم أدلّة الشروط، وعن الشيخ الطوسيّ فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، وبطلانهما في

المتقدمة على مبنى المصنف في المسألة السابقة.

مع جهله بالبطلان: مرّ ان العلم بالبطلان لا يوجب المجانية ما لم يظهرها العامل الثاني لكن ذلك فيما لم يظهر العامل الاول ان ذلك من باب الوكالة عن المالك فقط فلا يستحق العامل الثاني حينئذ شيئاً اذا علم كذبه.

فلا يتم: اذا كان اعتبار المباشرة بنحو القيدية كما هو الظاهر في طرف المعاملة فانه ركن مالم يصرّح بالخلاف. دون الاشتراط وإلاّ فله الخيار ويجري فيه ما في المسألة الآتية.

المسألة ٣٣: **حتى تصير مجهولة**: مع ان الجهالة اللازمة من التوزيع غير مانعة

قوله الآخر، قال: لانّ العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض، لانّ قسط العامل يكون مجهولاً، ثمّ قال: وإن قلنا: إنّ القراض صحيح والشرط جايز لكنّه لا يلزم الوفاء به، لانّ البضاعة لا يلزم القيام بها كان قوياً، وحاصل كلامه في وجه بطلانهما انّ الشرط المفروض منافٍ لمقتضى العقد فيكون باطلاً، وببطلانه يبطل العقد، لإستلزام جهالة حصّة العامل من حيث إنّ للشرط قسطاً من الربح، وببطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار، وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فإنّ مقتضاه ليس ازيد من ان يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجيّ ليس عملاً في مال القراض، هذا مع انّ ما ذكره من لزوم جهالة حصّة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد، وإنّما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصّة حتّى تصير مجهولة وامّا ما ذكره في قوله: وإن قلنا الخ فلعلّ غرضه انّه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكانّه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصّة، وفيه انّه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث إنّه على التقديرين زيد بعض العوض لاجله، هذا وقد يقرّر في وجه بطلان الشرط المذكور انّ هذا الشرط لا اثر له اصلاً، لانّه ليس بلازم الوفاء، حيث إنّه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلّفه اثر التسلّط على الفسخ، حيث إنّه يجوز فسخه، ولو مع عدم التخلّف، وفيه اولاً ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجايزة ما دامت باقية ولم تفسخ، وإن كان له ان يفسخ حتّى يسقط وجوب العمل به، وثانياً لا نسلّم انّ تخلّفه لا يؤثّر في التسلّط على الفسخ إذ الفسخ الّذي ياتي من قبل كون العقد جايزاً إنّما يكون بالنسبة إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي من تخلّف الشرط فإنّه يوجب فسخ المعاملة من الاصل،

كموارد الضمّ عند تبعض الصفقة.

لا يتفاوت الحال: لعل مراد الشيخ انه لم يقابل حينئذ بشيء حتى تلزم الجهالة.

فسخ المعاملة من الاصل: الظاهر عدم الفرق بينهما في الانفساخ من حين الفسخ (نظر الماتن الى انّ الشرط التزام في التزام فهو مربوط بأصل العقد، وفيه: انه لو بنى على ذلك فالفسخ في غير ذلك ايضاً فسخ العقد وهو من الاصل فانه فسخ العقد بتمامه وايضاً الفسخ في خيار العيب والغبن ايضاً من جهة تخلف الشرط مع كونه من حين، فالظاهر ان الفسخ في كلا الموردين فسخ من حين للسيرة المتشرعية والعقلائية في النماءات وللحكم في الشاة المصراة بالنسبة الى اللبن الحاصل بعد العقد.

فإذا فرضنا أنّ الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأوّل اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحقّ ذلك الربح بمقدار حصّته، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك، ويستحقّ العامل أُجرة المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح، وقد تكون أقلّ فيتفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لاجل تخلّف الشرط.

المسألة ٣٤: يملك العامل حصّته من الربح بمجرّد ظهوره من غير توقّف على الانضاض أو القسمة، لانقلاً ولا كاشفاً على المشهور، بل الظاهر الاجماع عليه، لأنّه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما ولأنّه مملوك، وليس للمالك، فيكون للعامل، وللصحيح: «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يقوّم فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل» إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته لم ينعتق ابوه، نعم عن الفخر عن والده انّ في المسألة اربعة اقوال، ولكن لم يذكر القائل ولعلّها من العامّة: احدها ما ذكرنا الثاني: انّه يملك بالانضاض، لانّه قبله ليس موجوداً خارجيّاً، بل هو مقدّر موهوم. الثالث: انّه يملك بالقسمة لانّه لو ملك قبله لاختصّ بربحه، ولم يكن وقاية لراس المال. الرابع: انّ القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لانّها توجب استقراره، والاقوى ما ذكرنا لما ذكرنا، ودعوى انّه ليس موجوداً كما ترى، وكون القيمة امراً وهميّاً ممنوع، مع انّا نقول: إنّه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة، ولذا يصحّ له مطالبة القسمة، مع انّ المملوك لا يلزم ان يكون موجوداً

ومرّ ان مورد الخراج بالضمان ايضاً ذلك ولا وجه لاختصاص ذلك بالعقد اللازم لعدم الفرق في معنى الفسخ من حصة حكم الجواز واللزوم في العقد. وفاقاً للخونساري وصاحب الجواهر).

المسألة ٣٤: شريكاً في العين: الظاهر ان الربح بعد الانضاض، ولو شك فالاصل يقتضي ذلك، نعم فيما حان وقت الانضاض بحسب المتاع وبحسب مطالبة طرف القرار يكون بحكم الانضاض والنص ١/٨ المضاربة من هذا القبيل لاهمية الحريّة، وحيث ان المضاربة جائزة فلكل من الطرفين الفسخ حيث اراد ومطالبة نصيبه، وهذا بحكم الانضاض ثم ملكية الربح اذا حصل تكون مراعى ومشروطاً بعدم الضرر في المعاملات الآتية مالم يفسخ العقد فالضرر الآتي كاشف عن عدم الملكية. (الربح مفهوماً امر حقيقي مترتب على امر حقيقي اضافي وهو محاسبة بين الماليتين وان كانت المالية امراً اعتبارياً وهل الربح المترتب على المحاسبة الرياضية نفس التفاوت بين الماليتين او تحقيقه الخارجي. الظاهر هو الثاني عرفاً وفاقاً للجواهر وبعض

خارجيّاً، فإنّ الدَّين مملوك، مع أنّه ليس في الخارج، ومن الغريب إصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيّته بدعوى أنّه حقيقة ما زاد على عين الاصل، وقيمة الشيء أمرٌ وهميّ لا وجود له لا ذمّة ولا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح، نعم لا باس أن يقال: إنّه بالظهور ملك ان يملك، بمعنى أنّ له الانضاض فيملك، واغرب منه أنّه قال: بل لعلّ الوجه في خبر عتق الاب ذلك أيضاً، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبنيّ على السراية، إذ لا يخفى ما فيه، مع أنّ لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتّى مقدار الربح مع أنّه ادّعى الاتّفاق على عدم كون مقدار حصّة العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التامّل في أنّ الاقوى ما هو المشهور، نعم إن حصل خسران او تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكيّة العامل، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيّته من الاوّل، وعلى ما ذكرنا يترتّب عليه جميع آثار الملكيّة من جواز المطالبة بالقسمة وإن كانت موقوفة على رضى المالك ومن صحّة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما، ومن الارث وتعلّق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحجّ وتعلّق حقّ الغرماء به، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك.

المسألة ٣٥: الربح وقاية لرأس المال فملكيّة العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى ان تستقرّ ملكيّته، والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كلّ على صاحبه، ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط

المحشين وهو ظاهر التعبير العرفي: ربحت مأة تومان مثلاً، وظاهر مثل: فربحت فيها له مأة دينار ١/ ١١ مقدمات التجارة، وقوله ﷺ في ١/ ٢٦ التجارة: «... بربح الدينار ديناراً اي الربح نفس الدينار كما في الاخيرة مشيراً الى كيس دنانير الربح: ان هذا الربح كثير اي نفس الدنانير، وان كان كثيراً ما يطلق على نفس التفاوت، ولعل ١/ ٩ آداب التجارة: «يحرم عليه الربح» من هذا القبيل فتأمل. وما استدل به في العروة ونقلها الجواهر عليل، ثم لو قيل بالملكية ثم الخروج بالضرر كما قال العروة يلزمه القول بملكيّة الضرر مع انه ليس من الاسباب المملكة).

جميع آثار الملكية: بناء على ما ذكرنا لا يترتب إلّا بعد تحقق ربح التجارة العامة الشاملة لمجموع المدة. ثم ان الارث لا يتوقف على الملكية لتعلقه بالحق ايضاً ولذلك يكون الارث مترتباً على جميع الاقوال. كما ان تعلق الخمس بالملك غير المستقر غير مقبول عند الماتن في محله فهو ايضاً بعد المدة وكذا استطاعة الحج.

المسألة ٣٥: قسمة الربح فقط: قد يكون تقسيم الربح قسمة لجميع المال كما

مع عدم الفسخ، بل ولا قسمة الكلّ كذلك، ولا بالفسخ مع عدم القسمة، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمّم راس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الانضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة فهل تستقرّ الملكيّة ام لا؟

يقبله الماتن في آخر مسالة ٣٦ لكن الموارد مختلفة بحسب التعبير والقرار، كما ان تقسيم الكل فسخ فعلي على الظاهر (قد يراد بقسمة الربح تقسيمه الى الآن ليصرفه كل في محاويجه مع البناء على ادامة العمل وقد يكون قسمة للمال وهو بمعنى فك القرار، وعن جامع المقاصد: انه لا معنى للقسمة إلّا قسمة الربح لعدم شركة في راس المال. كما ان العمدة في دليل وقاية الربح لراس المال الاجماع والارتكاز العرفي في احتساب مجموع المدة بمنزلة امر واحد ولا دليل لشمولهما لما بعد القسمة. وقال النجفي والگلپايگاني (قدس سرهما) قسمة الربح مع التراضي منهما بمنزلة قسمة الكل، وفيه ما مر من انه قد يكون لصرف هذا المقدار من الربح في المحاويج فقط، ثم ان المراد من قسمة الكل ايضاح عدم دخالة العامل في المال وهي لازمة لقسمة الربح احياناً لا كلاً لما ذكرنا من اختلاف الموارد، نعم قسمة الكل بمنزلة التصريح بانفكاك القرار. ففي قسمة الكل تحرير المال راساً عن يد العامل بخلاف تقسيم بعض الربح فانه كثيراً ما يكون بمعنى تقسيم ما حصل الى الآن بلا نظر الى ما بعده بل مع النظر الى بقاء العقد لما بعد).

بالفسخ مع عدم القسمة: الظاهر حصول الاستقرار بالفسخ إلّا يكون تعارف بمنزلة البناء الشرطي على عدم الاستقرار ما لم يقسم وكذلك انتهاء امد المضاربة فيما لها امد. (واستدل للاستقرار بالاستصحاب وعموم اليد أي استصحاب عدم الجبران بالربح اذا تضرر بعد ذلك أو استصحاب استقرار الربح الحاصل، ووجوب ردّ المال الى صاحبه بدليل اليد. ورده الحكيم (قدس سره) بأن الاستصحاب تعليقي واليد في غير الامانيات، وفيه: أن مفهوم الاستقرار وعدمه تنجيزي، ولو قيل: لم يرد ذلك في دليل بل الثابت أمر تعليقي هو الجبران بالربح اذا تضرر، فتقول: اذا كان التعليق في لسان الشرع فلا باس، وأما اليد فالمخصص له بغير الامانة مربوط بالشك في الاتلاف والتلف لا المقام مما يكون الشك في اصل الحكم الشرعي والضمان وعدمه، لكن مع ذلك كله فالظاهر الاستقرار فان الفسخ بمنزلة فك القرار وتمام العمل وإلّا فيما كان بناء

إن قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار، والحاصل انّ اللازم أوّلاً دفع مقدار رأس المال للمالك ثمّ يقسّم ما زاد عنه بينهما على حسب حصّتهما فكلّ خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، وتماميّتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة.

المسألة ٣٦: إذا ظهر الربح ونضّ تمامه او بعض منه فطلب احدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها، وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها لإحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة إلى جبره به، قيل: وإن لم يرض العامل فكذلك ايضاً، لانّه لو حصل الخسران وجب عليه ردّ ما اخذه، ولعلّه لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه، وفيه أنّ هذا لا يعدّ ضرراً فالاقوى انّه يجبر إذا طلب المالك، وكيف كان إذا اقتسماه ثمّ حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو وإلاّ ردّ العامل

عرفي، وقال الخوئي (قدس سره): لا يستقر بذلك للزوم انهاء رأس المال الى صاحبه، وفيه: أن ذلك بعد الفسخ من باب الوظيفة تكليفاً فقط لا الدخالة في المعاملات المضاربية).

قلنا بعدم وجوبه: كما هو الاقوى إلاّ فيما كان بناء عرفي بمنزلة الشرط (لعدم دليل على الانضاض بعد التقسيم برضى المالك والعامل لفك القرار وتمامية الوظائف إلاّ ان يكون بناء عرفي. وقال البروجردي (قدس سره) لا قائل بوجوب الانضاض حينئذ ولعله كذلك، وتحصل ان الاستقرار يحصل بالفسخ قولاً وفعلاً وبتقسيم الكل لكونه فسخاً وأما صرف الانضاض فلا يحصل به الاستقرار).

دفع مقدار رأس المال: بل يكفي دفع حصة ربح العامل اليه وتسليم الباقي الى المالك (لعدم دليل على ما في المتن. ثم الفرق بين المسالة والمسالة ٣٤ واضح، فان تلك في اصل الملكية وهذه في استقرارها فلا وجه لحاشية البهبهاني (قدس سره) فراجع).

المسألة ٣٦: لاحتمال الخسران: الظاهر عدم جواز الجبر كما في المتن بعد فرض عدم الفسخ لبقاء المضاربة وهي معاملة واحدة لما تتم وقد فرض ان الربح وقاية بل الحكم كذلك في العامل ايضاً لذلك لعدم تمامية المعاملة (فلا نستدل في المالك بالضرر لاحتمال الخسران كما في المتن تبعاً لمن تقدم حتى يرد بعدم الاطراد وانه لا يمنع القسمة بل التسليم، ويمكن اخذ الكفيل ولعدم دليل على نفي الضرر المحتمل المالي بخلاف النفسي كما اورد الحكيم (قدس سره)، وكذلك العامل، ولا وجه لاستدلال العلامة بلزوم الضرر عليه للزوم التدارك لو تسلم وتصرف، وفيه مالا يخفى لعدم كونه ضرراً اذا تصرف واتلف).

أقلّ الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح، لانّ الاقلّ إن كان هو الخسران فليس عليه إلّا جبره والزائد له، وإن كان هو الربح فليس عليه إلّا مقدار ما اخذ، ويظهر من الشهيد أنّ قسمة الربح موجبة لإستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث إنّه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس اخذاً له فقطّ، حيث قال على ما نقل عنه: إنّ المردود أقلّ الامرين ممّا اخذه العامل من رأس المال لامن الربح فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون الّتي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها إلى راس المال نسبة السدس، فالماخوذ سدس الجميع فيكون خمسة اسداسها من رأس المال، وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي ردّ اقلّ الامرين من ما خسر ومن ثمانية وثلث، وفيه مضافاً إلى انّه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح، وانّ عليه غرامة ما اخذه منه انظار أخر، منها انّ الماخوذ إذا كان من راس المال فوجوب ردّه لا يتوقّف على حصول الخسران بعد ذلك، ومنها انّه ليس ماذوناً في اخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة، ومنها انّ المفروض انّهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انّه ربح، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال، ودعوى انّه لا يتعيّن لكونه من الربح بمجرّد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال مدفوعة بانّ المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصّة من الربح للمالك، ومقدار حصته الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيّن بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

اقل الامرين من مقدار الخسران: اي بمقدار نصيب العامل لا كل الخسران (وعبارة الجواهر اصح: بمقدار نصيبه، وقال ابن قدامة في ج ٥ ص١٧٨: «أو نصف خسران المال» اي اذا كان البناء على النصف).

لكن قسمة مقداره: لعل مراد الشهيد (قدس سره) من قسمة مقدار الربح اخذ مقدار من مجموع ما بيد العامل برضى المالك وإلّا فتقسيم مقدار الربح برضى الطرفين بمعناه المعروف ليس إلّا افرازه من رأس المال. ولعل مراده (قدس سره) من قسمة الربح ما كان الربح ممتازاً عن رأس المال عيناً ومن قسمة مقداره ما كان مشاعاً، وكيف كان فلا وجه لكلامه (قدس سره) بحسب معناه الظاهر. (ويرد عليه اشكالات سبعة ذكر بعضها في الجواهر ولا نعلم اىّ كتب الشهيد فيه ذلك. وكيف كان فلا يصحّحه توجيها

المسألة ٣٧ : إذا باع العامل حصّته من الربح بعد ظهوره صحّ مع تحقّق الشرايط من معلوميّة المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الامرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران.

المسألة ٣٨ : لا إشكال في أنّ الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقا ما دامت المضاربة باقية ولم يتمّ عملها، نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه، وأنّ مقدار الربح من المقسوم تستقرّ ملكيّته وامّا التلف فإمّا أن يكون بعد الدوران في التجارة، أو بعد الشروع فيها أو قبله، ثمّ إمّا ان يكون التالف البعض أو الكلّ، وايضاً إمّا أن يكون بآفة من الله سماويّة أو ارضيّة، أو باتلاف المالك أو العامل أو الاجنبيّ على وجه الضمان فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح، ولو كان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض أو الكلّ، كان التلف بآفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الاجنبيّ، ودعوى أنّ مع الضمان كأنّه لم يتلف لأنّه في ذمّة الضامن كما ترى،

صاحب الجواهر بأن المراد فسخ المضاربة في المقدار المستخرج أو ان المراد اخذ شيء على الحساب من مجموع المال فانه من البعيد، لعدم وجه لنقل راس المال اليه.

المسألة ٣٧ : لا يبطل البيع : الظاهر توقفه على اجازة المالك ويقع البيع له لانكشاف عدم ملكية العامل (فلا يبطل خلافاً للبروجردي والبهبهاني(قدس سرهما) ولا يكون بمنزلة التلف خلافاً للمتن والخوئي(قدس سره) لانكشاف عدم الملكية وليس كالملكية في العقد الجائز حتى يحكم باللزوم بالتصرف ويكون كالتلف، هذا مقتضى كون الربح وقاية لراس المال وان الربح يلاحظ في مجموع التجارة السنوية مثلاً أو جميع المدة. قال الخوئي (قدس سره): يصح البيع لكونه ملكاً له، وقال الاستاذ(قدس سره): يصح ويملكه المشتري ملكية متزلزلة كالعامل. وفيه عدم وجه لما ذكره (قدس سره) فانه ان كفت الملكية فهذا تام واستقر بعد الزلزال وان منعها تعلق حق الغير فالبيع فضولي، وقال بعض أهل العصر اذا اعلم المشتري بواقع هذا الامر من كون الملكية متزلزلة فلا يجب عليه الجبران وإلاّ فله الخيار، وفيه ان البحث في صحة البيع).

المسألة ٣٨ : كما ترى : (فانه من قبيل جبر الخسارة وايضاً لا يجري ذلك فيما لم يعوّضه الغاصب أو السارق ثم الدليل كون الربح وقاية على حسب اقتضاء المضاربة ذلك بلا فرق بين الاتلاف والتلف، والارضي والسماوي، وعليه الاجماع واحتمال الخلاف من بعض الشافعية من العامّة فقط بل في المغني : ١٧٨ في التلف ايضاً

نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال، بل الاقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة، وإن كان التالف الكلّ كما إذا اشترى في الذمّة وتلف المال قبل دفعه إلى البايع فاداه المالك او باع العامل المبيع وربح فادّى كما انّ الاقوى في تلف البعض الجبر، وإن كان قبل الشروع ايضاً، كما إذا سرق في اثناء السفر قبل ان يشرع في التجارة، أو في البلد ايضاً قبل ان يسافر، وامّا تلف الكلّ قبل الشروع في التجارة فالظاهر انّه موجب لانفساخ العقد إذ لا يبقى معه مال التجارة حتّى يجبر او لا يجبر، نعم إذا اتلفه اجنبيّ وادّى عوضه تكون المضاربة باقية، وكذا إذا اتلفه العامل.

المسالة ٣٩: العامل امين فلا يضمن إلّا بالخيانة، كما لو اكل بعض مال المضاربة او اشترى شيئاً لنفسه فادّى الثمن من ذلك او وطئ الجارية المشتراة او نحو ذلك، او التفريط بترك الحفظ، او التعدّي بان خالف ما امره به او نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيه عنه او عدم إذنه في السفر، او اشترى ما نهى عن شرائه، او ترك شراء ما امره به فانّه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماويّة وإن بقيت المضاربة كما مرّ، والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك ايضاً، وإذا رجع عن تعديه او خيانته فهل يبقى الضمان اولا؟ وجهان، مقتضى الاستصحاب بقاؤه كما ذكروا في باب الوديعة انّه لو اخرجها

الاحتساب من الشافعي ايضاً، نعم في الشراء بالذمة لابد ان يقيد بصورة اذن المالك وارادة دفع الثمن بعنوان المضاربة وقصد الاسترباح).

نعم لو أخذ العوض: كونه في معرض الوصول كاف.

في الذمة: فيما يكون صحيحاً وقد مرّ.

وان كان التالف الكل: اي المساوي لراس المال واما تلف الجميع فلا يبقى معه مجال للمضاربة وكذا في الفرع السابق وهذا هو الفارق بين قبل الشروع في التجارة وبعده.

فاداه المالك: بقصد الاسترباح.

المسالة ٣٩: بآفة سماوية: (لعموم على اليد، ولا وجه لقول بعضهم بالاشكال في موارد الآفة العامة كالسيل والزلزلة فان الضمان هنا باليد لا بالاتلاف حتى يفرق الامر بذلك، ثم الضمان راى العامة ايضاً إلّا الحسن والزمري راجع ص١٦٥ ج٥ المغني).

وجهان: والاول اوجه (لعدم معلومية سبب الضمان هل التعدي سبب حدوثي او وبقائي ايضاً فيستصحب، ومنه يظهر النظر في كلام بعضهم: «لا وجه للضمان بعد الرجوع عن التعدي»، اذ ملاك عدم الضمان كون الشخص اميناً لا عدم التعدي فعلاً. واستشكل الخونساري (قدس سره) في الضمان لاستشكاله في استصحاب الشبهات

الودعيّ عن الحرز بقي الضمان وإن ردّها بعد ذلك إليه، ولكن لا يخلو عن إشكال لانّ المفروض بقاء الاذن وارتفاع سبب الضمان، ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن الوضيعة إن حصلت بعد ذلك، وهل يضمن بنيّة الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان من عدم كون مجرّد النيّة خيانة، ومن صيرورة يده حال النيّة بمنزلة يد الغاصب، ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً وبين العزم على ان يخون بعد ذلك.

الحكمية كالخوئي (قدس سره) حيث استدل على مذهبه بأن الحكم الجزئي مربوط بالشبهة الموضوعية، واما الحكم الكلي فالشك اما من جهة الجعل باحتمال الفسخ وهو في الشارع دفع لا رفع فلا شك في البقاء، وأما في المجعول بالتغيير واذا شك في قيد انه مقوم أولا فلا يجري الاستصحاب، وعلى فرضه معارض بأصالة عدم الجعل، وفيه: ان احتمال التقوم شرعاً للحكم غير التقوم للموجود عرفاً فيجري الاستصحاب في الماء المتغير الزائل تغيره من نفسه لبقاء الموضوع عرفاً. وأما اصالة عدم الجعل فهي من الاصل في العدم الازلي فقبل الجعل لم يكن جعل اصلاً وبعده لا يعلم كيفيته فتأمل. وأما اشكال بعض الاعلام على اصالة عدم الجعل بعدم كونه حكماً ولا موضوعاً ذا حكم وبالنقض باستصحاب الحكم في الشبهات الموضوعية وبأن الزمان ظرف لا قيد فلا يكون الحكم متقطعاً بحسب الازمان، وبأنه من اجتماع اللحاظين اذ استصحاب الحكم مبني على بقاء الموضوع وعدم الجعل على تعدده فلا معنى للتعارض، ففيه: ان اللازم كون المستصحب مرتبطاً بالشارع لا خصوص الحكم، وفي الموضوعية الاصل السببي جار، والزمان ظرف وأما الحالات فيمكن كونها متنوعة، وبقاء الموضوع من جهة العرف وعدم الجعل بحسب احتمال دخالة الحالات مع كون الموضوع واحداً).

وجهان: والاول أوجه ايضاً اذا كان عازماً ولم يفعل لعروض مانع (وفاقاً للخوئي (قدس سره) وخلافاً لباقي المحشين لتعلق عدم الضمان في الدليل بكون الشخص اميناً وبذلك يرتفع الامانة من الشخص ولو لم تحصل خيانة في الفعل، نعم اذا كان مجرد قصد بلا عزم لا يضر بكونه اميناً).

يمكن الفرق: غير فارق.

المسألة ٤٠ : لا يجوز للمالك ان يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة لانّه ماله، نعم إذا ظهر الربح يجوز له ان يشتري حصّة العامل منه مع معلوميّة قدرها، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فإنّه بمنزلة التلف، ويجب على العامل ردّ قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك، وامّا العامل فيجوز ان يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل وبعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصّته من المبيع لانّه ماله، نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بازيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه، حيث إنّ بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهة كونه ربحاً، فيلزم من نقله إلى البايع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه. ويمكن دفعه بانّ كونه ربحاً متاخّر عن صيرورته للبايع فيصير اوّلا للبايع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً، وبعد ان تمّت المعاملة وصار ملكاً للبايع وصدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل، على حسب قرار المضاربة، فملكيّة البايع متقدّمة طبعاً، وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من اجنبيّ بازيد من قيمته، فإنّ المبيع ينتقل من

المسألة ٤٠ : **ولا يبطل بيعه** : البطلان اقوى بناء على انكشاف عدم الملكية لكن الظاهر ان المضاربة اليوم كالشركات ذات السهام ودافع المال الى هذه الشركات يخرج المال عن ملكه ويشتري سهماً من الشركة ولا قدح في مالكية العنوان أو الجهة فيجوز للمالك اشتراء اموال المضاربة ولو قبل ظهور الربح. (بعد البناء على انكشاف عدم الملكية، فالعوض والمعوض من مالك واحد حينئذ، ثم على فرض الصحة يلزم ما في المتن من اداء القيمة بل الحكم ما قاله البروجردي (قدس سره) وتبعه النجفي (قدس سره) من اداء ثمن المسمى فقط نظراً الى اقدام المالك على ذلك، واما كون الاقدام معاملياً وهذا الضمان ليس معاملياً بل بحكم اليد، اي رضاه كان بالبيع لا بالتقدير في الوقاية، ففيه: انه اشترى نصيب العامل بهذا القدر ولا معنى لضمان الاكثر).

يمكن الاشكال: (فيما كان المتصدي للبيع والشراء العامل واما لو تصدى المالك لهذه المعاملة فقد لا تحسب من عمل المضاربة حتى يكون حصة من الربح للعامل قاله الگلپايگاني، وفيه: ان عمل العامل هو التجارة بيعاً أو شراءً، وكيف كان فهذه واحدة منهما ولو اريد ان المتصدي كلاً هو المالك مع تجويز كون المال ايضاً تحت يده لا العامل فلا يبقى للعامل سوى المقدمات واطلاق ادلة المضاربة لا يشمله فتدبره).

متاخر: مع انّ جهة الشركة هي المالك كما هو المعلوم اليوم لا شخص المالك على ما مرّ، وما لم ينضّ لا يدخل في ملك العامل.

المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولا بأس به فانّه من الاوّل يصير ملكاً للمالك، ثمّ يصير بمقدار حصّة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة، لكن هذا على ما هو المشهور من انّ مقتضى المعاوضة دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض، وانّه لا يعقل غيره، وامّا على ما هو الاقوى من عدم المانع من كون المعوّض لشخص، والعوض داخل في ملك غيره، وانّه لا ينافي حقيقة المعاوضة فيمكن ان يقال: من الاوّل يدخل الربح في ملك العامل بمقتضي قرار المضاربة فلا يكون هذه الصورة مثالاً للمقام ونظيراً له.

المسألة ٤١ : يجوز للعامل الاخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة، ولا يجوز العكس، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل والاجنبيّ فاشترى العامل حصّة الاجنبيّ بمال المضاربة يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح ان ياخذها بالشفعة، لانّ الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصّة بالشفعة منه، وامّا إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والاجنبيّ فاشترى العامل حصّة الاجنبيّ ليس للمالك الاخذ بالشفعة، لانّ الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

المسألة ٤٢ : لا اشكال في عدم جواز وطي العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح او بعده، لانّها مال الغير او مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك فان فعل كان زانياً يحدّ مع عدم الشبهة كاملاً إن كان قبل حصول الربح وبقدر نصيب المالك إن كان بعده، كما لا إشكال في جواز وطيها إذا أذن له المالك بعد الشراء، وكان قبل حصول الربح، بل يجوز

على ما هو المشهور: وهو المنصور (يصحّ انّ المفاعلة لا تدل على الاشتراك من الجانبين فمثل بارك اللّه فيك أو سافر زيد أو عافاك اللّه كثير لكن لكل من البائع والمشتري ان يقول: عاوضت، فكل من الثمن والمثمن عوض ومعنى عاوضت اعطيت العوض فالكل عوض للآخر اي مكانه فلا يصح قول الماتن ولا الحكيم(قدس سرّه) القائل بلزوم كون العوض مكان المعوض دون العكس ولا فرق بين ان يكون البيع تبادلاً او مبادلة).

المسألة ٤١ : الاخذ بالشفعة: (لورود المالك حينئذ في مشاع العامل فللعامل اشترائه شفعة واستشكل بعض اهل العصر حينئذ في المعاملة الاولى بعدم النفع حينئذ، وفيه: امكان الغفلة عند المعاملة الاولى وايضاً لا يلزم النفع في كل معاملات المضاربة وقد يكون فيه نفع ايضاً كما اذا نقّص البايع للمشتري شيئاً من الثمن بعد القرار فليس للشفيع ذلك التنقيص).

المسألة ٤٢ : اذا اذن له: أي حلّلها له بشرائط التحليل (فان ظاهر الادلة عنوان

بعده على الاقوى من جواز تحليل احد الشريكين صاحبه وطي الجارية المشتركة بينهما، وهل يجوز له وطيها بالاذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربة او بعده قبل الشراء ام لا؟ المشهور على عدم الجواز لانّ التحليل إمّا تمليك او عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، والاقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز لمنع كونه أحد الامرين، بل هو إباحة، ولا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاماً ثمّ كل منه، هذا مضافاً إلى خبر الكاهليّ عن ابي الحسن عليه السلام قلت:

التحليل وهو ليس مطلق الاذن وإلاّ لصحّ عنوان العارية ايضاً لاشتمالها الاذن مع عدم جواز العارية كما في ١/ ٣٥ نكاح العبيد: «عن عارية الفرج، قال: حرام، ثم مكث قليلاً، ثم قال: لكن لا بأس بأن يحلّ الرجل الجارية لاخيه».

من الحدّ: ويجب استرضاء المالك ايضا (كما في١ و٣/ ٣٨ نكاح العبيد).

على الاقوى: (فلا منع من اباحة الجارية بالتحليل والملك معاً لعدم ظهور الدليل في لزوم انحصار المجوز بواحد من المجوزين، وما دل على عدم تبعض سبب حلّ الفرج مربوط بغير التحليل والملك اذ التحليل نوع من الملك، ولسان المانع عن التبعض في مورد اشتراء الزوج من احد الشريكين: «بيعها طلاقها» دال على بطلان المحلّل وجوداً، بخلاف المقام. مع ان صحيح محمد بن قيس ١/ ٤١ نكاح العبيد والاماء صريح في الجواز والسند صحيح فلا وجه لتضعيف المسالك واشكال بعض اعاظم المحشين (قدس سرهم) نعم الصحيح ورد في مورد التدبير لكن نعلم عدم الخصوصية، فراجع).

بل هو اباحة: محل اشكال فلعله نوع من التمليك، وبذلك يدخل في حصر الآية الكريمة فلا يقاس بالمثال لكن لاباس بانشاء التحليل للمستقبل لسهولة هذا الانشاء الملحق مطلق الاباحة.

خبر الكاهلي: ولا باس بالسند والدلالة (١/ ١١ المضاربة لصحة طريق الشيخ الى حسن بن محمد في المشيخة ولظهور محمد بن زياد في ابن أبي عمير. واما اشكال ابهام المراد من: تكون معك، واحتمال ارادة الوديعة، ففيه مالا يخفى، فانه كناية عن جواز المباشرة، واما اشكال قصور الدلالة لان قوله: لصاحب المال، معناه انها ليست من مال المضاربة لمعلومية ان المال مال المالك، ففيه عدم دخالة هذا في الحكم أي التحليل قبل الملكية. واما اشكال الاعراض فغير ثابت).

«رجل سألني أن أسالك أنّ رجلاً اعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية إنّما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه، وإن كان ربح فله، فللمضارب ان يطاها؟ قال عليه السلام: نعم، ولا يضرّ ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك، لانّ الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تاثير الاذن السابق وعدمه، وامّا وطي المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح، بل مع الشكّ فيه لاصالة عدمه، وامّا بعده فيتوقّف على إذن العامل فيجوز معه على الاقوى من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

المسألة ٤٣: لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحّته، وبطلان نكاحها ولا ضمان عليه، وإن استلزم ذلك الضرر عليها سقوط مهرها ونفقتها، وإلاّ ففي المسألة اقوال: البطلان مطلقاً للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها، والصحّة كذلك، لانّه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها، والصحّة إذا أجازت بعد ذلك، وهذا هو الاقوى، إذ لا فرق بين الاذن السابق والاجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الاوّل، مع انّ قائله غير معلوم، ولعلّه من يقول بعدم صحّة الفضوليّ إلاّ فيما ورد دليل خاصّ، مع انّ الاستلزام المذكور ممنوع لانّها لا تستحقّ النفقة إلاّ تدريجاً، فليست هي مالاً لها قوته عليها وإلاّ لزم غرامتها على من قتل الزوج، وامّا المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، وإن كان قبله فيمكن أن يدّعى عدم سقوطه ايضاً بمطلق المبطل، وإنّما يسقط بالطلاق فقط، مع انّ المهر كان لسيّدها لا لها وكذا لا وجه للقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور، بل لانّها تريد زوجها لاغراض أخر، والاذن الذي تضمّنه العقد منصرف عن مثل هذا، وممّا ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك فانّه صحيح مع الاذن السابق أو الاجازة اللاحقة، ولا يكفيه الاذن الضمنيّ في العقد للانصراف.

من جواز اذن: مرّ لزوم التحليل بشرائطه فيلزم مراعاته هنا وفي بعض الفروع الآتية.

المسألة ٤٣: **بسقوط مهرها**: فيه منع (لعدم دليل على السقوط قبل الدخول وأما بعده فعدم السقوط مقطوع. فان السقوط في الفسخ كما ان التنصيف في الطلاق.

وانما يسقط بالطلاق: أي نصفه.

كان لسيدها لا لها: لعل المراد على بعد صورة ما اذا كانت الزوجة ايضاً مملوكة وكانت مأذونة في المضاربة بهذا الوجه وإلاّ فلا موقع لهذه العبارة، ثم مع ذلك ايضاً المهر لها وطولاً لسيدها فلا يصح نفي كون المهر لها بالكل (وأما احتمال تلك الصورة فمن الاصطهباناتي (قدس سره) وقال الگلپايگاني (قدس سره): هي خلاف المقطوع من العبارة).

المسألة ٤٤ : إذا اشترى العامل من ينعتق على المالك فإمّا ان يكون باذنه أولا، فعلى الاوّل ولم يكن فيه ربح صحّ وانعتق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة إليه، لانّه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوانها حيث إنّها مبنيّة على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون صحّة الشراء من حيث الاذن من المالك، لا من حيث المضاربة، وحينئذٍ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه وإلاّ بطلت من الاصل، وللعامل أجرة عمله إذا لم يقصد التبرّع وإن كان فيه ربح فلا إشكال في صحّته، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصّته من العبد، أو يستحقّ عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل أجرة المثل لعمله، كما إذا لم يكن ربح اقوال، لا يبعد ترجيح الاخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح، بل لانّه فرع ملكيّة المالك المفروض عدمها، ودعوى انّه لابدّ ان يقال: إنّه يملكه آناً مّا ثمّ ينعتق أو بقدر ملكيّته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة، وايّ منهما كان يكفي في ملكيّة الربح المدفوعة بمعارضتها بالإنعتاق الذي هو ايضاً متفرّع على ملكية المالك فإن لها اثرين في عرض واحد ملكية العامل للربح والانعتاق، ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، وعليه فلم يحصل للعامل ملكيّة نفس العبد، ولم يفوّت المالك عليه ايضاً شيئاً، بل فعل ما يمنع عن مكليّته، مع انّه يمكن ان يقال: إنّ التفويت من الشارع لا منه، لكن

المسألة ٤٤ : ان لم يقصد التبرع: بل ان لم يظهر التبرع وكان بأمر المالك.

فرع ملكية المالك: هذا بناء على كون الربح كلاً للمال، واما لو قلنا بكون الربح بعضه للمال وبعضه للعمل وان المضاربة شركة بين المال والعمل لتحصيل الربح فلا يكون احدهما فرع الآخر. وفي بعض الحواشي: بل لأن هذه المعاملة لم يربح المالك فيها لتكون حصة منه للعامل. وفيه ايضاً ما ذكرنا.

فالاظهر هو القول الثاني (لما مرّ من كون حقيقة المضاربة شركة حقيقية بل هي الشركة على نحو الشخصية الحقوقية ومالكية جهة الشركة فالربح حاصل للشركة وينعتق في سهم المالك ويسري الى تمام العبد، ودليل السراية ما مرّ من ١/ ٨ المضاربة في مسألة٣٤: «... انعتق واستسعى في مال الرجل»).

التفويت من الشارع: فيه مالا يخفى، فان الفعل لا ينتسب الى القانون والمقنن اذا توسط بينه وبين الفعل اختيار من الغير فان القانون كلي، وما لم يتحقق المصداق لا اثر له، وتحقق المصداق باختيار فاعله فلا يمكن ان يعتذر بان القانون الجاني الى كذا أو ان «سيستم كذا» كان يقتضي ذلك كما يقال كثيراً.

الانصاف انّ المسالة مشكلة بناء على لزوم تقدّم ملكيّة المالك وصيرورته للعامل بعده، إذ تقدّم الانعتاق على ملكيّة العامل عند المعارضة في محلّ المنع نعم لو قلنا: إنّ العامل يملك الربح أوّ لا بلا توسّط ملكيّة المالك بالجعل الاوّلي حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة لكون العوض من مال المالك والمعوّض مشتركاً بينه وبين العامل كما هو الاقوى لا يبقى إشكال، فيمكن ان يقال بصحّته مضاربة، وملكيّة العامل حصّته من نفس العبد على القول بعدم السراية، وملكيّته عوضها إن قلنا بها، وعلى الثاني أي إذا كان من غير إذن المالك فإن أجاز فكما في صورة الاذن وإن لم يجز بطل الشراء، ودعوى البطلان ولو مع الاجازة لانّه تصرّف منهيّ عنه كما ترى، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي، بل لامر خارج فلا مانع من صحّتها مع الاجازة، ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بانّه ممّن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلاً، والقول بالصحّة مع الجهل لانّ بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما إذا اشترى المعيب جهلاً بالحال ضعيف، والفرق بين المقامين واضح، ثمّ لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمّة بقصد الاداء منه، وإن لم يذكره لفظاً، نعم لو تنازع

في محل المنع: لا وقع للمنع لظهور تقدم ادلة العتق ويشهد له ان اشتراط ملكية العامل شيئاً ممن ينعتق على المالك بعنوان الربح مخالف لظاهر الادلة (وعلل الخوئي (قدس سره) ردّ المنع بترتب ملكية العامل على ربح المالك، وقد مرّ عدم قطعية ذلك).

ولا يبقى اشكال: وكذا لو قلنا بكون الربح بعضه للعمل مستقيماً وبلا واسطة على ما مرّ.

فكما في صورة الاذن: لكن لا وجه لاستحقاق العامل حينئذ اجرة عمله (لعدم الامر).

واضح: (فان شراء المعيب مأذون في الجملة بالتعارف في المعاملات بخلاف المقام).

أو في الذمة: ذمة المالك أو العامل بما هو عامل أو المنصرف الى المالك، وأما ذمة نفسه الشخصية لا بما هو عامل فلا وجه للبطلان وان كان من قصده الاداء من مال المضاربة (فان القصد لا يقيد المطلق في الانشاء المعاملي إلّا اذا بنى الطرفان عليه ولذلك نعتقد بصحة المعاملة في الذمة مع قصد الاداء من غير المخمس ويصح الغسل مع قصد اداء المغصوب الى الحمامي إلّا ان يقال: طرف المعاملة لا يرضى بمعاملة يريد الطرف تطبيق الاداء على المغصوب وغير المخمّس وهذا صحيح لكنه ليس كلياً في جميع افراد الناس).

هو والبايع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدّم قول البايع ويلزم العامل به ظاهراً وإن وجب عليه التخلّص منه، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً.

المسالة ٤٥ : إذا اشترى العامل اباه أو غيره ممّن ينعتق عليه فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه ايضاً صحّ الشراء، وكان من مال القراض، وإن كان بعد ظهوره او كان فيه ربح فمقتضى القاعدة وإن كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة فإنّها موضوعة كما مرّ للاسترباح بالتقليب في التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، إلاّ انّ المشهور بل ادّعي عليه الاجماع صحّته، وهو الاقوى في صورة الجهل بكونه ممّن ينعتق عليه، فينعتق مقدار حصّته من الربح منه، ويسري في البقيّة، وعليه عوضها للمالك مع يساره، ويستسعى العبد فيه مع إعساره لصحيحة ابن ابي عمير عن محمّد بن قيس عن الصادق عليه السلام «في رجل دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال عليه السلام : يقوّم فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل» وهي مختصّة بصورة الجهل المنزّل عليها إطلاق

قول البائع : فما لم يكن شخصية العامل ممخصة في عنوان العاملية للغير.

التخلص : لا يبعد الغاء الخصوصية من ادلة التقاص (وان كان ظاهرها فيما كان المقتص منه ظالماً في الاصل او في تعجيل الاداء، بل لعل المراد من دليل التقاص هو كون الشخص ظالماً واقعاً وان تخيل نفسه عادلاً، واما ما قاله الخوئي (قدس سره) من امكان جواز قبض المثمن لنفسه من جهة اقتضاء المعاوضة ذلك، ففيه: ان آخذ الثمن يدفع المثمن والعامل نفسه يقرّ بعدم الاستحقاق فالبائع لا يريد الجمع بين الثمن والمثمن بل يدفع المثمن).

ولا قصداً : وارتكازاً.

المسالة ٤٥ : **ولا ربح فيه ايضاً** : كان المراد من المتقابلين عدم حصول ربح قبل الشراء بنفس هذا الشراء وهذا التقابل ليس في كلام غيره (قدس سره).

وان كان بطلانه : بل الاظهر الصحة على القاعدة والربح بينهما وعلى العامل الخسارة بإتلافه مال المضاربة بهذا الشراء وعليه عوضه، نعم اثبات السراية يحتاج الى دليل وهو الصحيح ١/٨ المضاربة.

مختصة بصورة الجهل : لكن القاعدة تسوّى بين العلم والجهل، والحديث لا ظهور له في التقييد وان كان مورد كلام السائل ذلك (وان قلت: سكوت الامام عليه السلام قبال تقييد السائل؟ قلت: لم يقيد السائل بل كان مورد كلامه، ثم ان احتمال دخالة

كلمات العلماء أيضاً، واختصاصها بشراء الاب لا يضرّ بعد كون المناط كونه ممّن ينعتق عليه، كما أنّ اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضرّ أيضاً، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق، وإطلاقها من حيث اليسار والاعسار في الاستسعاء أيضاً منزّل على الثاني، جمعاً بين الادلّة، هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً لكن تجدّد بعد ذلك قبل ان يباع فالظاهر أنّ حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدّد فيه، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق.

الجهل منفي اذ التصرف في متعلق حق الغير لا يفترق العلم والجهل به حكماً أو موضوعاً من جهة الوضع، وهنا الكلام في الوضع أي الانعتاق والضمان، نعم يمكن ان يقال: يحتمل دخالة العلم في الضمان فانه بحكم العتق الاختياري وان لم يفهم من النص الخاص لكنه لا يزيد على الاحتمال).

منزل على الثاني: فيه تامل بل لا يبعد القول بسعي العبد مطلقاً إلّا فيما علم العامل بالحكم والموضوع وكان موسراً (فان الدليل الدال على ضمان المعتق اذا كان موسراً مختص بالعتق الاختياري ولا يشمل صورة الجهل بالحكم أو الموضوع بل لعله مختص بالعتق لا الانعتاق وان كان مقدماته اختيارية فتامل. واما في مورد علم العامل موضوعاً وحكماً أي بالسراية فلعدم شمول النص، وشمول دليل العتق الاختياري فانه بحكمه).

لكن تجدد: المراد نفي الربح قبل الشراء وحينه وانما كان حكمه صحة الشراء والانعتاق لعدم امكان انقلاب الشيء عمّا وقع عليه، وأما السراية فلا دليل سوى الصحيح، بل يمكن ان يقال: صحته ايضاً مراعى على القاعدة لكشف الربح المتجدد عن الملكية للعامل مع عدم حصوله على مبنى المصنف فتامل.

من غيره: (أي من سائر اعيان المضاربة، وفيه اشكال، بل منع لعدم شمول النص وعدم اطلاق قاعدة السراية للمقام مع كونها على خلاف الاصل، نعم لا يبعد في عكس المسالة، وفاقاً للحكيم وبعض من تقدم، فان البعض مربوط بربح شراء العبد، وشمول قاعدة السراية للمقام الذي لم يكن فيه ربح محل اشكال، وان كان قاعدة المضاربة تداخل الارباح والخسارات، ومثله في الاشكال ما اذا ربح في شراء العبد وخسر في باقي المعاملات بحيث لا يربح في كل المضاربة لكن شمول النص لهذه

المسالة ٤٦ : قد عرفت انّ المضاربة من العقود الجايزة وانّه يجوز لكلّ منهما الفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل او في ضمن عقدها أيضاً ثمّ قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك فلابدّ من التكلّم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه، إذا كان بالمال عروض، ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس، ومن حيث وجوب الردّ إلى المالك وعدمه وكون الأجرة عليه أولا، فنقول: إمّا أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وايضاً إمّا ان يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدّماتها، او بعده قبل ظهور الربح، أو بعده في الاثناء او بعد تمام التجارة بعد إنضاض الجميع او البعض، او قبله، قبل القسمة او بعدها، وبيان احكامها في طيّ مسائل: الأولى إذا كان الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدّماته فلا إشكال، ولا شيء له ولا عليه، وإن كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك

الصورة غير بعيد. وأما ما ذكره الخوئي من التفصيل بين الخسارة السابقة والمقارنة وبين المتجددة فالربح في هذه المعاملة ينكسر في الاولين بخلاف الثالث، ففيه: ان المعاملات ان كانت كلها واحدة أو مستقلة فلا فرق).

المسالة ٤٦ : اذا لم يشترط: مرّ عدم امكان لزومها بالشرط (واستدل الگلپايگاني (قدس سره) باشتمالها على الوكالة وهي تابى عن اللزوم، وفيه: ان المضاربة عقد مستقل وان كان تفيد معنى الوكالة مع امكان ان يقال انها نوع شركة. بل الوجه ما ذكرنا من ان الشرط لا يدل على ازيد من التكليف، هذا اذا اريد شرط عدم الفسخ وأما شرط اللزوم بنحو النتيجة فهو خلاف الشرع. واما الدليل على اصل جوازها فهو الاجماع كما مرّ لا كونها كالوكالة كما قال غير واحد منا وابن قدامة من العامة في ص١٧٩ ج٥ ولا كونها عقداً اذنياً كما قال الخوئي (قدس سره) لاشتمالها على شركة المال والعمل لا الاذن الصرف ولا ما قاله البروجردي (قدس سره) من ان المضاربة حقيقتها تأبى اللزوم عند العقلاء ولم يذكر وجه ذلك، ولعل المراد كون المال هو الاصل عند اعتبار العقلاء والعمل مثله مثل الماء للشجر لا البذر والمال باق على ملك المالك كما عليه الاتفاق من العامة والخاصة لكن الظاهر اليوم انها شركة والمالك يعطي المال ويشتري سهم الشركة ولعل الموارد مختلفة).

قبل القسمة او بعدها: التقسيم فسخ عملي كما مرّ فلا معنى لكون الفسخ بعدها.

إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة، إلّا أن يشترط المالك كونها بينهما على الاقوى من صحّة هذا الشرط أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح، وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح، ولا وجه له أصلاً، لانّ بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة. الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الاثناء قبل حصول الربح فلا أجرة له لما مضى من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام لا وجه له أصلاً، وإن كان من المالك أو حصل الانفساخ القهريّ ففيه قولان، أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلّا الربح،

على الاقوى من صحة: (كما مرّ خلافاً للگلپايگاني (قدس سره) وفصّل الخوئي (قدس سره) لكون ادلة كون الوضيعة على صاحب المال ناظرة الى طبع المضاربة ولو شك فلا اطلاق لها لعدم تيقن كونها ناظرة الى هذه الامور الثانوية نظير الحرج والضرر وحكم الولاية وقد مرّ تحقيق البحث).

كما في الجعالة: (ولا وجه لتفريق النجفي (قدس سره) بينهما بأن المضاربة بنائها على امر وجودي لا عدمي وهو استحقاقه الربح على تقدير حصوله وحيث انه لم يكن متبرعاً فله اجرة مثل عمله ...، فان الجعالة ايضاً بنائه على استحقاق الجعل على تقدير حصول العمل، مع ان ما ذكره ايضاً استحقاق الربح على تقدير حصوله لا مطلقاً فالبناء على احتمال الربح لا الربح الحتمي).

فالمالك هو المقدم: فلا ضمان على العامل حينئذ إلّا اذا كان من الاول بقصد الفسخ بعد السفر وكذا اذا فرض اشتراط جواز التصرف في النفقة بتحقق التجارة ولا يبعد ذلك بحسب بناء العرف. (لانصراف الادلة عن مثل المورد، واستشكل الخوئي والنجفي (قدس سرهما) في هذا الاقدام أو في اطلاقه، لكن الظاهر ما في المتن حتى في صورة جهله بالحكم فانه الآخذ بسبب الجواز وجهله ليس عذراً كالجهل بسببية البيع لعدم جواز التصرف بعداً فيما باعه، ولا اقل من عدم السماع في مقام الاثبات مع ان دليل كون النفقة في السفر على رب المال هو النصّ واطلاقه لصورة الفسخ قبل العمل مشكل كما قال البروجردي (قدس سره) فيشكل حتى في صورة العلم بالحكم، لكن الاظهر الاطلاق ولا اقل من عدم البيان مع كثرة الابتلاء، وعدم الاستفصال الذي بمنزلة الاطلاق مقاماً، نعم لا ريب في عدم شمول ما اذا كان من الاول

ولا ينفعه بعد ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار. الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً، او إذا كان لا لعذر منه وجهان، اقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كلّ وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه. الرابعة: لو حصل الفسخ او الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لا يجوز للعامل التصرّف فيه بدون إذن المالك ببيع ونحوه، وإن احتمل تحقّق الربح بهذا البيع، بل وإن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بازيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه. لانّه في قوّة وجود الربح فعلاً، ولكنّه مشكل مع ذلك، لانّ المناط كون الشيء في حدّ نفسه زائد القيمة، والمفروض عدمه، وهل يجب عليه البيع والانضاض إذا طلبه المالك أو لا؟

اي بعد العقد بقصد الفسخ بعد التمتع من السفر، بل يمكن القول باشتراط جواز التصرف في النفقة بعمل التجارة بحسب بناء العرف.

فالحاصل ان الكلام في جواز الفسخ وفي ضمان النفقة فالاول جائز على الاطلاق، لكن العامل ضامن للنفقة اذا لم يقصد من الاول فانه خائن حينئذ، وكذا اذا انصرف بعداً بنفسه فانه ضامن، لتقيّد اذن المالك بتحقق العمل إلّا ان يرد مانع من غير اختيار العامل).

وان احتمل تحقق الربح: الظاهر جواز بيع حصته اذا ظهر الربح ولو بوجود الزبون على خلاف قيمة السوق وجواز طلب القسمة واما طلب بيع المال كله فلا وجه له.

اقويهما عدمه: إلّا اذا كان التعارف يقتضي ذلك فحينئذ يجب بالشرط المبني عليه العقد وفيه الضمان (بخلاف سائر الشروط المذكورة بعنوان الشرط الخارج فانه لا وضع فيها كما مرّ، وهنا بمنزلة الجزء اللحاظي في القرارات نظير البناء على تنقيص وزن معين للظرف في الدهن في بلادنا، وأما الحديث فلا يدل لكون التبديل باذن المالك.

ثم ان حديث اليد في صحيح الترمذي كتاب البيوع باب٣٩، ابن ماجة في صدقات باب٥ ـ احمد حنبل ٥: ٨ و١٢ و١٣. وقال الشيخ في الخلاف ص٢٦ في الغصب: وروى سمرة ان النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» سنن بيهقي ٦: ٩٥ كنز العمال ٥: ٣٢٧. وقال السيد في الانتصار مسألة ضمان الصنّاع: ومما يمكن ان يعارضوا به لانه موجود في رواياتهم وكتبهم ما يروونه عن النبي ﷺ من

قولان اقواهما عدمه، ودعوى أنّ مقتضى قوله ﷺ: «على اليد ما اخذت حتّى تؤدّي» وجوب ردّ المال إلى المالك كما كان كما ترى. الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض فان رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال، وإن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته وإن احتمل ربح فيه خصوصاً إذا كان هو الفاسخ وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، وبين عدمه فيجب، لانّ اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله ﷺ: «على اليد» والاقوى عدم الوجوب مطلقاً وإن كان استقرار ملكيّة العامل للربح موقوفاً على الانضاض، ولعلّه يحصل الخسارة بالبيع، إذ لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها جبرها بالربح حتّى انّه لو اخذه يستردّ منه. السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل اخذها وجبايتها بعد الفسخ او الانفساخ أم لا؟ وجهان اقواهما العدم من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك. السابعة: إذا مات المالك أو العامل

قوله ﷺ: على اليد ما خبت حتى تؤديه. وفي غصب الخلاف مسألة ٢٠: وروى قتادة عن الحسن عن سمرة ... الخ، وكذا اول غصب المبسوط وفي غصب الغنية: ويحتج على المخالف بقوله على اليد ما قبضت ... الخ وكذا في اجارة الغنية بلفظ اخذت، ونقل ابن ادريس في سرائره جزماً لكن في غصبه قال: ويحتج على المخالف).

كما ترى: إلّا ان يقال: اذا تعارف ذلك يكون وصف المالية المحضة النقدية من الاوصاف المأخوذة ويكون مطمح النظر فيجب ردّه فتأمل.

عدم وجوب اجابته: نعم له بيع حصته اذا كان ربح في البين (اذ الشركة لا يقتضي ازيد من ذلك ولا يوجب ذلك ضرراً على العامل.

عدم الوجوب مطلقاً: إلّا اذا كان تعارف (وحينئذ يكون وصف النقدية من الاوصاف المأخوذة ولا يمكن التمسك بالحديث حينئذ، وكذا بآية ردّ الامانات وفاقاً للحكيم وغيره اذ تغيير النقد بالعروض كان باذن المالك نفسه).

أو بعدها: الظاهر الاستقرار بالقسمة الكلية كما مرّ.

اقويهما العدم: إلّا اذا كان تعارف كما مرّ نظيره ولا يبعد ذلك في امصارنا وأعصارنا. واستدل صاحب المسالك بالحديث وبان اذن المالك في الادانة مقيد بالاستيفاء ولا بأس بالثاني وأما الحديث ففيه ان المعاملة كانت باذن المالك.

قام وارثه مقامه فيما مرّ من الاحكام. الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب عليه الايصال إليه، نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك ولو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الردّ إلى بلده لكنّه مع ذلك مشكل، وقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت» أيضاً لا يدلُّ على أزيد من التخلية، وإذا احتاج الردّ إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك، كما في سائر الاموال، نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وحصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الردّ والأجره، وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعيّ من عدم جواز السفر بدون إذنه.

المسالة ٤٧ : قد عرفت انّ الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين ان يكون سابقاً على التلف او الخسران أو لا حقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس ثمّ لا يلزم ان يكون الربح حاصلاً من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتّجر بجميع رأس المال فخسر ثمّ اتّجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتّجر بالبعض فخسر ثمّ اتّجر بالبعض الآخر او بجميع الباقي فربح، ولا يلزم في الربح أو الخسران ان يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً ما دام لم يتمّ عمل المضاربة ثمّ إنّه يجوز للمالك ان

قام وارثه: في الحقوق له، واما ما عليه من المال فيؤدي من التركة، واما التكليف فلا يجب على غيره. واما اصل العقد فلا معنى للتوارث فيه للانفساخ بالموت، والظاهر ان العامة ايضاً على ذلك، ولكن قال ابن رشد في ص٢٣٧: وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون امناء كانوا في القراض مثل ابيهم وان لم يكونوا امناء كان لهم ان يأتوا بامين، وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهما الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث.

فلا يجب عليه الايصال: إلّا اذا اقتضى التعارف ذلك كما لا يبعد.

حال الغاصب في وجوب الرد: أي الى المالك لا محل الغصب (لعدم الدليل على محل الغصب حتى في الغاصب بل الى المالك كما هو مقتضى ردّ الامانات الى اهلها، وحديث على اليد).

المسالة ٤٧: لم يتم عمل المضاربة: بل ما لم يستقر الربح للعامل على ما مرّ (اذ الاستقرار فسخ).

مثلاً: الاظهر ما عليه المحقق فان الاسترداد موجب للفسخ بالنسبة اليه ويستقر الربح او الخسارة في المستردّ بنفس الاسترداد فلا يجبر خسران الباقي بربح المسترد

يستردّ بعض مال المضاربة في الاثناء، ولكن تبطل بالنسبة إليه، وتبقى بالنسبة إلى البقيّة، وتكون راس المال، وحينئذ فإذا فرضنا انّه أخذ بعد ما حصل الخسران او التلف بالنسبة إلى راس المال مقداراً من البقيّة ثمّ اتّجر العامل بالبقيّة او ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً للخسران او التلف السابق بتمامه، مثلاً إذا كان راس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثمّ أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون وإذا اتّجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة، ولا يبقى للعامل شيء، وكذا إذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقداراً من المال سواء كان بعنوان استرداد بعض راس المال أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى احد الوجهين ثمّ اتّجر العامل بالباقي او ببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه، حتّى المقدار الشايع منه في الذي اخذه المالك، ولا يختصّ الجبر بما عداه حتّى يكون مقدار حصّة العامل منه باقياً له، مثلاً إذا كان راس المال مائة فربح عشرة ثمّ اخذ المالك عشرة ثمّ اتّجر العامل بالبقيّة فخسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتّى المقدار الشايع منه في العشرة الماخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء، وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقّق وتبعه غيره من انّ الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشايع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فراس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقلّ منه بمقدار حصّة خسارة العشرة الماخوذة وهو واحد وتسع، فيكون راس المال الباقي تسعين إلّا واحداً وتسع، وهي تسعة وثمانون إلّا تسع، وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني انّ مقدار الربح الشايع في العشرة الّتي اخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وانّ حصّة العامل منه يبقى له ويجب على المالك ردّه إليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقاً انّه لو حصل ربح واقتسماه في الاثناء واخذ كلّ حصّته منه ثمّ حصل خسران انّه يستردّ من العامل مقدار ما أخذ، بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة بل أو بعدها إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل وانّه من تتمّات المضاربة.

وبالعكس (فالاسترداد موجب للانفساخ بالنسبة الى المسترد فلا ارتباط بينه والباقي، وصاحب الجواهر بعد ان قوى نظر المحقق قال: لكن الانصاف عدم خلو المسألة عن الاشكال ... الخ).

أو بعدها: مرّ استقرار الربح بالاقتسام برضى الطرفين.

المسألة ٤٨ : إذا كانت المضاربة فاسدة فامّا أن يكون مع جهلهما بالفساد. او مع علمهما، أو علم احدهما دون الآخر، فعلى التقادير الربح بتمامه للمالك لإذنه في التجارات، وإن كانت مضاربته باطلة نعم لو كان الاذن مقيّداً بالمضاربة توقّف ذلك على إجازته، وإلاّ فالمعاملات الواقعة باطلة، وعلى عدم التقيّد أو الاجازة يستحقّ العامل مع جهلهما لأجرة عمله، وهل يضمن عوض ما انفقه في السفر على نفسه لتبيّن عدم استحقاقه النفقة اولا لانّ المالك سلّطه على الانفاق مجاناً وجهان، أقواهما الاوّل، ولا يضمن التلف والنقص، وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فانّه يستحقّ الأجرة، ولا يضمن التلف والنقص، وإن كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك فلا أجرة له لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحّة المعاملة، وربما يحتمل في صورة علمهما انّه يستحقّ حصّته من الربح من باب الجعالة، وفيه انّ المفروض عدم قصدها كما انّه ربما يحتمل استحقاقه أجرة المثل إذا اعتقد انّه يستحقّها مع الفساد، وله وجه وإن كان الاقوى خلافه، هذا كلّه إذا حصل ربح ولو قليلاً، وامّا مع عدم حصوله

المسألة ٤٨ : يستحق العامل مع جهلهما : لا تؤثر الاجازة في صورة التقييد في الاستحقاق فعدم الاستحقاق اقوى إلاّ ان يأمر بالعمل بتخيل الصحة فيستحق الاجرة (فان الاجازة توجب صحة المعاملات لا استحقاق الاجرة على العمل الواقع مثلاً بلا اذن ولا امر).

اقويهما الاول : بل الثاني في صورة عدم التقييد كما هو ظاهر المتن لوجود الاذن في السفر والانفاق (وهو الملاك لقاعدة مالا يضمن بل لا يبعد جريان نفس القاعدة لكون النفقة ايضاً مورد العقد لبناء العقد على المتعارف).

فلا اجرة له لإقدامه : مجرد العلم بالبطلان لا يوجب المجانية مالم يظهر التبرع إلاّ ان يكون اذن المالك مقيداً بالمضاربة، ثم في جميع الموارد اذا لم يكن الاذن مقيداً بالمضاربة يمكن ادعاء صحة العقد من باب الادلة العامة.

عدم قصدها : (وهي من العناوين القصدية وما قاله الگلپايگاني تبعاً لبعض من تقدمه من ان المضاربة مركبة من الجعالة وغيرها، فيه : ان تركب الحقيقة على فرضه غير قصد العنوان واستشكل الخوئي (قدس سره) بأن تمليك المعدوم باطل إلاّ ان يدل دليل على الصحة كما في المضاربة، وفيه ما مرّ من عدم اشكال عقلي على ذلك اذا كان احتمال وجود الربح في المستقبل عقلائياً. لعدم منع عقلي ولا عقلائي حينئذ).

الاقوى خلافه : بل هو الاقوى (لعدم ابراز التبرع حينئذ).

فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح، وعلى هذا ففي صورة حصوله ايضاً يستحقّ أقلّ الامرين من مقدار الربح وأجرة المثل، لكن الاقوى خلافه، لانّ رضاه بذلك كان مقيّداً بالمضاربة، ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدّمة اولى.

المسالة ٤٩: إذا ادّعى على أحد انّه اعطاه كذا مقداراً مضاربة وانكر ولم يكن للمدّعي بيّنة فالقول قول المنكر مع اليمين.

المسالة ٥٠: إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الّذي اعطاه للعامل قدّم قول العامل بيمينه مع عدم البيّنة من غير فرق بين كون المال موجوداً او تالفاً مع ضمان العامل لاصالة عدم إعطائه ازيد ممّا يقوله واصالة براءة ذمّته إذا كان تالفاً بالازيد هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم انّ الّذي بيده هو مال المضاربة، إذ حينئذٍ النزاع في قلّة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلّة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته

مشكل: لا اشكال في عدم الاستحقاق حينئذ لو كان رضاه مقيداً بالمضاربة على نحو وحدة المطلوب وكذا في استحقاق اقل الامرين في صورة الحصول. واما في صورة تعدد المطلوب وعدم التقييد فالاظهر استحقاق اجرة مثل العمل اذا كان بامر من المالك كما هو كذلك فيما عمل باذنه، فالتقييد أو عدمه ممكن في ناحية العمل من العامل كما عن المالك، هذا بحسب مقام الثبوت وأما الاثبات فالمقامات مختلفة ولا يبعد في غير واحد من الموارد عدم التقييد والعناية بالربح بواسطة المال والعمل كيف كان.

المسألة ٥٠: **تالفاً مع ضمان العامل**: اذا اعترف العامل بالضمان (لعدم اثر للدعوى مع الاعتراف بعدم الضمان على تقدير التلف). ومرّ ان ملاك الادعاء والانكار غرض الدعوى لا المصبّ فاذا لم يترتب غرض لا يسمع الدعوى.

وكان على المتن والمحشين التقييد بالاعتراف اذ الملاك مقام الاثبات لا الثبوت.

كما اذا كان نزاعهما: بحيث لم يكن غرض بالنسبة الى اصل راس المال اصلاً.

يرجع الى النزاع: (ولا وجه لكلام الگلپايگاني: «ارجاع النزاع الى ما ذكر لا يمنع من اجراء الاصل في مصب الدعوى» اذ لا بحث في اجراء الاصل بما هو اصل بل في تشخيص المدعى والمنكر وان الملاك ترتب الغرض).

بالعكس، ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك إلاّ بمقدار ما اقرّ به للعامل، وعلى هذا ايضاً لا فرق بين كون المال باقياً او تالفاً بضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلاّ كذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لابدّ ان يغرم المقدار الّذي للمالك.

المسالة ٥١ : لو ادّعى المالك على العامل أنّه خان أو فرط في الحفظ فتلف، او شرط عليه ان لا يشتري الجنس الفلانيّ، أولا يبيع من زيد او نحو ذلك فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائيّ والمفروض انّ مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من ايّ شخص أراد، نعم لو فعل العامل مالا يجوز له إلاّ باذن من المالك كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادّعى الاذن من المالك فالقول قول المالك في عدم الاذن، والحاصل انّ العامل لو ادّعى الاذن فيما لا يجوز إلاّ بالإذن قدّم فيه قول المالك المنكر، ولو ادّعى المالك المنع فيما يجوز إلاّ مع المنع قدّم قول العامل المنكر له.

جميع هذا المال للمالك: هذا لا يلائم مبناه من دخول الربح ابتداءً في ملك العامل وقلنا سابقاً انه صحيح لاجل ان سهم العامل من الربح تبع العمل، لا من جهة ما اسّسه من معنى المعاوضة. بل يمكن ان يقال: على فرض دخول الربح اولاً في ملك المالك ابتداءً ايضاً لا يمكن تقديم قول المالك هنا لكون يد العامل يد امانة مع كونه ذا اليد في المقدار المتنازع فيه ولا يضرّ اقراره بكون اصل المال للمالك حتى يسقط بذلك يده عن الحجية اذ الاقرار انما هو في غير المقدار المتنازع فيه. فتقدم قول العامل اقوى.

المسالة ٥١ : الشرط الكذائي: اذا كان النزاع في الشرط على نحو التقييد المنفصل او المتصل على نحو تذييل الكلام لا ما كان النزاع في التقييد المستفاد من ذات الكلام أو الشك في ذلك (خلافاً للخوئي (قدّس سرّه) في اطلاق المخالفة للمتن حيث قال: ادعاء الاطلاق من العامل يرده ادعاء التقييد من المالك وهما متضادان، واصالة عدم التقييد في مقام الاثبات لا يثبت الاطلاق في مقام الثبوت، وأما اصالة الاطلاق فلا مجرى لها في امثال المقام، فالقول قول المالك لاصالة عدم اذنه فيما يدعيه العامل) وكانه اخذ من بيان الحكيم (قدّس سرّه): «... بأن كانت الاذن محرزة ولولا اطلاق اللفظ ويدعي المالك المخصص أو المقيد... ولو كان النزاع في المقيد... المتصل يرجع النزاع الى اطلاق الاذن وعدمه فيكون الشك في الاذن والاصل عدمه...» وهذا توجه منه الى الحالة السابقة للاطلاق أو التقييد.

المسألة ٥٢ : لو ادّعى العامل التلف وأنكر المالك قدّم قول العامل، لانّه امين، سواء كان بأمر ظاهر أو خفيّ، وكذا لو ادّعى الخسارة أو ادّعى عدم الربح أو ادّعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه ماذوناً في البيع بالدين، ولا فرق في سماع قوله بين ان يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة او بعده، نعم لو ادّعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم امانته، وعدمه لخروجه بعده عن

لكن الظاهر ان الشرط الكذائي قيد زائد في الكلام على اصل المعنى، والاصل عدمه، ونحن مكلفون برعاية مفاد الكلام لا الاذن الثبوتي أو الاطلاق الثبوتي فحيث لا اصل يثبت اطلاق الاذن أو تقييده ثبوتاً فنجري الاصل في مقام الاثبات ولا نحتاج الى اثبات الاطلاق ثبوتاً إلاّ بمقدار مرآتية مقام الاثبات وظاهر الكلام فالحق مع الماتن، وبذلك يظهر النظر في كلام الهبهاني: يقدم قول المالك لاصالة عدم اطلاق المتعلق، وتامل الخونساري (قدس سره). لكن ما ذكرنا انما هو بعد ثبوت اطلاق الكلام اولاً.

المسألة ٥٢ : لانه امين: الظاهر ان ملاك قبول قوله الاطمينان النوعي وامارته كون الشخص امیناً بوصفه شخصاً لا من جهة اتخاذه امیناً بعقد المضاربة أو عموم الحادثة كالصاعقة والغرق والحرق العمومي. وحينئذ فالمالك مدع والتأمل منكر وعليه اليمين وان لم يكن امیناً ولم يكن حادث عام فهو بحكم المدعى على ما يستفاد من النصوص وعليه الاثبات بالبيّنة إلاّ ان يرضى المالك بالحلف.

(ثم من المعلوم احتياج قبول قوله الى اليمين فان الادعاء لا يردّ بالفتوى فانه مقام القضاء ثم الاثبات بالبيّنة ليس تخصيصاً على الظاهر بل لكون المقام بمنزلة الادعاء اي ادعاء التبرئة والابراء اذ يد المتّهم يد الضمان وان كان يصح الحلف ايضاً رعاية لظاهر الانكار هذا لعله الملاك والدليل الروايات، فالبينة في ادلة التفصيل راجع باب ٣٠ و٢٩ الاجارة، والحلف في صحيح ١١/ ٢٩ و١٦ و١٧/ ٣٠ والحادث العام في ٦/ ٢٩ و٤/ ٣٠، والاتهام المخصص للأمانة ورد في روايات المضاربة ايضاً).

ادعى عدم الربح: فيما لم يكن الربح هو الظاهر وإلاّ فلا يقبل إلاّ بدليل بيّن من حساب الدفاتر ونحو ذلك (والحديث لم يخص بالنسبة في الفرع السابق بل مفاده «امر بيّن» ونستفيد من بناء العرف ومن حكم النوع السابق المفصّل بين الامانة وغيرها كون الملاك هو الاطمينان النوعي فهل يمكن قبول قول المساقي في عدم رشد الشجر؟ مع انه امر عدمي موافق للاصل؟)

كونه أميناً وجهان ولو أقرّ بحصول الربح ثمّ بعد ذلك ادّعى التلف أو الخسارة وقال: إنّي اشتبهت في حصوله، لم يسمع منه، لانّه رجوع عن إقراره الاوّل ولكن لو قال: ربحت، ثمّ تلف أو ثمّ حصلت الخسارة قبل منه.

المسالة ٥٣: إذا اختلفا في مقدار حصّة العامل وانّه نصف الربح مثلاً أو ثلثه قدّم قول المالك.

وجهان: أوجههما سماع قوله اذا لم يكن مقصراً في الردّ واذا كان مقصراً فيه فلا يسمع قوله لعدم الامانة حينئذ (وجهه فهم الامانة من الدليل على الاطلاق حتى بعد الفسخ اذا كان من تبعاة الامانة بلا تقصير بحيث يعد من لوازمها عرفا ولذا قال في المتن لبقاء حكم امانته).

اشتبهت في حصوله: هذا لا يرتبط بما قبله فلعل النسخة كانت: أو اني اشتبهت. وكيف كان فان كان المراد نفي الحصول بعد الاقرار به فلا يسمع لعدم قبول الانكار بعد الاقرار في الحقوق، وان كان المراد ادعاء التلف أو الخسارة بعد الحصول فيسمع دعواه لعدم ردّ الاقرار، بل هو ادعاء امر جديد، وكذلك اذ ادّعى التورية في اقراره الاول بحيث يحتمل ذلك.

المسالة ٥٣: قول المالك: (ولم افهم وجهاً لحاشية الخونساري (قدس سره): «مشكل على مبنى المتن» اذ الظاهر ان مراده دخول الربح في ملك العامل مستقيماً لا عن المالك، ولكن الكلام في القرار العقدي وانه وقع على الاقل أو الاكثر وليس فيه اصل، لكن غرض الدعوى ملكية ربح اكثر في قبال العمل ولاريب في ان القول قول المالك فان المعوّض معلوم وهو العمل والبحث في العوض قلة وكثرة فالمسالة على ذلك المبنى نظير الاختلاف في الثمن بعد الاتفاق في المثمن.

كما ان الظاهر عدم وجه للتحالف الذي يقوله جامع المقاصد واستوجهه الحكيم (قدس سره) وتبعه النجفي (قدس سره) بانه مبني على كون الملاك في تشخيص الادعاء والانكار مصب الدعوى لا الغرض... ، اذ على ذلك ايضاً اذا كان النزاع في مقدار الربح بعد الاتفاق على قدر العمل واستحقاق المالك عمل العامل الذي وقع تحت الشركة فلا خلاف حتى في صورة الدعوى إلاّ في الربح.

هذا بحسب ظاهر عبارة جامع المقاصد واما احتمال ارادته: ان المالك يدعي الربح الاقل في الجعل والعامل يدعي الربح الاعلى في الجعل فهما متداعيان فان كان

المسألة ٥٤ : إذا ادّعى المالك أنّي ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك فانكر اصل المضاربة، او انكر تسليم المال إليه فاقام المالك بيّنة على ذلك فادّعى العامل تلفه لم يسمع منه وأخذ باقراره المستفاد من إنكاره الاصل نعم لو اجاب المالك بانّي لست مشغول الذمّة لك بشيء، ثمّ بعد الاثبات ادّعى التلف قبل منه لعدم المنافاة بين الانكار من الاوّل وبين دعوى التلف.

المسألة ٥٥ : إذا اختلفا في صحّة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها قدّم قول مدّعي الصحّة.

المسألة ٥٦ : إذا ادّعى احدهما الفسخ في الاثناء وانكر الآخر قدّم قول المنكر، وكلّ من يقدَّم قوله في المسائل المذكورة لابدّ له من اليمين.

المراد ذلك في انشاء العقد فلا اصل يثبته وهما متداعيان، ولكن ان كان الدعوى الملكية فهي اقل واكثر وبالنتيجة الدعوى مشتمل على الادعاء والانكار.

وكيف كان فالظاهر صحة قول الماتن على جميع المباني في حقيقة المضاربة ايضاً من كون حقيقتها نوع اجارة أو وكالة، أو كونها شركة بين المال والعمل كما قلنا سابقاً وعليه الاستاذ اذ العمل عرفاً بمنزل الماء لسقي الشجرة والنماء للشجرة، أو كشركة السهام اذ النزاع مثل النزاع في قدر المثمن بعد الوفاق في قدر الثمن اي في ان العامل مثلاً كم سهماً اشترى من السهام).

المسألة ٥٤ : لم يسمع منه: ظاهر العبارة عدم سماع قوله كسائر موارد الانكار اي باليمين لكن ملاك ذلك وهو اقراره الضمني في الانكار بعدم التلف موجود في ردّ بينته ايضاً فان انكاره الاصلي يردّ بينته على التلف فلا يسمع قوله حتى مع البينة وحينئذ فهو مطالب بالعين فان رضي المالك بالبدل يغرم به وان اصرّ على العين يحبس حتى يتبين الحال من غير طريقة وبيّنته. (والوجه ما ذكرنا من ردّ انكاره بيّنته، اذ الاقرار في الدلالة الالتزامية كالمطابقية ولا ريب في دلالة نفي المضاربة على نفي التلف عنده ايضاً ولا فرق في السلب بين السلب بواسطة الموضوع أو مستقيماً وبلا واسطة).

المسألة ٥٥ : قول مدعي الصحة: (ولصدق المدّعي على مدعي الفساد لانه بعد العقد واستقرار الامر فمدعي الفساد يدعي امراً جديداً وملزماً لخصمه بشيء. ولايلزم التحقيق عن غرض الدعوى للتشخيص للمدعي والمنكر فانه في تعارض المصب والغرض في الادعاء وهنا نفس المصب بنفسه مشخص لصدق الادعاء والانكار عرفاً).

المسألة ٥٧ : إذا ادّعى العامل الردّ وأنكره المالك قدّم قول المالك.

المسألة ٥٨ : لو ادّعى العامل في جنس اشتراه أنّه اشتراه لنفسه وادّعى المالك أنّه اشتراه للمضاربة قدّم قول العامل، وكذا لو ادّعى أنّه اشتراه للمضاربة وادّعى المالك أنّه اشتراه لنفسه، لأنّه أعرف بنيّته، ولأنّه أمين فيقبل قوله، والظاهر أنّ الأمر كذلك، لو علم أنّه أدّى الثمن من مال المضاربة، بأن ادّعى أنّه اشتراه في الذمّة لنفسه، ثمّ أدّى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصياً في ذلك.

المسألة ٥٧ : قول المالك: (ولا يدل الأمانة على القبول لان الكلام في انتهاء امد الأمانة مع ان الردّ عمل بينهما لا منه في التجارة مع ان دليل قبول قوله لا يشمل المقام، وهو كذلك عند اكثر العامة ايضاً كما في المغني لابن قدامة ٥ : ٧٥. ثم ان المالك منكر على كون المبنى في تشخيص الادعاء والانكار هو الاصل. وأما كون الملاك عرفاً هو الالزام على شخص فالنظر البدوي يوجب كون المالك ملزماً لانه يطالب لكن الدقة تعطي كونه منكراً اذ العامل يدعي الاستقلال في اليد ونفي التبعية عنه فهو ملزم للمالك بنفي اثره المضاربي عن العامل).

المسألة ٥٨ : الأمر كذلك: فيه اشكال وان كان له وجه من جهة انه مما لا يعرف إلاّ من قبله لكنه محل اشكال في المقام مما يكون فعله مكذّب قوله فان ظاهر عمل العامل انه للمضاربة وأما اصالة عدم اشترائه للمضاربة ففيها منع (وقال الاستاذ قاعدة ما لا يعرف إلاّ من قبله ... الخ، لا يوجب قبول قوله ظاهراً وايضاً هو غير مطرد مثلاً اذا ادعى المالك ان العامل انشا البيع له في ظاهر اللفظ وادعى العامل انشائه لنفسه، وفيه ان المراد من القاعدة هو القبول ظاهراً كسائر الموارد من الحمل والعدة و ... . وهو مطرد فيما لم يكذّب فعله قوله وأما المثال فان كان المراد من ظاهر اللفظ ظهور الانشاء له في التعبير فهذا دعوى في العبارة ومقام الاثبات وإلاّ فهو محل الكلام. وأما اصالة عدم الاشتراء للمضاربة فهو من اجراء الاصل في العدم الازلي لعدم حالة سابقة له بنحو ليس الناقص وكان الاستاذ اشار اليه في حاشية بالمنع خلافاً للبروجردي (قدس سره) حيث استدل بذلك الاصل. وافتى الخوئي والاكثر بما في المتن وكأنه لاجل عدم قبول تكذيب الفعل قوله اذ للعامل ان يشتري لنفسه ايضاً وفيه منع اذا كان مؤدياً من مال المضاربة. ثم انه اذا قلنا بأن البيع حينئذ محكوم ظاهراً بكونه للمضاربة فهو وان ترددنا في ذلك فيقع النزاع ومعلوم انه لا بيّنة في المقام ولا اصل على الفرض فيقع التحالف ويبطل البيع ظاهراً.

المسألة ٥٩ : لو ادّعى المالك أنّه أعطاه المال مضاربة وادّعى القابض أنّه أعطاه قرضاً يتحالفان فإن

وأما قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ـ ومفاده اعم من قاعدة الاقرار لكونه اعم من النفع والضرر على نفسه وغيره واعم من البائع وغيره على ما نقل ـ ودليلها اما ما قال اقا ضياء (قدس سره) من ثبوت الملازمة بين السلطنة على الشيء ثبوتاً وبينها اثباتاً وكانه للغوية الانفكاك عقلاً أو فهم التلازم عرفاً، وفيه منع ذلك كما ان الطلاق بيد من اخذ بالساق ولا يدل بصرفه على قبول قول الزوج في تحقق الطلاق، أو الاجماع كما نقل الشيخ (قدس سره) موارد في ملحقات المكاسب وخدش (قدس سره) في تحقق الاجماع ولكن البجنوردي (قدس سره) تسلّمه والاثبات عليه أو ما نعتقده وهو حصول الاطمينان من قول الوالي في امور ولايته وحدودها فان في قوله مضافاً الى اصالة عدم الكذب والخطأ نوع من الخبرويّة، والاطمينان طريق عرفي اعتبره الشارع في موارد متعددة. لكن هذا كله اذا لم يحصل اطمينان على الخلاف من جهة اداء الثمن من المضاربة أو من جهة قوله بالشراء لنفسه في كل موارد النفع، والشراء للمضاربة في موارد الضرر مثلاً).

المسألة ٥٩ : يتحالفان: الظاهر قبول قول مدعي القرض الى العامل: (بناء على ما مر من كون الملاك في الادعاء والانكار الالزام ونفيه لا العنوان، ومصبّ الدعوى فالظاهر البدوي ان المالك هنا منكر والعامل مدع كما قال الخوئي والبروجردي و... لعدم الاختلاف في مقدار من الربح وانما الاختلاف في الباقي حيث انه بناء على القرض يكون للعامل وعلى القراض للمالك فيحلف المالك على نفي القرض ويكون الزائد بأجمعه له وأما اجرة المثل فلا وجه لرعايتها بعنوانها بعد اعتراف كليهما بعدم استحقاقها كما لا وجه لرعاية الاكثرية لعدم استحقاق العامل لاكثر من حصته من ربح المضاربة بعد حلف المالك على نفي القرض، نعم لو فرض ادعاء ملزم من المالك ايضاً مثل تتمة العمل قبل القسمة فيحلف العامل ايضاً على نفي القراض ويصير من باب التحالف. والحصة المعينة على فرض القراض للعامل، بالقطع على كل حال والباقي تقسيم بالعدل والانصاف أو القرعة والثانية اقرب لكن فرض المسألة في الكلمات هو الاول فلا كلام إلّا في الربح لنوع من الاحراز المستفاد من دليل القرعة بخلاف العدل والانصاف فانه لا احراز فيه اصلاً.

حلفا او نكلا للقابض اكثر الامرين من أجرة المثل والحصّة من الربح إلاّ إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له اخذها، لإعترافه بعدم استحقاق ازيد من الربح.

وأما احتمال حلف العامل على نفي لزوم العمل وحلف المالك على نفي الربح الزائد عن العامل ليكون الباب من ادعائين لا التحالف، ففيه: ان الدعوى اذا وقعت على عنوان القرض والقراض فلابد ان تلاحظ ولو بلحاظ غرض الدعوى ولا يمكن الجمع بين نفي العمل ونفي الربح الزائد.

هذا، لكن الحق ما ذكرنا من تقديم قول مدعي القرض في فرض المتن اذ المال تحت يد العامل وهو يدعي الملكية عليه اجمع والخارج عن اليد مدع وأما احتمال كون اليد يد المالك كما في الوديعة والعارية فمنف باصالة اليد وفاقاً للاقا ضياء (قدس سره) فقط من السلف والخلف فان الكل انما على التحالف كما في تحرير العلامة والايضاح وجامع المقاصد موجّها ان المالك ايضاً يدعي تتمة العمل وكأنه فرض بقاء العمل.

واما على تقديم قول المالك كاكثر المحشين والعلامة في التذكرة والقواعد وأما على كون الحصة من الربح للعامل ويقسّم الباقي كالشيرازي والاصطهباناتي والبهبهاني(قدس سرهم).

ثم قاعدة العدل والانصاف عامة لفهم الغاء الخصوصية عرفاً من ١/ ٩ الصلح و١/ ١٢ و٢ و٣ و٤/ ١٢ كيفية الحكم و١/ ٢٥ الوصايا فاحتمال التعبد في موارد خاصة فقط يعيد غايته ولا نستدل بتقديم احتمال الموافقة والمخالفة على القطع بهما حتى يقول الحكيم (قدس سره) بعدم الفرق، نعم لهذا اي عدم الفرق لعل القول بالتخيير في الفتوى لا باس به لعدم العمل به في ارث الغرقى والمهدوم عليهم بل القرعة كما في الجواهر والقواعد عليها نقله الحكيم(قدس سره) أو تقول القاعدة مقتضى عدم العمل بالقرعة إلاّ فيما لم يكن طريق لحلّ المسألة اصلاً، وقاعدة العدل والانصاف طريق فاما ارث الغرقى ونحوه فلعل لقاعدة العدل بعض قيود مثل كون الدعوى بين حيين حاضرين مثلاً ولعل هذا اصح لبعد التخيير من الائمة(عليهم السلام) في الفتوى.

وأما ٤ و٣/ ٨ ميراث الازواج فليسا من مورد قاعدة العدل على خلاف ذكر الحكيم (قدس سره) بل للامارية عرفاً.

المسألة ٦٠ : إذا حصل تلف أو خسران فادّعى المالك أنّه اقرضه وادّعى العامل أنّه ضاربه قدّم قول المالك مع اليمين.

ولعله يشبه قاعدة العدل قاعدة الجمع بين الحقين المذكورة في مكاسب الشيخ ط ق، ص١١٢، س١، وكذا تعارض الضررين كما في مسالة البقر والقدر أو قول المكره خذ منه خمسين أو ادفع مائة وصرح الجواهر في ص٤٠٢ ج٤٠ بالاجماع على التنصيف في مالو تنازعا عينين في يدهما ولا بينة، للاجماع والمرسل النبوي سنن بيهقي، ١: ٢٥٥ وكذا في الجواهر ص٤٠٨ و٤١٠.

واما حديث ١/ ٧ الوديعة الدال على ضمان الاخذ فهو لنفي ذي اليد يده ويقول هو وديعة بخلاف ما نحن فيه حيث يدعي اليد ذوه، ونظيره ١/ ١٦ الرهن لعدم ادعاء ذي اليد الملكية بل الرهنية ويشبهه ١/ ١٨ الرهن في الدين والوديعة، واستشكل السيد في مسالة٤٣ ما يحرم بالمصاهرة قال: والمسألة محل اشكال كنظائره من العلم الاجمالي في الماليات).

المسألة ٦٠: قول المالك: (لاصالة عدم المضاربة النافية للاذن من المالك في تصرف ماله بما هو ماله واما اصالة عدم القرض فلا اثر له لعدم اثر له اذ الضمان مترتب على التصرف بلا اذن واصالة عدم المضاربة يكفيه واما عدم الضمان فهو مترتب على اثبات المضاربة ولا يتحقق باستصحاب عدم القرض، ولذلك يقال: الأصل الضمان في الاموال التالفة تحت يد غير مالكها ولا يلزم ان يكون من باب عموم على اليد حتى يقال مخصّصة بالاماني، كما لا وجه لما قاله الگلپايگاني (قدس سره) وبعض من تقدمه من عدم اثر لاصالة عدم المضاربة والاثر لاصالة عدم القرض، نظرا الى نفي لزوم الأداء، اذ لزوم الاداء لا يترتب على عنوان القرض فقط بل على اخذ مال الغير مالم يثبت الاذن بمضاربة أو عارية ونحو ذلك ومن اجل ذلك يكون قول ابي الحسن عليه السلام في ١/ ٧ الوديعة على القاعدة حيث قال عليه السلام في الاختلاف بين الوديعة والقرض: «المال لازم له إلّا ان يقيم البينة انها كانت وديعة».

واما تمسك الحكيم(قدس سره) بالارتكاز العقلائي في امثال المقام على ضمان العين والمنفعة بالبدل أي اصالة ضمان المنافع بالاستيفاء وعليها بناء المتشرعة وعملهم. فيمكن ان يقال صرف الارتكاز لا يكون دليلاً وكذا عمل المتشرعة إلّا ان يثبت كونه

المسالة ٦١ : لو ادّعى المالك الابضاع والعامل المضاربة يتحالفان ومع الحلف او النكول منهما يستحقّ العامل اقلّ الامرين من الأجرة والحصّة من الربح، ولو لم يحصل ربح فادّعى المالك المضاربة لدفع الأجرة، وادّعى العامل الابضاع استحقّ العامل بعد التحالف أجرة المثل لعمله.

بمرئى من الشارع فتأمل، وبما ذكرنا من قاعدة الضمان والحديث يظهر انه لا وجه لحاشية آقا ضياء.

المسالة ٦١ : يتحالفان : الظاهر كون العامل مدعياً والمالك منكراً فيحلف على نفي المضاربة اذا كان الدعوى من العامل لجلب الربح ولو لكونه اكثر من اجرة المثل في الابضاع بناءً على كونه ابضاعاً مع الاجرة ان لم يكن مضاربة. (واما احتمال المالك ايضاً مدعياً لالزامه العامل بقبول اجرة المثل، ففيه: ان الالزام بالقبول عبارة اخرى عن نفي استحقاق امر زائد). (هذا اذا كان النظر الى اصل المالية المشتركة كما هو الغالب واما اذا كان النظر الى خصوص الربح من عين المال والمالك ينفيه ويريد الزامه بقبول الاجرة من أي مال فقال الخوئي هذا من التداعي، وفيه انه ايضاً ادعاء وانكار لنفي المالك ما يريده العامل. واذا كان مراد المالك الابضاع بلا اجرة فلا ادعاء ايضاً منه بل ينكر الربح المدعى من العامل وان كان مراده الابضاع مع الاجرة فاقراره بالاجرة للعامل لا يكون شيئاً تحت النزاع والدعوى وانما هو اقرار فقط ومراده نفي الربح.

ثم ان ماذكرنا بناءً على كون الملاك هو الغرض لا المصبّ كما مرّ ويشهد به بعض الروايات مثل ١٨/١ الرهن و١٦/١ و٧/١ الوديعة اذ لو كان الملاك هو المصبّ لزم التحالف ثم الحكم باليد ولكن الامام عليه السلام حكم بكون المال لمعطيه ودافعه اليه لكون القابض ملزماً للدافع بتلف ماله أو اداء شيء لفك الرهن، ثم انه يظهر من السيد (قدس سره) في مسالة ٦٠ كون الملاك هو الغرض لا المصب وإلّا لزم التحالف لا تقديم قول المالك ويحتمل انه لا لذلك بل للتحالف والسقوط والحكم بضمان الآخذ. ثم انه لا وجه لقول الآقا ضياء (قدس سره) من تقديم قول المضارب في الحكم بملكية سهمه من الربح ليده على المال، لان المضارب هو المدعي على مبنى القوم في انتقال سهم العامل من المالك اليه، نعم على مبنى الماتن صحيح.

بعد التحالف : الظاهر كفاية حلف المالك لنفي الابضاع فلا يستحق العامل شيئاً، واما نفي المضاربة بحلف العامل فلا وجه له لعدم اثر للمضاربة على الفرض

المسألة ٦٢ : إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصّة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل، كما انّهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله، ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه فإن كان من جهة الاختلاف في الحصّة أنها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعاً، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله ايضاً،

(ولا فرق في ذلك بين ادعاء العامل اجرة معينة أو ازيد من اجرة المثل وبين ادعائه اجرة المثل. خلافاً للگلپايگاني في الاصل والفرق. وللاستاذ ايضاً حيث حكم بحلف العامل على نفي المضاربة فيحكم له باجرة المثل. ثم انه اذا كان اجرة المثل اكثر من الحصة المدّعاة لا وجه للترافع اصلاً في الصورة الاولى لقبول المالك اجرة المثل التي هي اكثر من الحصة المدعاة من العامل اذا كان النظر الى المالية المشتركة كما هو الغالب فلا وجه لإطلاق عبارة المتن في ذلك).

المسألة ٦٢ : قول العامل: (لكونه الامين ولا وجه لحاشية النجفي (قدس سره) والخونساري (قدس سره) من كون ذلك بناءً على مبنى الماتن من كون سهم المالك والعامل في مرتبة واحدة دون المشهور من انتقال سهم العامل من المالك اليه، لكونه الامين يقبل قوله في مقدار الربح مع كونه ذا اليد، فيحلف.

واظن أن محل جعل حاشية غلط من النساخ. ومما ذكرنا يظهر عدم جريان الحكم في المتهم مع وجود قرائن قوية على الخلاف بحيث يكون عدم الربح في حكم الاعدام لا العدم كمن يدعي عدم الربح في معمل كان رابحاً منذ اول تحققه تحت يد أيّ عامل، فهو نظير ادعاء المساقي عدم رشد الشجر اصلاً في طول عشر سنين مع موافقة قوله للأصل).

قول المالك قطعاً: (حتى على مبنى الماتن أو على مبنانا في سهم العامل اذ هو كيف كان تابع للقرار والاصل عدم قرار على ازيد مما يقوله المالك. وقال آقا ضياء (قدس سره) بتقديم قول العامل ليده على المال، وفيه: انه اذا كان تشكيل الدعوى بعنوان الاختلاف في مقدار الحصة فاليد ساقطة لتوجيه الدعوى الى منشأها وبذلك يظهر الكلام في الفرع بعد اذا كان الاتفاق على كون هذا المال من المضاربة اصلاً وربحاً).

قوله ايضاً: فيه اشكال بناءً على انتقال سهم العامل اليه بعمله مستقيماً لا عن المالك كما ان اصالة عدم حصول ربح ازيد على ما قاله الماتن (قدس سره) لا يثبت ايضاً كون

لانّ المفروض انّ تمام هذا الموجود من مال المضاربة اصلاً وربحاً، ومقتضى الاصل كونه بتمامه للمالك إلاّ ما علم جعله للعامل، واصالة عدم دفع ازيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقيّة ربحاً، مع انّها معارضة باصالة عدم حصول الربح ازيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعاً للاصل إلاّ ما خرج.

مسائل

المسألة ١: إذا كان عنده مال المضاربة فمات فإن علم بعينه فلا إشكال، وإلاّ فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة، ويقدم على الغرماء إن كان

الباقي رأس المال. بل الظاهر كون المالك مدعياً لوجود اليد في العامل إلاّ فيمن لا يد له كالعامل المختص (وفاقاً للآقا ضياء خلافاً للاكثر من المحشين القائلين بالتداعي فالقرعة أو التأمل بينها والعدل والانصاف مع انه لو فرض الوصول الى التداعي فالمرجع هو العدل والانصاف لا القرعة فانها للمشكل ولا مشكلة حيث تكون القاعدة).

مسائل

المسألة ١: ... شريكاً مع الورثة: في المتميز واقعاً المشتبه ظاهراً كالمقام هو القرعة على الاوجه لو لم يتمكن الصلح (وفاقاً للاستاذ والخوئي وبعض آخر. فان الشركة اما عقدية بالعقد على الشركة وحصول الامتزاج الخارجي ويكون حينئذ التلف عليهما واما امتزاجي خارجي بحيث لم يتميزا واقعاً كالمائين او الماء والسكر وهذا شركة قهرية وهنا ليس واحد منهما، ويشهد لذلك حديث الدرهم الودعي حيث حكم ﷺ بدرهم ونصف لصاحب الدرهمين ونصف درهم لصاحب الدرهم ١/ ١٢ الصلح اخذاً بقاعدة العدل والانصاف اي التساهم والتقسيم بالنسبة ولو كان شركة لتعين الحكم بكون ثلثي الدرهمين لصاحب الدرهمين والثلث منهما لصاحب الدرهم، فالحديث ينفي الشركة لكن مع ذلك نقدم القرعة كما مرّ لنوع احراز في دليلها. واما ١/ ١٣ المضاربة: «... وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء نظراً الى استفادة الشركة كشركة الغرماء مع الوارث ففيه: ان المشبه به في الحديث ليس كذلك ولذا يجوز الاداء من خارج التركة وان لهم حقاً فقط في التركة بل مفاد الدليل ليس إلاّ كون الانتقال ال الورثة بعد اداء الدين فالتركة باقية على ملك الميت في مقدار الدين، فالمراد من الحديث ان حال مال المضاربة حينئذ كمال الغرماء في عدم الانتقال الى الورثة إلاّ بعد اداءه).

الميّت مديوناً لوجود عين ماله في التركة، وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم انّه تلف بتفريط أو بغيره او ردّه على المالك فالظاهر عدم ضمانه، وكون جميع تركته للورثة، وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية، وأمّا إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم انّه موجود في تركته الموجودة أولا بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر امانة او نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حيّاً امكنه الايصال إلى المالك، أو شكّ في بقائه في يده وعدمه ايضاً ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وامثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة، والاقوى الضمان في الصورتين الاوليين لعموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» حيث إنّ الاظهر شموله

الوجوه الآتية: أي شمول قاعدة اليد.

والاقوى الضمان: بل عدم الضمان اقوى والتمسك بقاعدة اليد ـ على فرض اعتبار السند ـ بعد الاعتراف بخروج موارد منها تمسك بالعام في مشتبه المصداق. (كما اشار اليه غير واحد، أما السند فلعدم الاعتبار على ما نقله المستدرك ١٢/ ١ الوديعة و٤/ ١ الغصب، نعم روى عن طريق العامة مسنداً وفي كتبنا الفقهية مرسلاً لكن الظاهر تلقيها بالقبول عند الاصحاب، واما الشبهة المصداقية، فلأنها اما لا تشمل الامانات اصلاً او فيما لم يكن تعد أو تفريط ولعل المورد من الخارج، بل لا يشمل الامانات اصلاً لعدم معنى للحكم بالضمان بالاخذ ثم الحكم برفع الضمان بالتلف بلا تعد وتفريط! فان هذا الحكم لغو بل الضمان فيها مربوط بنفس التعدّي والتفريط لا الاخذ.

ان قلت: هب ان قاعدة اليد لا تشمل المورد لكن لا يجوز تصرف الورثة في التركة للعلم الاجمالي بكون مال المضاربة هذا ـ تركة ـ أو غيره الخارج، ففيه مع عدم الشمول إلّا للصورة الاولى مما احتمل وجوده في التركة، لا يفيد فيها ايضاً لخروج بعض الاطراف عن مورد الابتلاء وذلك يوجب عدم تنجيز العلم على ما هو مقرر في محلّه بلا فرق بين الاصول والامارات لعدم اللسان بالنسبة الى اللوازم، نعم في الامارات الاخبارية لا يعتبر ذلك اللسان بالنسبة الى اللوازم كالبينة أو خبر الثقة فاذا قامت على كون مال الغير في التركة مثلاً واخرى على كونها في غير التركة تعارضا ولو مع خروج الغير عن مورد الابتلاء).

للامانات ايضاً، ودعوى خروجها لانّ المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بانّ غاية ما يكون خروج بعض الصور منها، كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادّعى تلفها كذلك إذا حلف، وامّا صورة التفريط والاتلاف ودعوى الردّ في غير الوديعة ودعوى التلف والنكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم، ودعوى انّ الضمان في صورة التفريط والتعدّي من جهة الخروج عن كونها أمانة أو من جهة الدليل الخارجيّ كما ترى لا داعي إليها، ويمكن أن يتمسّك بعموم ما دلّ على وجوب ردّ الامانة، بدعوى انّ الردّ اعمّ من ردّ العين وردّ البدل، واختصاصه بالاوّل ممنوع، الا ترى انّه يفهم من قوله ﷺ: «المغصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه، هذا مضافاً إلى خبر السكونيّ عن عليّ ﷺ: «انّه كان يقول: من يموت

اذا حلف: فيه انه بالحلف لا يثبت الخروج الواقعي والكلام في نفس عدم الشمول الواقعي للحديث وهكذا الكلام في عكسه في دعوى الرد والتلف مع النكول.

والاتلاف: ضمان الاتلاف امر مستقل عن اليد غير مربوط بالحديث (كما اشار اليه الگلپايگاني).

في غير الوديعة: بناءً على خصوصية في الوديعة يقبل ادعائه الردّ بلا حلف وفيه كلام (وقد يمنع لعدم ثبوت الاجماع ولا دليل غيره).

ردّ الامانة: فيه ايضاً اشكال التمسك في الشبهة المصداقية لاحتمال التلف بلا تقصير مع ان شمول الدليل لغير العين ممنوع ولذلك لا يكون امانة المال امانة المالية ولا يكون الودعي موظفاً بحفظ المالية، وايضاً مفاده الحكم التكليفي فقط.

المغصوب مردود: لا بأس به في الغصب لضمان المالية ايضاً في المغصوب (ثم انه يمكن جعله دليلا مستقلاً للماتن من جهة تركه الايصاء فهو غاصب لكنه مع العلم بذلك الحكم بالضمان قطعي لكن الكلام في المجهول حاله).

خبر السكوني: ظاهر الحديث صورة العلم بوجود مال المضاربة في التركة، وحينئذ فيجب تقديم المالك على الغرماء لوجود عينه في التركة، ولعله المراد من كونه اسوة الغرماء فلا يرتبط بالمقام. ولو فرض انه في مورد التلف أو يشمله فلابد ان يكون مع التقصير ولو بترك التسمية والتعيين عمداً وإلاّ فلا ضمان مع التلف بلا تقصير فلا يرتبط بالمقام ايضاً. (والاسوة في اللغة ايضاً المقدم، وكانه لم يرد في الدليل من تعبير اسوة الغرماء انه منهم وان كان ذلك ظاهر الاضافة بل المراد تقديمه على الغرماء لا انه اهم غريم فقط ولعل الماتن (قدس سره) اشار الى ذلك في اول المسالة

وعنده مال مضاربة قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء». وأمّا الصورة الثالثة فالضمان فيها ايضاً لا يخلو عن قوّة لانّ الاصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت، واشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبة، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته، ودعوى انّ الاصل المذكور معارض باصالة براءة ذمّته من العوض والمرجع بعد التعارض اليد المقتضية للملكيّته، مدفوعة بانّ الاصل الاوّل حاكم على الثاني، هذا مع انّه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بانّها مقتضية للملكيّة إذا كانت مختصّة، وفي المقام كانت مشتركة والاصل بقاؤها على الاشتراك، بل في بعض الصور يمكن أن يقال: إنّ يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فاخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، وان احتمل ان يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وانّه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده، وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله ايضاً مقدار نعم في بعض الصور لا يعدّ يده مشتركة ايضاً، فالتمسّك باليد بقول مطلق مشكل، ثمّ إنّ جميع ما ذكر إنّما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور امارات الموت مفرطاً، وإلاّ فلا إشكال في ضمانه.

حيث قال: «... لوجود العين».

لا يخلو عن قوة: بل عدم الضمان اقوى ايضاً فان استصحاب اليد لا يزيد على اليد المتيقنة وقد مرّ حاله مع ان استصحاب بقاء اليد مع الشك في بقاء العين يحتاج الى استصحاب آخر في ابقائه لئلا يكون بلا موضوع وهو بلا اثر لعدم كونه موضوع الدليل مع ان الضمان لا يترتب على اليد على ما مر بل على التقصير، واستصحاب وجوب الردّ تكليفي لا يثبت الضمان ولا تكليف غيره مع انه تعليقي اي معلق على المطالبة لعدم تسلم وجوب الردّ بلا مطالبة من المالك مع ما مرّ من ان الردّ في نفس العين ولا يشمل البدل.

حاكم: مرّ عدم جريانه.

مشتركة: ذلك فيما يكون يدان كالصندوق المشترك أو فيما يكون غير ماله اكثر من ماله بكثير بحيث يسقط يده عند العقلاء عن اعتبار الملكية وان كانت معتبرة ولاية أو غيرها، نظير السارق الذي يكون السرقة شغله ولا شغل له غيرها، بخلاف المقام ومتساوي المالين.

وان احتمل: وحينئذ فاجراء حكم اليد السابق على يده على هذه الاموال ممنوع.

المسالة ٢: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز، وانّه لو علّقها على امر متوقّع بطلت، وكذا لو علّقها على امر حاصل إذا لم يعلم بحصوله، نعم لو علّق التصرّف على امر صحّ، وإن كان متوقّع الحصول، ولا دليل لهم على ذلك إلاّ دعوى الاجماع على انّ اثر العقد لابدّ ان يكون حاصلاً من حين صدوره، وهو إن صحّ إنّما يتمّ في التعليق على المتوقّع، حيث إنّ الاثر متاخّر، وامّا التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التاخير، بل في المتوقّع ايضاً إذا أخذ على نحو الكشف بان يكون المعلّق عليه وجوده الاستقباليّ لا يكون الاثر متاخّراً، نعم لو قام الاجماع على اعتبار العلم بتحقّق الاثر حين العقد تمّ في صورة الجهل، لكنّه غير معلوم، ثمّ على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرّف ونفوذه من جهة الاذن، لكن يستحقّ حينئذ أجرة المثل لعمله، إلاّ ان يكون الاذن مقيّداً بالصحّة فلا يجوز التصرّف ايضاً.

المسالة ٣: قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، وامّا العامل فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحقّ الغرماء، نعم بعد حصول الربح منع من التصرّف إلاّ بالاذن من الغرماء، بناء على تعلّق الحجر بالمال الجديد.

المسالة ٢: ... التنجيز: ما ذكروه احوط، ولا يترك، وان كان لجواز التعليق في العقود الجائزة الاذنية وجه وجيه ولا باس به في خصوص الوكالة (الوكالة للتعارف فيها فان الوكالة المعلقة على عدم رجوعه عن السفر مثلاً كثيرة متعارفة بلا نكير، ومنها الوكالة للطلاق لو ابتلى الرجل بامور مذكورة في دفاتر المحاضر الرسمية مع ان المتيقن من الاجماع هو العقود اللازمة بناءً على ثبوت الاجماع ولا يبعد وهو المناسب لما يقال من احتمال كون وجه الحكم عند المجمعين منافاة التعليق لتحقق المعاقدة عند العقلاء (كما قال البروجردي (قدس سره) لعدم توقع المعاقدة القطعية من العقود الجائزة، ومن هنا يمكن ان يتشكك في الاجماع بان المعلوم هو الاتفاق لا الاجماع المصطلح وان كان قد احتاط الاستاذ مطلقاً سيما في المضاربة، ولعله لتصريح جمع بالاجماع فيها وبعضهم صرحوا بعدم الفرق بين العقود اللازمة والجائزة).

المسالة ٣: ... بالمال الجديد: لكنه ممنوع إلاّ اذا تعرض حكم الحاكم بالحجر للمنافع الآتية ايضاً، ثم ان حصول الربح غير كاف في المنع من التصرف بل بعد تمام العمل والقسمة. (فان الحجر لا يتعلق بما ياتي وان كان ملاكه اي طلب الغرماء محفوظاً لكنه يحتاج الى حكم الحاكم، نعم اذا تعرض لما ياتي فالاوجه وقوع الحجر، والاكثر تعرضوا لوهن المبنى ولم يستثنوا صورة تعرض الحاكم لما ياتي لكن الاظهر

المسألة ٤: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مرّ أو الجنون أو الاغماء كما مرّ في سائر العقود الجايزة وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو ادوارياً، وكذا في الاغماء بين قصر مدّته وطولها، فإن كان إجماعاً وإلاّ فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الادواريّ والاغماء القصير المدّة فغاية الامر عدم نفوذ التصرّف حال حصولهما، وأمّا بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامل وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً إذا كان بعد حصول الربح إلاّ مع إجازة الغرماء.

المسألة ٥: إذا ضارب المالك في مرض الموت صحّ وملك العامل الحصّة وإن كانت ازيد من أجرة المثل على الاقوى من كون منجّزات المريض من الاصل بل وكذلك على القول بأنّها من الثلث، لانه ليس مفوّتاً لشيء على الوارث إذ الربح امر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك وإنّما حصل بسعي العامل.

عدم المنع من الشمول حينئذ. ووفاقاً للاستاذ في عدم كفاية حصول الربح للمنع من التصرف لان دليل الحجر لا يشمل لمثل المقام مما يكون الربح للمالك وانما يتحصل له بعد القسمة ولو قلنا بمالكية العامل بصرف الظهور بالنسبة فهو ممنوع التصرف الخاص أي لنفسه ويتصرف في مال المضاربة غاية الامر ان يقال المضاربة باقية لكنه ممنوع التصرف في حصته من الربح بدون اجازة الغرماء).

المسألة ٤: ... ان يقال: لا يترك الاحتياط في الجنون مطلقاً والاغماء اذا كان طويل المدة (لبطلان الاذن في الجنون وكذا في الاغماء الطويل مدته فلا دليل شرعاً ولا عقلائياً على بطلان الاذن مطلقاً في الاغماء. كما لا دليل على مبطلية رأي المجتهد اذ يصدق الرجوع على الشخص إلاّ في الاغماء الطويل كستة أشهر مثلاً ولو كان الملاك هو فعلية الراي لم يصدق حتى في النوم، وقد استبعد الاستاذ التصرف حال الاغماء المفروض في كلام الماتن ولا اشكال ظاهراً لامكان التصرف بلا ارادة.

السفه لاحدهما: السفه في المالك يوجب الحجر وأما في العامل فلا، نعم يناقض غرض المضاربة معمولاً.

بعد حصول الربح: في حصته خاصة تصرفاً مخصوصاً بها.

المسألة ٥: ... مفوتاً لشيء: لا تاثير لذلك لوجود الربح في ظرف حصوله لكن منجزاته من الاصل فلا منع.

المسألة ٦: إذا تبيّن كون راس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً او جاهلاً بكونه ليس له فان تلف في يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كلّ منهما فان رجع على المضارب لم يرجع على العامل وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلاً على المضارب وإن كان جاهلاً أيضاً لانّه مغرور من قبله وإن

المسألة ٦ : ... تبين: لا يريد موضوعية التبين بل هو طريق وحكم الضمان مترتب على واقع الامر (فاشكال الاستاذ غير واضح).

... خسران: فرض الخسران يستلزم اجازة المعاملة وحينئذ فهو راض وليس له الرجوع بالخسران واما اجازة المعاملة الخاسرة وطلب الخسران فلا دليل يجوزه في الفضولي، ثم اذا كان التلف عند المشتري يكون ضامناً ايضاً كالمضارب والعامل ولكن القرار على الغارّ.

لم يرجع على العامل: ان كان العامل مغروراً من قبله وكان التلف بلا تقصير منه.

مغرور من قبله: (وفاقاً لغير واحد وخلافاً للخوئي حيث استشكل هنا وفي الابحاث الماضية في اصل قاعدة الغرور واورد نقضاً بانه اذا غرّ زيد عمراً في اعلامه القيمة العليا في البلد الفلاني فهل يرجع عمرو على زيد اذا ذهب بمتاعه الى ذلك البلد فتضرر؟! وخلافاً للخونساري والگلپايگاني و... فالزموا علم الغار فلا يرجع العامل الجاهل على المضارب الجاهل. لكن الظاهر ان الغرور هنا لا ينافي جهل الغار اثباتاً ولا ثبوتاً كما ان المراد من الغرور التسبيب منه لا كل غرور، فمجرد اعلام امر على خلاف الواقع لا يوجب الضمان عند العقلاء بل التسبيبي من الغرور كدفع شيء ليعمل به مع اعلام امر على خلاف الواقع أو سكوت معناه ذلك، علم بالحال او جهل، فان ذلك كله موجب للضمان عند العقلاء ارتكازياً وسيرة فيراد بالغرور في هذه المقامات عمل سببي معاملي أو غيره يوجب ايقاع الغير في خلاف الواقع وبتعبير آخر غرور واغراء عملي بالخلاف بحيث ينسب الخلاف اليه عند العقلاء. ولم يردع عنه بل في الشريعة تلويحات اليه.

ثم الدليل على قاعدة الغرور الاجماع المدّعى والنبوي المشهور وان لم نجده في كتبهم الروائية وكذا في اكثر كتبهم اللغوية، نعم رواه ابن اثير في النهاية كما رواه

حصل ربح كان للمالك إذا اجاز المعاملات الواقعة على ماله وللعامل أجرة المثل على المضارب مع جهله

صاحب الجواهر (قدس سره) في الغصب والكركي في حاشية الارشاد ـ وبناء العقلاء، والمهم هو الروايات مثل ١/ ٧ العيوب والتدليس و٢/ ٢ والظاهر انها المراد من ٢ و١/ ١٣ و١/ ١٤ الشهادات و٨٨ نكاح العبيد والاماء و ٥ و١٨/٩ العتق وان لم يذكر الخدعة والتدليس والغرور فيها وفاقاً للحكيم (قدس سره) في ج ١٣ : ٢١٨ مستمسكه بيع الاستاذ (قدس سره) في ٢ : ٣٣٤.

ثم انه قال الخوئي (قدس سره) : المسالة كما في المتن وان ضعف دليله اي قاعدة الغرور لان العامل في المقام مثلاً بأدائه العوض صار مالكاً للمال في ذمة المضارب لان العامل بصرف الاداء يصير مالكاً للمال لتحقق معاملة قهرية بين مال المالك وعوضه المأخوذ من العامل فيصير مال المالك للعامل بأخذ العوض فهذا المال الذي للعامل يطلبه من المضارب لوقوع يده عليه هذا خلاف كلامه في شرحه هنا وذكر ان تفصيله في بحث تعاقب الايادي.

ولكنه منظور فيه، اذ يد المضارب كان قبل هذه المعاملة القهرية وكان المال عندئذ مال المالك لا العامل والمالك الآن غير مطالب ولم يكن يد من المضارب على مال العامل وان اريد وقوع اليد على هذه المال الخارجية وان لم تكن مال العامل حينئذ فلازمه ضمان مال واحد لجميع إلاّ ناسي السّابقين لوقوع المال تحت يدهم وايضاً هو (مد ظله) يصرّح بعدم ضمان الأيادي السابقة بل المتأخرة، لاداء المتقدم المال اليه ثم انه التفت. وقال: ان قلت: المضارب ادّى المال الى العامل فلا ضمان كما قلتم. قلت: نعم، هو سلّم المال اليه ولكن بعنوان عدم الضمان لو تلف نظير احضار الطعام عند الضيف ... ، وفيه: ان ذلك يدفع اشكال اداء المضارب المال اليه يعني ان ادائه لا ينفع، ونحن نسلم لكن عدم نفع الأداء غير الضمان فما الموجب لضمان المتقدم للمتأخر؟ فدليل المسالة ليس ما ذكره بل ما ذكره الماتن اي الغرور).

اجرة المثل: لازم ما يذكر في صورة عدم الرّبح تقييد اجرة المثل بما لم تكن ازيد من حصته من الربح وقد مرّ الفرق بين صورة التقييد بالمضاربة وتعدد المطلوب ومرّ امكان ذلك في العامل ايضاً كالمضارب وان في صورة التقيد لا دخالة لإقدامه على

والظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه مع عدم حصول الربح لأنه اقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بانه ليس له لكونه متبرعاً بعمله حينئذٍ.

المسألة ٧: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط ولكن لكلّ منهما فسخه بعده والظاهر انّه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بان يشترط عليه ان يتّجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على ان يكون الربح بينهما نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم وحينئذٍ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما في الوكالة.

الحصة الخاصة من الربح وعلى المجانية في صورة عدم الربح فله اجرة المثل تامة. كما مرّ ان الاجرة انما هي اذا كان العمل بأمر المضارب لا بصرف اعتقاده صحة المضاربة. ومرّ ايضاً ان العلم بالفساد لا يوجب التبرع اذا كان العمل بأمر من المضارب فله الاجرة اذا كان بأمر من المضارب ما لم يظهر التبرع.

المسألة ٧: ... اشتراط المضاربة: يريد اشتراط ايقاع عقدها اي شرط الفعل وان كان فرضاً نادراً فان المتعارف اشتراط حقيقة المضاربة بنحو شرط النتيجة، ويجب الجري عليها عملاً بالشرط ولو لم يعمل بالشرط يكون الخيار للشارط. (والبروجردي (قدس سره) منع تحقق حقيقتها بالاشتراط بنحو شرط النتيجة، وفيه ان اشتراط حقيقتها بنحو شرط النتيجة فانه عقلائي والملاك في تحقق العقود وأسبابها سيرة العقلاء ما لم يردعها الشارع نعم يشكل أو يمنع في العقود التي لا تقبل الانشاء التبعي كالوقف والطلاق والنكاح وقد يشك في كون عقد مما يقبل الانشاء التبعي أولا فلا يتحقق ايضاً للشك في القابلية بخلاف العقود الاذنية كالمضاربة والعارية والوكالة فانها مما تقبل الانشاء التبعي بحسب سيرة العقلاء).

اشتراط عمل المضاربة: في العبارة نوع غموض فهل المراد اشتراط حقيقة المضاربة أو اشتراط عمل خارجي فعلي الثاني يصح لكنه ليس شرط المضاربة وانما هو شرط العمل ولا دليل على اشتراطه بشرائط المضاربة ولا يقبل الفسخ لعدم كونه عقلاً، نعم لو لم يعمل المشروط عليه يكون للشارط خيار الفسخ، وأما الاول فاشتراط حقيقة المضاربة يكون من المضاربة وتحققها بنحو شرط النتيجة ويجري فيه الفسخ ولو فسخ يكون للطرف الآخر الخيار.

المسألة ٨: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة كان يقول إذا اتّجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة ولا يلزم ان يكون جامعاً لشروط المضاربة فيجوز مع كون راس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون راس المال من غير النقدين.

المسألة ٩: يجوز للاب والجدّ الاتّجار بمال المولّى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها بل مع عدمه ايضاً بان يكون بمجرّد الاذن منهما وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على ان يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل وكذا يجوز ذلك للوصيّ في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال.

المسألة ٨: ... جعالة تفيد: ان لم نشترط معلومية مقدار الجعل في الجعالة وهو محل اشكال، نعم يصح عقداً مستقلاً اذا لم يكن غررياً (ثم الظاهر ان الفرق بين المضاربة والجعالة في تفاوت المهية عرفاً وفي قطعية الاولى واشتمال الثانية على الشرطية، وفي كون الاولى عقداً حتماً واحتمال كون الثانية ايقاعاً قوياً، وفي تعيّن القابل في الاول وعدم التعين في الثانية، واما تمليك المعدوم فالظاهر كونهما كذلك بلا فرق خلافاً للخوئي (قدس سره) كما ان جهالة مقدار الحصة خارجاً في المضاربة وتعين الجعل في الجعالة غير معلوم وان كان لا يبعد لزوم التعين).

من غير النقدين: (خلافاً للخوئي (قدس سره) حيث استشكل في المسألة بناءً على لزوم النقدين في المضاربة، وفيه انه بناءً على كونه جعالة او عقداً مستقلاً لا مضاربة فلا دليل على لزوم ذلك).

وكذا في المضاربة المشروطة: كانه يريد عمل المضاربة كما مرّ منه لكنه ليس من شرط النتيجة ولو اراد حقيقة المضاربة كما هي ظاهر العبارة فيشترط فيها جميع شرائط المضاربة لعدم الفرق إلّا في صيغة الانشاء.

المسألة ٩: ... بايقاع عقدها: اي لنفسه (خلافاً للعلامة في القواعد فلم يجوّز ذلك).

بمجرد الاذن: اي قصد كون الاتجار بنحو المضاربة واما الاذن لنفسه فلا معنى له، وحينئذ فنقول لا يتحقق المضاربة بصرف النية إلّا ان يريد المضاربة المعاطاتية.

والمصلحة: ويعتبر ذلك في عمل الجد والاب ايضاً.

المسالة ١٠ : يجوز للاب والجدّ الايصاء بالمضاربة بمال المولّى عليه بإيقاع الوصيّ عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصّة من الربح أو إيكاله إليه وكذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة في حصّة القصير من تركتهما باحد الوجهين كما انّه يجوز ذلك لكلّ منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه بان يتّجر الوصيّ به او يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصّة الميت في المصارف المعيّنة للثلث بل وكذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة إلى حصّة الكبار ايضاً ولا يضرّ كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدّة

المسالة ١٠ : ... يجوز : في مورد الصغار فقط مع كون الوصي هو العامل بلا فرق بين كون الموصى به ايقاع العقد أو الاتجار أو عدّ نفس الايصاء مضاربة، وكان الحصّة معلومة عند الايصاء (خلافاً للخونساري والسيد جمال(قدس سرهما) نظراً الى عدم شمول ادلة الولاية والوصاية لما بعد الموت في مال الغير لكن النصّ موجود وهو ١ و٢/٩٢ احكام الوصايا. والنصّ في الايصاء بالاتجار لا الايصاء بالمضاربة، فالمتيقن من تأثير الاذن في هذه الوصية ما اذا كان متعلق الاذن عمل الوصي نفسه بالتجارة على نحو المضاربة لا المضاربة مع غيره. لكن كان على المانعين تجوز الايصاء لايقاع العقد لنفسه مقدمة للعمل لعدم الفرق يقيناً في العرف بين الايصاء بالاتجار مضاربة وبين الايصاء بايقاع عقد المضاربة اذا كان مقدمة للعمل ولنفس الوصي فان الفرق بينهما كالفرق بين المضاربة العقدية والمعاطاتية. وعمّم الخوئي (قدس سره) النص بالنسبة الى عقد المضاربة والاتجار مطلقاً نظراً الى عموم التعليل اي الاذن وهو حيّ وفيه عدم العموم بالنسبة الى مضاربة غير الوصي، نعم بالنسبة الى الاتجار او عقد المضاربة للاتجار كذلك.

وكيف كان فالحق ان دليل الولاية العامة قاصر لما بعد الموت ودليل الوصاية قاصر لمال الغير فالعمدة هو النصّ، وظاهر ذيل صحيح محمد بن مسلم ١/٩٢ كون جواز ذلك من باب توسعة الولاية لكن لشخص الوصيّ وفي مورد الصغير ولا يمكن اخذ الاطلاق بالنسبة الى الكبير. واما المال فهو اعم للاطلاق بل لظهور الايصاء وإلاّ فلو كان المال حاضراً كان جزم المضاربة فعلاً احسن ولا أقل من ترك الاستفصال. بل يحتمل شمول دليل الولاية ايضاً لامور الصغار لما بعد الموت بل لكل مصالح الاولاد ومنها تقسيم المال لئلاّ يكون بعداً فيه اختلاف كما هو المرسوم بين الناس فتأمل).

حصة الكبار : فيه منع، وكذا بالنسبة الى ما بعد البلوغ في القصير (لعدم اطلاق

لانّه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها كما انّ الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير فانّ له ان يفسخ او يجيز وكذا يجوز لهما الايصاء بالاتّجار بمال القصير على نحو المضاربة بان يكون هو الموصي به لا إيقاع عقد المضاربة لكن إلى زمان البلوغ او اقلّ واما إذا جعل المدّة ازيد فيحتاج إلى الاجازة بالنسبة إلى الزائد ودعوى عدم صحّة هذا النحو من الايصاء لانّ الصغير لا مال له حينه وإنّما ينتقل إليه بعد الموت ولا دليل على صحّة الوصيّة العقديّة في غير التمليك فلا يصحّ ان يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت مدفوعة بالمنع مع انه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضيّة ابن ابي ليلى وموثّق محمّد بن مسلم المذكورين في باب الوصيّة وامّا بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصيّة وهو الاتّجار فيكون ضرراً عليهم من حيث تعطيل حقّهم من الارث وإن كان لهم حصّتهم من الربح خصوصاً إذا جعل حصّته اقلّ من المتعارف.

المسألة ١١ : إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر.

المسألة ١٢ : إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثمّ فسخ احد الشريكين هل تبقى بالنسبة إلى حصّة الآخر او تنفسخ من الاصل وجهان اقربهما الانفساخ نعم لو كان مال كلّ منهما متميّزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

المسألة ١٣ : إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به إلى سنة مثلاً فان تلف ضمن ولا يستحقّ

للدليل يشمل الكبار، ان قلت: ترك الاستفصال دليل، قلت: اذا لم يكن بصدد بيان امر آخر وهو عدم مانعية موت الولي والوصي).

لأنه منجبر: اذا كان ضرراً فلا يصح لعدم جواز اضرار الغير والجبران لا يرفعه، والعمدة ان الكلام ليس في وجود المانع بل في عدم المقتضي. (لعدم اطلاق في ادلة الوصاية وكذا في النص الخاصّ).

الاجازة بالنسبة الى الزائد: الاحوط تجديد القرار (للزوم تركب العقد حينئذ من فضولي وولاية ومنع الگلپايگاني (قدس سره) صحته والزم تجديد العقد ولعلّه كذلك).

المسألة ١١ : من غير تقصير: حتى من جهة الردّ.

المسألة ١٢ : الانفساخ: بل عدم الانفساخ اقوى (وفاقاً لغير واحد لتعدد المالكين وصرف الاشاعة لا يوجب الانفساخ جبراً على المالك الآخر فانه بلا دليل).

المسألة ١٣ : وترك التجارة: بلا عذر مع كون الاذن في اخذ المال مقيداً بالتجارة

المالك عليه غير أصل المال وإن كان آثماً في تعطيل مال الغير.

المسألة ١٤ : إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكلّ ربح حصل يكون بينهما وإن حصل خسران بعده أو قبله أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق او بالعكس فالظاهر الصحّة وربما يستشكل بانه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى.

المسألة ١٥ : لو خالف العامل المالك فيما عيّنه جهلاً او نسياناً أو اشتباهاً كما لو قال لا تشتري الجنس الفلانيّ او من الشخص الفلانيّ مثلاً فاشتراه جهلاً فالشراء فضوليٌّ موقوف على إجازة المالك وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره فانه بمنزلة النهي عنه ولعلّ منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك وكذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة التجارة بان اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لو عرض على التجّار حكموا بخطاه.

كما هو المتعارف. (اذ لو لم يكن الاذن مقيداً كان يده امانة. كما أن مثال السنة انما هو فيما لم يكن لمصلحة التجارة).

غير اصل المال: إلاّ اذا اشترط في العقد شيئاً اذا ترك العمل (لعموم ادلة الشروط).

المسألة ١٤ : كما ترى: مشكل (وان امكن القول بانّ قوله ﷺ: الربح بينهما والوضعة على المال، انما هو بحسب طبع المعاملة فلا يمنع نفوذ الشرط، لكن نقول: اذا كان طبع المعاملة كذا على الاطلاق للاطلاق فالشرط خلاف الشرع كما مرّ سابقاً).

المسألة ١٥ : فضولي: هذا مقتضى القاعدة لو كان التعيين على وجه التقييد لكن الروايات الواردة في حكم مخالفة العامل الحاكمة بكون الربح بينهما والوضيعة على العامل مطلقة لصورة الشرط والقيد والعمد والجهل فالاظهر ذلك (١/ المضاربة، والاجماع في المسألة، نعم المشهور على ما في المتن وحملوا الروايات على صورة الشرط أو العمد ولا وجه له للاطلاق).

من ينعتق: لعدم امكان الاسترباح فلا يمكن المضاربة حتى مع اذن المالك.

مخطئاً: خطأ غير متعارف ينصرف الاذن عنه ولا يقبل منه انه راعى المصلحة فهذا حكم في مقام الاثبات واما واقع الضمان فمترتب على رعايته المصلحة وان اخطأ.

المسالة ١٦ : إذا تعدَّد العامل كان ضارب اثنين بمأة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً او متفاضلاً فإمّا أن يميّز حصّة كلّ منهما من راس المال كأن يقول على ان يكون لكلّ منه نصفه وإمّا لا يميّز فعلى الاوّل الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر إلاّ مع الشرط لانه بمنزلة تعدُّد العقد وعلى الثاني يشتركان فيها وإن اقتسما بينهما فاخذ كلٌّ منهما مقداراً منه إلاّ أن يشترطا عدم الاشتراك فيها فلو عمل احدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر بل لو عمل احدهما وربح ولم يشرع الآخر بعد في العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكاً وإن لم يصدر منه عمل لانّه مقتضى الاشتراك في المعاملة ولا يعدُّ هذا من شركة الاعمال كما قد يقال فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة كما أنَّ النظير داخل في عنوان الاجارة.

المسالة ١٧ : إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة فاشترى نسيئة وباع كذلك فهلك المال فالدين في ذمّة المالك وللدبّان إذا علم بالحال او تبيّن له بعد ذلك الرجوع على كلّ منهما فان رجع على

المسالة ١٦ : عدم اشتراكهما : إلاّ اذا اشترط توافقهما بحيث لا ينفذ المعاملات إلاّ برضاهما (فانهما حينئذ بمنزلة عامل واحد. ثم ان المضاربة مع اثنين وان لم تكن مشمولاً لظاهر الروايات لكنها عرفي عقلائي ممضاً بعدم الردع، والظاهر عدم تعبد في المسالة).

إلاّ مع الشرط : الظاهر عدم صحة هذا الشرط فلا يوجب الاشتراك إلاّ اذا اريد اشتراط اعطاء قدر من ربحه او جبر خسران الآخر بنحو شرط الفعل، بل وكذا اذا اريد تمليك مقدار من ربحه أو تقبل خسران الآخر بنحو شرط النتيجة. (خلافاً للخوئي (قدس سره) في شرط النتيجة، واما عدم صحة الشرط المذكور فلعدم كون الشرط مشرعاً فلا معنى لشرط اشتراك مضاربة مع اخرى من الاول اذا كانا مستقلين إلاّ اذا اريد بذلك جعلهما عقداً واحداً ومعاملة واحدة).

يشترط عدم الاشتراك : لا تاثير لهذا الشرط بلا اذن المالك ومعه لابد ان يكون المراد جعلهما مضاربتين جمعتا في انشاء واحد.

يكون الآخر شريكاً : اذا كان عدم شروعه في العمل عن مصلحة المضاربة ولم يكن بناء عرفي على لزوم العمل لتحصيل الربح.

المسالة ١٧ : نسيئة : (واحتاط الگلپايگاني (قدس سره) بترك المعاملة النسيئة في المضاربة كما اسند الى المشهور لزوم المعاملة بالعين، وفيه : ان الدليل اي ١ / ٥ المضاربة، في راس المال اي الابتداء لا الاستدامة، والمضاربة ليست تأسيسية من الشرع مالم يدل الدليل).

العامل وأخذ منه رجع هو على المالك ودعوى أنّه مع العلم من الأوّل ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمّته مدفوعة بأنّ مقتضى المعاملة ذلك خصوصاً في المضاربة وسيّما إذا علم انه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير انّه من هو ومن أيّ بلد ولو لم يتبيّن للديّان انّ الشراء للغير يتعيّن له الرجوع على العامل في الظاهر ويرجع هو على المالك.

المسألة ١٨ : يكره المضاربة مع الذمّي خصوصاً إذا كان هو العامل لقوله ﷺ لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمّي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودّة وقوله ﷺ إنّ امير المؤمنين ﷺ كره مشاركة اليهوديّ والنصرانيّ والمجوسيّ إلّا ان يكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم ويمكن ان يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

المسألة ١٩ : الظاهر صحّة المضاربة على ماة دينار مثلاً كلّياً فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصيّة فيجوز إيقاعهما العقد على كلّي ثمّ تعيينه في فرد والقول بالمنع لانّ القدر المتيقّن العين الخارجيّ

مدفوعة: كدعوى عدم جواز رجوعه الى المالك بدعوى ان العامل طرف المعاملة، وفيه: ان العامل وكيل واذا علم طرف المعاملة ذلك يكون اعتبار المعاملة بالاصالة مع الموكل. نعم، العامل وكيل ومع ذلك شريك، ولذا يكون مسئولاً ويرجع اليه ايضاً في العرف، واعتبار المضاربة ليس تأسيساً من الشرع فما لم يردع عن خصوصياته كانت ممضاة.

المسألة ١٨ : ... **ويمكن**: فيه منع (لعدم تيقن كون الملاك عدم التجنب عن الحرام مطلقاً في١ و٢/٢ الشركة).

المسألة ١٩ : **ضعيف**: فيه اشكال، فلا يترك الاحتياط (لعدم صدق المال عليه إلّا اذا كان في الذمة، اي ذمة الغير لا ذمة نفسه لنفسه كما في المضاربة لعدم الخروج عن ملكه. والادلة بلسان المال، والشهرة ايضاً على اعتبار العين، مع ان ١/ ٥ المضاربة دل على الاشكال في الدين ايضاً حتى يقبض، وقد مرّ. ومن البعيد التعبد في خصوص الدين وان امكن الفرق بأن الدين غير معلوم الوصول والكلي واصل اذا كان بصدد التعيين، ثم قد مرّ سابقاً احتمال كون الحديث بصدد احتمال الربا حينئذ بعد العلم لعدم مال للمديون حتى يتجر به، وكيف كان اذا التفت الى ان المضاربة جائزة ولم ينقد المالك مالاً ولم يسلّمه الى العامل فبأي شيء الآن وقع المعاملة؟ وبعبارة اخرى: العقلاء لا يعتبرون هذا العقد معاملة جداً مالم ينقد. هذا مع

من النقدين ضعيف وأضعف منه احتمال المنع حتّى في الكلّي في المعيّن إذ يكفي في الصحّة العمومات «متمّم العشرين» لو ضاربه على الف مثلاً فدفع إليه نصفه فعامل به ثمّ دفع إليه النصف الآخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر لانه مضاربة واحدة وامّا لو ضاربه على خمسماة فدفعها إليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسماة أخرى فالظاهر عدم جبر خسارة إحداهما بربح الأخرى لانّهما في قوّة مضاربتين، نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة.

(فصل في أحكام الشركة)

وهي عبارة عن كون شيء واحد لإثنين او أزيد ملكاً او حقّاً وهي «إمّا واقعيّة قهريّة» كما في المال او الحقّ الموروث وإما واقعيّة اختياريّة من غير استناد إلى عقد كما إذا أحيى شخصان ارضاً مواتاً بالاشتراك

عدم كفاية العمومات في تحقق عنوان المضاربة، ولزوم كون المضاربة على المملوك ومن المالك ولا مملوك حينئذ، وقال آقا ضياء (قدس سره): لا يفيد العمومات اصلاً لان الشك اذا كان في محتمل التقويم لم يصدق العنوان المأخوذ موضوعاً للعموم وإلاّ فعدم الردع كاف، وفيه: ان عدم الردع يحتاج الى كون العمل بمرأى من الشارع، وايضاً عدم الردع لبّى لا لسان اطلاق وعموم له، ولا ريب في فائدة العموم والاطلاق في بحث التخصيصات).

المسالة ٢٠ : فالظاهر عدم جبر اذا كان مستقلاً كما اذا كانت الجهات مختلفة بخلاف ما اذا اريد تتميم ما سبق فالمجموع حينئذ مضاربة واحدة يجبر احدهما بالاخرى من حين التتميم، فانه بحكم فسخ الاولى وانشاء مضاربة جديدة.

(احكام الشركة)

لاثنين: اي على الاشاعة (لئلاّ يرد النقض بالبيت الواحد اذا كان خشبه لزيد وآجره لعمرو. والأحسن في التعريف ان يقال: هي الاجتماع في ملك أو حق، لنقص التعريف المشهور: اجتماع حقوق الملاك ... الخ، لعدم شمول اجتماع الملك بل حقوق الملك فقط، والاختصاص بذكر الملاك مع جواز شركة حق الخيار مثلاً، ولو اريد الاعم من الملك كان خلاف الظاهر وغير ذلك، ونقص تعريف مثل ابن قدامة في المغني: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف، فان التصرف متفرع لانفسها وعدم شمول جمع الملاك ايضاً).

أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً وإما ظاهرية قهرية كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبيّ بحيث لا يتميّز أحدهما من الآخر سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو دهن اللّوز بدهن الجوز أو الخلّ بالدبس وإمّا ظاهرية اختيارية كما إذا

ظاهرية قهرية: المراد منها الحكمية وهذا هو الثابت في المقام (لعدم وجه للشركة الحقيقية، وصرف حكم العرف بالوحدة لا يكفي في ذلك لو سلم انه ليس على التسامح فان الوحدة اذا كانت بمنزلة الحيثية التعليلية نظير تطهير الماء المتنجس بالمزج بالكر، فالموضوع اي المتنجس غير موجود واقعاً، واما اذا كانت بمنزلة الحيثية التقييدية نظير تطهير البول بالمزج بالكر فالبول واقعاً موجود فالطهارة انما هي مادامت الوحدة وفي امثال ذلك، الظاهر بقاء الحكم لو فرض العلم بانفكاك الموضوع كالنجاسة لو فروض العلم بالانفكاك (على فرض كالمحال) وانفصال اجزاء الشركة هنا كذلك فالاجزاء باقية على ملك المالك القبلي والحكم بالشركة انما هو من باب حلّ المشكل حيث لا يمكن القرعة ولا الاجبار على الصلح بلا قانون الزاميّ. فبالحقيقة الشركة هنا حكمي ظاهره من باب الاحكام القضائية لكن لا يحتاج الى الرجوع الى الحاكم لوضوح موضوع الترافع وحكم القاضي ايّ قاض. فيحكم العرف ايضاً هنا بالشركة ظاهراً لذلك، واذا فرض انفكاك الاموال فيظهر الملك الواقعي، ثم ان حكم العرف بالشركة هنا حكم بنائي عقلائي ممضى بعدم الردع بالارتكاز، ولو فرض عدم شيوع مثله زمن المعصومين عليهم السلام.

ومما ذكرنا ظهر عدم كفاية صرف الوحدة خلافاً للخوئي والاستاذ و... ثم ان مراد السيد (قدس سره) من التمييز ان كان ذهناً فهو لا يكفي لنفي الشركة وان اريد خارجاً بعسر فكذلك كطن الحنطة بطنّ الارز او الشعير او الحنطة بلون آخر وان اريد خارجاً بسهولة فلا قرعة ولا صلح قهري ولا شركة بل يتمييز ويرجع كل الى مالكه، ثم ان الصلح القهري اي حكم الحاكم بالصلح معناه اجبارهما على الصلح فاذا لم يكن قانون للصلح الجبري فما معناه؟ هو الصلح الاختياري بلا قانون لا الجبري؟! فهذا مربوط بإرادة المكلف وليس حكماً شرعياً. وقال البهبهاني (قدس سره): «المراد قانون العدل والانصاف» لكنه بعيد عن العبارة، نعم هو صحيح لكن مفاده هنا الشركة الحكمية ولا يجري في التمييز بسهولة).

مزجا بإختيارهما لا بقصد الشركة فانَّ مال كلّ منهما في الواقع ممتاز عن الآخر ولذا لو فرض تمييزهما اختصَّ كلٌّ منهما بماله وامّا الاختلاط مع التميز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهريُّ او القرعة وإمّا واقعية مستندة إلى عقد غير عقد الشركة كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها وإمّا واقعية منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه ويسمّى عندهم بالتشريك وهو صحيح لجملة من الاخبار وإمّا واقعية منشأة بتشريك كلّ منهما الآخر في ماله ويسمّى هذا بالشركة العقديّة ومعدود من العقود ثمَّ إنَّ الشركة قد تكون في عين وقد تكون في منفعة وقد تكون في حقّ وبحسب الكيفية إمّا بنحو الاشاعة وإمّا بنحو الكلّي في المعين وقد تكون على وجه يكون كلٌّ من الشريكين او الشركاء مستقلاً في التصرُّف كما في شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس والموقوف عليهم في الأوقاف العامّة ونحوها.

المسالة ١: لا تصحُّ الشركة العقدية إلّا في الاموال بل الاعيان فلا تصحُّ في الديون فلو كان لكلّ

أو القرعة: (لانها لكل امر مشتبه أو مشكل، ولا وجه لإشكال الخوئي (قدس سره) في الشرح بانها للمشتبه ولا اشتباه في المقام، اذ القرعة للمشكل ايضاً كما للمشتبه، والاشكال هنا عسر الانفكاك أو تعذره).

منشأة بتشريك: (أي الشركة حاصلة من نفس العقد وان لم يحصل الامتزاج، كما ان اباحة التصرف امر آخر منوط بتصريح كل منهما، فما في عبارة القواعد وغيره من ان الصيغة دالة على الاذن في التصرف ليس على ما ينبغي).

من الاخبار: (كصحيحي هشام والحلبي٢ و١/١ الشركة).

الكلي في المعين: في الحكم بالشركة فيه اشكال بل منع لعدم الاشاعة، نعم لا بأس بالتسمية نظراً الى التداخل وعدم الامتياز.

شركة الفقراء: الفقراء مصارف، ولو فرض الملكية فهي للجنس لا الافراد، وكذا السادة، واما الوقف العام فلا ملكية حتى للجنس إلّا في الوقف بنحو الملكية لكنه ايضاً ملك الجهة لا الفرد.

المسالة ١: في الديون: لكون حقيقة الشركة حينئذ معاوضة دين بدين حصة، وقد نهى في الشرع عنها بلا اختصاص بالبيع، وأما ما استند اليه الگلپايگاني (قدس سره) من لزوم اشتراك منفعة دين احدهما بينهما فلا قدح فيه لإمكان الالتزام به، نعم لو قلنا بوجوب المزج في الشركة فلا امتزاج في الديون لكنه ممنوع.

منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كلّ منهما بينهما لم يصحّ وكذا لا تصحّ في المنافع بأن كان لكلّ منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على ان يكون منفعة كلّ منهما بينهما بالنصف مثلاً ولو ارادا ذلك صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلاً وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار وكذا لا تصحّ شركة الاعمال وتسمّى شركة الابدان ايضاً وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كلّ منهما مشتركاً بينهما سواء اتّفق عملهما كالخياطة مثلاً أو كان عمل احدهما الخياطة والآخر النساجة وسواء كان ذلك في عمل معيّن أو في كلّ ما يعمل كلٌّ منهما ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح احدهما الآخر نصف منفعته المعيّنة أو منافعه إلى مدّة كذا بنصف منفعة او منافع الآخر أو صالحه نصف منفعته بعوض معيّن وصالحه الآخر ايضاًنصف منفعته بذلك العوض ولا تصحّ ايضاً شركة الوجوه وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كلٌّ منهما في ذمّته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه ويؤدّيان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح وكلّ كلٌّ منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمّتهما وشركة المفاوضة ايضاً باطلة وهي أن يشترك اثنان أو ازيد على ان يكون كلّ ما يحصل لاحدهما من ربح تجارة او

لا تصح في المنافع: محل اشكال فيما لم يكن غرر، فاذا كان اجرة الدارين معلومة يمكن التشريك في مالية المنفعة فيشتركان في منفعة الدارين وهي قابلية الدار للاجارة أو السكونة، كما يمكن الاشتراك في الاجرتين اذا اخذتا لكون كل منهما عيناً خارجياً، نعم الاشتراك في الاجرة قبل الاخذ يكون من تمليك المعدوم وهو في محل المنع ولو بحسب ظرف وجوده إلّا فيما دل الدليل على الجواز، وان امكن تصحيحه ايضاً لكون الانشاء فعلياً والمنشأ استقبالياً لكن الادلة اثباتاً لا تعمّه.

شركة الاعمال: محل تأمل اذا لم يكن غرر في البين كما اذا كان قدر الاجر معلوماً تقريباً كما مرّ في المنفعة لكن احتمال الغرر قوي جداً لعدم معلومية سلامة الشخص وتوفيقه للعمل، ثم لايّ عمل؟ (والنجفي (قدس سره) صحّح بلا اشكال التشريك في الاجرة بعد الدخول في ملك الاجير، وفيه المنع اذا كان قبل الاخذ فانه من تمليك المعدوم، وأما بعد الاخذ فهو تشريك في العين، والشافعي في العامة ايضاً منع الغرر، راجع بداية ابن رشد ٢: ١٥٢).

على ان يبتاع: وعلى هذا التفسير لازمه كون العوض على ذمة زيد مثلاً وقدر من المعوض لعمرو وهو ممنوع عند المشهور وان قلنا بالصحة سابقاً.

زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما وكذا كلّ غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الاعيان المملوكة فعلاً وتسمّى بشركة العنان.

المسألة ٢: لو استاجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صحّ وكانت الأجرة مقسّمة عليهما بنسبة عملهما ولا يضرّ الجهل بمقدار حصّة كلّ منهما حين العقد لكفاية معلوميّة المجموع ولا يكون من شركة الاعمال التي تكون باطلة بل من شركة الاموال فهو كما لو استاجر كلاً منهما لعمل واعطاهما شيئاً واحداً بازاء اجرتهما ولو اشتبه مقدار عمل كلّ منهما فان احتمل التساوي حمل عليه لاصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر وإن علم زيادة أحدهما على الآخر فيحتمل القرعة في المقدار الزائد ويحتمل الصلح القهريّ.

المسألة ٢: صح: فيه اشكال، إلّا اذا كان عمل كل واحد وكذا اجرته معلوماً ولو بالبناء العرفي، كما لا يبعد ارادة التنصيف عرفاً في امثال المقام، ويجب حينئذ عمل كل بواجبه من نصف المستاجر عليه فان عمل اكثر منه بلا امر من الآخر فلا يطلب من الآخر شيئاً وللآخر نصف الاجرة على ما هو المقرر اذا كان بانياً على العمل فسبقه الآخر بلا امر منه، إلّا اذا قررا بينهما جعالة عقداً آخر على جعل لمن يقوم بعمل الآخر بالنسبة، وحينئذ فان شك في مقدار العمل من التساوي والزيادة فالاصل عدم استحقاق كل على الآخر. وان علم بالزيادة وشك في مقدارها فيعمل بالمتيقن، وان علم بالزيادة وشك في عاملها، وان اياً منهما زاد في العمل فالظاهر القرعة، وان ادعى كل واحد منهما على الآخر فيعمل على قواعد القضاء في باب التداعي والادعاء والانكار.

التساوي حمل عليه: فيه اشكال لأصالة عدمه كاصالة عدمها، ولا يطلب احدهما من الآخر شيئاً سواء شك في مقدار العمل تساوياً أو زيادة، نعم فيما علم الزيادة من احدهما وشك في وقوعها من ايٍّ منهما فالقرعة، وأما اذا علم الزيادة من احدهما وشك في مقدارها وكانت الزيادة بأمر من الآخر فيعمل بالمتيقن.

فيحتمل القرعة: هذا اذا لم يعلم ان الزيادة من ايٍّ منهما وكان الشك محضاً في انّ المالك من هو؟ ولا يستحق احدهما على الآخر شيئاً، لكن لتعيين امر المال وانه لايٍّ منهما يرجع الى القرعة، ولا وجه للصلح اختياراً أو قهراً كما لا وجه للعدل والانصاف على ما فسّر بعضهم الصلح القهري به لعدم الاختلاف في الطلب للأصل في

المسألة ٣: لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة أو نصبا معاً شبكة للصيد أو أحييا أرضاً معاً فان ملك كلّ منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي وإلاّ فلكلّ منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوّة والضعف ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة وربما يحتمل التساوي مطلقاً لصدق اتّحاد فعلهما في السببيّة واندراجهما في قوله «من حاز ملك» وهو كما ترى.

المسألة ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقدية مضافاً إلى الايجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر من النقود كانا أو من العروض بل اشترط جماعة اتّحادهما في الجنس والوصف والاظهر عدم اعتباره بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير وذلك للعمومات العامّة كقوله تعالى «أوفوا بالعقود» وقوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» وغيرهما بل لولا

كل منهما، وأما اذا علم الزيادة انها من هذا وشك في مقدارها فيؤخذ بالمتيقن ولا وجه للقرعة. كما انه اذا لم يعلم مقدار الزيادة ولا مالكها فلا وجه للقرعة ايضاً لعدم انحصار المحتمل في المحصور لاحتمال الزيادة بأبعاض كثيرة إلاّ اذا علم ان الزيادة دائر حتماً بين الواحد والاثنين مثلاً فلابدّ ان يتصالحا اختياراً أو قهراً بالحكومة، والحاكم يمكنه العمل بالعدل والانصاف لعدم انحصار ملاكه في المحتمل المحصور. (فسّر البهبهاني (قدس سره) الصلح القهري بالعدل والانصاف، وانكر بعضهم تلك القاعدة، وذكر ان درهم الودعي تعبد، ولا يخفى بعده وسياتي الكلام في ذلك كما مرّ ببعض الكلام).

المسألة ٣: بنسبة عمله: الأظهر التفصيل بين العمل المركب والبسيط، فالنسبة في الاول كالخياطة بخلاف البسيط كالشركة في نفس قلع الشجرة لا المقدمات (استفادة من ادلة القصاص والديات والقتل ونحوه والعرف، لكن في البسيط ايضاً قد يكون التفاوت بين القوة والضعف بحدّ يقال العمل كله من هذا مثلاً ولابد حينئذ من الصلح. وكيف كان فلا وجه لما في الجواهر (ص ٢٩٠ ج٢٦) من التساوي لصدق اتحاد فعلهما في السّببية واندراجهما في قوله ﷺ: من حاز ملك ... الخ).

المسألة ٤: للعمومات: وهي وان كانت بعنوان العقد أو الشرط لكن اذا كان مفاده عنوان الاشتراك فدليل الامضاء يفيد حصول الشركة (فلا وجه لحاشية النجفي (قدس سره) بأن العمومات لا تثبت عنوان الشركة).

ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً عملاً بالعمومات ودعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك كما ترى لكن الاحوط مع ذلك أن يبيع كلّ منهما حصّة ممّا هو له بحصّة ممّا للآخر او يهبها كلّ منهما للآخر او نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الّذي هو المتيقّن هذا ويكفي في الايجاب والقبول كلّ ما دلّ على الشركة من قول أو فعل.

المسألة ٥: يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً سواء كان العمل من احدهما او منهما مع التساوي فيه او الاختلاف او من متبرّع أو اجير هذا مع الاطلاق ولو شرطا في العقد زيادة لاحدهما فان كان للعامل منهما او لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحّته امّا لو شرطا لغير العامل منهما او لغير من عمله ازيد ففي صحّة الشرط والعقد وبطلانهما وصحّة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق اقوال اقواها الاوّل

امكن منعه: مع ان المزج الكامل الموجب للشركة القهرية لا يبقى مكاناً للعقد حينئذ إلّا ان يراد المزج للشركة الظاهرية على تعبير المتن كالدراهم، ولذلك جوّز مزج الحنطة بالشعير، وحينئذ فعدم الدليل على المزج كاف. (ولا وجه لحاشية الآقا ضياء(قدس سرّه) بالتشكيك في قابلية المحل للشركة بدون المزج، لعدم تأبّي العرف عن عقد هذا الاشتراك فان علّة الاشتراك هو العقد لا المزج، فانه علة مستقلة بلا احتياج الى العقد، فدليل المزج اما الاجماع وهو ممنوع أو الشك في قابلية المحل، ولا وجه له لما ذكرنا أو عدم اثبات العمومات عنوان الشركة، وفيه ما ذكرنا، أو رواية الدعائم ج٢ ص٨٥: «واذا أراد رجلان ان يشتركا في الاموال فاخرج ... ثم خلطا ذلك حتى يصير مالاً واحداً...». وفيه: أن جملة: اذا ... الخ مربوط بالمؤلف لا الرواية مع انها تنفي غير ذلك ويخصّ الشركة بحصول الوحدة وعدم التميز).

المسألة ٥: في صحته: اذا كانت الزيادة بنسبة زيادة العمل وإلّا فكما ياتي. وليعلم ان الكيفية ايضاً مؤثرة في الربح كالزيادة.

أقواها الاول: اذا كان بمعنى الانتقال من مستحقه الاولى اليه بنحو شرط النتيجة أو بنحو شرط الاعطاء، وكذا في اشتراط تمام الخسارة على احدهما، وعليه يصبح اشتراط تمام الربح لاحدهما ايضاً واما اذا اريد بالشرط تغيير اصل اقتضاء العقد وجعل ربح مال زيد لعمرو مثلاً فالاحوط تركه وان كان للصحة وجه ايضاً (فان تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعي مخالف للسنة ومخالف لمقتضى العقد فانه تفكيك

وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» ودعوى انه مخالف لمقتضى العقد كما ترى نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه والقول بانّ جعل الزيادة لاحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو اكل بالباطل كما ترى باطل ودعوى انّ العمل بالشرط غير لازم لانه في عقد جايز مدفوعة اوّلاً بانه مشترك الورود إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل او زيادته وثانياً. بانّ غاية الامر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به وليس معنى الفسخ حلّ العقد من الاوّل بل من حينه فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين هذا ولو شرطا تمام الربح لاحدهما بطل العقد لانه خلاف مقتضاه نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على احدهما فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً.

لوازم الشركة عنها. وقال بعض اهل العصر: لا اشكال في المسالة لاحتمال دخالة شخص بوجاهته في تحصيل الربح ازيد من عمل غيره، وفيه: ان الوجاهة داعية للمعاوضات لا ان الربح مقابل الوجاهة ولها عوض معاوضي. قال الخوئي (قدس سره) في الشرح: لا يصح حتى بمعنى الانتقال من المستحق الاولى لانه غير مشروع واستدل ايضاً بصحيح رفاعة ١/٨ الشركة حيث علق ذلك برضى الطرف على فساد الشرط وصحة العقد. وفيه ان جملة: اذا طابت نفس صاحب الجارية مربوط باصل العقد فهو يعطي صحة الشرط والعقد وليس مربوطة بعمل الشرط حتى يربطه بالطيب ليكون دالاً على فساد الشرط، والظاهر انه واضح.

بل اقول: يمكن الصحة ولو بلا وساطة مستحقه الاول اذ دليل المنع اما الاكل بالباطل على ما عنونه في جامع المقاصد، وفيه: انه ليس كذلك اذا اريد شرعاً لعدم الدليل على انه باطل، وكذا اذا اريد عرفاً لعدم كونه في قبال لا شيء فان صاحب المال يمكنه اشتراط ذلك عند دفع ماله الى الشريك، واما كونه خلاف مقتضى العقد، وفيه: انه فيما لم يجعل سلطنته للغير كما عبّر آقا ضياء (قدس سره) او خلاف اطلاق المقتضى كما عبّر الماتن أو ان ذلك لو خلي وطبعه وليس علّياً غير قابل للتغيير. وأما كونه خلاف الكتاب والسنة لتبعية النماء للأصل، وفيه السئوال عن كونه كذلك لو خلّي وطبعه أو بنحو اللزوم، واما تمليك المعدوم الذي عنونه الخوئي (قدس سره) في غير مورد فيما اريد الصحة مع وساطة المستحق الاول، ففيه السئوال: هل اشكاله عقلي أو عقلائي أو شرعي لو كان الاول، فكيف في المضاربة ولو كان الثاني فهم

المسألة ٦: إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كلّ منهما أو مع انضمامهما فهو المتّبع ولا يجوز التعدّي وإن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرّف إلّا بإذن الآخر ومع الاذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فان كان مقيّداً بنوع خاصّ من التجارة لم يجز التعدّي عنه وكذا مع تعيين كيفية خاصّة وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة فلا يجوز البيع بالنسيئة بل ولا الشراء بها ولا يجوز السفر بالمال وإن تعدّى عمّا عيّن له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف ولكن يبقى الاذن بعد التعدّي ايضاً إذ لا ينافي الضمان بقاءه والاحوط مع إطلاق الاذن ملاحظة المصلحة وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة.

المسألة ٧: العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدّى.

المسألة ٨: عقد الشركة من العقود الجايزة فيجوز لكلّ من الشريكين فسخه لا بمعنى ان يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأوّل أو من حينه بحيث تبطل الشركة إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة بل بمعنى جواز

يعاملون كذلك شركة ومضاربة ولو كان الثالث فما الدليل؟).

المسألة ٦: وان اطلقا لم يجز: (لعقد الشركة مقتضيات منها اتجارهما معاً في المال المعين الى زمان معين وأما خصوصية التجارة فيحتاج الى التعيين بجميع خصوصياتها إلّا ان يكون تعارف كالنسيئة في بعض الموارد والسفر بالمال، كما ان المعاملة من كل منهما خاصاً يحتاج الى اذن الآخر).

ضمن الخسارة: فانه مقتضى الشركة عرفاً ولم يردع عنه الشارع، (وقال الخوئي (قدس سره) اذا اجاز الشريك فلا ضمان في الخسارة وإلّا بطلت المعاملة في حصته. وفيه: ان لعقد الشركة نفسه مقتضيات وما في المتن احداها).

يبقى الاذن: ان لم يكن مقيداً بعدم التعدي.

والاحوط: لا يترك (فان اقتضاء الشركة عرفاً تحصيل الربح.

المسألة ٨: من العقود الجائزة: بمعنى جواز المطالبة بالقسمة فانها من حقوق الطرفين متى شاءا على الظاهر واذا اقتسم المال يكون بحكم الانفساخ، بل لا يبعد الجواز بمعنى فسخ العقد فتبطل الشركة العقدية وان بقيت الشركة القهرية للامتزاج.

ثم الظاهر ان الشركة التمليكية بمعنى تمليك حصة ماله مشاعاً قبال حصة الغير مشاعاً وكذا بمعنى اشتراء السهام على ما هو الدارج اليوم لازم ولا تبطل بالموت، نعم يبطل اذن التصرف بالموت ونحوه كما ان في الشركة التجارية يبطل الاذن بالموت ونحوه

رجوع كلّ منهما عن الاذن في التصرُّف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة او بمعنى مطالبة القسمة وإذا رجع احدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كلٌ منهما ماذوناً لم يجز التصرّف للآخر ويبقى الجواز بالنسبة إلى الاوّل وإذا رجع كلٌ منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر وإذا اوقعا الشركة على وجه يكون لاحدهما زيادة في الربح أو نقصاناً في الخسارة يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

المسالة ٩: لو ذكرا في عقد الشركة اجلاً لا يلزم فيجوز لكلّ منهما الرجوع قبل انقضائه إلّا ان يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً.

المسالة ١٠ : لو ادّعى احدهما على الآخر الخيانة او التفريط في الحفظ فانكر، عليه الحلف مع عدم البيّنة.

المسالة ١١ : إذا ادّعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لانه امين.

المسالة ١٢ : تبطل الشركة بالموت والجنون والاغماء والحجر بالفلس او السفه بمعنى انه لا يجوز

(العقد يوجب الشركة كما ان المزج ايضاً كذلك، واذا اقتسم المال بطلت الشركة كلاً. وقد يقال: عقد الشركة لازم بعموم «اوفوا» وفيه: ان مطالبة القسمة اذا كانت جائزة كما صرّح به بعضهم فلا وقع للزوم الشركة حينئذ. نعم، ان قلنا بعدم جواز المطالبة في المدة المذكورة في العقد كما هو مقتضى العمومات كان للللزوم معنى. لكن الظاهر اتفاقهم على جواز المطالبة في المدة ايضاً، وتمسك الخوئي بالسيرة القطعية في مطالبة قسمة الارث، لكن هذا في غير الشركة، واما فيها وفي المدة المذكورة في العقد فلا نسلم السيرة. ولا يمكن اللزوم بالشرط ايضاً لما مرّ من عدم دلالة دليل الشرط على اكثر من التكليف كما يأتي في المسالة بعد. واما ما ذكره بعض منهم الخوئي (قدس سره) من ان الشركة عقد اذني ويجوز للآذن الرجوع عن اذنه متى شاء: ففيه: ان الاذن اذا لم يكن مجرد الاذن بل وقع تحت القرار والعقد فلا نسلم ذلك، إلّا ان يكون اجماع ولا يبعد).

المسالة ٩ : فيكون لازماً: تكليفاً فقط، واما اللزوم وضعاً فلا كما مرّ سابقاً.

المسالة ١١ : قبل قوله: وقد مرّ في الاجارة انه فيما لم يكن متهماً وإلّا فعليه البينة.

المسالة ١٢ : والاغماء: محلّ تامل، والاوجه عدم البطلان في القصير منه لا كالاشهر أو السنة (وفاقاً للحكيم (قدس سره) للاستصحاب، وقال الخوئي (قدس سره): المتسالم

للآخر التصرّف واما اصل الشركة فهي باقية نعم يبطل أيضاً ما قرّراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله او نقصان الخسارة كذلك وإذا تبيّن بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحّة ويكون الربح على نسبة المالين لكفاية الاذن المفروض حصوله نعم لو كان مقيّداً بالصحّة تكون كلّها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً ولكلّ منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصّة الآخر إذا كان العمل منهما وإن كان من أحدهما فله أجرة مثله عمله.

المسألة ١٣ : إذا اشترى أحدهما متاعاً وادّعى أنّه اشتراه لنفسه وادّعى الآخر انه اشتراه بالشركة فمع عدم البيّنة القول قوله مع اليمين لانه اعرف بنيّته كما انه كذلك لو ادّعى انّه اشتراه بالشركة وقال الآخر انه اشتراه لنفسه فانه يقدّم قوله ايضاً لانه اعرف ولانه امين.

(تم كتاب المضاربة)

بينهم ان الاغماء كالجنون، وفيه: احتمال المدركية لو كان اجماع، بتصور ان الاغماء زوال قوة العقل كالجنون مع انه زوال الفعلية كالنوم).

الواقعة قبله: مما يكون منشأ لبطلان بعض الشروط المعتبرة في الشركة كالمزج مع تمامية شرائط المتعاقدين، فالحكم حينئذ هو الصحة لكفاية الاذن إلاّ ان يكون مقيداً بالصحة، واما الوقوع بعد تبين البطلان فلا يقع في العادة، ولذا قيد الماتن بوقوعها قبله وان كان حكمها الصحة ايضاً اذا فرض اطلاق الاذن على نحو تعدد المطلوب (فلا اشكال في العبارة كما استشكل الخوئي والبهبهاني(نتس سرّهما).

اجرة مثل عمله: ان لم يظهر التبرع بل كان البناء على عدم مجانية العمل ولم يكن الاذن مقيداً بالصحة وإلاّ فلا يكون مأذوناً في التصرف اصلاً فلا يستحق شيئاً سيما مع الردّ. كما انه اذا اشترط زيادة الربح له وكانت اقل من اجرة المثل فلا يستحق إلاّ قدر ما قرر له للاقدام إلاّ ان يكون الرضا بالمقرر مقيداً بالصحة وان كان اصل الاذن غير مقيد.

المسألة ١٣ : **اعرف بنيته**: ولاقتضاء اطلاق العقد ذلك اذا كان اللفظ مطلقاً، كما في حمل منسي مدة المتعة على الدوام.

امين: وللسيرة عقلائياً وشرعاً على قبول قول الوكيل في مورد الوكالة وهو شمول ملاك قاعدة من ملك شيا ملك الاقرار به.

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب المزارعة)

وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصّة من حاصلها وتسمّى مخابرة ايضاً ولعلّها من الخبرة بمعنى النصيب كما يظهر من مجمع البحرين ولا إشكال في مشروعيّتها بل يمكن دعوى استحبابها لما دلّ على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعمّ من المباشرة والتسبيب ففي خبر الواسطيّ قال: سئلت جعفر بن محمّد عليه السلام عن الفلاّحين قال هم الزارعون كنوز الله في أرضه وما في الاعمال شيء أحبّ إلى الله من الزراعة وما بعث الله نبياً إلاّ زارعاً إلاّ إدريس عليه السلام فانّه كان خيّاطاً وفي آخر عن ابي عبد الله عليه السلام الزرّاعون كنوز الانام يزرعون طيباً أخرجه الله وهم يوم القيامة احسن الناس مقاماً واقربهم منزلة يدعون المباركين وفي خبر عنه عليه السلام قال سئل النبيّ صلى الله عليه وآله ايّ الاعمال خير قال زرع يزرعه صاحبه واصلحه وادّى حقّه يوم حصاده قال: فايّ الاعمال بعد الزرع قال رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة

مكتبة كاشف الغطاء العامة

كتاب المزارعة

المعاملة على الارض: وقرار خاص بين صاحب الارض والعامل ونتيجته تسليط كل صاحبه على الارض والعمل بحصة من المحصول فماهيّة المزارعة سنخ المعاوضات وان كانت منتجة للشركة ايضاً (فلا وجه لحاشية البروجردي (قدس سره) بتقوية انها من سنخ المشاركات، واما البذور فيمكن من كليهما، وليس اجارة وان كان مفيداً لخاصيتها ببعض الجهات).

والتسبيب: فيه منع، لعدم فهم المزارعة من الزارعة عرفاً. نعم يستفاد مرغوبيته مما دل على التعاون على الخير (فانه تعاون وليس اعانة محضة، كما يمكن استفادة اصل مشروعيتها مما دل على العمل بالعقد والقرار من العمومات، ولا وجه لقول الخوئي (مدّظلّه) في الشرح بعدم شمولها لامثالها مما يشتمل على تمليك المعدوم، وفيه: انه لا قدح في ذلك، اذ التمليك الفعلي للموجود عادة في ظرفه امر معقول عند العقلاء).

ويؤتي الزكاة قال: فايّ المال بعد الغنم خير قال البقر يغدو بخير ويروح بخير قال فايّ المال بعد البقر خير قال الراسيات في الوحل المطعمات في المحل نعم المال النخل من باعها فإنّما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدّت به الريح في يوم عاصف إلّا ان يخلف مكانها قيل يا رسول الله ﷺ فايّ المال بعد النخل خير فسكت فقام إليه رجل فقال له فأين الابل قال فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار تغدو مدبرة وتروح مدبرة لا يأتي خيرها إلّا من جانبها الاشئم اما إنّها لا تعدم الاشقياء الفجرة وعنه ﷺ الكيمياء الاكبر الزراعة وعنه ﷺ انّ الله جعل ارزاق أنبيائه في الزرع والضرع كي لا يكرهوا شيئاً من قطر السماء وعنه ﷺ انه سئله رجل فقال له: جعلت فداك اسمع قوماً يقولون إنّ المزارعة مكروهة فقال ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً احلّ ولا اطيب منه ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من انّ الزراعة اعمّ من المباشرة والتسبيب، وأمّا ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النبيّ ﷺ انه نهى عن المخابرة قال وهي المزارعة بالنصف أو الثلث او الربع فلا بدّ من حمله على بعض المعامل لعدم مقاومته لما ذكر في مجمع البحرين، وما روي من انّه ﷺ نهى عن المخابرة كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها ويشترط فيها أمور احدها الايجاب والقبول ويكفي فيهما كلّ لفظ دالّ سواء كان حقيقة او مجازاً مع القرينة كزارعتك او سلّمت إليك الارض على أن تزرع على كذا ولا يعتبر فيهما العربيّة ولا الماضويّة فيكفي الفارسيّ وغيره والامر كقوله ازرع هذه الارض على كذا او المستقبل او الجملة الاسميّة مع قصد الانشاء بها وكذا لا يعتبر تقديم الايجاب على القبول ويصحّ الايجاب من كلّ من المالك والزارع بل يكفي القبول الفعليّ بعد الايجاب القولي على الاقوى وتجري فيها المعاطاة وإن كانت لا تلزم إلّا بالشروع في العمل الثاني: البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لسفه أو فلس ومالكية التصرّف في كلّ من المالك والزارع نعم لا يقدح حينئذٍ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال لانّه ليس تصرّفاً مالياً. الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما فلو جعل الكلّ لاحدهما لم يصحّ مزارعة.

يستفاد من هذا الخبر: لكن في النسخ المعتمدة الزراعة لا المزارعة وعلى فرضها ايضاً في الاستفادة اشكال (ولو فرض المزارعة فيمكن ان يقال كلام المعصوم ﷺ ردع للمزارعة ودعوة الى الزراعة مباشرة).

احدها: ... لا تلزم: لا يبعد اللزوم (كما حقق في البيع، فان الادلة شاملة لما يعدّ عرفاً مزارعة، ولا فرق عرفاً بين اللفظ والتعاطي اذا فرض الدلالة تامة).

الثالث: ... تصرفاً مالياً: ان لم يكن البذر من العامل ولم يكن الزرع محتاجاً الى صرف المال.

الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما فلو شرطا اختصاص احدهما بنوع كالذي حصل اوّلاً والآخر بنوع آخر او شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الارض لاحدهما وما حصل من القطعة الأخرى للآخر لم يصحّ. الخامس: تعيين الحصّة بمثل النصف او الثلث او الربع او نحو ذلك فلو قال: ازرع هذه الارض على ان يكون لك اولي شيء من حاصلها بطل. السادس: تعيين المدّة بالاشهر والسنين فلو اطلق بطل نعم لو عيّن المزروع أو مبدء الشروع في الزرع لا يبعد صحّته إذا لم يستلزم غرراً بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع ايضاً إذا كانت الارض ممّا لا يزرع في السنة إلاّ مرّة لكن مع تعيين السنة لعدم الغرر فيه ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً والقدر المسلّم من الاجماع على تعيينها غير هذه الصورة وفي صورة تعيين المدّة لابدّ وان تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع فلا تكفي المدّة القليلة الّتي تقصر عن إدراك النماء. السابع: أن تكون الارض قابلة للزرع ولو بالعلاج فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها او كان يستولي عليها الماء قبل اوان إدراك الحاصل او نحو ذلك او لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر او نحو ذلك ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل. الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما مع اختلاف الاغراض فيه فمع عدمه يبطل إلاّ أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين او كان مرادهما التعميم

الرابع: ... لم يصحّ: لقصور الأدلة عن شمول هذه الصورة ولكونه خلاف السّنة من جهة كون ربح مال هذا لذاك او اجرة عمل ذاك لهذا، ومنه يظهر صحة الشرط لو اريد الانتقال من مستحقه الاولى الى المشروط له كما مرّ نظيره في الشركة. (ولا يقتصر الادلة حينئذ مع كفاية العمومات ومرّ عدم وجه لقول الخوئي (قدس سره) بعدم شمول العمومات لمثل المورد مما يكون تمليك المعدوم لما مرّ من صدق المفهوم عرفاً عليه فيشمله دليل العام).

السادس: ... او مبدء الشروع: كلمة أو غلط صحيحها الواو، ولابد ان يكون المنتهى ايضاً معلوماً ولو بحسب العادة.

... إلاّ مرّة: في وقت معين إلاّ فيما لم يتفاوت الحال لواحد منهما.

من الاجماع: بل الأدلة ايضاً قاصرة الشمول للمردد من المدّة وللمطلق، اذ المردد لا واقع له والمطلق كسنة لا يمكن الزام الطرف به وهو خلاف غرض القرار والعقد.

السابع: ... بطل: (ومعلوم ان ذكر بعض هذه لبيان حكم موارد الجهل بالموضوع والاشتباه، واما الملتفت فذكر هذه له من ذكر البديهيات).

وحينئذٍ فيتخيّر الزارع بين أنواعه. التاسع: تعيين الارض ومقدارها فلو لم يعيّنها بأنّها هذه القطعة أو تلك القطعة أو من هذه المزرعة أو تلك أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها بحيث يلزم الغرر نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحّة كان يقول مقدار جريب من هذه القطعة من الارض الّتي لا اختلاف بين أجزائها أو ايّ مقدار شئت منها ولا يعتبر كونها شخصيّة فلو عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحّته وحينئذٍ يتخير المالك في تعيينه. العاشر: تعيين كون البذر على ايّ منهما وكذا سائر المصارف واللّوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بسبب التعارف.

المسألة ١: لا يشترط في المزارعة كون الارض ملكاً للمزارع بل يكفي كونه مسلّطاً عليها بوجه من الوجوه كان يكون مالكاً لمنفعتها بالاجارة او الوصيّة او الوقف عليه او مسلّطاً عليها بالتولية كمتولّي الوقف العامّ او الخاصّ والوصيّ او كان له حقّ اختصاص بها بمثل التحجير والسبق ونحو ذلك او كان

التاسع: ... بحيث يلزم الغرر: (قال الخوئي (قدس سره) لا باس به بعد تجويز الكلي في المعين لعدم الغرر لكون النصيب حصة منه ايّاً ما كان مع ان الغرر غير منهي عنه مطلقاً بل في البيع، ومثل الاجارة ايضاً ملحق بالاجماع، وفيه: ان الغرر لازم لكون العمل لو كان على ارض أفيد كان حصته اكثر وهذا واضح، وايضاً ملاك النهي عن غرر البيع شامل سيما وان النهي عن بيع المنابذة ونحوها معلل بالغرر والعلّة تعمّم وايضاً لإلغاء الخصوصية عن البيع)

أيّ مقدار شئت: فيه اشكال، وذكر هو صدر هذا الشرط لزوم تعيين المقدار.

العاشر: ... انصراف: (كما كان في بعض الازمنة سابقاً وعليه يحمل صحيح يعقوب بن شعيب ١٠/ ٢ المزارعة: النفقة منك ... الخ. ويصح القرار على خلاف المتعارف ايضاً كما في ١٥/ ٢ حيث كان القرار على انعتاقهما معاً و ١٢/ ١ و١٠/ ١ المزارعة).

المسألة ١: بالاجارة: ان لم تكن الاجارة مقيدة بالمباشرة وكذا فيما يليها.

التحجير والسبق: ويتم مالكية المحجّر بالاحياء الحاصل بهذه المزارعة ولابد ان يكون في مدة بقاء حقه بخلاف مالو كان معطلاً للأرض اكثر من ثلاث سنوات لو قلنا باعتبار هذه المدة، (لعدم لزوم الملكية وكفاية كون الارض تحت يده كما ورد في الصحيح وغيره صحة المزارعة في الارض الخراجية ١ و٢/ ١٠ المزارعة وفي الارض المستأجرة ١٥/ ٢ المزارعة ويتم بذلك حقّه بالاحياء المعمول بالمزارعة اذ لا يلزم في الاحياء المباشرة، لكن يلزم كون ذلك في مدة بقاء حقه بخلاف ما اذا ابقى التحجر مدّة

مالكاً للانتفاع بها كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة نعم لو لم يكن له فيها حقٌّ أصلاً لم يصحّ مزارعتها فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك فانّ المزارع والعامل فيها سواء نعم يصحّ الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة ولعلّ هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الاراضي الخراجيّة التي هي للمسلمين قاطبة إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها وإلاّ فلا إشكال في جوازها بعد الاجازة من السلطان كما يدلّ عليه جملة من الأخبار.

المسألة ٢: إذا اذن لشخص في زرع أرضه على ان يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحّته وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة بل لا يبعد كونه منها ايضاً وكذا لو اذن لكلّ من يتصدّى للزرع وإن لم يعيّن شخصاً وكذا لو قال كلّ من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانيّة فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلاً فاقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجعالة فهو كما لو قال كلّ من

ازيد من ثلاث سنوات لو قلنا باعتبار السنوات الثلاث).

يستعير: اذا كانت الاعارة معمّمة من حيث المباشرة وعدمها (ولا يلزم تسلط على المعير في المزارعة بل صرف الحق يكفي، ثم اذا رجع المالك عن العارية وقد زرعت الارض، فقاعدة لا ضرر تحكم بعدم جواز القلع حتى بلوغ الغاية إلا اذا فرض ضرر المالك ايضاً).

يصحّ الشركة في زراعتها: بل يحكم بالشركة قهراً حينئذ.

في المسالك: (لكنه خلاف عبارته (قدس سره) للتصريح فيه بلزوم الملكية وعدم الجواز في الارض الخراجية، فيرد عليه التصريح بجواز مزارعة الاراضي الخراجية في الأدلة).

المسألة ٢: فالظاهر صحته: اذا كان ذلك منه بقصد انشاء المزارعة وتعارف ذلك في مقام انشائها فلا اشكال في صحته مزارعة وإلا فهو اذن مجرد واباحة بعوض لا عقد.

فلي نصف حاصله: اي فله الباقي ليكون نظير الجعالة، فعمل الغير هو الزرع في قبال الحصة، هذا ولكن في المزارعة امر زائد وهو تسليم الارض من المالك بخلاف الجعالة فهي تفارق الجعالة، نعم هي نظيرها حينئذ من جهة عدم تعين الزارع ولا يبعد انشاء المزارعة بذلك عرفاً.

فهو كما لو قال: بل يستفاد من بعض الروايات انها ايضا نوع من الجعالة ولا يبعد

بات في خاني او داري فعليه في كلّ ليلة درهم او كلّ من دخل حمّامي فعليه في كلّ مرّة ورقة فانّ الظاهر صحّته للعمومات إذ هو نوع من المعاملات العقلائية ولا نسلّم انحصارها في المعهودات ولا حاجة إلى الدليل الخاصّ لمشروعيّتها بل كلّ معاملة عقلائيّة صحيحة إلّا ما خرج بالدليل الخاصّ كما هو مقتضى العمومات.

المسألة ٣: المزارعة من العقود اللازمة لا تبطل إلّا بالتقايل او الفسخ بخيار الشرط او بخيار الاشتراط اي تخلّف بعض الشروط المشترطة على احدهما وتبطل ايضاً بخروج الارض عن قابليّة الانتفاع لفقد الماء او استيلائه او نحو ذلك ولا تبطل بموت احدهما فيقوم وارث الميّت منهما مقامه

ذلك عرفاً كما يمكن كونه عقداً مستقلاً بالعمومات (كما ورد في الرواية في مسألة سرقة ثوب مشتري الحمام انه انما اخذ الجعل على دخول الحمام لا الثوب. واما العمومات فهي ايضاً شاملة للمقام للصدق عرفاً وتعليق التمليك هنا لا يقدح في ذلك لعدم قدحه في صدق العقد، وقدح التعليق في غير البيع وغير ما قام عليه الاجماع غير معلوم. وقال البروجردي(قدس سره) دخول هذه الموارد في العمومات من باب توسعة المعهودات لا الشمول لغير المعهودات. وفيه: عدم الدليل على لزوم الانحصار في العقود المعهودة، وان امكن توسعة المعهودات ايضاً).

المسألة ٣: من العقود اللازمة: (لاصالة لزوم كل عقد على ما هو مقرر في محله، وقد استدل هنا الخوئي(قدس سره) بما تصوره احسنه، وهو ان ادلة الامضاء مثل «أحل الله البيع» «والصلح جائز» و... يمضي ما عقده المتعاقدان مقيداً كان كالنكاح المنقطع أو مطلقاً كالبيع والنكاح ومعنى الامضاء الحكم بتحقق المنشأ فاذا كان المنشأ مطلقاً دائماً فدليل الامضاء يمضيه كذلك، ويكون رفعه محتاجاً الى دليل، ولكن يمكن ان يقال: اذا كان الاطلاق والدوام مقوماً للمفهوم فهو كذلك وإلّا فدليل الامضاء امضاء لاصل البيع مثلاً والدوام خارج عن معناه).

بخيار الاشتراط: أو غيره كخيار الغبن مثلاً.

عن قابليته: مع عدم تيسّر العلاج.

مقامه: لكن وارث العامل لا يلزم عليه العمل بل تركة الميت مشغولة بقيمة العمل، فيستأجر منها من يقوم بالعمل وان لم يكن للميت تركة فللمالك حق الفسخ من جهة خيار تعذر التسليم.

نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل سواء كان قبل خروج الثمرة أو بعده وأمّا المزارعة المعاطاتيّة فلا تلزم إلاّ بعد التصرّف وامّا الاذنية فيجوز فيها الرجوع دائماً لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل لانّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه وفائدة الرجوع اخذ أجرة الارض منه حينئذ ويكون الحاصل كلّه للعامل.

اشتراط مباشرته: فيه منع، بل يوجب الخيار فقط، نعم ان كان على وجه التقييد صح ما ذكره.

أو بعده: وحينئذ فتقسم الثمرة على القرار بينهما إلاّ اذا بقي مقدار من العمل فينقص من حصة العامل بقدر نقص العمل، كان البذر من العامل او المالك.

إلاّ بعد التصرف: مرّ اللزوم.

اذن في لوازمه: التعليل عليل، لكن لا يجوز الرجوع للنص بلافرق بين بعد الزرع وقبله اذا كان بعد عمل المقدمات وأوجب الرجوع ضرراً معتداً به عليه. (فان الاذن الصريح في اللوازم ايضاً لا يمنع الرجوع فينحلّ القرار وله حينئذ الاذن في الابقاء باجرة المثل والامر بالازالة مع الغرامة للعامل بذراً وعملاً، هذا كله ان لم نقل بكون الاذنية نوعاً من العقدية، وقد مرّ امكان كونها من اسباب انشاء المزارعة احياناً. لكن الگلپايگاني (قدس سره) قال: له الرجوع قبل بلوغ الثمرة والامر بالازالة بلا ارش، وقال آقا ضياء (قدس سره) ايضاً ما يقتضي الجواز، لكن الظاهر الضمان حينئذ لكونه مسبباً لضرر العامل حينئذ عرفاً فهو المتلف عرفاً لا لحديث الاضرار اذ هو امتناني ولا يشمل المقام المستلزم لقصر سلطنة المالك بلا قرار سيما اذا كان له ايضاً ضرر مالي مع انه حينئذ يستلزم عدم جواز الرجوع لا عدم التدارك. إلاّ ان يقال: المتلف ايضاً هو لا المالك، باقدامه على اساس موهون، اي الاذن بلا قرار وعقد فتأمل. وأما النص فهو معتبر محمد بن حسين ١٥/١ احياء الموات في حديث تغيير مسير الماء عن الرحى وظاهره الحرمة لتأكيد التقوىٰ والنهي عن الاضرار حيث قال عليه السلام: «يتقي اللّه ولا يضرّ اخاه المؤمن» ولا دليل على صرفه عن ظاهره والحمل على جهة اخلاقية).

وفائدة الرجوع اخذ اجرة الارض: أو اعطاء اجرة مثل عمله وعوض بذره اذا كان البذر له والعامل بالخيار بينهما لكون عمله عن امر من المالك على القرار بينهما.

المسألة ٤: إذا استعار أرضاً للمزارعة ثمّ أجرى عقدها لزمت لكن للمعير الرجوع في إعارته فيستحقّ أجرة المثل لارضه على المستعير كما إذا استعارها للاجارة فآجرها بناء على ما هو الاقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوَّض.

المسألة ٤: الرجوع في اعارته: لا يبعد عدم جواز الرجوع تكليفاً ووضعاً (فان الاذن الاعارى لإيقاع عقد لازم بمنزلة الاذن في الاتلاف مع ان في الاذن المجرد ايضاً مرّ المنع اذا اوجب ضرراً، وفاقاً لغير واحد والگلپايگاني (قدس سره) على فرض جواز الاعارة للمزارعة، لكنه منعه لأن المستعير يملك الانتفاع في العارية بلا تسلط على المعير ولا يملك التمليك عليه. وفيه منع ذلك اذ باذنه الاعارى سلّطه على ذلك، وقد مرّ ان قوام المزارعة بوجود حق في الارض للمزارع مع العامل ولا يلزم الملك بل ملكية المنافع حاصلة على ما يأتي في الفرع الآتي).

بناءً: مرّ صحة المبنى لكن الفرع لا يبتني عليه (فان المستعير يتسلط على المنافع بالعارية وتحت يده واختياره، فاذا كان مأذوناً للاجارة كان بمنزلة الاذن في التمليك لنفسه، فمعنى ذلك الاذن الانتقال لنفسه آناً ما قبل ذلك، بل الظاهر ان العارية تمليك المنفعة لا الانتفاع على ما اشتهر فان الانتفاع فعل المستعير ولا معنى لتمليكه فعل نفسه، لكنها تمليك حصة من المنفعة وهي المنفعة من حيث استعدادها لانتفاع المستعير. فالمنفعة ملكه).

اجرة المثل لارضه: وله الامر بالقلع اذا أوجب البقاء ضرراً على المالك ازيد من ضرر العامل في القلع، لكن مرّ عدم جواز الرجوع (والاجرة لعدم وقوع عمل العامل عن امره، فاذا قلنا بجواز الرجوع فله مطالبة اجرة الارض).

استعار للاجارة: (وقد استشكل بأن العارية متقومة باستفادة المستعير من عين المال مع ان اجارتها مستلزمة لاستفادته من الاجرة لا عين الارض، وفيه: ان استفادة المستعير بالواسطة وغير المباشرة كالضيف من اللحاف المعارة ايضاً جائزة. واستشكل ايضاً بأن المستعير يملك الانتفاع لا المنفعة فاجارتها حينئذ من تمليك منفعة الغير لتملك الاجرة، وفيه ما مرّ من ان العارية تمليك المنفعة لا الانتفاع، لكنه تمليك المنفعة في حيثية خاصة هي استعدادها لانتفاع المستعير لا الانتقال الى الورثة أو النقل بلا اجازة المالك).

المسألة ٥: إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمّته او في الخارج من ذهب او فضّة او غيرهما مضافاً إلى حصّته من الحاصل صحّ وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل بل الاقوى صحّة استثناء مقدار معيّن من الحاصل لاحدهما مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الاقوى كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه او استثناء مقدار خراج السلطان أو ما يصرف في تعمير الارض ثمّ القسمة وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الارطال في بيع الثمار اولا وجهان.

المسألة ٦: إذا شرط مدّة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت والزرع باق لم يبلغ فالظاهر أنّ للمالك الامر بإزالته بلا أرش أو إبقائه ومطالبة الأجرة إن رضي العامل بإعطائها ولا يجب عليه الابقاء

المسألة ٥: مشروطاً بسلامته: إلّا ان يشترطا ذلك (ولا وجه لحاشية البروجردي(قدس سره) وبعض آخر باشتراطه بالسلامة لعدم لحاظ الشروط بعنوان الحصة أو الاستثناء).

الحاصل لاحدهما: (ومنعه الخوئي (قدس سره) واحتاط الكلپايگاني (قدس سره) وبعض آخر نظراً الى عدم شمول العمومات لكون المزارعة على خلاف القاعدة لكونها تمليك المعدوم، وأدلة المزارعة غير شاملة لهذه الصورة، وفيه: ان صحة الخصوصية بدلالة ادلة الشروط وليست على خلاف مقتضى العقد، فالظاهر الصحة).

كما يجوز: هذا ايضاً كسابقه محل الكلام، لكن الاظهر الصحة كما في المتن (خلافاً للخوئي (قدس سره) واما الاستدلال للصحة بـ ١ و٢/ ١٠ المزارعة فهما غير مربوطتان بالبحث فإنّ ٢/ ١٠ لا دلالة فيه بأيّ وجه على اخراج البذر من الحاصل، بل ظاهر في اشاعة الحاصل بينهما، و ١/ ١٠ ايضاً دال على اشتراك الحاصل بينهما معللاً بكون البذر لاحدهما والعمل من الآخر فلا ربط له بالمقام بل على العكس اوّل هذا مع ضعف السند بالكرخي).

وجهان: والاول اوجه (لظهور الاستثناء في كونه من الحاصل في ذلك، ويشهد له ما لو لم يكن حاصل اصلاً للزرع فحكم العرف ذلك استكشافاً من ظهور اللفظ والمراد، خلافاً للاستاذ (قدس سره) فانه حكم بعدم الارتباط إلّا فيما لم يكن حاصل اصلاً فانه بلا موضوع، ولا وجه له ظاهراً إلّا الجمود على ظاهر اللفظ).

المسألة ٦: الامر بازالته بلا ارش: (وذلك لقاعدة السلطنة ولا يعارض بقاعدة لا ضرر لانها امتنانية على الامّة لا الفرد فتنصرف عن المورد مما فيه ضرر على المالك،

بلا أجرة كما لا يجب عليه الارش مع إرادة الازالة لعدم حقّ للزارع بعد المدّة والناس مسلّطون على اموالهم ولا فرق بين أن يكون ذلك بتفريط الزارع او من قبل الله كتاخير المياه أو تغير الهواء وقيل بتخييره بين القلع مع الارش والبقاء مع الأجرة وفيه ما عرفت خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع مع انه لا وجه لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا أجرة أو معها إن مضت المدّة قبله لا يبعد صحّته ووجوب الابقاء عليه.

المسالة ٧: لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الارض إليه حتّى انقضت المدّة ففي ضمانه أجرة المثل للارض كما انه يستقرّ عليه المسمّى في الاجارة او عدم ضمانه اصلاً غاية الامر كونه آثما بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن او معذوراً فلا او ضمانه ما يعادل الحصّة المسمّاة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة او ضمانه بمقدار تلك الحصّة من منفعة

فلا وجه لحاشية بعضهم بلزوم الارش ويحتمل رعاية اقوى الضررين على ما مرّ في بعض المسائل المتقدمة، ونظيره البناء اشتباهاً في ملك الغير مع عدم امكان التراضي).

بلا اجرة: ومع الاجرة ايضاً، والوجه واضح على ما تقدم من قاعدة السلطنة.

لا يبعد صحته: امكان مدة البلوغ معلومة عادة (والوجه واضح، ولا يضر التعليق المستفاد من شرط البقاء الى البلوغ ان مضت المدة قبله فان التعليق المجمع على بطلانه انما هو في العقد لا الشرط والتابع).

المسالة ٧: اجرة المثل للارض: مع فرض تسليم الارض وهو الاقوى، وكذا مع عدم اطلاع المالك على ترك الزرع من الزارع حتى انقضت المدّة، وهكذا الحكم في ناحية ضمان النقص الحاصل بترك الزرع.

أو عدم ضمانه اصلاً: نظراً الى كون المزارعة صرف تعهد بلا ايجاد حق كالوعد على الشركة، وفيه مافيه.

أو التفصيل: نظراً الى العذر فليس بغاصب، وفيه عدم انحصار الضمان بالغصب مع ان تقيّد الاذن بالزرع يجعله بحكم الغاصب.

أو ضمانه ما يعادل الحصة: نظراً الى كون الحصة مملوكاً للمالك ولم تحصل فبدلها، وفيه: ان ملكية المعدوم لا توجب الضمان، وإلّا كان مقتضى العقد حينئذ ضمان بدل الحصة وقيمة العمل الذي لم يعلمه العامل، وهو مقتضى الوجه الآتي وجعله الماتن اوجه.

الأرض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع أو الفرق بين ما إذا اطّلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة ارضه فلا يضمن وبين صورة عدم اطّلاعه إلى ان فات وقت الزرع فيضمن وجوه وبعضها اقوال فظاهر بل صريح جماعة الأوّل بل قال بعضهم يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص واستظهر بعضهم الثاني وربما يستقرب الثالث ويمكن القول بالرابع والأوجه الخامس وأضعفها السادس ثمّ هذا كلّه إذا لم يكن الترك بسبب عذر عامّ وإلاّ فيكشف عن بطلان المعاملة ولو انعكس المطلب بان امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصّته من منفعة الارض أو ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه أو عدم الضمان حتّى لو قلنا به في الفرض الأوّل بدعوى الفرق بينهما وجوه.

المسألة ٨: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه فان كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخيّر بين الفسخ وعدمه وإن كان بعده لم يكن له الفسخ وهل يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدّة للمالك فقط او يضمن له بمقدار حصّته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً مقدار قيمة حصّته من عمل العامل حيث فوّته عليه ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصّته من منفعة الأرض وجهان ويحتمل ضمانه لكلّ منهما ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين.

بين ما اذا اطلع: وقد عرفت ان اليد بنفسها موجبة للضمان ولا ربط للاطلاع بذلك.

أو عدم الضمان حتى: وهو الاقوى لعدم ضمان اليد ولا التفويت ولا الاستيفاء.

نعم، هو عاص بترك العمل بالعقد وللعامل الرفع الى الحاكم، وللحاكم اجبار المالك على تسليم الارض، واذا اوجب ذلك ضرراً على العامل من جهة تهيئة مقدمات لا تفيده في غير المورد فعلى المالك التدارك.

المسألة ٨: لم يكن له الفسخ: اي ليس له خيار تعذر التسليم بعنوان ذلك، لكن العقد بحكم الانفساخ كان الغصب قبل التسليم أو بعده لعدم الأثر له فان الضمان للمالك فقط على ما يأتي.

وجهان: اوجههما اولهما، لكن اذا هيّئ العامل مقدمات لا تفيده في غير المورد وتضرر بذلك كان ذلك على الغاصب. (لعدم ضمان بالنسبة الى العامل لعدم تفويت بالنسبة اليه لعدم وجود حصته من الحاصل، واما بالنسبة الى المالك فضمان اليد. نعم، اذا هيّئ العامل مقدمات لا تفيده في غير المورد وتضرر بذلك كان ضمانه على الغاصب).

المسألة ٩: إذا عيّن المالك نوعاً من الزرع من حنطة او شعير أو غيرهما تعيّن ولم يجز للزارع التعدّي عنه ولو تعدّى إلى غيره ذهب بعضهم إلى أنه إن كان ما زرع اضرّ ممّا عيّنه المالك كان المالك مخيّراً بين الفسخ وأخذ أجرة المثل للارض والامضاء واخذ الحصّة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الاضرّ وإن كان اقلّ ضرراً لزم واخذ الحصّة منه وقال بعضهم يتعيّن أخذ أجرة المثل للارض مطلقاً لانّ ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصّة منه مطلقاً والاقوى انه إن علم انّ المقصود مطلق الزرع وأنّ الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الارض وترك ما يوجب ضرراً فيها يمكن ان يقال إنّ الامر كما ذكر من التمييز بين الامرين في صورة كون المزروع أضرّ وتعين الشركة في صورة كونه اقلّ ضرراً لكنّ التحقيق مع ذلك خلافه وإن كان التعيين لغرض متعلّق بالنوع الخاصّ لا لاجل قلّة الضرر وكثرته فإمّا ان يكون التعيين على وجه التقييد والعنوانية او يكون على وجه تعدّد المطلوب والشرطيّة فعلى الاوّل إذا خالف ما عيّن فبالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً حتّى انقضت المدّة فيجري فيه الوجوه الستّة المتقدّمة في تلك المسالة وامّا بالنسبة إلى الزرع الموجود فإن كان البذر من المالك فهو له ويستحقّ العامل أجرة عمله على إشكال في صورة علمه بالتعيين وتعمّده الخلاف لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله وإن كان البذر للعامل كان الزرع له ويستحقّ المالك عليه أجرة الارض مضافاً إلى ما استحقّه من بعض الوجوه المتقدّمة ولا يضرّ استلزامه الضمان للمالك من قبل ارضه مرّتين على ما بيّنا في محلّه لانه من جهتين وقد ذكرنا نظير ذلك في الاجارة أيضاً وعلى الثاني يكون المالك مخيّراً بين ان يفسخ

المسألة ٩: ملاحظة مصلحة الارض: فليس ذكر الخاص لخصوصية فيه قيداً ولا شرطاً، فالمراد هذا او كل ما هو اقل ضرراً منه، وحينئذ فلحاظ ذلك ايضاً اما قيد أو شرط، والتخيير بين الفسخ والامضاء انما هو على الثاني اي فيما لوحظ المساواة أو القلة في الضرر بنحو الاشتراط فاذا زرع ما هو اضر تخير المالك بين الامرين كما في المتن وليس خلاف التحقيق حينئذ.

على وجه التقييد: قد عرفت امكان الوجهين في لحاظ الضرر قلة أو كثرة ايضاً.

الوجوه الستة: ومرّ التحقيق في ذلك.

في صورة علمه بالتعيين: بل لا يستحق شيئاً، وكذا في صورة جهله اذا كان الانشاء على الشيء الخاص معنياً.

مضافاً الى ما استحقه: مرّ ان الضمان هنا ضمان اليد والاستيلاء فقط لاجرة المثل ولا يضمن اجرتي المثل.

المعاملة لتخلّف شرطه فياخذ أجرة المثل للأرض وحال الزرع الموجود حينئذٍ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حقّ شرطه وبين أن لا يفسخ ولكن لا يسقط حقّ شرطه أيضاً بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستّة المتقدّمة ويكون حال الزرع الموجود كما مرّ من كونه لمالك البذر.

المسالة ١٠ : لو زارع على ارض لا ماء لها فعلاً لكن امكن تحصيله بعلاج من حفر ساقية او بئر او نحو ذلك فان كان الزارع عالماً بالحال صحّ ولزم وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ وكذا لو كان الماء مستولياً عليها وامكن قطعه عنها وامّا لو لم يمكن التحصيل في الصورة الأولى او القطع في الثانية كان باطلاً سواء كان الزارع عالماً او جاهلاً وكذا لو انقطع في الاثناء ولم يمكن تحصيله او استولى عليها ولم يمكن قطعه وربما يقال بالصحّة مع علمه بالحال ولا وجه له وإن امكن الانتفاع بها بغير الزرع لإختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع نعم لو استاجر ارضاً للزراعة مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان تحصيله أمكن الصحّة لعدم اختصاص الاجارة بالانتفاع بالزرع إلّا ان يكون على وجه التقييد فيكون باطلاً ايضاً.

المسالة ١١ : لا فرق في صحّة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك او العامل او منهما ولا بدّ من تعيين ذلك إلّا أن يكون هناك معتاد يتصرف إليه الاطلاق وكذا لا فرق بين أن تكون الارض مختصّة

وحال الزرع الموجود: هو لمن له البذر على الفسخ لكن للمالك قلعه اذا كان للعامل اذا لم يتراضيا على البقاء.

بل يغرم العامل: فيه اشكال مع فرض قبول العقد وحصته الحاصل فان الشرط فائدته تعليق اللزوم على التزام آخر فلصاحب الشرط حق الفسخ فقط وان كان مفاد الشرط امراً مالياً لعدم استفادة ازيد من التكليف من ادلة الشروط.

لمالك البذر: بل بينهما في فرض عدم الفسخ.

المسالة ١٠ : خيار الفسخ: اي خيار تخلف الوصف اي وصف فعلية استيلاء الماء، لكنه فيما كانت العادة ذلك بحيث كان عقد المزارعة مبنياً عليه بخلاف ما كان البناء على وجود الماء ولو تحت الارض اتكالاً على الاجهزة اليومية.

المسالة ١١ : لا فرق: الظاهر كون قوام المزارعة بالارض والعمل، وان الارض للمزارع والعمل من العامل وباقي الامور على حسب القرار والاشتراط (ولعله مقتضى الجمع بين الاخبار المختلفة، راجع صحيح ١/١٢ وصحيح ١/١٣ وروايات

بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز كونه عليهما وكذا الحال في سائر المصارف وبالجملة هنا أمور أربعة: الأرض والبذر والعمل والعوامل فيصحّ أن يكون من أحدهما أحد هذه ومن الآخر البقيّة ويجوز أن يكون من كلّ منهما اثنان منها بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر البقيّة كما يجوز الاشتراك في الكلّ فهي على حسب ما يشترطان ولا يلزم على من عليه البذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته وكذا بالنسبة إلى العوامل كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه فيجوز له اخذ الاجير على العمل إلّا مع الشرط.

المسألة ١٢ : الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع بل يجوز ان يكون بين أزيد من ذلك كان يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر وهكذا بالنسبة إلى العمل والعوامل لصدق المزارعة وشمول الاطلاقات بل يكفي العمومات العامة فلا وجه لما في المسالك من تقوية عدم الصحّة بدعوى أنّها على خلاف الاصل فتتوقّف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك ودعوى أنّ العقد لابدّ ان يكون بين طرفين موجب وقابل فلا يجوز تركّبه من ثلاثة أو ازيد على وجه تكون أركاناً له مدفوعة بالمنع فانه أوّل الدعوى.

المسألة ١٣ : يجوز للعامل ان يشارك غيره في مزارعته أو يزارعه في حصّته من غير فرق بين ان

الباب ١٠ احكام المزارعة، ويستفاد من بعضها امكان تخلف ما ذكرنا من القوام ايضاً لكن بناء العقلاء والعرف شاهد ما ذكرنا واستفادة التعبد الخاص هنا بعيد، فالصور التي تخلف فيها عن ذلك لابد ان تصحّح بالادلة العامة على عناوين العقد والشركة فليس كل شركة زراعية مزارعة، ولا بأس بذلك اذا كان السهام معلومة بلا غرر (خلافاً للخوئي (قدس سره) في التمسك بالادلة العامة نظراً الى عدم كون تمليك المعدوم عقلائياً مشمولاً للأدلة العامة، وفيه ما مرّ).

المسألة ١٢ : لصدق المزارعة: فيه اشكال، كشمول ادلة المزارعة لكنها شركة زراعية صحيحة بأدلة الشركة وعمومات العقد.

موجب وقابل: ولا حاجة الى قبول ذلك وتوجيه الوحدة بارجاع المتعدد الى الواحد اعتباراً لعدم العبرة بذلك عند العقلاء، فيعتبرون العقد الواقع بين افراد متعددة عقداً وان كل واحد متعهد لجهته بلا اعتبار ارجاع الجمع الى واحد (خلافاً للنجفي (قدس سره)).

المسألة ١٣ : يشارك غيره: اي يجعله شريكاً في حصته.

يكون البذر منه او من المالك ولا يشترط فيه إذنه نعم لا يجوز تسليم الارض إلى ذلك الغير إلاّ باذنه وإلاّ كان ضامناً كما هو كذلك في الاجارة أيضاً والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير بحيث يكون كأنّه هو الطرف للمالك بصلح ونحوه بعوض ولو من خارج أو بلا عوض كما يجوز نقل حصّته إلى الغير سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده كلّ ذلك لأنّ عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الارض نصفاً او ثلثاً أو نحوهما إلى العامل فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه اولا إذ لا منافاة بين صحّة المذكورات وبين مباشرته للعمل إذ لا يلزم في صحّة المزارعة مباشرة العمل فيصحّ أن يشارك أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير.

المسالة ١٤ : إذا تبيّن بطلان العقد فامّا أن يكون قبل الشروع في العمل أو بعده وقبل الزرع بمعنى نثر الحبّ في الارض أو بعده وقبل حصول الحاصل أو بعده فان كان قبل الشروع فلا بحث ولا إشكال وإن كان بعده وقبل الزرع بمعنى الاتيان بالمقدّمات من حفر النهر وكري الارض وشراء الآلات ونحو ذلك فكذلك نعم لو حصل وصف في الارض يقابل بالعوض من جهة كريها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع

إلاّ باذنه: (خلافاً للخوئي (قدس سره) حيث جوّز ذلك نظراً الى ان العامل امين، ولا اشكال اذا سلّم الارض الى امين مثله، وفيه: إن ظاهر العقد كون النظر الى الشخص وهكذا في الاجارة).

هو الطرف للمالك: لا يمكن ذلك إلاّ بفسخ الاولى ثم مزارعة جديدة (قضاءً للايجاب والقبول في الاول).

قبل ظهور الحاصل: فيه منع، فانه من تمليك المعدوم وعقد المزارعة لا يوجب نقل منفعة الارض بل يسلط العامل على الانتفاع ولذلك تجوز على الارض المعارة ايضاً كما مرّ، وبعد ظهور الحاصل ايضاً الناقل طرف المزارعة فيجب عليه القيام بوظائفه ولو تسبيباً.

شرط عليه مباشرة العمل: (ولا وجه لحاشية البروجردي (قدس سره) بالمنع عنه مع ذلك الشرط، اذ الشرط هو المباشرة في العمل لا المزارعة).

المسالة ١٤ : فكذلك: بل للعامل اجرة مثل عمله وقيمة الآلات اذا كان بأمر المالك ولو من باب مطالبة حقه بتصور صحة العقد.

عنها كان للعامل قيمة ذلك الوصف وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شيء له كما انّ الآلات لمن أعطى ثمنها وإن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر فان كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل أجرة عمله وعوامله وإن كان للعامل كان له وعليه أجرة الارض للمالك وإن كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً ولكلّ منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصّه من تلك النسبة وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أجرة الارض وللعامل أجرة عمله وعوامله ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل إن كان التبيّن قبله بل له ان يأمر بقلعه وله ان يبقي بالأجرة إذا رضي صاحبه وإلاّ فليس له إلزامه بدفع الأجرة هذا كلّه مع الجهل بالبطلان وامّا مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض ارضه أو عمله لانه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله فكانه متبرع به وإن كان الآخر ايضاً عالماً بالبطلان ولو كان العامل بعد ما تسلّم الارض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة لفوات منفعتها تحت يده إلاّ في صورة علم المالك بالبطلان لما مرّ.

المسالة ١٥ : الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكيّة العامل لمنفعة الارض بمقدار الحصّة المقرّرة له وملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصّته واشتراك البذر بينهما على النسبة سواء كان منهما او من

قيمة ذلك الوصف: المعروف عدم مقابلة الوصف بالقيمة وإن اثّر فيها بل القيمة مقابل الاجزاء بل هي ايضاً على ذلك في بعض الموارد مع ان ايجاد وصف أو جزء في مال الغير لا يوجب ضماناً اذا لم يكن بأمره.

للعامل اجرة: اذا كان بأمر المالك لا يتصور الصحة من عنده.

للمالك اجرة الارض: اذا كانت تحت يده أو كان آمراً بالزرع، كما ان اجرة العامل ايضاً انما هي اذا كان العمل بأمره.

الهاتك: مرّ عدم استلزام العلم بالبطلان التبرع في العمل، وكذا في الفرع بعد.

المسالة ١٥ : ملكية العامل لمنفعة: بل لا يملك سوى الزام الطرف بما التزم وكذا المالك على العامل (وقد مرّ جواز كون ارض المزارعة معارة مع عدم ملكية المستعير للارض ومنافعها).

واشتراك البذر: لا وجه له بل البذر لمن بذله، والاشتراك يحصل في الحاصل بمجرد الشروع في النمو وتجلي اثر الحياة في الحبّ، فان كان هذا مراد بعض الكلمات فهو الاصح، لكن حيث ان المزارعة نوع قرار على الشركة فيمكن القرار على احد النحوين الآخرين ايضاً بالتصريح والشرط.

احدهما او من ثالث فاذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبة لا ان يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين كما ربما يستفاد من بعض الكلمات أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه فيصير مشتركاً في ذلك الوقت كما يستفاد من بعض آخر نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على احد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد ويترتّب على هذه الوجوه ثمرات منها كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما على النسبة على الاوّل دون الاخيرين فانه لصاحب البذر ومنها في مسالة الزكاة ومنها في مسالة الانفساخ أو الفسخ في الاثناء قبل ظهور الحاصل ومنها في مسالة مشاركة الزارع مع غيره ومزارعته معه ومنها في مسالة ترك الزرع إلى أن انقضت المدّة إلى غير ذلك.

المسالة ١٦ : إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الاثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله أو استولى عليه ولم يمكن قطعه أو حصل مانع آخر عامٌّ فالظاهر لحوق حكم تبين البطلان من الاوّل على ما مرّ لانه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحّة كانت ظاهرية فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر ويحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه فيلحقه حكم الفسخ في الاثناء على ما يأتي فيكون مشتركاً بينهما على النسبة.

المسالة ١٧ : إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ في الاثناء إمّا بالتقايل أو بخيار الشرط لاحدهما أو بخيار الاشتراط بسبب تخلّف ما شرط على أحدهما فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة وهو الوجه الاول من الوجوه المتقدّمة فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة وليس لصاحب

التبن: هو ايضاً من الحاصل فيكون مشتركاً فيه ولا ربط له بما افتى به الماتن.

مشاركة الزارع: مرّ صحّة المزارعة مع غيره اذا كان مأذوناً من المالك ولا يحتاج الى ظهور الحاصل اصلاً، واما الشركة فهي ايضاً كذلك ان لم نقل بعموم اعتبار التنجيز كما مرّ ذلك، فيشرك الغير في حصته الموجودة بعداً، ويأتي الكلام في الانفساخ في الاثناء. (والخوئي (قدس سره) قال ببطلان التشريك لانه من تمليك المعدوم، وقد مرّ).

المسالة ١٦ : ويحتمل: هو قريب اذا ظهر شيء ولو قصيلاً (لعدم وجه للبطلان بالنسبة اليه بعد حصول الشيء، والعقد ينحل ازماناً، وأما الانفساخ من الحين كلاً فلا وجه له بعد اشتراط القابلية للزرع لا العلم بالقابلية).

المسالة ١٧ : وحصل الفسخ: يعني قبل ظهور الحاصل.

مشترك بينهما: ان ظهر شيء من الحاصل ولو قصيلاً وإلاّ فلا شركة والبذر

الارض على العامل أجرة أرضه ولا للعامل أجرة عمله بالنسبة إلى ما مضى لانّ المفروض صحّة المعاملة وبقاءها إلى حين الفسخ وامّا بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا أجرة أو معها ولهما التراضي على القطع قصيلاً وليس للزارع الابقاء إلى البلوغ بدون رضى المالك ولو بدفع أجرة الارض ولا مطالبة الارش إذا أمره المالك بالقلع وللمالك مطالبة القسمة وإبقاء حصّته في أرضه إلى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصّته قصيلاً هذا وامّا على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر والظاهر عدم ثبوت شيء عليه من أجرة الارض أو العمل لانّ المفروض صحّة المعاملة إلى هذا الحين وإن لم يحصل للمالك أو العامل شيء من الحاصل فهو كما لو بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل من جهة آفة سماويّة أو أرضية ويحتمل ثبوت الأجرة عليه إذا كان هو الفاسخ.

فذلكة: قد تبيّن ممّا ذكرنا في طيّ المسائل المذكورة انّ ههنا صوراً الأولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط والعمل على طبقه إلى الآخر حصل الحاصل أو لم يحصل لآفة سماوية أو أرضيّة. الثانية: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدّة سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً الثالثة: تركه العمل في الاثناء بعد أن زرع اختياراً أو لعذر خاصّ به. الرابعة: تبيّن البطلان من الاوّل. الخامسة: حصول الانفساخ في الاثناء لقطع الماء أو نحوه من الاعذار العامّة. السادسة: حصول الفسخ بالتقايل او بالخيار في الاثناء وقد ظهر حكم الجميع في طيّ المسائل المذكورة كما لا يخفى.

لصاحبه ولصاحب الارض اجرة المثل ان لم يكن البذر له وللعامل كذلك لعمله اذا عمل بأمر من المالك، وللمالك القلع بلا ارش ان لم يكن البذر له.

الارش: (هو كذلك، ولا وجه ظاهراً لقول بعضهم بالارش).

الى هذا الحين: نعم، ولكن مفاد الفسخ حلّ العقد من اصله وجعله كان لم يكن، فلصاحب الارض الاجرة ان كان البذر لغيره وللعامل اجرة العمل اذا عمل بأمر المالك، (فلا وجه لنفي الگلپايگاني (قدّس سرّه) الاجرة واستبعاده احتمال المتن).

فهو كما: قياسه مع الفارق (فان المزارعة بنائها على رجاء الحاصل لا الحتمية فلا تعهد للطرفين إلّا على العمل بما التزما والاتفاقات غير مربوطة بهما بخلاف مسالة الفسخ).

الثالثة: لم يظهر حكمها مما تقدم وللمالك خيار التبعض، واذا كان البذر للمالك وتلف بترك العامل العمل فهو ضامن، وكذا لحصة الشريك من الحاصل ان حصل وتلف بذلك.

المسالة ١٨ : إذا تبين بعد عقد المزارعة انّ الارض كانت مغصوبة فمالكها مخيّر بين الاجازة فتكون الحصّة له سواء كان بعد المدّة او قبلها في الاثناء او قبل الشروع بالزرع بشرط ان لا يكون هناك قيد او شرط لم يكن معه محلٌ للاجازة وبين الردّ وحينئذٍ فان كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال وإن كان بعد التمام فله أجرة المثل لذلك الزرع وهو لصاحب البذر وكذا إذا كان في الاثناء ويكون بالنسبة إلى بقية المدّة الامر بيده فإمّا يأمر بالازالة وإمّا يرضى باخذ الأجرة بشرط رضى صاحب البذر ثمّ المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غارّه ومع عدم الغرور فلا رجوع وإذا تبين كون البذر مغصوباً فالزرع لصاحبه وليس عليه أجرة الارض ولا أجرة العمل نعم إذا كان التبيّن في الاثناء كان لمالك الارض

المسالة ١٨ : بين الاجازة: فان الظاهر قابلية هذا العقد للاجازة كغيره (خلافاً للبروجردي والگلپايگاني(قدس سرهما) نظراً الى كونه تعهداً من المالك بتسليم الارض، فاذا تعهد الغاصب من قبل المالك يمكن اجازته بخلاف ما لو تعهد من قبل نفسه فلا يمكن اجازة المالك تعهد الغاصب من نفسه وفيه: انه تعهد من المالك بتسليط العامل على الانتفاع من الارض قبال تعهد العامل بالعمل فاذا اجاز المالك فقد وقع وتحقق التسليط، وفي الحقيقة لا فرق بينه والبيع فانه تمليك وهذا تسليط فكما يصحّح بيع الفضولي لنفسه في البيع على التحقيق فكذا هنا).

محل للاجازة: كما اذا شرط زواج بنت الغاصب.

على غارّه: (وقد مرّ ملاك قاعدة الغرر في موارد من الابحاث السابقة، ويدل عليها مثل ١/ ٧ ابواب العيوب والتدليس من النكاح: «... كما غر الرجل وخدعه» وردّه الخوئي (قدس سره) بضعف السند بمحمد بن سنان لعدم التوثيق، لكن الاصحاب يعملون كما كان يقول الاستاذ(قدس سره) ويظهر من الاصحاب، ونقض (قدس سره) ايضاً اصل القاعدة بما لو قال احد لصاحب متاع: قيمة متاعك في البلد الفلاني غال، فذهب الصاحب بمتاعه الى ذلك البلد فخسر فهذا مغرور منه مع عدم امكان القول بضمانه، وفيه ما مرّ منا ان القاعدة في الغرور مع العمل كتقديم مال الغير اليه والقول بانه مالي كل منه.

ليس عليه اجرة الارض: بل على الزارع الغاصب كما ان خسارة المغصوب منه ايضاً عليه فيما كان التبين في الاثناء وأمر المالك بالازالة).

الامر بالازالة هذا إذا لم يكن محلٌّ للاجازة كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلّي لا المشخّص في الخارج أو نحو ذلك أو كان ولم يجز، وإن كان له محلٌّ واجاز يكون هو الطرف للمزارعة ويأخذ الحصّة الّتي كانت للغاصب وإذا تبيّن كون العامل عبداً غير مأذون فالامر إلى مولاه وإذا تبيّن كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة ولصاحبها أجرة المثل أو قيمة الاعيان التالفة وفي بعض الصور يحتمل جريان الفضولية وإمكان الاجازة كما لا يخفى.

المسالة ١٩ : خراج الارض على صاحبها وكذا مال الاجارة إذا كانت مستأجرة وكذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان وما يؤخذ لتركها في يده ولو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلاً صحّ وإن كانت ربما تزاد وربّما تنقص على الاقوى فلا يضرّ مثل هذه الجهالة للأخبار وأما سايرالمؤن كشقّ الانهار وحفر الآبار وآلات السقي وإصلاح النهر وتنقيته ونصب الابواب مع الحاجة إليها والدولاب ونحو ذلك ممّا يتكرّر كلّ سنة اولا يتكرّر فلابدّ من تعيين كونها على المالك او

هو الطرف للمزارعة: اذا كان باذل البذر طرفاً للمعاملة بخلاف ما اذا كان العقد بين المالك والعامل واشترط البذر على العامل فانه لا يصير بالاجازة طرفاً للمعاملة حينئذ.

يأخذ الحصة: اي ما قابل البذر لا كل ما جعل للغاصب حتى ما بازاء العمل.

المسالة ١٩ : هذه الجهالة: بل يضر ان كان غير متسامح فيه إلّا فيما وضعه السلطان بعد العقد وهو على المالك (وأما الاخبار ١/ ١٧ و ٢/ ١٠ فلا نسلم انها بصدد بيان الاطلاق في الخراج، وحينئذ فعموم ملاك دليل الغرر محكم، وقال الخوئي(قدس سره): لا دليل في غير البيع، وفيه عموم الملاك كما مرّ في استفادته من منع بيع المنابذة ومثلها. وقال الخوئي(قدس سره) في آخر كلامه: مع ان الجهالة في هذه الامور التي لها ضابط خارجي معين لا يعد غرراً عرفاً لمضبوطيّة مقداره وان لم يعلمه المتعاملان بالفعل فان الزيادة والنقيصة في هذه الموارد مغتفرة ولا تبلغ عادة حدّ الغرر، وفيه: ان الضبط الخارجي لا يجعله معلوماً عند العقد، وإلّا ففي سائر موارد الغرر ايضاً يعلم الحال بعداً وبالاخرة، وأما الاغتفار وعدم بلوغ حدّ الغرر فهو ليس على اطلاقه صحيح بل يفرق الموارد كما اشرنا).

العامل إلاّ إذا كان هناك عادة ينصرف الاطلاق إليها وأمّا ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج فليس على المالك وإن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

المسألة ٢٠: يجوز لكلّ من المالك والزارع ان يخرص على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدار منه بشرط القبول والرضا من الآخر لجملة من الاخبار هنا وفي الثمار فلا يختصّ ذلك بالمزارعة والمساقاة بل مقتضى الأخبار جوازه في كلّ زرع مشترك أو ثمر مشترك والاقوى لزومه بعد القبول وإن تبيّن بعد ذلك زيادته أو نقيصته لبعض تلك الاخبار مضافاً إلى العمومات العامّة خلافاً لجماعة والظاهر انه معاملة مستقلّة وليست تبعاً ولا صلحاً معاوضياً فلا يجري فيها إشكال اتّحاد العوض والمعوَّض ولا إشكال النهي عن المحاقلة والمزابنة ولا إشكال الربا ولو بناء على ما هو الاقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع وجريانه في مطلق المعاوضات مع انَّ حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون ومع الاغماض عن ذلك كلّه يكفي في صحّتها الاخبار الخاصّة فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبت بالنصوص ولتسمَّ بالتقبّل وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع نعم يمكن أن يقال إنّها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضيّ فكانّهما يتسالمان على ان يكون حصّة احدهما من المال المشترك كذا مقداراً والبقية للآخر شبه القسمة او نوع منها وعلى ذلك يصحّ إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الاخبار ايضاً على الاقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبّل ثمّ إنّ المعاملة المذكورة

هناك عادة: وإلاّ فلا يبعد كون ما للارض على المالك وما للزرع على العامل (كما عن المسالك).

فليس على المالك: إلاّ فيما كان في البين عادة مبني عليها العقد كما انه اذا اخذ الظالم من عين المحصول حوسب عليهما.

المسألة ٢٠: في المعهودات: مع انها منها شرعاً وعقلائياً (فان القبالة ثابتة في الشرع كمسالة خيبر وفي روايات اهل البيت عليهم السلام ايضاً ورد تصحيحها، فراجع ١ و٤/ ١٤ المزارعة وروايات الباب ١٠ بيع الثمار مثل ١ و٢ و... وفي العرف ايضاً شائع).

يمكن ان يقال: فيه منع بل هي معاملة مستقلة وان امكن ادائها بلفظ الصلح ككثير من المعاملات.

اذا ارتفع الغرر: لا يضر الغرر في الصلح.

لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة بل يكفي كلّ لفظ دالّ على التقبّل بل الاقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلاً فيكفي فيها مجرّد التراضي كما هو ظاهر الاخبار والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل وإدراكه فلا يجوز قبل ذلك والقدر المتيقّن من الاخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع فلا يصحّ الخرص وجعل المقدار في الذمّة من جنس ذلك الحاصل نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح على الوجه الّذي ذكرنا لا مانع من ذلك فيه لكنّه كما عرفت خارج عن هذه المعاملة ثمّ إنّ المشهور بينهم انّ قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل فلو تلف بآفة سماويّة او ارضية كان عليهما ولعلّه لانّ تعيين الحصّة في المقدار المعيّن ليس من باب الكلّي في المعيّن بل هي باقية على إشاعتها غاية الامر تعيينها في مقدار معين مع احتمال ان يكون ذلك من الشرط الضمنيّ بينهما والظاهر انّ المراد من الآفة الارضية ما كان من غير الانسان ولا يبعد لحوق إتلاف متلف من الانسان ايضاً به وهل يجوز خرص ثالث حصّة احدهما او كليهما في مقدار وجهان أقواهما العدم.

المسالة ٢١ : بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من أوّل الامر في الزرع يجب على كلّ منهما الزكاة

مجرد التراضي: بل الاقوى اعتبار مبرز لفظي أو فعلي ينشأ به المعاملة.

والظاهر اشتراط: (اخذاً بالمتيقن من الاخبار وعدم الدليل على غيره).

على اشاعتها: فيه منع، ولذا يجوز للمتقبل التصرف بلا اذن من المتقبل له، لكن حيث ان القبالة مبنية على احتساب المقدار الى تمام الزرع وعلى سلامة الحاصل فلا التزام بحصة المتقبل له إلّا في الحاصل السالم، هذا بحسب ماهية هذه المعاملة ولا اقل من كون ذلك شرطاً مبنياً عليه العقد.

اتلاف متلف: بل المعاملة باقية والمتلف ضامن.

اقويهما العدم: بل الجواز اقوى اذا كان الخارص اهل الخبرة ورضيا به (بناءً على كون المعاملة طبق القاعدة، والمراد من الخرص تعيين المقدار على التخمين المتقارب للواقع، ولعل خرصه اقرب الى الواقع من خرص احد الطرفين ولا يستفاد من الأدلة تقييد من جهة ذلك).

المسالة ٢١ : بناءً على ما ذكرنا: وكذا على ما ذكرنا من اعتبار وقت ظهور الحاصل ولو غير الثمرة من القصيل ونحوه، ومرّ صحة الاشتراط بغير ذلك (خلافاً للبهبهاني (قدس سره) حيث تأمل في ذلك الاشتراط، وكانه لمخالفته لمقتضى الشركة، وفيه عدم حصول الشركة قبل ذلك ولابد من قرار في ذلك فاذا قرّرا على ما

إذا كان نصيب كلّ منهما بحدّ النصاب وعلى من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمر لانّ تعلّق الزكاة بعد صدق الاسم وبمجرّد الظهور لا يصدق وإن اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفية فهي على صاحب البذر منهما لانّ المفروض انّ الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت فتتعلّق الزكاة في ملكه.

المسألة ٢٢ : إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّة والقسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي فان كان البذر لهما فهو لهما وإن كان لاحدهما فله إلّا مع الإعراض وحينئذٍ فهو لمن سبق ويحتمل ان يكون لهما مع عدم الاعراض مطلقاً لانّ المفروض شركتهما في الزرع وأصله وإن كان البذر لاحدهما أو لثالث وهو الاقوى وكذا إذا بقي في الأرض بعض الحبّ فنبت فانه مشترك بينهما مع عدم الاعراض نعم لو كان الباقي حبٌّ مختصٌّ باحدهما اختصّ به ثمّ لا يستحقّ صاحب الارض أجرة للذلك الزرع النابت على الزارع في صورة الاشتراك أو الاختصاص به وإن انتفع بها إذا لم يكن ذلك من فعله ولا من معاملة واقعة بينهما.

المسألة ٢٣ : لو اختلفا في المدّة وانها سنة أو سنتان مثلاً فالقول قول منكر الزيادة وكذا لو قال احدهما إنّها ستّة اشهر والآخر قال إنها ثمانية اشهر نعم لو ادّعى المالك مدّة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل ولو نادراً ففي تقديم قوله إشكال ولو اختلفا في الحصّة قلّة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدّعي

ذكر فهو عقد يجب الوفاء به).

المسألة ٢٢ : مع الاعراض: وابرازه عملاً (الظاهر كونه مخرجاً عن الملك اذا ابرز عملاً ولذلك اذا طرح ثم اخذه الغير لا يتاح له منعه عند العقلاء خلافاً للخوئي (قدس سره) وقد مرّ ما فيه. ولم يأت بدليل سوى عدم الدليل).

ويحتمل: وهو مقتضى اطلاق عقد المزارعة كما مرّ، (وهو الاقوى لما مرّ من حصول الاشتراك بمجرد الحاصل ومتعلق الشركة الزرع وأصله. كان البذر له أو لا، فلا وجه لإشكال الگلپايگاني (قدس سره)).

اجرة لذلك: بالنسبة الى ما مضى مع سقوط حبّه بلا اختيار، وأما بقاء فللمالك مطالبة الاجرة كما له القلع بلا ارش.

المسألة ٢٣ : اشكال: بل لا يبعد تقديم قول مدعي الكثرة حينئذ.

التحالف: ان رجع النزاع الى خصوصية في متعلق العقد لها اثر، وأما اذا كانت نتيجة النزاع راجعة الى المقدار زيادة ونقصاً كما هو الغالب فالقول قول مدعي القلة.

للقلّة هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدّة أو الحصّة وعدمها وأمّا لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد وأنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف وإن كان خلاف إطلاق كلماتهم فان حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

المسالة ٢٤ : لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيّهما فالمرجع التحالف ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة.

المسالة ٢٥ : لو اختلفا في الاعارة والمزارعة فادّعى الزارع أنّ المالك أعطاه الارض عارية للزراعة والمالك ادّعى المزارعة فالمرجع التحالف ايضاً ومع حلفهما أو نكولهما تثبت أجرة المثل للأرض فان كان بعد

(وفاقاً لغير واحد والوجه واضح بعد كون الملاك في الادعاء والانكار طلب شيء والالزام اي الغرض لا المصبّ كما قال المصنف في كتاب القضاء، والحكيم (قدس سرّه) في المستمسك ١٣ : ١٣٦ : و... وقال هذا ظاهر الاصحاب).

المسألة ٢٤ : التحالف : اذا كان الخلاف في العمل والعوامل قبل العمل ولم يكن عادة معينة في العرف واما بعد العمل فالمقام من الادعاء والانكار كما لا يخفى كما ان وجود العادة يوجب كون مدعي خلافها مدعياً. (كما اشار الاستاذ (قدس سرّه) فيقدم قول منكر الذمّة والاجرة في ذلك).

تنفسخ المعاملة : بل لا يبعد بقاء المعاملة والرجوع الى القرعة (للعلم بالحق الشرطي والشك في ذي الحق والقرعة لكل امر مشكل وهي مقدمة على التنصيف لنوع احراز في دليلها ولم يتعرض غير الاستاذ لذلك إلّا النجفي (قدس سرّه) لكنه قال: «غير وجيه» وكأنه نظراً الى ورود تخصيصات كثيرة على القرعة بحيث لا يمكن الاستناد الى القرعة والى عدم تعهد الرجوع الى القرعة في المحاكمات، وفيه: عدم تسلم تخصيص الاكثر بعد فهم موردها، ولا نسلم سيرة ثابتة على عدم القرعة عند حلفهما أو نكولهما).

المسألة ٢٥ : التحالف ايضاً : بل المالك مدع يدعي الحصة والعامل ينكرها والقول قوله مع الحلف (لعدم ادعاء العامل شيئاً سوى مفهوم العارية وفي الواقع يدفع دعوى حصة المالك).

اجرة المثل : المالك يردّها ويعترف بعدم استحقاقها، فلا وجه لاخذها، نعم اذا تيقن استحقاقه الحصة وجحود العامل فله التقاصّ فيأخذ اجرة المثل تقاصاً لحصته اذا

البلوغ فلا إشكال وإن كان في الاثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك وفي وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجرة إن اراد الزارع وعدمه وجواز أمره بالازالة وجهان وإن كان التزاع قبل نثر الحبّ فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما.

المسالة ٢٦ : لو ادّعى المالك الغصب والزارع ادّعى المزارعة فالقول قول المالك مع يمينه على نفي المزارعة.

المسالة ٢٧ : في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلّق الزكاة وقبل البلوغ قد يقال بعدم الجواز إلّا أن يضمن حصّتها للفقراء لانّه ضرر عليهم والاقوى الجواز وحقّ الفقراء يتعلّق بذلك الموجود وإن لم يكن بالغاً.

المسالة ٢٨ : يستفاد من جملة من الاخبار انه يجوز لمن بيده الارض الخراجيّة ان يسلّمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدّي خراجها عنه ولا باس به.

لم تكن اكثر من الحصّة المدعاة منه.

جواز الرجوع: ان تحالفا وانحل العقد لكون المقام في الاثناء من التحالف، وكذا يجوز الرجوع بناءً على الادعاء والانكار نظراً الى عدم لزوم العارية هنا كما عليه الماتن فلا ادعاء من العامل حينئذ وينفي بحلفه المزارعة. لكن اذا علم المالك باطناً بالمزارعة فجواز رجوعه بحسب حكمه في نفسه مشكل.

وجهان: الظاهر جواز الازالة بحسب حكم الحاكم ظاهراً ان قلنا بجواز العارية حتى بعد العمل لعدم جريان لا ضرر فيما كان اجرائه موجباً لضرر على الغير كما في المقام لتحديد سلطنة المالك بذلك، لكن الجواز بحسب حكم المالك في نفسه اذا علم بالمزارعة مشكل، كما انه ان قلنا بلزوم العارية بعد العمل، فلا تجوز الازالة للعلم بثبوت العارية أو المزارعة.

بعد حلفهما أو نكولهما: بل المقام من الادعاء والانكار لعدم الزام دعوى العارية من العامل شيئاً على المالك بعد جواز الرجوع قبل العمل.

المسالة ٢٦ : على نفي المزارعة: لا اثبات عنوان الغصب فلا يثبت آثاره، نعم يثبت آثار مطلق التصرف بلا اذن كاجرة المثل.

المسالة ٢٨ : يجوز: (والنص هو الفارق هنا فيجوز هنا للنص الموافق للقاعدة، راجع ٢ و٣ و٤/١٧ المزارعة بخلاف اجارة الدكان ونحوه بلا تغيير فيه).

مسائل متفرقة

الاولى: إذا قصّر العامل في تربية الزرع فقلّ الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت بحسب تخمين أهل الخبرة كما صرّح به المحقّق القمي-سره- في أجوبة مسائله.

الثانية: إذا ادّعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط او ادّعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضرّ بالزرع وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه فالقول قوله لانه مؤتمن في عمله وكذا لو ادّعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره وأنكر.

الثالثة: لو ادّعى احدهما على الآخر شرطاً متعلّقاً بالزرع وأنكر اصل الاشتراط فالقول قول المنكر.

الرابعة: لو ادّعى احدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته وبعده له الفسخ.

الخامسة: إذا زارع المتولّي للوقف الارض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدّة لزم ولا تبطل بالموت وامّا إذا زارع البطن المتقدّم من الموقوف عليهم الارض الموقوفة ثمّ مات في الاثناء قبل انقضاء المدّة

مسائل

الاولى: ... ضمانه التفاوت: اذا كان بعد ظهور الزرع وكان التقصير بحيث اوجد نقصاً في الزرع يعدّ عيباً، وكذا فيما كان البذر للمالك فقصر العامل بما ذكر، واما اذا كان البذر للعامل وكان التقصير قبل ظهور الزرع فلا شيء للمالك إلّا الزام العامل بالعمل وان لم يكن فله الفسخ (ويحمل جواز ابقاء المعاملة مع ضمان العامل لقيمة مثل العمل، لكنه بعيد اذ المزارعة في الحقيقة قرار على الشركة في الارض بتسليم الارض والعمل. وقال الحكيم (قدس سره): اذ الاعمال الذمية لا تكون مضمونة كما في الاجارة فتنفسخ الاجارة، وفيه: عدم وجه لذلك، فان العمل اذا صار في الذمة بمقتضى العقد فالطرف يطلبه فاذا مضى وقت العمل فيطلب بدله، وبما ذكرنا ظهر الاشكال في حاشية البهبهاني (قدس سره) ايضاً حيث اعتقد ضمان اجرة المثل).

الخامسة: ولا تبطل بالموت: اي بموت المتولي بل والبطن المتقدم ايضاً سيما اذا كان موته بعد خروج وقت الزرع، فلا وجه اصلاً للبطلان بالنسبة الى محصول تلك السنة (لاقتضاء التولية ذلك، فلا وجه ظاهراً لما عليه الگلپايگاني (قدس سره) من الاشكال هنا وفي الاجارة في بقاء العقد مع موت المتقدم سيما في فرض خروج

فالظاهر بطلانها من ذلك الحين لانتقال الارض إلى البطن اللاّحق كما أنّ الامر كذلك في إجارته لها لكن استشكل فيه المحقّق القميّ (قدس سره) بأنّ عقد المزارعة لازمة ولا تنفسخ إلاّ بالتقايل أو ببعض الوجوه الّتي ذكروها ولم يذكروا في تعدادها هذه الصورة مع أنّهم ذكروا في الاجارة بطلانها إذا آجر البطن المتقدّم ثمّ مات في أثناء المدّة ثمّ استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة فالتجا إلى أنّ الاجارة أيضاً لا تبطل بموت البطن السابق في اثناء المدّة وإن كان البطن اللاّحق يتلقّى الملك من الواقف لا من السابق وأنّ ملكية السابق كانت إلى حين موته بدعوى أنّه إذا آجر مدّة لا تزيد على عمره الطبيعيّ ومقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره فكما انها في الظاهر محكومة بالصحّة كذلك عند الشارع وفي الواقع فبموت السابق ينتقل ما قرّره من الأجرة إلى اللاحق لا الارض بمنفعتها إلى آخر ما ذكره من النقض والابرام وفيه مالا يخفى ولا ينبغي الاشكال في البطلان بموته في المقامين.

السادسة: يجوز مزارعة الكافر مزارعاً كان او زارعاً.

السابعة: في جملة من الاخبار النهي عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الارض وأنه لا ينبغي ان يسمّى بذراً ولا بقراً فانّما يحرم الكلام والظاهر كراهته وعن ابن الجنيد وابن البرّاج حرمته فالاحوط الترك.

وقت الزرع في محصول تلك السنة، هذا مع تحقق السيرة ايضاً فلا يتفحص المتشرعة على هذا الاساس عن صحة التصرفات في الاوقاف للزوار ونحوهم في البطون المتاخرة. نعم، لا يبعد ان يقال: تحقق العلم بموت المتقدم جميعهم بلا تولد اللاحق اصلاً نادر جداً).

فالظاهر بطلانها: إلاّ اذا كان موته بعد خروج وقت الزرع بالنسبة الى محصول تلك السنة.

الاستصحاب: (هو كاستصحاب بقاء ملك الشخص فلا حجيّة له بعد انكشاف الخلاف).

السابعة: فالاحوط: لا ينبغي تركه (رعاية لظاهر بعض روايات الباب مثل ٥ و٨/٦ احكام المزارعة: «لا يسمّى، لا ينبغي»، لكن الظاهر ان المراد عدم التمليك للبقر والبذر واقعاً وذيلها: انما يحرم الكلام ... الخ، دليل على كون مراد الطرفين معلوماً وان البقر والبذر بحكم الواسطة لملكيّة صاحبهما، لكن النهي توجه الى ظاهر التعبير ارشاداً الى عدم امكان ملكيتهما والى ان العقود على ظاهر التعبيرات انشاءً وهو

الثامنة: بعد تحقّق المزارعة على الوجه الشرعيّ يجوز لاحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصّته بمقدار معيّن من جنسه أو غيره بعد التخمين بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً كما أنّ الظاهر جواز مصالحة احدهما مع الآخر عن حصّته في هذه القطعة من الارض بحصّة الآخر في الأخرى بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لاحدهما والأخرى للآخر إذ القدر المسلّم لزوم جعل الحصّة مشاعة من اوّل الامر وفي أصل العقد.

التاسعة: لا يجب في المزارعة على ارض إمكان زرعها من اوّل الامر وفي السنة الأولى بل يجوز المزارعة على الأرض باثرة لا يمكن زرعها إلّا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو ازيد وعلى هذا إذا كانت ارض موقوفة وقفاً عامّاً أو خاصاً وصارت باثرة يجوز للمتولّي أن يسلّمها إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو اقلّ أو ازيد حسب ما تقتضيه المصلحة على ان يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه ثمّ يكون الحاصل مشتركاً بالاشاعة بحصّة معيّنة. العاشرة: يستحبّ للزارع كما في الاخبار الدعاء عند نثر الحبّ بان يقول «اللّهمّ قد بذرنا وانت الزارع واجعله حبّاً متراكماً» وفي بعض الاخبار إذا اردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة وقل «أفرايتم ما تحرثون «انتم تزرعونه ام نحن الزارعون» ثلاث مرّات ثمّ تقول بل الله الزارع ثلاث مرّات ثم قل «اللّهمّ اجعله حبّاً مباركاً وارزقنا فيه السلامة» ثمّ انثر القبضة الّتي في يدك في القراح. وفي خبر آخر لمّا هبط آدم عليه السلام إلى الارض احتاج إلى الطعام والشراب فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل يا آدم كن حراثاً فقال عليه السلام فعلّمني دعاء قال قل: اللّهمّ اكفني مؤنة الدّنيا وكلّ هول دون الجنّة والبسني العافية حتّى تهنئني المعيشة.

(تم كتاب المزارعة)

ظاهر المجلسي (قدس سره) في تفسير الحديث، هذا مع عدم ظهور لا ينبغي في البطلان أو التحريم، ولعل المراد من قوله عليه السلام: لا يسمّى، انه لغو).

الثامنة: قبل ظهور: لا ينبغي ترك الاحتياط، نعم يصح مع الضميمة (وجزم بعضهم كالحكيم والنجفي (قدس سرهما) بالصحة اذا علم بوجوده بعداً، لكن يمكن الاشكال في اطلاق ادلة الصلح يشمل المعدوم وان كان لا يبعد نظراً الى كونه عقلائياً مرسوماً، وان كان لا يخلو عن نوع تعليق فيصالح على ما سيتحقق كبيع ما سيولد لكن لا دليل على بطلان التعليق في جميع العقود ومطلقاً).

التاسعة: الحاصل مشتركاً: ومبدء المزارعة في الحقيقة بعد السنتين.

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب المساقات)

وهي معاملة على أُصول ثابتة بحصّة من ثمرها ولا إشكال في مشروعيّتها في الجملة ويدلّ عليها مضافاً إلى العمومات خبر يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام سئلته عن الرّجل يعطي الرجل ارضه وفيها رمّان او نخل او فاكهة ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال عليه السلام لا باس وجملة من اخبار خيبر منها صحيح الحلبيّ قال اخبرني ابو عبد الله عليه السلام انّ اباه حدّثه انّ رسول الله صلى الله عليه وآله اعطى خيبراً بالنصف ارضها ونخلها فلمّا ادركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة الخ هذا مع انّها من

كتاب المساقات

معاملة على اصول: بل على الخدمة للاصول بالحصة من ثمرتها لازمها تسلط العامل على الارض طريقاً الى السلطنة على الاصول للاصلاح، وتسلط المالك على العامل يستحق اجباره على العمل، كما يستحق العامل اجبار المالك على تسليم الارض والاصول.

العمومات: (مثل: «اوفوا بالعقود» قال الخوئي (قدس سره): لا يشمله العمومات لانها تمليك المعدوم ولذا لا يقول فقيه به في غير المزارعة والمساقاة والمضاربة فلابد من التماس دليل خاص وإلاّ فيشمله دليل حرمة الاكل بالباطل لاستثناء التجارة عن تراض فقط، وفيه: ان المراد من تجارة عن تراض ليس خصوص التجارة بمعنى البيع الاصطلاحي بل كل معاملة عن تراض لا يكون في العرف باطلاً وإلاّ يلزم تخصيص الاكثر. ثم ان تمليك المعدوم ان كان مورد العقد ابتداءً ولم يكن موجوداً فيما بعد ايضاً بطريق عقلائي فهو كما قال لكن التمليك بازاء العمل وفيما يكون موجوداً بطريق عقلائي لا نسلم بطلانه، ومثل هذا التعليق لا نسلم بطلانه، والاجماع انما هو في محله من البيع ونحوه، ثم انه عقلائي غير مردوع عنه وهو يكفي في الامضاء بلا احتياج الى الدليل الخاص).

المعاملات العقلائيّة ولم يرد نهي عنها ولا غرر فيها حتّى يشملها النهي عن الغرر ويشترط فيها أُمور. الاوّل: الايجاب والقبول ويكفي فيهما كلّ لفظ دالّ على المعنى المذكور ماضياً كان او مضارعاً او امراً بل الجملة الاسميّة مع قصد الانشاء بايّ لغة كانت ويكفي القبول الفعليّ بعد الايجاب القوليّ كما انه يكفي المعاطاة. الثاني: البلوغ والعقل والاختيار. الثالث: عدم الحجر لسفه او فلس. الرابع: كون الأصول مملوكة عيناً ومنفعة او منفعة فقطّ او كونه نافذ التصرّف فيها لولاية او وكالة او تولية. الخامس: كونها معيّنة عندهما معلومة لديهما. السادس: كونها ثابتة مغروسة فلا تصحّ في الوديّ أي الفسيل قبل الغرس.

ولا غرر فيها: فان الغرر فيما لا طريق عقلائي للاحراز وهنا ليس كذلك بخلاف مثل المنابذة مع ان هذه المعاملة صحيحة بالدليل الخاص ايضاً فلا يرفعها دليل الغرر لو سلّم (وأما ما قال الاستاذ وبعض آخر من اعتبارها ولو كان غررياً ففيه ايهام الصحة ولو فرض غرر خاص فيها كعدم معلومية نوع العمل والاصل اصلاً ولا يخفى عدم الصحة حينئذ كما ان ما ذكرناه سابقاً في بعض تعاليقنا على العروة وقاله آقا ضياء (قدس سرّه) ايضاً من ان النهي عن الغرر انما هو فيما لم يكن الغرر في قوامه... ايضاً مخدوش لعدم تسلم كون الغرر في قوامه لوجود الطريق العقلائي الى الاحراز والزائد عنه غير لازم، والغرر هو الخطر عن جهل كما في بيع المنابذة، وتردد الاستاذ في البيع في مفهوم الغرر لكن الظاهر ما ذكرناه بحسب تعابير الفقهاء واللغة، وتتبع الموارد في الروايات فانه الخطر المالي عن جهالة أو الجهل الموجب للخطر المالي. وأما ما ذكره بعضهم كالخوئي (قدس سرّه) من اختصاص الغرر بالبيع ففيه ما مرّ من عموم العلة في النهي عن المنابذة وأمثالها، فراجع ١٢/ ١٣ عقد البيع، وفسّر الماتن في مسألة ١٧ المساقاة بالخطر المالي، ولا ريب ان مراده اذا كان ذلك لاجل الجهل بالعوضين).

أو فلس: لا يضر حجر العامل لفلسه إلّا ان يشترط عليه مال.

الخامس: ... **معينة:** اي يشترط التعين الواقعي قبال الكلي، والمعلومية قبال التردد الواقعي او الذهني (ووجه الاشتراط عدم دليل يشمله في الصورة الاولى وعدم الوجود في المردد الواقعي وعدم الاعتبار في المردد الذهني، وأما الادلة العامة فلا تشمل الغرر في مثل ذلك لعدم كون الشجر مثلياً في ذلك، لاختلاف الاعمال باختلافها).

الودي: نعم يصح عقلاً مستقلاً.

السابع: تعيين المدّة بالأشهر والسنين وكونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالباً نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الاشهر لانه معلوم بحسب التخمين ويكفي ذلك في رفع الغرر مع انه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدّمة. الثامن: ان يكون قبل ظهور الثمر أو بعده وقبل البلوغ بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر وامّا إذا لم يكن كذلك ففي صحّتها إشكال وإن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك. التاسع: أن يكون الحصّة معيّنة مشاعة فلا تصحّ مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف كما لا تصحّ إذا لم تكن مشاعة بأن يجعل لاحدهما مقداراً معيّناً والبقية للآخر نعم لا يبعد جواز ان يجعل لاحدهما اشجاراً معلومة وللآخر أُخرى بل وكذا لو اشترط اختصاص احدهما باشجار معلومة والاشتراك في البقيّة أو اشترط لاحدهما مقدار معيّن مع الاشتراك في البقية إذا علم كون الثمر أزيد من ذلك المقدار وانّه تبقى بقيّة. العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور وما على العامل من الاعمال إذا لم يكن هناك انصراف.

المسالة ١: لا إشكال في صحّة المساقاة قبل ظهور الثمر كما لا خلاف في عدم صحّتها بعد البلوغ والادراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف واختلفوا في صحّتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ والاقوى كما اشرنا إليه صحّتها سواء كان العمل ممّا يوجب الاستزادة أولا خصوصاً إذا كان في جملتها بعض الاشجار الّتي بعد لم يظهر ثمرها.

من غير ذكر الاشهر: اذا كانت المدة معلومة بحسب العادة، ولا يبعد الصحة ايضاً اذا كانت المعاملة على الدوام كما هو الشائع، ولعل خيبر كان كذلك مع الخيار له ﷺ.

في رفع الغرر: (لا وجه لحاشية النجفي (قدس سره) بعد لزوم مراعاة الغرر في هذه المعاملة كما أوضحنا).

اشكال: ويصح عقداً مستقلاً أو اجارة.

التاسع: نعم لا يبعد: فيه وفيما بعده اشكال إلاّ اذا اريد بذلك افراز الحصة المشاعة في تلك الاشجار أو ذلك المقدار، وأما تعيين سهم المزارعة من الاول في ذلك ففيه اشكال، نعم يصح بعنوان عقد مستقل لا المساقاة ثم انه كان من اللازم ذكر شرط آخر وهو العلم بمقدار الاشجار ونوعها مما يوجب جهله غرراً كما هو الغالب كمقدار الارض ونوعها بحسب تيسر المزارعة.

المسالة ١: أولاً: ان احتاجت ولو بقدرها المعتد به الى السقي مثلاً ان وقعت المزارعة على المجموع.

المسالة ٢: الاقوى جواز المساقات على الاشجار الّتي لا ثمر لها وإنّما ينتفع بورقها كالتوت والحنّاء ونحوهما.

المسالة ٣: لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة كالبطّيخ والباذنجان والقطن وقصب السكّر ونحوها وإن تعدّدت اللّقطات فيها كالاوّلين ولكن لا يبعد الجواز للعمومات وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك فانّ مقتضى العمومات الصحّة بعد كونه من المعاملات العقلائيّة ولا يكون من المعاملات الغرريّة عندهم غاية الامر انّها ليست من المساقاة المصطلحة.

المسالة ٤: لا باس بالمعاملة على اشجار لا تحتاج إلى السقي لاستغنائها بماء السماء او لمصّ أصولها من رطوبات الارض وإن احتاجت إلى أعمال أخر ولا يضرّ عدم صدق المساقاة حينئذ فانّ هذه اللّفظة لم يرد في خبر من الاخبار وإنّما هي من اصطلاح العلماء وهذا التعبير منهم مبنيٌّ على الغالب ولذا قلنا بالصحّة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقي وإن ضويق نقول بصحّتها وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

المسالة ٢: جواز: (وهو الاقوى خلافاً للخوئي والبروجردي(قدّس سرّهما) وبعض آخر نظراً الى عدم دليل خاص في المقام وظهور صحيح يعقوب بن شعيب ٢/ ٩ المساقاة وروايات خيبر في الاشجار المثمرة وفيه تنقيح المناط عرفاً من الدليل اللفظي والعلم بعدم الفرق، كما ان هذه الادلة الخاصة تريد امضاء ما عليه العقلاء ولا فرق عندهم).

المسالة ٣: لكن لا يبعد الجواز: وهو الاقوى، وكذا في مطلق الزرع وهي مساقاة (خلافاً لاكثر المحشين ووفاقاً للبهبهاني، فان المساقاة العقلائية عامة بلا فرق والضرورة قائمة على ذلك وان لا تشمله الادلة الخاصة، وقد مرّ عدم كون هذه المعاملة خلاف القاعدة بعد كونها عقلائية معتبرة فهي على خلاف وضع البيع لا على خلاف القاعدة).

المسالة ٤: الى اعمال اخر: اي تحتاج حتماً لازدياد الثمرة أو فعلية متمريتها وإلاّ فقد مر الاشكال في القرار على صرف الحفظ والقطوف ونحوهما.

لم يرد: ورد في صحيح يعقوب بن شعيب ٢/ ٩ المساقات وبعض روايات العامة، لكنه وارد مورد الغالب مع خلو روايات خيبر عنه (ويرد على الخوئي (قدّس سرّه) القائل بالجواز هنا انه اذا كان بناء هذه المعاملة على الدليل الخاص لابناء العقلاء والامضاء فانه حينئذ لابد من البناء على قانون الاطلاق والتقييد ولا اقل من احتمال ذلك).

المسألة ٥: يجوز المساقاة على فسلان مغروسة وإن لم تكن مثمرة إلاّ بعد سنين بشرط تعيين مدّة تصير مثمرة فيها ولو بعد خمس سنين أو أزيد.

المسألة ٦: قد مرّ أنه لا تصحّ المساقاة على وديّ غير مغروس لكنّ الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة بان يشترط على العامل غرسة في البستان المشتمل على النخيل والأشجار ودخوله في المعاملة بعد أن يصير مثمراً بل مقتضى العمومات صحّة المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدّة تصير مثمرة وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

المسألة ٧: المساقاة لازمة لا تبطل إلاّ بالتقايل او الفسخ بخيار الشرط او تخلّف بعض الشروط أو بعروض مانع عامّ موجب للبطلان او نحو ذلك.

المسألة ٨: لا تبطل بموت أحد الطرفين فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه لكن لا يجبر على العمل فان اختار العمل بنفسه او بالاستيجار فله وإلاّ فيستاجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر ثمّ يقسم بينه وبين المالك نعم لو كانت المساقاة مقيّدة بمباشرة

المسألة ٥: إلاّ بعد سنين: (كما في ١ و٢/ ١١ المزارعة، والظاهر عدم قدح طول المدة ولو غير المتعارف اذا كان محتاجاً اليه لحصول الثمرة بعد كون هذه المعاملة عقلائية غير تعبديّة خلافاً للاستاذ في الاشكال في المقام).

المسألة ٦: بأن يشترط: الاشتراط يوجب التكليف فقط فيجب على العامل غرسه لكنه اذا لم يفعل ذلك فلا يستلزم إلاّ الخيار للمشترط، وحينئذ فلا يمكن دخوله في المعاملة إلاّ بنحو التعليق على وفاء العامل بالشرط ثم لا يلزم الاثمار الفعلي في الدخول في المعاملة على ما هو ظاهر عبارته (قدس سره) كما ان صرف كون هذا الودي في ضمن الاشجار المغروسة على ما يظهر من الماتن غير مفيد، فلا وجه لقيد ادخاله في المعاملة على المغروسات إلاّ ان يعدّ من متممات تعمير المغروسات.

صحة المعاملة: (اذا لم تكن غررية كما هو الشائع للعلم بالامور المعتد بها في هذه المعاملة عند العقلاء، وأما اشتمالها على تمليك المعدوم فقد مر ما فيه، فلا وجه ظاهراً لاشكال الاستاذ والخوئي و... واحتاط السيد جمال (قدس سره) بإيقاعه بصيغة الصلح).

المسألة ٨: لا يجبر على العمل: سقوط حق الاجبار مع بقاء حق الحصة مشكل (وفاقاً للخونساري (قدس سره) فان الارث لا يتقسط فيما له وعليه فيما كان من قضاء المعاوضة وان اشتهر ان الوارث يقوم مقام المورث فيما له لا عليه لكنه بلا وجه فيما كان

العامل تبطل بموته ولو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد فالمالك مخيّر بين الفسخ لتخلّف الشرط وإسقاط حقّ الشرط والرضا باستيجار من يباشر.

المسالة ٩: ذكروا أنّ مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل وجملة منها على المالك وضابط الأولى ما يتكرّر كلّ سنة وظابط الثانية ما لا يتكرّر نوعاً وإن عرض له التكرّر في بعض الاحوال فمن الاوّل إصلاح الارض بالحفر فيما يحتاج إليه وما يتوقّف عليه من الآلات وتنقية الانهار والسقي ومقدّماته كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه وإزالة الحشيش المضرّة وتهذيب جرائد النخل والكرم والتلقيح واللقاط والتشميس وإصلاح موضعه وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة ومن الثاني حفر الآبار والانهار وبناء الحائط والدولاب والدالية ونحو ذلك ممّا لا يتكرّر نوعاً واختلفوا في بعض الأمور انّه على المالك او العامل مثل البقر الّذي يدير الدولاب والكش للتلقيح وبناء الثلم ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك ولا دليل على شيء من الضابطين فالاقوى انّه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتّبع وإلاّ فلابدّ من ذكر ما يكون على كلّ منهما رفعاً للغرر ومع الاطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معاً لانّ المال مشترك بينهما فيكون ما يتوقّف عليه تحصيله عليهما.

المسالة ١٠: لو اشترطا كون جميع الاعمال على المالك فلا خلاف بينهم في البطلان لانه خلاف وضع المساقاة نعم لو ابقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقي على المالك فان كان ممّا يوجب زيادة الثمرة فلا إشكال في صحّته وإن قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك ولو بعضاً منه وإلاّ كمافي الحفظ ونحوه ففي صحّته قولان اقواهما الاوّل وكذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد

من بقايا المعاوضة وان اشتهر).

المسالة ٩: من الضابطين: ولعل الاولى في الضابطة ان كل ما يتدخل بالمباشرة في اصلاح امر الثمرة زيادة أو استكمالاً فهو على العامل، وما يرتبط باعداد المقدمات فعلى المالك ولعلها المراد مما ذكر، وكيف كان فالتعارف هو الاصل.

لأن المال مشترك: صرف الاشتراك لا يقتضي وجوب العمل، ولعل المراد التعهد والالتزام الحاصلان بسبب العقد لكن التعهد ايضاً يقتضي لزوم العمل بقدره وقدر التعهد هنا مشكوك فالظاهر بطلان المعاملة للغرر مع الجهل.

المسالة ١٠: يوجب زيادة الثمرة: أو الاستكمال الكيفي.

اقويهما الاول: بعنوان الصلح أو عقد مستقل آخر وإلاّ فشمول ادلة المساقاة لمثله

بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلاّ مثل الحفظ ونحوه وإن كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه كما مرّ.

المسألة ١١ : إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الاعمال فان لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل وإن لم يمكن فله الفسخ وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلّف الشرط وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصّته بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ وبين المطالبة بالأجرة وجهان بل قولان أقواهما ذلك ودعوى أنّ الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله بل اقتضاه التزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه والتسلّط على الخيار بعدم الوفاء به مدفوعة بالمنع من عدم إفادته التمليك وكونه قيداً في المعاملة لا جزءاً من العوض يقابل بالمال لا ينافي إفادته للملكيّة من له الشرط إذا كان عملاً من الاعمال على من عليه والمسألة سيّالة في سائر العقود فلو شرط في عقد البيع على المشتري مثلاً خياطة ثوب في وقت معيّن وفات الوقت فللبايع الفسخ أو المطالبة بأجرة الخياطة وهكذا.

المسألة ١٢ : لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صحّ أمّا لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك فهو كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك وقد مرّ عدم الخلاف في بطلانه

ممنوع، وكذا الفرع بعده (وفاقاً للأكثر، والوجه واضح بالنظر في الادلة فانها وردت لتنمية الزرع والشجر، والخوئي (قدس سره) منع بعنوان عقد مستقل ايضاً، ومرّ ما فيه سيما اذا كان بعنوان الصلح).

المسألة ١١ : وان لم يمكن: بل وان امكن فله الخيار بين الاجبار والفسخ بل والاستيجار من مال العامل باذن الحاكم (والوجه واضح، لعدم دليل على تعليق الفسخ على عدم امكان الجبر فان دليله تعليق الالتزام من المالك على التزام العامل بحكم القرار فاذا لم يعمل فله ذلك. ولو كان دليل الفسخ نفي الضرر كما هو ظاهر اقا ضياء (قدس سره) فدفعه ايضاً يمكن بالجبر والفسخ والاستيجار).

اقويهما ذلك: اذا كان ذلك الشرط توضيح ملتزمات العقد كما هو الظاهر في المساقاة والاّ فالشرط الخارج عن قوام العقد لا يفيد ضماناً مالياً كما مرّ (وفاقاً للآقا ضياء (قدس سره) والحكيم في بدء كلامه، لكن استشكل بان الاعمال الذمية غير مضمونة ولذا لم يحكم بضمان الاجير بقيمة العمل اذا لم يات بالعمل عمداً أو غدراً، وفيه ما مرّ من عدم دليل على هذا المطلب المشهور).

لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاصّ بالعامل فلا ينبغي الاشكال في صحّته وإن كان ربما يقال بالبطلان بدعوى أنّ عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنّه صار مساقياً بلا عمل منه ولا يخفى ما فيها ولو شرطا ان يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة بان يكون عمله له بحيث يكون كأنّه هو العامل ففي صحّته وجهان لا يبعد الأوّل لانّ الغلام حينئذ كأنه نايب عنه في العمل باذن المالك وإن كان لا يخلو عن إشكال مع ذلك ولازم القول بالصحّة الصحّة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل.

المسالة ١٣ : لا يشترط ان يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه فيجوز له ان يستاجر في بعض اعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة ويجوز ان يشترط كون أجرة بعض الاعمال على المالك والقول بالمنع لا وجه له وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معاً في ذمّتهما أو الاداء من الثمر وامّا لو شرط على المالك ان يكون أجرة تمام الاعمال عليه أو في الثمر ففي صحّته وجهان. احدهما: الجواز لانّ التصدّي لإستعمال الاجراء نوع من العمل وقد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم وعدمها والمالك ليس له معرفة بذلك والثاني: المنع لانّه خلاف وضع المساقات والاقوى الاوّل هذا ولو شرطا كون الأجرة حصّة مشاعة من الثمر بطل للجهل بمقدار مال الاجارة فهي باطلة.

المسالة ١٣ : لا يبعد الاول: ولا اشكال فيه ظاهراً، كما لا اشكال اذا استاجر المالك أو غلامه لذلك والتبرع مثله لعدم قيد المباشرة فيجوز تبرع الغير ويصح اشتراط ذلك مالكاً كان أو غلامه أو الاجنبي.

أو الأداء من الثمر: ان كانت الاجرة معلومة قدراً وكان الثمر اداء لما في الذمة، وأما كون الثمر غير الموجود اجرة ففي قرار الاجارة به اشكال، (وفاقاً للخوئي(قدس سره) في المنع، لكنه منع لامر سار هو ممنوعية تمليك المعدوم ونحن للغرر في مثله في الاجارة لعدم تعين خصوصيات الثمرة قبل الظهور صحة ومعيباً وغير ذلك مع الغرر الوجودي ايضاً بتعبير الآقا ضياء(قدس سره) يريد بذلك عدم العلم بوجود ذلك فتامل لإمكان الطريق العقلائي بحسب المتعارف).

والاقوى الاول: عقداً مستقلاً بل لا يبعد كونه مساقاة ايضاً (اما الاستقلال فلعدم اشكال في شمول العمومات سوى قول الخوئي(قدس سره) بمنع جواز تمليك المعدوم وقد مرّ مافيه. وأما المساقاة فلاستظهار الاعم من التسبيب والمباشرة من قوله: «اسق ولك ...» وسائر التعابير، وقال آقا ضياء(قدس سره): مع الجزم بعدم منافاة ذلك

المسألة ١٤ : إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد وكان جميعه للمالك وحينئذ فان شرطا انفراد العامل به استحقّ أجرة المثل لعمله وإن شرطا انفراد المالك به لم يستحقّ العامل شيئاً لانه حينئذ متبرّع بعمله.

المسألة ١٥ : إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل والكرم والرمّان ونحوها من انواع الفواكه فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كلّ واحد فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما وإن لم يعلم عدد كلّ نوع إلّا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر.

المسألة ١٦ : يجوز أن يفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصّة من النوع الآخر كأن يجعل النخل بالنصف والكرم بالثلث والرمّان بالربع مثلاً وهكذا واشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كلّ نوع ولكن الفرق بين هذه وصورة اتّحاد الحصّة في الجميع غير واضح والاقوى الصحّة مع عدم الغرر في

لحقيقة المساقاة وإلّا فشمول ادلّتها مشكلة، والظاهر ما ذكرنا من شمول الدليل، كما ان ادلة المساقاة امضاء ما عليه العقلاء وفي العقلاء مثل هذه المعاملة شائعة بعنوان المساقاة اي بلا فرق بينه وسائر الموارد فعدم الردع بصرفه امضاء، وارتضى الحكيم (قدس سره) ذلك لكنه لم يذكر انه حينئذ مساقاة. وخلافاً للاكثر).

المسألة ١٤ : استحق: (لظهور العمل حينئذ في عدم التبرع).

متبرع: إلّا اذا فرض العلم بتقيد التبرع بعنوان المساقاة وان هذا العنوان مؤثر في التبرع. (ولم أر من تعرض سوى الآقا ضياء (قدس سره) فتنظر فيه، وأما قاعدة ما يضمن ... الخ، فهي بكليتها لا دليل عليها. وقال الخوئي: الضمان لا علة له سوى العقد أو الأمر ولا شيء منهما في المقام، وفيه: ان الالتزام التوهمي العقدي جعل المورد بحكم الامر).

المسألة ١٥ : للغرر: لاختلاف قيمها جداً مثلاً (وقول الحكيم والخوئي والنجفي (قدس سرهم) بعدم اشكال الغرر إلّا في البيع فيه مامر من عموم الدليل لعموم العلة، وأما ابتناء المساقاة على الغرر فهو ايضاً ممنوع للعلم بوجود الثمرة بطريق عقلائي وان تخلف احياناً كسائر العلوم في الموارد، هذا في الغرر الوجودي وأما التوصيفي فثمرة الشجرة معلومة بخلاف ما اذا لم يعلم بنوع الثمرة اصلاً. وقال آقا ضياء: «اذا كان الغرر زائداً عن متعارف المساقاة»، ولا يخفى وضوح الأمر بل لا غرر في متعارفه).

المسألة ١٦ : الصحة مع عدم الغرر: لكن الظاهر وجود الغرر مع عدم العلم

الموضعين والبطلان معه فيهما.

المسالة ١٧ : لو ساقاه بالنصف مثلاً إن سقي بالناضح وبالثلث إن سقي بالسيح ففي صحّته قولان اقواهما الصحّة لعدم إضرار مثل هذه الجهالة لعدم إيجابهما الغرر مع أنّ بنائها على تحمّله خصوصاً على القول بصحّة مثله في الاجارة كما إذا قال إن خطت روميّاً فبدرهمين وإن خطت فارسياً فبدرهم.

المسالة ١٨ : يجوز أن يشترط احدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضّة أو غيرهما مضافاً إلى الحصّة من الفائدة والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضّة ومستندهم في الكراهة غير واضح كما انه لم يتّضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة او جريانها بالعكس أيضاً وكذا اختصاصها بالذهب والفضة أو جريانها في مطلق الضميمة والامر سهل.

المسالة ١٩ : في صورة اشتراط شيء من الذهب والفضة او غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة

بالمقدار في كلتا الصورتين (بلا فرق بينهما، وما في غير واحد من الشروح والحواشي من الفرق بأن في المورد عدم علم المقدار يوجب الجهل بالحصة من كل الثمرة بخلاف تلك الصورة، فيه: عدم كونه فارقاً بعد وجود الغرر من ناحية اخرى وهو جهله بان هذا القدر من الزحمة كم مقدار من الثمرة تصل اليه وهذا امر مهم فان الزحمة قد لا تختلف كثيراً بين القليل والكثير كمأة شجرة أو مأتين وقد تختلف. والظاهر جريان ذلك في المزارعة ايضاً مع عدم ذكره في شروطها).

المسالة ١٧ : **اقويهما الصحة**: (وفاقاً لبعضهم لعدم الغرر بعد ارجاع التعيين الى العامل، وفرّق بعضهم كالبروجردي والنجفي ... بين المقام فردّوه وبين الاجارة فصححوها في المسالة ١١ من فصل ١، وفرق المتن بابطال الاجارة وصحة المقام، والظاهر عدم الفرق، والابهام هنا موقت يرتفع بعمل العامل والجهل لو كان بنفسه مضراً لزم ذلك في الاجارة ايضاً مع انه لا دليل على ذلك بنفسه، وكان الفارق بنظرهم كون هذه المعاملة على خلاف القاعدة فيقتصر على متيقن الدليل، وفيه ما مرّ من كونها معاملة عقلائية كالاجارة ومثل المقام شائع في كليهما).

المسالة ١٨ : مستندهم: (نقل الاجماع واما الاختصاص فللأخذ بمتيقنه).

المسالة ١٩ : **اذا تلف بعض الثمرة**: ولم يتعرض (قدس سره) لما لم يخرج بعض الثمرة فان كان غير معتد به كشجرة في بستان كبير فلا يضر بالعقد ولا بالشرط وان كان معتداً به كنصف الاشجار فينحل المساقاة بالنسبة على ما يأتي في عدم خروج الثمرة

هل ينقص منهما شيء أولا وجهان أقواهما العدم فليس قرارهما مشروطاً بالسلامة نعم لو تلف الثمرة بجميعها أو لم تخرج أصلاً ففي سقوط الضميمة وعدمه أقوال ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط وبين العكس فلا تسقط رابعها الفرق بين صورة عدم الخروج أصلاً فتسقط وصورة التلف فلا والاقوى عدم السقوط مطلقاً لكونه شرطاً في عقد لازم فيجب الوفاء به ودعوى أنّ عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحّة المعاملة من الاوّل لعدم ما يكون مقابلاً للعمل أمّا في صورة كون الضميمة للمالك فواضح وامّا مع كونها للعامل فلانّ الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضيّة فتكون المعاملة باطلة من الاوّل ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط مدفوعة مضافاً إلى عدم تماميّته بالنسبة إلى صورة التلف لحصول العوض بظهور الثمرة وملكيّتها وإن تلف بعد ذلك بانّا نمنع كون المساقاة معاوضة بين حصّة من الفائدة والعمل بل حقيقتها تسليط

راساً، والشرط يسقط على الأظهر بالكل ان كان ظاهراً في الارتباط بالكل كما هو المتعارف سيما فيما لا يمكن التقسيط كشرط صوم يوم واحد أو حجة الاسلام تمتعاً.

اقويهما العدم: (سيما في التلف المتسامح فيه، سيما وانّ التلف بعد حصول الملكية لهما وتحقق المساقاة عملاً).

عدم السقوط مطلقاً: بل الاظهر السقوط فيما لم يخرج اصلاً أو خرج فتلف ولكن كان الشرط ظاهراً في التقيد بسلامة جميع الثمرة الى التقسيم وكذلك حكم عدم خروج القدر المعتد به من الثمرة اذا كان الشرط ظاهراً في التقيد بالسلامة. (بلا فرق بين المالك والعامل، والفارق بينها كالگلپايگاني والنجفي (قدس سرهما) نظرا الى ظهور ذلك التقيد في الشرط على العامل لكن الظاهر امكان ذلك في المالك ايضاً، كما ان الاستاذ ايضاً في كلامه نظر لامكان السقوط في التلف ايضاً كما ذكرنا).

كون المساقاة معاوضة: لا اشكال في كون الثمرة ركناً في المساقاة وليست صرف التسليط بل هو من لوازمها لكن الثمرة بوجودها الرّجائي لا الواقعي فليست كسائر المعاوضات فالعمل في قبال الثمرة المرجوّة لا الواقعة. وأما تعبير الرواية: اسق... ولك نصف، ونحو ذلك فالمراد ما ذكرنا لعدم تيقن الحصة إلا بنحو الاطمينان العرفي، لكن لا يرتبط ذلك بحكم المسالة فان الشرط ظاهر في صورة خروج الثمرة بل وسلامتها كما مرّ فالاقوى ـ كما مرّ ـ سقوط الشرط إلا مع تصريح المتشارطين.

من المالك للعامل على الأصول للاستنماء له وللمالك ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك ولذا لا يستحقُّ العامل أجرة عمله إذا لم يخرج أو خرج وتلف بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضمّ الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الاوّل واحترام عمل المسلم فهي نظير المضاربة حيث إنّها ايضاً تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل وكونها جايزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق كما انّ ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما بانّ في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة الّتي يراد منها الحصّة من الربح الّذي قد يحصل وقد لا يحصل وامّا المساقاة فيعتبر فيها الطمانينة بحصول الثمرة ولا يكفي احتمال مجرّد، دعوى لا بيّنة لها ودعوى انّ من المعلوم انه لو علم من اوّل الامر عدم خروج الثمر لا يصحّ المساقاة ولازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثمّ انكشف بعد ذلك مدفوعة بانّ الوجه في عدم الصحّة كون المعاملة سفهيّة مع العلم بعدم الخروج من الاوّل بخلاف المفروض فالاقوى ما ذكرنا من الصحّة ولزوم الوفاء بالشرط وهو تسليم الضميمة وإن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة نعم لو تبيّن عدم قابلية الأصول للثمر إمّا لييسها أو لطول عمرها او نحو ذلك كشف عن بطلان المعاملة من الاوّل ومعه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلاً بالحال.

المسالة ٢٠ : لو جعل المالك للعامل مع الحصّة من الفائدة ملك حصّة من الأصول مشاعاً او مفروزاً ففي صحّته مطلقاً او عدمها كذلك او التفصيل بين ان يكون ذلك بنحو الشرط فيصحّ او على وجه الجزئيّة فلا اقوال والاقوى الاوّل للعمومات ودعوى انّ ذلك على خلاف وضع المساقات كما ترى

اجرة عمله: عدم استحقاقه انما هو لاقدامه على عدم شيء له سوى الحصة على فرض الخروج (وقال الگلپايگاني والنجفي و ... (قدس سرهم) بالاستحقاق اذا كان بأمر المالك او استدعائه ولو بعنوان العمل بالعقد، وفيه: ان امره بالعمل بالعقد لازم نفس التعهد ومن حقوق المالك فلا يوجب استحقاق الاجرة مع اقدام العامل على التعهد وهدم كل نصيب سوى الحصة).

سفهيّة: مرّ عدم ابطال ذلك بل معاملة الشخص السفيه باطلة، ووجه بطلان الفرع فوات ركن المساقاة وهو الثمرة المرجوّة.

جاهلاً بالحال: وكان المالك عالماً بالحال بحيث صدق الغرور. (وخالف الخوئي (قدس سره) في قاعدة الغرور وقد مر مافيه).

المسالة ٢٠: الاقوى الاول للعمومات: ظاهر كلامه عدم صحته مساقاة فلا يناسب قوله كما ترى. والاظهر صحته مساقاة ايضاً بلا فرق بين الشرط والجزء وان

كدعوى أنّ مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك إذ هو أوّل الدعوى والقول بانه لا يعقل ان يشترط عليه العمل في ملك نفسه فيه انّه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة كما في المقام حيث إنّ تلك الأصول وان لم تكن للمالك الشارط الاّ ان عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصة من نمائها ودعوى انه إذا كانت تلك الاصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعيّة نمائها لها مدفوعة بمنعها بعد ان كان المشروط له الاصل فقط في عرض تملّك حصّة من نماء الجميع نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه كان كذلك لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل فيكون العمل فيما عداها ممّا هو للمالك بازاء الحصّة من نمائه مع نفس تلك الأصول.

المسالة ٢١ : إذا تبين في اثناء المدّة عدم خروج الثمر اصلاً هل يجب على العامل إتمام السقي قولان أقواهما العدم.

كان الأحوط جعله شرطاً (وفاقاً للاستاذ لما مرّ منا من كون ادلة المساقاة منزلة على المساقاة المتعارفة الداعية اليها الضرورة العرفية فاذا كانت مساقاة عرفاً وعدم مخالفة ذلك لمقتضاها كانت مساقاة شرعاً لعدم الردع. ثم الظاهر عدم المخالفة لمقتضاها عرفاً اي عدم المخالفة محرز فلا وقع لحاشية الآقا ضياء (قدس سرّه) من «عدم كفاية عدم احراز المخالفة بل لابد من احراز عدم المخالفة» لكون العمل فعلاً في ملك المالك وبعد ظهور الثمرة مراعى وبعد تمام العمل يصير ملك العامل).

اول الدعوى: ويكفي عدم الخروج عن ملكه قبل عقد المساقاة وكونه مراعى باتمام العمل. (لما ذكرنا من العرفية، وما قال الگلپايگاني (قدس سرّه) من عدم اعتبار ملكية المنفعة لمالك العين بسبب آخر غير التبعية للعين فلا محل للمساقاة حينئذ فيه عدم تسلّم ضابطة في ذلك كما مرّ في الاجارة).

للشارط فيه غرض: مع ان ملكية العامل غير محققة قبل ظهور الثمرة وغير مستقرة قبل اتمام العمل. (وقد اتضح عدم الفرق بين الجزء والشرط خلافاً للخوئي والنجفي (قدس سرّهما)).

المسالة ٢١ : اقويهما العدم: لكن يتوجه عليه (قدس سرّه) الاشكال في قوله في المسالة التاسعة عشر ببقاء المساقاة (وقدّمنا ان المساقاة معاملة على الخدمة بالحصة من الثمرة المرجوّة فاذا لم تكن مرجوة لم تكن مساقاة عرفاً).

المسألة ٢٢ : يجوز أن يستأجر المالك اجيراً للعمل مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصّة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور وبدوّ الصلاح بل وكذا قبل البدوّ بل قبل الظهور أيضاً إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين وأمّا قبل الظهور عاماً واحداً بلا ضميمة فالظاهر عدم جوازه لا لعدم معقوليّة تمليك ما ليس بموجود لانّا نمنع عدم المعقوليّة بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبليّ ولذا يصحّ مع الضميمة أو عامين حيث إنّهم اتّفقوا عليه في بيع الثمار وصرّح به جماعة ههنا بل لظهور اتّفاقهم على عدم الجواز

المسألة ٢٢ : قبل الظهور ايضاً: فيه اشكال، والاحوط تركه ولو مع الضميمة أو عامين (لظهور الاتفاق في الاجارة ولو فرض الصحة في البيع أو حصل اتفاق عليها فيه وان كان ادلتهم مختلفة، لكن الظاهر ان الدليل بعد ثبوت الحكم، وحيث ان هذا استظهار غير لفظي وغير متيقن قلنا الاحوط. ولولا ظهور الاتفاق لم يكن اشكال آخر من تمليك المعدوم كما مرّ سابقاً وفاقاً للماتن (قدس سره) خلافاً للخوئي والگلپايگاني و... (قدس سرهم) أو من جهة الغرر وجودياً أو مقدارياً للعلم الاطميناني بالوجود والمقدار، ولا فرق في ذلك بين قبل الظهور وقبل البدو وبعد البدو قبل اوان القطع لان مال الاجارة ليس وضع الثمرة الموجودة للزوم الصبر الى اوان القطع فانه بمنزلة الشرط في ضمن العقد مبنياً عليه العقد بحسب بناء العرف والعجب من الاستاذ وبعض آخر حيث اشترطوا القطع مع انه ليس سوى الاضرار والاسراف وقدر المال معلوم بالطريق العقلائي من الحدس المتاخم للعلم كما في سائر موارد اصالة السلامة ولا دليل على ازيد من ذلك في نفي الغرر ومعلومية المال، وهذا بخلاف موارد الغرر المذكورة في الرواية كالمنابذة لعدم طريق عقلائي في وقوع هذا الحجر على أيّ من الاموال.

وأما عدم فائدة في ضم الضميمة فلأنه لو كان اشكال في تمليك المعدوم فضم الضميمة اذا كان جزءً فلا يفيد بالنسبة الى الجزء الآخر وان كان شرطاً فلا يفيد اصلاً. وأما ما قال الخوئي تشبيهاً: المقام نظير جعل الاجارة فيما سيرثه عن ابيه بعد وفاته اي ليس عقلائياً ففيه انه للغرر الوجودي لعدم علم حتى عاديّ ببقاء الابن بعد ابيه لكثرة وفاة الابن قبل الاب ومن الشائع عرفاً عدم الاعتبار بالعمر).

اتفقوا عليه: في حصول الاتفاق المدعى تأمل (كما قال بعضهم. وأما الاتفاق على عدم الجواز قبل الظهور بلا ضميمة فلعله كذلك وان تأمل فيه بعض المحشين).

كما هو كذلك في بيع الثمار ووجه المنع هناك خصوص الاخبار الدالّة عليه وظاهرها انّ وجه المنع الغرر لا عدم معقولية تعلّق الملكية بالمعدوم ولولا ظهور الاجماع في المقام لقلنا بالجواز مع الاطمينان بالخروج بعد ذلك كما يجوز بيع ما في الذمّة مع عدم كون العين موجوداً فعلا عند ذيها بل وإن لم يكن في الخارج اصلاً والحاصل انّ الوجود الاعتباريّ يكفي في صحّة تعلّق الملكية فكانّ العين موجودة في عهدة الشجر كما أنّها موجودة في عهدة الشخص.

المسالة ٢٣ : كلّ موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك وللعامل أُجرة المثل لعمله إلّا إذا

خصوص الاخبار: لكن يمكن حملها على الارشاد الى نفي الضرر الاحتمالي ولعل ضم الضميمة يشهد لذلك كما في بعض الروايات: يقول: اشترى منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا فان لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة راجع ابواب بيع الثمرة سيما ١/٣، وإلّا فالضميمة ان كانت جزءً للمبيع فلا تفيد للجزء الآخر وان كانت شرطاً فلا تفيد اصلاً. كما ان الاكتفاء في هذه الروايات بظهور ثمر بعض الاشجار وحتى واحدة منها يشهد لعدم كون النهي لاجل عدم معقولية تمليك المعدوم لعدم فائدة في وجود واحدة لتمليك سائر الاشجار. واما مسالة الغرر فلا بعد في ان يجعل الغرر بمعناه العام وجهاً لنهي الروايات لا المعنى الخاص المبطل فان المبطل هو الغرر بمعنى الخطر المالي عن جهل عقلائي اي ما ليس له طريق عقلائي علمي بخلاف المقام مما يعتاد بقاء الثمرة. نعم الغرر بمعنى نوع من الشك والترديد بالنسبة الى الوضع المستقبل موجود وهو الوجه احتمالاً في النهي التنزيهي في الروايات.

في عهدة الشجر: اعتبار العهدة للشجر تسامح واضح كما عبّر هو (قدس سرّه) بكاف التشبيه ولا يحتاج اليها ايضاً فان قابلية الشجر للاثمار كاف في اعتبار الوجود الاستقبالي وبناء المعاملة عليها، كما ان كفاية الوجود الاعتباري لتعلق الملكية على الاطلاق محل تامل ولا حاجة اليه ايضاً لامكان تعلق الملكية بالوجود الاستقبالي المحقق بالطريق العقلائي.

المسالة ٢٣: للعامل اجرة المثل: ان لم تكن اكثر من مقدار الحصة وان لم يكن ثمر فلا شيء له (في مورد تحقق الاثمار للضمان بالحصة فاذا فسد العقد فبمقابله لقاعدة ما يضمن ... الخ، فان المساقاة بالنسبة الى الحصة مشمول ما يضمن ... الخ، وايضاً عمل الشخص محترم اذا كان بأمر من الغير أو برعاية العقد فانه بمنزلة الامر عند

كان عالماً بالبطلان ومع ذلك أقدم على العمل او كان الفساد لاجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك حيث إنه بمنزلة المتبرّع في هاتين الصورتين فلا يستحقّ أجرة المثل على الاقوى وإن كان عمله بعنوان ـ المساقاة.

المسألة ٢٤ : يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة كان يقول ساقيتك على هذا البستان بالنصف على ان أساقيك على هذا الآخر بالثلث والقول بعدم الصحّة لانه كالبيعين في بيع المنهيّ عنه ضعيف لمنع كونه من هذا القبيل فإنّ المنهيّ عنه البيع حالاً بكذا ومؤجّلاً بكذا أو البيع على تقدير كذا بكذا وعلى تقدير آخر بكذا والمقام نظير ان يقول بعتك داري بكذا على ان ابيعك بستاني بكذا ولا مانع منه لانه شرط مشروع في ضمن العقد.

المسألة ٢٥ : يجوز تعدّد العامل كان يساقي مع اثنين بالنصف له والنصف لهما مع تعيين عمل كلّ منهما بينهم أو فيما بينهما وتعيين حصّة كلّ منهما وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد ساقيناك على هذا البستان بكذا وحينئذ فان كانت الحصّة المعيّنة للعامل منهما سواء كالنصف او الثلث مثلاً صحّ وإن لم يعلم العامل كيفيّة شركتهما وانّها بالنصف او غيره وإن لم يكن سواء كان يكون في حصّة احدهما بالنصف وفي حصّة الآخر بالثلث مثلاً فلابدّ من عمله بمقدار حصّة كلّ منهما لرفع الغرر والجهالة في مقدار حصّته من الثمر.

العقلاء. وقال الگلپايگاني (قدس سره): مجرد العمل مبنياً على عقد فاسد لا يوجب الاستحقاق، وكذا قال الخونساري (قدس سره) وفيه: ان ذلك يعد استيفاء عند العقلاء لكون العمل واقعاً بانياً على القرار وباحترام قراره مع الغير ولم يكن محض توهم القرار بلا شيء بل قرار انكشف البطلان فانه يعد استيفاء عرفاً، واما فيما لم يكن ثمر فلا شيء له لإقدامه على ذلك. واما شرط عدم الاكثرية من الحصة فلإقدامه).

عالماً بالبطلان: مرّ عدم الفرق فان العلم بالبطلان شرعاً لا يوجب قصد التبرع فالعمل مضمون بالاستيفاء.

جميع الفائدة للمالك: إلّا اذا فرض تقيد ذلك بعنوان المساقاة فانه حينئذ غير متبرع مطلقاً (وفاقاً لصاحب الجواهر (قدس سره) وقد مرّ نظيره فقد يفرض تعمّد العامل الى عنوان المساقاة مع هذا الشخص).

المسألة ٢٤ : على ان اساقيك: ويجوز على وجه انشاء مساقاة في مساقاة ايضاً (لامكان انشائه بذلك عرفاً).

ومؤجلاً: أو البيع بالثمنين في اجلين بلا تعيين.

المسألة ٢٥ : لرفع الغرر: (وهذا تاييد منه كسائر موارد كلامه على جريان دليل

المسألة ٢٦ : إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداء أو في الأثناء فالظاهر أنَّ المالك مخيّر بين الفسخ أو الرجوع إلىٰ الحاكم الشرعيّ فيجبره على العمل وإن لم يمكن استاجر من ماله من يعمل عنه أو بأجرة مؤجّلة إلى وقت الثمر فيؤدّيها منه أو يستقرض عليه ويستأجر من يعمل عنه وإن تعذّر الرجوع إلى الحاكم أو تعسّر فيقوم بالأمور المذكورة عدول المؤمنين بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه أو المقاصّة من ماله أو استيجار المالك عنه ثمَّ الرجوع عليه أو نحو ذلك وقد يقال بعدم جواز الفسخ إلاّ بعد تعذّر الاجبار وأنَّ اللازم كون الاجبار من الحاكم مع إمكانه وهو احوط وإن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكورة هذا إذا لم يكن مقيّداً بالمباشرة وإلاّ فيكون مخيراً بين الفسخ والاجبار ولا يجوز الاستيجار عنه للعمل نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط لا القيد يمكن إسقاط حقّ الشرط والاستيجار عنه ايضاً.

نفي الغرر في المساقاة خلافاً لمن يخصه بالبيع كالخوئي (قدس سره) وبعض آخر، كما انه لو لم يجر دليل الغرر ايضاً لزم الاشكال ايضاً من جهة عدم شمول ادلة نفوذ المساقاة لموارد الجهل فانظر روايات خيبر وصحيح يعقوب بن شعيب، وكذلك بناء العقلاء مختصة، ولا دليل على الشمول).

المسألة ٢٦ : اجباره بنفسه: إن لم يمكن بواسطة الحاكم أو عدول المؤمنين وإلاّ ففيه اشكال، وكذا التقاص واستيجار المالك عنه ونحو ذلك (وقال الاستاذ تقدم اجبار الحاكم لا اشكال فيه، فان الحقوق المتنازع فيها لابد من ارجاعها الى المحاكم الشرعية وإلاّ فيلزم الهرج وهو عقلائي في كل القوانين ويستفاد من المقبولة والمشهورة ايضاً).

وهو احوط: لا ينبغي تركه (والزمه الگلپايگاني (قدس سره) في الشرح والآقا ضياء (قدس سره) و... نظراً الى لزوم الوفاء بالعقود، وفيه: ان الوفاء بالعقد امر من الطرفين فانه لازم القرار لارتباط كل عوض بعوضه وبالعكس وليس امراً فرداً غير مرتبط بالآخر فاذا كان له ترك العمل لترك الآخر وظيفته يكون بحكم الفسخ وزمان ذلك مضيّ وقت العمل وهذا عقلائي لا يحتاج الى دليل وليس من الشرط في ضمن العقد بل اقوم من ذلك فانه ركن في معنى القرار).

مقيداً بالمباشرة: (وقال الحكيم وتبعه بعض اهل العصر لا يمكن الشرطية في مقومات العقود بل هو قيد. قال الحكيم: ولو كان شرطاً كان شرطاً للموضوع فيلزم

المسألة ٢٧ : إذا تبرّع عن العامل متبرّع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة بل لو اتى به من غير قصد التبرّع عنه ايضاً كفى بل ولو قصد التبرّع عن المالك كان كذلك ايضاً وإن كان لا يخلو عن إشكال فلا يسقط حقّه من الحاصل وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الاعمال كما إذا حصل السقي بالامطار ولم يحتج إلى النزح من الآبار خصوصاً إذا كانت العادة كذلك وربما يستشكل بانه نظير الاستيجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فانّ الاجير لا يستحقّ الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه فاللازم في المقام ايضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل ويجاب بانّ وضع المساقات وكذا المزارعة على ذلك فانّ المراد حصول الزرع والثمرة فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل وإن استغنى عنه بفعل الله او بفعل الغير سقط واستحقّ حصّته بخلاف الاجارة فانّ المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه احياناً كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الاعمال، وامّا لو كان على خلافه كما إذا لم يكن عليه إلاّ السقي واستغنى عنه بالمطر او نحوه كلّية فاستحقاقه للحصّة مع عدم صدور عمل منه أصلاً مشكل.

رعايته ولحاظه مرتين. وهو خلاف المرتكز العرفي وان امكن عقلاً اعتبار مطلقه ثم مقيده. وفيه عرفيّته فيذكر المطلق أو ما هو ظاهر في المقيد فيوضح ثانياً ان المباشرة مثلاً مقومة أو شرط. وقال بعض اهل العصر ليس ذلك باختيار الطرفين بل هو امر واقعي، وفيه: ان العقود مبنية على القرار الاعتباري وهو قد يختلف ويتخلف عن الواقع، والميزان هو الالتزام والقرار لا الواقع وهذا واضح وقد مرّ في بعض المسائل المتقدمة امكان ذلك حتى في العين الشخصية بمعنى تقيد الالتزام بكون العين على وصف معين وإلاّ فلا التزام اصلاً).

المسألة ٢٧ : ايضاً كفى: الظاهر ان المناط في استحقاق العامل حينئذ تهيّؤه للعمل وعدم صرف وقته وامكاناته في غير ذلك بحيث كان المانع تحقق العمل بلا فرق بين جميع العمل وبعضه وبين عدم قصد الاتيان عن العامل أو قصد الاتيان عن المالك، وكذا في تحقق العمل طبيعياً أو اعجازاً، فان الحصة في المساقاة وكذا المزارعة على تحقق المعنى الاسم المصدري من العامل أو مع تهيّؤه وفي الاجارة على العمل المصدري. نعم، فيما تصدى من الاول شخص آخر بعد العقد وكان المالك والعامل علما ذلك كان بمنزلة الانفساخ ولا يستحق الحصة حينئذ اذا لم يتضرر بذلك من جهة صرف الوقت ونحوه. (وبما ذكرنا يظهر النظر في الحواشي من الفرق بين البعض والكل،

المسالة ٢٨ : إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له وعليه أجرة المثل للعامل بمقدار ما عمل هذا إذا كان قبل ظهور الثمر وإن كان بعده يكون للعامل حصّته وعليه الأجرة للمالك إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء وإلاّ فله الاجبار على القطع بقدر حصّته إلاّ إذا لم يكن له قيمة أصلاً فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور.

المسالة ٢٩ : قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه ويرجع عليه إمّا مطلقاً كما لا يبعد أو بعد تعذّر الرجوع إلى الحاكم لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالاشهاد على الاستيجار عنه فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتّى بينه وبين الله وفيه مالا يخفى فالاقوى انّ الاشهاد للاثبات ظاهراً وإلاّ فلا يكون شرطاً للاستحقاق فمع العلم به أو ثبوته شرعاً يستحقّ الرجوع وإن لم يكن أشهد على الاستيجار نعم لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة وقد يقال بتقديم قول المالك لانه امين وفيه ما لا يخفى وامّا لو اختلفا في انه تبرّع عنه أو قصد

وعمل الغير ومن اللّه تعالى وغير ذلك، وتأمل البعض، والاشكال، والبطلان من بعض والمنع من آخر).

المسالة ٢٨ : للعامل حصته: بل له اجرة مثل العمل فقط كما قبل الظهور ثم استحقاق الاجرة انما هو فيما كان الامتناع لعذر. (فان الفسخ وان كان من حينه لكن مفاده رفع اصل العقد وفرضه كان لم يكن فالثمر كله للمالك بحكم التبعية للعين خلافاً لما يظهر من المتن والآقا ضياء والخونساري والبهبهاني، وفاقاً للبهبهاني في اختصاص الاجرة بصورة عذرية الامتناع فان الظاهر عرفاً تقيد قرار الاجرة بالاستمرار إلاّ لعذر).

على القطع: (وهذا الاطلاق شاهد من الماتن على اعتقاده بعدم اجراء لا ضرر في حق الغير اي فيما يكون اجرائه ضرراً على الغير كالمورد فان اجرائه في حق العامل ضرر على المالك من جهة حق سلطانه على ماله، لكن مرّ منه التفصيل).

قيمة اصلاً: ملك الغير محترم وان لم يكن مالاً كسائر موارد الحقوق فلا ضمان بالقيمة ولكن لا يجوز تصرفه بناءً على نظره (قدس سره) في كون الحصة للعامل اذا كان الفسخ بعد الظهور.

المسالة ٢٩ : يستأجر عنه: باذن من الحاكم وإلاّ فمن عدول المؤمنين.

مالا يخفى: فانه في الامانة المالكية. نعم لو ثبت ولايته شرعاً على ذلك فقوله مقدم من باب الولاية لا الخصومة.

الرجوع عليه فالظاهر تقديم قول المالك لإحترام ماله وعمله إلّا إذا ثبت التبرّع وإن كان لا يخلو عن إشكال بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

المسالة ٣٠: لو تبيّن بالبيّنة أو غيرها أنّ الأصول كانت مغصوبة فان اجاز المغصوب منه المعاملة صحّت المساقاة وإلاّ بطلت وكان تمام الثمرة للمالك المغصوب منه ويستحقّ العامل أجرة المثل على الغاصب إذا كان جاهلاً بالحال إلّا إذا كان مدّعياً عدم الغصبية وانّها كانت للمساقي إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه لإعترافه بصحّة المعاملة وانّ المدّعي اخذ الثمرة منه ظلماً هذا إذا كانت الثمرة باقية وامّا لو اقتسماها وتلفت عندهما فالاقوى انّ للمالك الرجوع بعوضها على كلّ من الغاصب والعامل بتمامه وله الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته فعلى الاخير لا إشكال وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصّته إلّا إذا اعترف بصحّة العقد وبطلان دعوى المدّعي للغصبيّة لانه حينئذ معترف بانه غرمه ظلماً وقيل إنّ المالك مخيّر بين الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته وبين الرجوع على الغاصب بالجميع فيرجع هو على العامل بمقدار حصّته وليس له الرجوع على العامل بتمامه إلّا إذا كان عالماً بالحال

لاحترام ماله: لو ثبت ولايته على ذلك فلقبول قول الوليّ فيما ارجع اليه شرعاً وإلاّ فالاستيجار اصله محل اشكال كما مرّ (وبناءً على الولاية فلا وجه للاشكال اصلاً).

المسالة ٣٠: فان اجاز: (لصحة هذه المعاملة بالاجازة خلافاً للبروجردي والگلپايگاني والنجفي (قدس سرهم) نظراً الى ان المساقاة تشمل على التعهد والالتزام كالمزارعة، ولا معنى لاجازة المالك تعهد زيد بخلاف البيع فانه تمليك والمالك يجيزه، وفيه: ان تعهد التسليط على الارض من المالك لازم المعاملة واصلها المعاملة على الخدمة للاصول بالحصة فما يرتبط بالمالك مالكية الاصول وتسليمها. وكيف كان فيمكن قلب التعهد ايضاً وصرفه الى نفسه بالاجازة وهذا عقلائي فمعنى الاجازة يختلف بحسب الموارد ففي هذا المورد بمعنى قبول ذلك التعهد بالمعنى الاسم المصدري اي قبوله وجعله مصدرياً على نفسه).

جاهلاً بالحال: وكذا اذا كان عالماً فان الملاك استناد عمله الى الغاصب امراً او استدعاءً او قراراً.

والعامل بتمامه: ان كانت الاصول والثمار تحت يده ايضاً (لإمكان عدم استيلائه).

ولا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضاً فالاقوى ما ذكرنا لانّ يد كلّ منهما يد ضمان وقرار الضمان على من تلف في يده العين ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه هذا ويحتمل في أصل المسالة كون قرار الضمان على الغاصب مع جهل العامل لانه مغرور من قبله ولا ينافيه ضمانه لأجرة عمله فانّه محترم وبعد فساد المعاملة لا يكون الحصّة عوضاً عنه فيستحقّها وإتلافه الحصّة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

المسالة ٣١: لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة او مع النهي عنه وامّا مع عدم الامرين ففي جوازه مطلقاً كما في الاجارة والمزارعة وإن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثاني إلّا بإذن المالك أو لا يجوز مطلقاً وإن اذن المالك أو لا يجوز إلّا مع إذنه او لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده اقوال اقواها الاوّل ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً او في الجملة بعد شمول العمومات من قوله تعالى ﴿اوفوا بالعقود﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ وكونها على خلاف الاصل فاللازم الاقتصار

على الثمر بل العين: لا استلزام بين ذلك وعمل المساقاة كما اشرنا.

ويحتمل: لكنه ضعيف فان اقدام العامل وكذا قرار الغاصب معه لم يكن على تملك الحصة مجاناً بل عوضاً عن العمل فلم يتحقق غرور بالنسبة الى المجانية وعدمها لكن الحصّة لم تسلم له بحكم الشرع فيستحق اجرة عمله.

المسالة ٣١: مع النهي عنه: بحيث يفهم منه اشتراط المباشرة وإلّا فصرف التكليف لا يضرّ.

ويجوز بعده: (ولا وجه لقول الخوئي (قدس سره) بانه لا كلام حينئذ لجواز تصرفه في حصته، اذ الحصة لا تستلزم مالكية الاصل والكلام في لزوم ذلك).

اقويها الاول: إلّا اذا كان اطلاق العقد منزلاً على اشتراط المباشرة. (والظاهر عدم الاشكال فيه خلافاً للخونساري والبروجردي والاستاذ (قدس سرهم) نظراً منهم الى عدم كونه مساقاة فلا يصح حتى مع اذن المالك لكن الضرورة الاجتماعية والشائع عملاً وهو المبنى لامضاء الشرع لا تفرق بين المالك وذي الحق في صحة المساقاة فالعامل الاول اذا فرض عدم لزوم المباشرة بمنزلة ما يقال في عرف ايران «سركار أو سررعيت» ومورد الكلام وقوع المساقاة الثانية عن العامل لا المالك فانه لا كلام فيه ويكون بمنزلة فسخ الاولى وهو المقبول في كلام البهبهاني والخونساري لكن لا كلام في صحته وليس كلام الاصحاب فيه كما قال البروجردي (قدس سره)).

على القدر المعلوم ممنوع بعد شمولها ودعوى انه يعتبر فيها كون الاصل مملوكاً للمساقي أو كان وكيلاً عن المالك او ولياً عليه كما ترى إذ هو اوّل الدعوى.

المسألة ٣٢: خراج السلطان في الاراضي الخراجيّة على المالك لانه إنّما يؤخذ على الارض الّتي هي للمسلمين لا الغرس الّذي هو للمالك وإن اخذ على الغرس فيملاحظة الارض ومع قطع النظر عن ذلك ايضاً كذلك فهو على المالك مطلقاً إلّا إذا اشترط كونه على العامل او عليهما بشرط العلم بمقداره.

المسألة ٣٣: مقتضى عقد المساقاة ملكيّة العامل للحصّة من الثمر من حين ظهوره والظاهر عدم الخلاف فيه إلّا من بعض العامّة حيث قال بعدم ملكيّته له إلّا بالقسمة قياساً على عامل القراض حيث إنّه لا يملك الربح إلّا بعد الانضاض وهو ممنوع عليه حتّى في المقيس عليه نعم لو اشترطا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحّته ويتفرّع على ما ذكرنا فروع «منها» ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل فانّ المعاملة تبطل من حينه والحصّة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا «و منها» ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمة او تقايلا «ومنها» ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور «و منها» ما إذا اخرجت الأصول عن القابلية لإدراك الثمر ليبس أو فقد الماء او

كما ترى: وحينئذ فلا يحتاج الى التمسك بالعمومات بل يصح مساقاة.

المسألة ٣٢: على الارض: الاولى ان يقال على التصرف فيها والاستيلاء عليها والغرس ظهور ذلك.

ايضاً كذلك: لم يذكر وجه ذلك، ولعل المراد وضع السلطان فانه معمولاً على المالك ولو فرض جعله على العامل فهو عليه، وحينئذ فمع قطع النظر عما ذكر ليس على المالك مطلقاً بل اذا لم يضعه السلطان على العامل.

المسألة ٣٣: لا يبعد صحته: بل تبعد فانه خلاف مقتضى المساقاة من ملكية الحصة بمجرد الظهور إلّا ان يراد عقد آخر مستقل لا المساقاة ولم تعد صيغة الانشاء ايضاً مساقاة عرفاً.

والحصة تنتقل الى وارثه: فيه منع مع فرض بطلان المعاملة لأجل اشتراط المباشرة بل الثمرة كلها للمالك وللعامل اجرة المثل.

فسخ احدهما: الفسخ وان كان من حينه، لكن مرّ ان مفاده حلّ العقد من اصله فالثمرة كلها للمالك وللعامل اجرة المثل.

حصل مانع: بل هو كالموت اذا اشترطت المباشرة وقد مرّ.

نحو ذلك بعد الظهور فانَّ الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك والعامل وإن لم يكن بالغاً «و منها» في مسألة الزكاة فانّها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصّته النصاب كما هو المشهور لتحقّق سبب الوجوب وهو الملكيّة له حين الانعقاد او بدوّ الصلاح على ما ذكرنا بخلافه إذا قلنا بالتوقّف على القسمة نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا وفي المزارعة بدعوى انَّ ما يأخذه كالأجرة ولا يخفى ما فيه من الضعف لانَّ الحصّة قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة لا بطريق الأجرة مع انّ مطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة بل إذا تعلّق الملك بها بعد الوجوب وامّا إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام وكما لو جعل مال الاجارة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره فانه يجب على الموجر زكاته إذا بلغ النصاب فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر هذا وربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام ويعلّل بوجهين آخرين. احدهما: انّها إنّما تجب بعد إخراج المؤن والفرض كون العمل في مقابل الحصّة فهي من المؤن وهو كما ترى وإلّا لزم احتساب أجرة عمل المالك والزارع لنفسه أيضاً فلا نسلّم انها حيث كانت في قبال العمل تعدُّ من المؤن. الثاني: انّه يشترط في وجوب الزكاة التمكّن من التصرُّف وفي المقام وإن حصلت الملكيّة للعامل بمجرّد الظهور إلا انّه لا يستحقّ التسلّم إلّا بعد تمام العمل وفيه مع فرض تسليم عدم التمكّن من التصرّف انَّ اشتراطه مختصٌّ بما يعتبر في زكاته الحول كالنقدين والانعام لا في الغلات ففيها وإن لم يتمكّن من التصرّف حال التعلّق يجب إخراج زكاتها بعد التمكّن على الاقوى كما بين في محلّه ولا يخفى انَّ لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصّة على المالك أيضاً كما اعترف به فلا يجب على العامل لما ذكر ولا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

المسألة ٣٤: إذا اختلفا في صدور العقد وعدمه فالقول قول منكره وكذا لو اختلفا في اشتراط شيء على احدهما وعدمه ولو اختلفا في صحّة العقد وعدمها قدّم قول مدّعي الصحّة ولو اختلفا في قدر

فان الثمر في هذه الصورة: مع فرض المالية لها وإلّا فيكشف عن بطلان المعاملة من الاول ويكون كما مرّ.

تسليم عدم التمكن من التصرف: لابد ان لا يسلّم ذلك كما هو الواقع، فان المراد من التمكن المعتبر في الزكاة مقابل الخروج عن سلطان المالك خارجاً لا عدم التمكن شرعاً واما اختصاص شرط التمكن بما يشترط فيه الحول ففيه ما مرّ في محله من عمومية الاشتراط.

المسألة ٣٤: قول مدعي الصحة: بلا فرق بين الشك في المانع أو المقتضى (خلافاً

حصّة العامل قدّم قول المالك المنكر للزيادة وكذا لو اختلفا في المدّة ولو اختلفا في قدر الحاصل قدّم قول العامل وكذا لو ادّعى المالك عليه سرقة أو إتلافاً أو خيانة وكذا لو ادّعى عليه انّ التلف كان بتفريطه إذا كان اميناً له كما هو الظاهر ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدّعيه عليه بناء على ما هو الاقوى من سماع الدعوى المجهولة خلافاً للعلاّمة في التذكرة في المقام.

المسألة ٣٥: إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبيّنة أو غيرها هل له رفع يد العامل على الثمرة أولا قولان أقواهما العدم لانه مسلّط على ماله وحيث إنّ المالك ايضاً مسلّط على حصّته فله ان يستاجر اميناً يضمّه مع العامل والأجرة عليه لانّ ذلك لمصلحته ومع عدم كفايته في حفظ حصّته جاز رفع يد العامل واستيجار من يحفظ الكلّ والأجرة على المالك ايضاً.

للبهبهاني (قدس سره) نظراً الى عدم ثبوت العمل في الثاني، وفيه: ان العمل اي القصد بحسب الظاهر صدر منه والاصل صحته لبناء العقلاء بلا فرق).

قدم قول المالك المنكر: بلا فرق بين صورة اختصاصه باليد وغيرها (خلافاً للآقا ضياء (قدس سره) نظراً الى تقديم قول العامل اذا اختص باليد لليد، وفيه: ان يده ليست امارة الملكية قبل التقسيم لخلط الملكية والامانيّة وفي امثاله لا تكون دليلاً على الملكية عند العقلاء).

في المدة: اي القول قول منكر الزيادة بلا فرق.

في قدر الحاصل: لو فرض اثر لهذه الدعوى.

على ما هو الاقوى: إلاّ فيما علم أو احتمل عدم قيمة لمدعاه اصلاً (نظراً الى عموم دليل القضاء ومنع بعضهم كالگلپايگاني والسيد جمال (قدس سرهما) الاقوائية، والظاهر عدم الوجه لمنعهم إلاّ ان يحتمل عدم القيمة لدعواه اصلاً بل يلزم العلم بعدم القيمة والمكانة وإلاّ فوظيفة القاضي سماع الشكاية ما لم يعلم عدم الاثر).

المسألة ٣٥: اقويهما العدم: بل يتجه الجواز لكن لا يترك الاحتياط بالاستيذان من الحاكم (لتقييد الاذن في المساقاة والدخول في البستان والتصرف فيها بالامانة وهذا مبنى عقد المساقاة، لكن حيث ان المقام مقام تزاحم الحقوق فالاحوط الاستيذان من الحاكم).

رفع يد العامل: والاستيذان من الحاكم احتياط لا يترك وان كان يتجه الجواز كما مرّ (كما ان في قصة سمرة ايضاً ١٢/١ احياء الموات كان اذن النبي ﷺ. وقال

المسالة ٣٦ : قالوا المغارسة باطلة وهي ان يدفع ارضاً إلى غيره ليغرس فيها على ان يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصّة من الارض ايضاً للعامل اولا ووجه البطلان الاصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة بل ادّعى جماعة الاجماع عليه نعم حكي عن الاردبيليّ وصاحب الكفاية الاشكال فيه لا مكان استفادة الصحّة من العمومات وهو في محلّه إن لم يتحقّق الاجماع ثمّ على البطلان

الآقا ضياء (قدس سرّه) : وجه الجواز تقديم اخف الضررين عند تعاوض سلطنتي المالك والعامل كمسالة القِدر ورأس الحمار، ثم قال : والتحقيق جواز التصرف لكل منهما مع اداء خسارة الآخر، وفيه : ان الاشكال لا ينحصر في الضمان والوضع بل التكليف ايضاً من جهة التصرف في ملك الغير بل الحق ما ذكرنا من تقيد الاذن في المساقاة وان كان الاحوط كما ذكرنا الاستيذان من الحاكم لتزاحم الحقوق ولنقل عدم الخلاف في عدم جواز رفع يده).

المسالة ٣٦ : ان لم يتحقق الاجماع : وليس بثابت لكون الاتفاق المنقول في كلام غير واحد محتمل المدركية مما يذكر من الادلة وهي مخدوشة، وهي عند العقلاء نظير المزارعة فيدفع المالك ارضه الى العامل ليغرس على الحصة المعينة من الاشجار وهي عقلائية غير مردوعة بل ممضاة بالعمومات وهي تثبت صحة ما انشاه المتعاقدان ولا ريب ان انشائهما هو المغارسة، واصل الشجر بمنزلة البذر يمكن كونه من المالك أو العامل والشجر البالغ بمنزلة المحصول في المزارعة. ولكن يشترط فيها امور، منها : تعيين نوع الشجر، ومنها : تعيين الأصل انه النواة أو الساقة ليعلم (قدس سرّه) لزوم بقائه في الارض، ومنها : تعيين زمان بلوغ الشجر لاختلاف ذلك في الاشجار المثمرة والتي تطلب للاستفادة من خشبها، ومنها : تعيين المدة التي اريد الابقاء بعد البلوغ للافادة البليغة، ومنها : تعيين ان اصل الشجر على من هو، ومنها : تعيين الحصة من الشجر على نحو دافع للغرر وهو الاشاعة في كل شجر لاختلاف الاشجار، ومنها : تعيين زمان الاشتراك. ومع ذلك كله لو وقعت هذه المعاملة بعنوان الصلح لكانت اسلم. (وفاقاً للنجفي والحكيم (قدس سرّه) لكنهم بعنوان العقد المستقل، وخلافاً للاستاذ والبروجردي والشيرازي والسيد جمال والخوئي (قدس سرّهم) بل الاكثر. وأما الاشكالات الواردة المذكورة بعضها في كلمات الخوئي (قدس سرّه) فلا نسلمها مثل لزوم كون المنشأ متصلاً

يكون الغرس لصاحبه فان كان من مالك الارض فعليه أُجرة عمل الغارس إن كان جاهلاً بالبطلان وإن كان للعامل فعليه أجرة الارض للمالك مع جهله به وله الابقاء بالأجرة او الامر بقلع الغرس او قلعه بنفسه وعليه ارش نقصانه إن نقص من جهة القلع ويظهر من جماعة انَّ عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ولا دليل عليه بعد كون المالك مستحقاً للقلع ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من ارش

بالانشاء كالملكية في البيع بلا فصل، فانها كالمزارعة بلا فرق، ومثل الجهالة، وهي مرتفعة بما ذكرنا من الشرائط).

جاهلاً بالبطلان: او عالماً فان الملاك كون العمل عن امر الغير ولو تبعاً للقرار والعقد إلّا اذا فرض تقيد كل شيء في هذا القرار بالصحة شرعاً بحيث ينفي كل استحقاق من الطرفين اذا لم يكن صحيحاً شرعاً لكنه مجرد فرض ثم يلزم تقيد استحقاق الاجرة بعدم كونها ازيد من الحصة المعلومة على التعارف.

مع جهله به: وكذا مع علمه اذا لم يكن تسليم الارض مجاناً إلّا اذا فرض التقيد المذكور في الفرع السابق.

او قلعه بنفسه: فليس ذلك مترتباً على عدم ايتمار العامل وامر المالك بل يجوز في غير ذلك ايضاً نظير جواز اخراج غنم الغير عن ملكه بلا احتياج الى اعلام صاحب الغنم ثم لابد من تقييد جواز القلع بالجهل بالبطلان، ويكون الاذن المضمون في العقد مقيداً بصحة العقد وإلّا فلا يجوز القلع، ثم انه فيما يجوز القلع لا يلاحظ ضرر العامل لعدم جريانه في متعلق حق الغير لكون دليله امتنانياً وفيما لا يجوز القلع لا يلاحظ ضرر المالك، ثم انه في مورد جواز القلع لا يلاحظ وصف البقاء في القيمة لو اريد القلع إلّا بوصف عدم استحقاقه مجاناً بل مع الاجرة وفي مورد عدم جواز القلع يلاحظ (خلافاً للنجفي (قدس سره) ولا وجه له ظاهراً، وكذا بعض اهل العصر قال: يشكل التصرف في مال الغير، وفيه: انه للافراغ والتخلية عن ملكه، ودليله السيرة وقاعدة السلطنة).

ارش نقصانه: اذا قلعها المالك ابتداءً بلا مراجعة العامل والحاكم، فلو قلعه العامل بنفسه او المالك بعد امتناع العامل ورجوعه الى الحاكم لا يضمن الارش.

مستحقاً للقلع: فلا وجه للحاظ وصف كونه قائماً بعد عدم استحقاق ذلك، نعم فيما لا يجوز القلع يلاحظ ذلك.

النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل بأن انكسر مثلاً بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر ولكن كلمات الآخرين لا يقبل هذا الحمل بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع حيث قالوا مع ملاحظة أو صافه الحالية من كونه في معرض الابقاء مع الاجرة أو القلع ومن الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطاً بالارش لا مطلقا فانَّ استحقاقه للارش من أوصافه وحالاته فينبغي أن يلاحظ أيضا في مقام التقويم مع أنه مستلزم للدور كما اعترف به ثمَّ إنه إن قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الاجارة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما كان تكون الأصول مشتركة بينهما إمّا بشرائها بالشركة أو بتمليك احدهما للآخر نصفاً منها مثلاً إذا كانت من احدهما فيصالح صاحب الارض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلاً أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه إلى زمان كذا أو يستاجره للغرس والسقي إلى زمان كذا بنصف منفعة الارض مثلاً.

مستلزم للدور: ان كان المراد تفاوت قيمته حال البقاء مع الاجرة واستحقاق القلع بالارش ايّ مقدار، وقيمة مقلوعاً لم يكن به بأس لرعاية عدم استحقاق البقاء كما انه ليس دوراً ايضاً فان المراد بالارش المأخوذ في العريف عنوانه لا المقدار المعين بخلاف المعرَّف بالفتح فانه المقدار المعين (ولم أرَ من تعرض من المحشين لدفع الدور فتدبره جيداً).

يمكن تصحيح المعاملة: يريد التصحيح على فرض بطلان المغارسة ولزوم كون المعاملة تحت عنوان احدى المعاملات المعهودة شرعاً (فلا وجه لاشكال الحكيم (قدس سره) بان وجه البطلان ان كان الاجماع وكان على عنوان المساقاة فيصح بلا لحاظ عنوانها بل بعنوان العقد المستقل ولا يلزم ادراجها في الاجارة ونحوها بتكلف وان كان الاجماع على بطلان واقعها فلا يمكن تصحيحها، وفيه ما ذكرنا من ارادة الادراج في المعهودات).

الى زمان كذا: لا يلزم تحديد الزمان على التعيين في الصلح، فيصح على السقي مادام الغرس موجوداً مثلاً.

يستاجره: شرط معلومية الاجرة وهي نصف منفعة الارض ولو بالتعارف بحيث لا يكون غرراً. (واستشكل فيه الشيرازي (قدس سره) وكأنه لعدم معلومية نصف منفعة الارض، وفيه امكان المعلومية بالتعارف والزائد متسامح فيه فلا يكون غرراً).

المسألة ٣٧: إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها وأنها على الوجه الصحيح أو الباطل بناءً على البطلان يحمل فعلهما على الصحّة إذا ماتا أو اختلفا في الصحّة والفساد.

تذنيب: في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام من أراد ان يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها ولا يتبعّل بالنخل فياخذ حيتاناً صغاراً يابسة فيدقّها بين الدقّين ثمّ يذر في كلّ طلعة منها قليلاً ويصرُّ الباقي في صرّة نظيفة ثمّ يجعله في قلب النخل ينفع باذن الله تعالى، وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى ابن جعفر العلويّ عن آبائه عليهم السلام انّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال مرّ اخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود فسالوا إليه ما بهم فقال عليه السلام دواء هذا معكم وليس تعلمون انتم قوم إذا غرستم الاشجار صببتم التراب وليس هكذا يجب بل ينبغي ان تصبّوا الماء في أصول الشجر ثمّ تصبوا التراب كي لا يقع فيه الدود فاستانفوا كما وصف فاذهب عنهم ذلك وفي خبر عن احدهما عليهما السلام قال تقول إذا غرست او زرعت: «ومثل كلمة طيّبة كشجرة طيّبة اصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي أكلها كلّ حين بإذن ربّها» وفي خبر آخر إذا غرست غرساً او نبتاً فاقرا على كلّ عود او حبّة سبحان الباعث الوارث فانه لا يكاد يخطي إن شاء الله.

(تم كتاب المساقاة)

المسألة ٣٧: على الصحة. لعدم لزوم العلم بالعنوان فان مصبّ القاعدة نفس العمل لا العنوان (وفاقاً للشيرازي والحكيم والسيد جمال والآقا ضياء (قدس سرّهم)، وخلافاً للبروجردي والگلپايگاني والخوئي والاستاذ والبهبهاني (قدس سرّهم)، وبعض اهل العصر كأنه لم يتوجه الى مراد المخالفين وخالف المتن هو ايضاً ولكنه وافق في الحقيقة قال: لو علم انهما غارسا ولم يعلم على الصحة أو البطلان فهي باطلة ولو لم يعلم انه مغارسة أو اجارة فهي صحيحة. وكيف كان، فالصحة اقرب نظير ما لو علم الوارث ان مال مورّثه هذا اما من بيع نسيئة صحيحة أو قرض ربوي باطل فهل ترى الحمل على البطلان لعدم العلم بالعنوان؟ ان قلت: فيه وجه البطلان ليس العنوان بل خصوصية فيه كالربا وفي المقام عنوان المغارسة باطل. قلت: فاذا لم يلزم العلم بالعنوان فلا فرق وفي المثال ايضاً اذا علم انه لو كان قرضاً كان ربوياً لم يكن فرق مع المقام).

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الضمان)

وهو من الضمن لانه موجب لتضمّن ذمّة الضامن للمال الّذي على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه اصلية كما يشهد له ساير تصرُّفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما وما قيل من احتمال كونه من الضمّ فيكون النون زائدة واضح الفساد إذ مع منافاته لساير مشتقّاته لازمه كون الميم مشدَّدة وله إطلاقان إطلاق بالمعنى الاعمّ الشامل للحوالة والكفالة ايضاً فيكون بمعنى التعهّد بالمال او النفس وإطلاق بالمعنى الاخصّ وهو التعهّد بالمال عيناً او منفعة او عملاً وهو المقصود من هذا الفصل ويشترط فيه أمور:

كتاب الضمان

وهو من الضمن: (على الاظهر في اشتقاق الكلمة ويحتمل العكس او كونهما في عرض واحد وتردد الخوئي وقال الحكيم: لعل العكس، لان في كل ضمن نوع تعهد طبعي، للاشتمال، لكن الظاهر ما في المتن فان القرارات العقلائية تابعة للحقائق الخارجية لتبعية الحقوقي من المسائل للحقيقي منها فالضمان من الضمن الحقيقي).

وما قيل: (اي العامة باكثرهم).

التعهد بالمال: اي عن الغير لا الابتدائي وهو المراد من كلام شيخ الطائفة (قدس سرّه): اثبات مال في الذمة. (ولابد من تقييد التعهد بكونه عن الغير لامكان الابتدائي منه بل تصحيحه فانه ليس مجرد وعد اذا كان قراراً مع المتعهد له. ثم ان التعهد غير كونه في الذمة على ما هو المشهور من كونه نقل المال من ذمة الى ذمة لكن المراد معلوم، لكن اعتقد البهبهاني ان الضمان ليس إلّا التعهد بالمال لا اثباته في الذمة ونقله عن ذمة الى اخرى، وفيه: ان الظاهر من ٣ و٢ و١/ ٣ ابواب الضمان بل صريحها كون المال بنفسها على الضامن، والمفهوم من حكمة الضمان المتعلق بالمال في سائر الروايات ايضاً ذلك وهو الذي فهمه الاصحاب ايضاً).

احدها: الايجاب ويكفي فيه كلُّ لفظ دالّ بل يكفي الفعل الدالُّ ولو بضميمة القرائن على التعهّد والالتزام بما على غيره من المال. والثاني: القبول من المضمون له ويكفي فيه ايضاً كلُّ ما دلَّ على ذلك من قول او فعل وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الايجاب والقبول كذا ذكروه ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حدّ سائر العقود اللاّزمة بل يكفي رضى المضمون له سابقاً او لاحقاً كما عن الايضاح والاردبيليّ حيث قالا يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقديُّ بل عن القواعد وفي اشتراط قبوله احتمال ويمكن استظهاره من قضيّة الميت المديون الّذي امتنع النبيّ ﷺ ان يصلّي عليه حتّى ضمنه عليٌّ عليه السلام وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالات وسائر ما يعتبر في قبولها وأمّا رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه إذ يصحّ الضمان التبرّعيّ فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرّعاً حيث لا يعتبر رضاه وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء او الضمان عنه ضرراً عليه او حرجاً من حيث

الفعل الدال: ويمكن ذلك بوضوح كما في الكتابة وبعض الاشارات (فليس مجرد فرض كما في بعض الحواشي مثل الگلپايگاني والبروجردي و ... (قدس سرهم) ... .)

كذا ذكروه: وهو الاقوى، فلا يكفي الرضا إلاّ اذا ابرز بمبرز فيكون بحكم القبول (وفاقاً للاكثر فان انتقال الاموال ـ وذكر بعضهم تبديل الاموال مع انه ليس تبديل مال بمال كما ذكره وهو واضح ـ يحتاج الى العقد بين الناقل والمنقول له عند العقلاء ولا يصدق العقد على صرف رضى الباطن وهو الظاهر من ٢/١ الضمان صحيحة ابن سنان: «... اذا رضي به الغرماء... الخ فان الظاهر عرفاً الرضى المبرز لا النفساني فقط).

قضية الميت: لكن رواياتها تتضمن قضية شخصية لا يعلم واقعها لاحتمال وجود المضمون له وابراز رضاه فلا يمكن الاستدلال بها وان كان اصل القضية مفاد غير واحد من الروايات بعضها صحيح (راجع ٢ و ٣/ ٣ الضمان و ٢/ ٢ الضمان. فلا وجه لردّ الخلاف ذلك بضعف السند).

الضمان التبرعي: (لكون اداء الدين توصلياً وعليه الاجماع).

ضرراً عليه او حرجاً: نظراً الى ان ذمة المضمون عنه ليس صرف الدعاء كما يرى في الكلمات بل لها تعهد وهو من شؤون الشخص عند العقلاء والتبرع في الضمان او الاداء تصرف في ذلك الشان فهو خلاف قانون السلطنة على شؤون النفس لكن ذلك لا يوجب عدم صحة الضمان او الاداء لكونه توصلياً، نعم نفس العمل محرم اذا كان

كون تبرّع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه كما إذا تبرّع وضيع ديناً عن شريف غنيّ قادر على وفاء دينه فعلاً. الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصحّ ضمان الصبيّ وإن كان مراهقاً بل وإن اذن له الوليّ على إشكال ولا ضمان المجنون إلّا إذا كان أدوارياً في دور إفاقته وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً وأمّا المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك فيصحّ كونه صغيراً او مجنوناً نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض. الرابع: كونه مختاراً فلا يصحّ ضمان المكره. الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه إلّا بإذن الوليّ وكذا المضمون له ولا باس بكون الضامن مفلساً فانّ ضمانه نظير اقتراضه فلا يشارك المضمون له مع الغرماء وامّا المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولا باس بكون المضمون عنه سفيهاً او مفلساً لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه. السادس: ان لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور

اهانة او غير مرضي عند الشخص من جهة انطباق عنوان التصرف في شؤون الغير (وهذا هو التحقيق وفاقاً في حكم المسالة للخوئي والآقا ضياء (قدس سرّه) وتردد الاستاذ وقال: دخالته ذلك في الصحة غير معلومة. واما الضمان عن الميت فنقطع برضاه على فرض ثبوت الدين فلا يدل ما مرّ من ضمان علي عليه السلام عن الميت زمن النبي صلى الله عليه وآله على عدم خيثيّة للمضمون عنه. لتحقق القطع بذلك).

على اشكال: ان لم يكن بمصلحته وإلّا فالاظهر الصحة (لعدم سلب عبارته ولذا يصح تصديه لاجراء العقد وكالة بخلاف المجنون فليس إلّا عدم النفوذ لعدم الاستقلال).

ضمان المكره: ضامناً ومضموناً له (فان الضمان عقد بينهما فلا يحتاج الى اضافة المضمون كما علق البروجردي (قدس سرّه) و ... .)

عدم كونه مفلساً: (لكون الضمان تصرفاً في امواله بنقل من ذمة الى اخرى).

اذنه في جواز الرجوع: اي فيما حجر وفي زمان الحجر واما في غير ما حجر او بعد مضيّ زمان الحجر فيجوز الرجوع، واما الرجوع في المحجور بقدر نصيب المضمون له في زمان الحجر ففيه اشكال لكون اذنه بمنزلة النقل والانتقال في المال لا يراد دائن جديد بين الغرماء مكان الدائن السابق. (فتعبير الاستاذ والبهبهاني وبعض آخر صحيح لا البروجردي (قدس سرّه) وبعض آخر في استثناء مقدار النصيب للمضمون له، واستدل بعض اهل العصر لهم بعدم الفرق في ذلك التبديل لكنك عرفت ما فيه).

من قبل مولاه على المشهور: وهو الاقوى، والانصراف ممنوع سيما مع التصريح

لقوله تعالى ﴿لا يقدر على شيء﴾ ولكن لا يبعد صحّة ضمانه وكونه في ذمّته يتبع به بعد العتق كما عن التذكره والمختلف ونفي القدرة منصرف عمّا لا ينافي حقّ المولى ودعوى انّ المملوك لا ذمّة له كما ترى ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته هذا وامّا إذا اذن له مولاه فلا إشكال في صحّة ضمانه وحينئذٍ فان عيّن كونه في ذمّة نفسه او في ذمّة المملوك يتبع به بعد عتقه او في كسبه فهو المتّبع وإن اطلق الاذن ففي كونه في ذمّة المولى او في كسب المملوك او في ذمّته يتبع به بعد عتقه او كونه متعلّقاً برقبته وجوه واقوال اوجهها الأوّل لإنفهامه عرفاً كما في إذنه للاستدانة لنفقته او لامر آخر وكما في إذنه في التزويج حيث إنّ المهر والنفقة على مولاه ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأنّ الاستدانة موجبة لملكيّته وحيث إنّه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكيّة فيه مدفوعة بمنع عدم قابليّته للملكية

الاكيد في الروايات على عمومية الشيء، وضمان المتلف ليس من باب القدرة على الشيء بل امر قهري لا يرتبط بالقدرة (وفاقاً للبروجردي والآقا ضياء والاستاذ والگلپايگاني (قدس سرهم) وخلافاً للخوئي (مدّظلّه) حيث قال معناه لا يقدر على شيء بفعله بعنوان المملوكية حتى الطلاق لا بعنوان انه انسان، قال: ونفي صحة طلاقه في الحديث لكونه بما هو مملوك لا بما هو انسان، وفيه من التكلف مالا يخفى حيث فرّق بين الطلاق والضمان مع ان العكس اولى. وقد سئل الامام عليه السلام عن الراوي عن الطلاق: افشيئ الطلاق؟ وهذا يومي الى عمومية الشيء كما لا يخفى، ثم ان من المعلوم عند الشرع والمتشرعة الفرق بين المملوك والاجير المطلق عما يسمى في ايران «نوكر وسركار» فهل ترى تعبيرات الشرع في المملوك تشبه احكام الاجير الكذائي؟ هذا الذي يقوله الخوئي (مدّظلّه) هو حكم ذلك الاجير، ثم الظاهر عدم العبرة عند العقلاء ايضاً بضمان العبد باعتبار بعد العتق).

لانفهامه عرفاً: ولا يبعد ذلك نظراً الى كون الضمان باذن السيد ضمان باعتبار كونه عبداً له فالمال في ذمة السيد بحكم فهم العرف واعتبار العقلاء ولو فرض عدم افهام ذلك فلو انفهم احد الوجوه الاخر وقلنا بصحة ضمانه فهو لكونه بمنزلة امر بنى عليه العقد والاّ فالعقد باطل لاجمال الذمّة وطرف العقد. (خلافاً للبروجردي والاستاذ و... (قدس سرهم) في الانفهام المزبور، وقال البروجردي (قدس سره): اذا لم ينفهم فالثالث اي كونه في ذمة العبد يتبع بعد عتقه اوجه، والاصطهباناتي جعله في كسب المملوك اي الوجه الثاني، ولكن الظاهر البطلان اذا لم يفهم شيء ولو من الاطلاق المقامي،

وعلى فرضه ايضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفيّ. السابع: التنجيز فلو علّق الضمان على شرط كان يقول: انا ضامن لما على فلان إن اذن لي ابي او انا ضامن إنْ لم يف المديون إلى زمان كذا او إن لم يف اصلاً بطل على المشهور لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامّة إلاّ دعوى الاجماع في كلّي العقود على انّ اللازم ترتّب الاثر عند إنشاء العقد من غير تاخير او دعوى منافات التعليق للانشاء وفي الثاني مالا يخفى وفي الاوّل منع تحقّقه في المقام وربّما يقال لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً وفيه انّ تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك نعم في المثال الثاني يمكن ان يقال بامكان تحقّق الضمان منجّزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له لانه يصدق انه ضمن الدين على نحو الضمان في الاعيان المضمونة إذ حقيقته قضية تعليقية إلاّ ان يقال بالفرق بين الضمان العقديّ والضمان اليديّ. الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمّة المضمون عنه سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لاخيار فيه او

نعم اذا فهم من الاطلاق انه على عهدته أو في كسبه وقلنا بصحته فهو).

التنجيز: الظاهر ان التعليق المبطل تعليق الانشاء او المنشأ على امر مستقبل مشكوك والاحوط البطلان في المستقبل المعلوم ايضاً (ودليله عدم اعتبار ذلك العقد عند العقلاء بعنوان العقدية وأما الاجماع فهو على فرض تحقيق الاتفاق محتمل المدركية مما يذكر. وأما تنافي التعليق للانشاء فلا يجري في المنشأ والاكثر ذلك اي التعليق يكون في المنشأ لا الانشاء).

ولا يعقل التفكيك: فيه منع فانه كالدين المؤجل في المعنى ويكون الشرط بمنزلة الاسقاط بفعل الغير. وسيشير الى إمكان الانفكاك.

يمكن ان يقال: كأنه يريد من الضمان حينئذ التعهد فانه الذي في الاعيان المضمونة لكنه ليس تعليقياً بل تعهد فعلي لاثر تعليقي أي معلق على التلف مثلاً في الضمان اليدي وعلى عدم وفاء المضمون عنه هنا. وكيف كان، فلا يبعد جريان الضمان بمعنى التعهد كتعهد الاعيان، في الذمم ايضاً لكنه ليس بمعنى الضمان المصطلح بل صرف التعهد لانتقال المال الى ذمة اخرى (وبذلك يرتفع اشكال التفكيك بين الضمان والوفاء مع اعتقاد الماتن(قدس سره) عدم معقولية التفكيك، وكذا اشكال انه من ضم ذمة الى اخرى لا الانتقال. نعم يرد عليه انه ايضاً فعلي والتعليق في اثره).

متزلزلاً كاحد العوضين في البيع الخياريّ كما إذا ضمن الثمن الكلّي للبايع او المبيع الكلّي للمشتري او المبيع الشخصيّ قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك فلو قال: اقرض فلاناً كذا وانا ضامن اوبعه نسيئة وانا ضامن لم يصحّ على المشهور بل عن التذكرة الاجماع قال: لو قال لغيره مهما اعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصحّ إجماعاً ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية ويمكن ان يقال بالصحّة إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً بل مطلقاً لصدق الضمان وشمول العمومات العامّة وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً. التاسع: ان لا يكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الاعمّ حيث قالوا إنه بمعنى التعهّد بمال أو نفس فالثاني الكفالة والاوّل إن كان ممّن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة وإن لم يكن فضمان بالمعنى الاخصّ لكن لا دليل على هذا الشرط فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً فان كان بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان وإلاّ فيبقى الّذي للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمّته ممّا عليه بضمان الضامن تبرّعاً وليس من الحوالة لأنّ المضمون عنه على التقديرين لم يحلّ مديونه على الضامن حتّى تكون حوالة ومع الاغماض عن ذلك غاية ما يكون انه يكون داخلاً

الثامن: ... المبيع الشخصي: لكن ضمان العين الشخصي بمعنى التعهد لا نقل المال من ذمة الى اخرى كما مرّ.

بل مطلقاً: إلاّ فيما لا اعتبار به عند العقلاء وهو ما مرّ من التعليق على امر آخر مشكوك غير مقوّم لا على نفس متعلق الضمان مثل اقرض فلاناً وانا ضامن او مهما عطيت فلاناً فهو عليّ (واما الكريمة ﴿ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم﴾ فالمراد التعهد لا الضمان المصطلح).

بل يمكن منع: إلاّ في العين الشخصية كما مرّ (وما قاله بعضهم كالنجفي (قدس سرّه) من ان ضمان ما لم يجب ليس عقداً حتى تشمله العمومات أو ادلة الضمان، ففيه منع ذلك بلا ريب لعدم تقوم القرار والعقد معنىً يكون الاثر فعلاً. وما قيل من الاجماع على بطلان ما لم يجب فيه ان المجمعين تمسكوا بوجوه عقلية أو غيرها فلا اعتماد عليه مع كونه عقلائياً بحيث يقتضي الفرق بين ما يجب وما لم يجب الى تعبد صريح، نعم لا اعتبار عند العقلاء بالتعليق على امر آخر مشكوك واما التعليق على ما هو متمم معنى الضمان اي تثبيت متعلق الضمان فلا اشكال وهو واضح عندنا).

التاسع: لم يحل مديونه: يريد دائنه.

في كلا العنوانين فيترتّب عليه ما يختصّ بكلّ منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً. العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصحّ معه القصد إلى الضمان ويكفي التميّز الواقعيّ وإن لم يعلمه الضامن فالمضرّ هو الابهام والترديد فلا يصحّ ضمان أحد الدّينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد ولا ضمان دين لاحد الشخصين ولو على واحد ولو قال: ضمنت الدين الّذي على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو أو الدين الذي لفلان ولم يعلم انه على زيد او على عمرو صحّ لانه متعيّن واقعاً وكذا لو قال: ضمنت لك كلّما كان لك على الناس أو قال: ضمنت عنك كلّما كان عليك لكلّ من كان من الناس ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما مع أنه لا دليل عليه اصلاً ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود.

المسالة ١: لايشترط في صحّة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه ويمكن ان يستدلّ عليه مضافاً إلى العمومات العامّة وقوله ﷺ الزعيم غارم، بضمان عليّ بن الحسين عليه السلام لدين عبد الله بن الحسن

في كلا العنوانين: فيه منع بعد كونهما عنوانين مستقلين والانشاء واحد، والحق في امتياز العنوانين ان الحوالة معاملة بين المحيل والمحتال وهما المديون والدائن، والضمان معاملة بين الضامن والمضمون له اي الشخص الثالث والدائن.

(وقيل: ان الحوالة بين المديون والدائن مع ان الحوالة قد لا تكون إلّا من دائن عن المحال عليه مع متوسط بينهما لاخذ الطلب وقد لا يكون دين على المحال عليه ايضاً بل للمحيل عنده اعتبار فقط وسياتي البحث عنه انشاء الله. لكن الحق انه اذا لم يكن دين بين المحيل والمحتال فهو حوالة صوري وفي الحقيقة امر بوصول مال من الغير للآمر).

العاشر: ... العقد الى الضمان: بحيث يمكن تحقق العقد بين طرفي الضمان.

ولم يعلم انه لزيد او لعمرو: يشكل ذلك لعدم تحقق العقد حينئذ لعدم تعين المضمون له إلّا ان يقبلا معاً فيعلم بتحقق القبول ممن له اهلية القبول.

المسالة ١: الزعيم غارم: لكنه ضعيف سنداً ومردود معنى بحسب بعض روايات أهل البيت عليهم السلام ونظيره في ضعف السند ما بعده من الروايتين، لكن الحق ما في المتن بلا فرق بين التبرعي والاذني فان في الاذني يرجع الى الآذن فياخذ ما دفع قليلاً أو كثيراً فلا غرر ولا ضرر وفي التبرعي هو المقدم على ذلك مجاناً. فلا يجري

وضمانه لدين محمّد بن أسامة لكنّ الصحّة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين واما إذا لم يكن كذلك كقولك ضمنت شيئاً من دينك فلا يصحّ ولعلّه مراد من قال: إنّ الصحّة إنّما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك فلا يرد عليه ما يقال من عدم الاشكال في الصحّة مع فرض تعيّنه واقعاً وإن لم يمكن العلم به فياخذ بالقدر المعلوم هذا وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفي الغرر والضرر وردّ بعدم العموم في الاوّل لإختصاصه بالبيع او مطلق المعاوضات وبالاقدام في الثاني ويمكن الفرق بين الضمان التبرعيّ والاذنيّ فيعتبر في الثاني دون الاوّل إذ ضمان عليّ بن الحسين عليه السلام كان تبرّعياً واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالاذن مع قصد الرجوع على الاذن وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

المسألة ٢: إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّة انتقل الحقّ من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن وتبرء ذمّة المضمون عنه بالاجماع والنصوص خلافاً للجمهور حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحّة ما ذكروه حتّى مع التصريح به على هذا النحو ويمكن الحكم بصحّته حينئذٍ للعمومات.

فيه دليل الضرر كما لا يجري دليل الغرر لعدم شموله إلّا للمعاوضات وان كان غير مختص بالبيع. (لما مرّ من عموم الملاك في دليل غرر البيع وكذا عند العقلاء. وقال الخوئي: لا يكون غرر اصلاً في المقام لاجذه ما يدفع، وفيه: انه في التبرعي ليس ذلك. ثم ان النبوي لم يثبت من طرقنا بل في ١/١ احكام الضمان: «... ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»، ورواية ضمان السجاد عليه السلام لدين ابن الحسن ١/٥ احكام الضمان مرسلة وضعيفة بيوسف بن سخت ولدين ابن اسامة ١/٣ احكام الضمان ضعيفة باشتراك عبيدالله الدهقان).

المسألة ٢: الحكم بصحته: لا يبعد ذلك بنحو التبادل كما يصح بمعنى التعهد بالاداء على فرض عدم اداء المديون ايضاً (لعدم منع عقلاً من تعدد مكان الدين ذمةً بكونه في الذمم المتعددة على التبادل لكونه اعتبارياً وشيوع ذلك عند العقلاء والعامة ايضاً اعتبرتها ولم يعد خلاف العقلاء ولا منع شرعياً ايضاً بل العمومات الواردة في صحة كل عقد تشمله، وفاقاً للحكيم(قدس سره) في المسألة ٢٥ ولما عن الشيخ الأعظم(قدس سره) حيث قال في تعاقب الايادي: «الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمة واحدة ولاجل ذلك يتعين الالتزام بأن اشتغال ذمة كل واحد من الأيدي

المسالة ٣: إذا ابرء المضمون له ذمّة الضامن برئت ذمّته وذمّة المضمون عنه وإن ابرء ذمّة المضمون عنه لم يؤثّر شيئاً فلا تبرء ذمّة الضامن لعدم المحلّ للابراء بعد برائته بالضمان إلاّ إذا استفيد منه الابراء من الدَّين الّذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمّة الضامن وامّا في الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة فان ابرء ذمّة المضمون عنه برئت ذمّة الضامن ايضاً وإن ابرء ذمّة الضامن فلا تبرء ذمّة المضمون عنه كذا قالوا ويمكن ان يقال ببرائه ذمّتهما على التقديرين.

المتعاقبة على البدل ... ويمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور وضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة، ويمكن التبادل بمعنى سقوط كل باداء الآخر وان اشتغلت جميع الايادي، ودعوى ان الواحد لا يقبل الوجود إلاّ في مكان واحد مدفوعة بانه في الوجود الحقيقي وهنا اعتباري، وكيف كان فالمقام نظير اشتغال ذم متعددة بواجب واحد في الكفائيات. وما قال الخوئي (قدس سره) من عدم كونه عقداً لكونه التزاماً من طرف واحد فقط فانه تعهد ذمي مجاناً فيه: ان الضمان بمعنى نقل المال عقد مسلماً يحتاج الى قبول فكذا هنا فانه ايضاً نوع نقل تبادلي اي توسيع لمحل المال ويحتاج الى قبول المضمون له ايضاً. وأما ما قاله آقا ضياء (قدس سره) من ردع ذلك بادلة الضمان، فيه: ان الادلة في الضمان بمعنى النقل فانه ايضاً شائع عند العقلاء وهذا امر مقصود شائع في البنوك وغيرها، غير ما ذكر فلا يكون دليل ذاك ردعاً لهذه.

المسالة ٣: وذمة المضمون عنه: اي فلا يرجع عليه الضامن وإلاّ فذمته برئت عند الضمان.

ويمكن ان يقال: قد يراد من الضمان بهذا المعنى كون ذمة الضامن وثيقة، وقد يراد توسعة محل الدين وانه في كلا الذمتين، وعليه قد يراد بنحو التبادل وقد يراد الضم على نحت جعل الشيئين واحداً فعلى الاول ابراء الضامن لا يفيد ابراء ذمته المضمون عنه بخلاف العكس وعلى الثاني يفيد كعكسه اذا اريد ابراء الذمة من الدين اساساً لا ابرائها من الضمان والموارد بحسب الظهورات مختلفة وان كان الاظهر ما قالوا لا ما قاله الماتن وعلى الثالث لا يفيد كعكسه. وقال البروجردي والاستاذ والشيرازي (قدس سرهم) بعدم افادة ابراء الضامن ابراء المضمون عنه بلا تفصيل وفيه ما عرفت.

المسالة ٤: الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له فلا يجوز للضامن فسخه حتّى لو كان باذن المضمون عنه وتبيّن إعساره وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان او علم المضمون له بإعساره بخلاف مالو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً بإعساره ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه ويستفاد من بعض الاخبار ايضاً والمدار كما اشرنا إليه في الاعسار واليسار على حال الضمان فلو كان موسراً ثمّ أعسر لا يجوز له الفسخ كما انه لو كان معسراً ثمّ أيسر يبقى الخيار والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه ايضاً معسراً او لا وهل يلحق بالاعسار تبيّن كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار اولا وجهان.

المسالة ٤: على المشهور: وهو المنصور وان كان في دلالة بعض الاخبار اشكال (لدليل لا ضرر واقدام المضمون له لا يرفع الضرر وإلّا لجرى ذلك في خيار الغبن ايضاً والجواب الجواب، وحلّه انه لم يقدم مطلقاً بل يسار الضامن كالشرط الضمني فالشرط المني وحديث لا ضرر دليلان، خلافاً للخوئي لم يتعرض إلّا للخبر وردّه بانه في التعليل لا الضمان مع انه بلا اطلاع المضمون له ففي الخبر اشكال مع عدم الارتباط بالمقام وهو كذلك راجع ١/ ٤ الضمان ولحديث الضرر وردّه بالاقدام وقد مرّ ما فيه، لا يقال: الخيار والفسخ يوجب ضرراً على المضمون عنه لاشتغال ذمته بعد خلوها، اذ هو لا يرتبط بالمعاملة بين الضامن والمضمون له وايضاً هو مترتب على اصل الضمان اي الخلو مربوط بأصل الضمان والكلام ليس في اصل الضمان، والعجب من الگلپايگاني (قدس سره) لِمَ لم يتعرض لذلك هنا مع افتائه بلزوم رضا المضمون عنه في خيار تخلف الشرط في المسألة بعد).

يبقى الخيار: فيما لم يعلم المضمون له باعساره حتى ايسر ثبوت الخيار محل اشكال (وفاقاً للبروجردي والبهبهاني (قدس سرهما) لعدم جريان الدليل فيه).

وجهان: والثبوت اقوى اذا كانت المماطلة معتداً بها، ويختلف ذلك باختلاف مقدار المال وغير ذلك (والوجه جريان الدليل فيه فان اليسار مقدمة للوصول وإلّا فقد يكون الاعسار من الصدّيق الفعال في دينه امكن في النفوس منه كما مرّ في حديث ضمان علي بن الحسين عليه السلام. وقال آقا ضياء والنجفي (قدس سرهما) بعدم ثبوت الخيار مطلقاً أو مهما امكن الوصول ولو مع امكان التوسل الى الحاكم واجباره).

المسالة ٥: يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له لعموم أدلّة الشروط والظاهر جواز اشتراط شيء لكلّ منهما كما إذا قال الضامن: انا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً أو قال المضمون له: اقبل الضمان بشرط ان تعمل لي كذا ومع التخلّف يثبت للشارط خيار تخلّف الشرط.

المسالة ٦: إذا تبيّن كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه أو باذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له.

المسالة ٧: يجوز ضمان الدين الحالّ حالاً ومؤجّلاً وكذا ضمان المؤجّل حالاً ومؤجّلاً بمثل ذلك الاجل او ازيد او انقص والقول بعدم صحّة الضمان إلاّ مؤجّلاً وانه يعتبر فيه الاجل كالسلم ضعيف كالقول بعدم صحّة ضمان الدين المؤجّل حالاً او بانقص ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى.

وفيه: ان ذلك يجري في خيار الغبن ايضاً والحلّ انه اذا كان كالشرط الضمني فالتزام اصل العقد مشروط فلا يلزم العمل باصل الضمان).

المسالة ٥: **يجوز**: (وفاقاً لغير واحد من الاعلام، وتامل البهبهاني (قدس سره) نظراً الى الحكم باللزوم في الشرع بحسب القواعد كما مرّ، فلا ينفسخ حتى بالتقايل فشرط الخيار خلاف مقتضى العقد ونظراً الى ان الفسخ يوجب اشتغال ذمة الضامن بعد تخليته فليس كسائر العقود بين اثنين فقط بل يرتبط بثالث ايضاً، وفيه: اما الاول: فحلّه ان اللزوم حكمه بحسب طبعه لا الاقتضائي العليّ بحيث لا يرفعه شيء ولا دليل على ازيد من ذلك. واما الثاني: فاصل ذمة المضمون عنه مشغول بدينه من الاول وعقد الضمان يجعلها بريئة بهذا الوجه الخياري لا انه يبرئه قطعاً ثم يشغله قطعاً).

المسالة ٦: **لا يبعد**: (لما اشرنا اليه من كون الوصول العادي بمنزلة الشرط الضمني ولذا كان بالخيار في مسالة الاعسار والمماطلة خلافاً للخوئي (قدس سره) نظراً الى انه يوجب اشتغال ذمة المضمون عنه بعد البرائة، وفيه: ان البرائة كانت مشروطة).

المسالة ٧: **ضعيف**: (حكى ذلك عن نهاية الشيخ، ولا وجه له كما لا وجه للزوم المماثلة في الاجل والحلول وليس ذلك من ضمن ما لم يجب على ما حكي عن العلامة لتعلق الضمان باصل الدين).

المسألة ٨: إذا ضمن الدين الحالّ مؤجّلاً باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لا للدين فلو أسقط الضامن أجله وادّى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه لانّ الّذي عليه كان حالاً ولم يصر مؤجّلاً بتاجيل الضمان وكذا إذا مات قبل انقضاء اجله وحلّ ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجّلاً حتّى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

المسألة ٩: إذا كان الدين مؤجّلاً فضمنه الضامن كذلك فمات وحلّ ما عليه وأخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدين لانّ الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه وكذا لو أسقط اجله وأدّى الدين قبل الاجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الاجل.

المسألة ١٠: إذا ضمن الدين المؤجّل حالاً باذن المضمون عنه فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك وإلاّ فلا يجوز إلّا بعد انقضاء الاجل والاذن في الضمان اعم من كونه حالاً.

المسألة ١١: إذا ضمن الدين المؤجّل باقلّ من أجله وادّاه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء أجله وإذا ضمنه بازيد من أجله فاسقط الزائد وادّاه جاز له الرجوع عليه على ما مرّ من انّ أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجّلاً وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فاخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه.

المسألة ٨: لا للدين: لكن الضمان بدّل الذمة وجعل المضمون عنه برئياً وصار الضامن مديوناً فاذا كان اذن المضمون عنه مقيداً بالاجل فالرجوع عليه حالاً مشكل بخلاف القرض بعد (فان الحلول مقتضى الموت في اجل الدين بحسب الشرع وليس من عمل الضامن واقدامه ومقتضى ذلك الرجوع الى المضمون عنه اذا كان باذنه، خلافاً للخوئي (قدس سره) فعكس الامر، والظاهر عدم وجه له ولو قبل الفرعين كما في المتن كما قبله الاكثر كان احسن وكذا لو استشكلهما).

المسألة ٩: ليس لوارثه: فيه اشكال بل منع بخلاف اقدام الضامن على الاداء حالاً (فان الحلول بالموت مقتضى الدين شرعاً، والظاهر ان الاذن بالاداء وان كان مؤجلاً لكنه على طبق قاعدة الدين كلاً وهو كذلك كما مر في المسالة قبل).

المسألة ١٠: باذن المضمون عنه: اي باذنه في اصل الضمان لا الحلول ايضاً ولذا فرّع عليه الفرع.

المسألة ١١: إلّا بعد انقضاء اجله: فيه منع إلّا اذا كان الاذن مربوطاً باصل الضمان

المسألة ١٢ : إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمّته ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداؤه بإذنه أو امره إلاّ أن يأذن له في الاداء عنه تبرُّعاً منه في وفاء دينه كان يقول: أدِّ ما ضمنت عنّي وارجع به عليَّ على إشكال في هذه الصورة ايضاً من حيث إنَّ مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الاداء وإن لم يكن بإذنه لانه بمجرَّد الاذن في الضمان اشتغلت ذمّته من غير توقّف على شيء نعم لو أذن له في الضمان تبرُّعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لانَّ الاذن على هذا الوجه كلا إذن.

المسألة ١٣ : ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الاذن إلاّ بعد أداء مال الضمان على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّى فليس له المطالبة قبله إمّا لانَّ ذمّة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرّده إلاّ انَّ ذمّة المضمون عنه لا تشتغل إلاّ بعد الاداء وبمقداره وإمّا لانها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء فالاداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه وإمّا لانها وإن اشتغلت بمجرَّد الضمان إلاّ انَّ جواز المطالبة مشروط بالاداء وظاهرهم هو الوجه الاوَّل وعلى ايٍّ حال لا خلاف في أصل الحكم وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمّته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمّة الضامن سواء أدّى او لم يؤدّ فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت بالاجماع وخصوص

لا الاجل المذكور فيه وكذا فيما بعده من الفرع، نعم في الموت يصح ماذكره لما ذكرنا قبلاً.

المسألة ١٢ : على اشكال: الظاهر عدم توجه الاشكال فانه في الحقيقة تبرع من المضمون عنه قبال تبرع الضامن فيؤدي الضامن ما قبله المضمون عنه، عنه (وفاقاً للخوئي والبهبهاني (قدس سرهما) وبعض آخر فليس وعداً مجرداً بل التصريح بالتضمين معناه تقبّل ما تقبّله الضامن بامر الضامن بأدائه حتى يدفع اليه المضمون عنه).

المسألة ١٣ : هو الوجه الاول: وهو الاقوى اخذاً بالمتيقن (توضيحه انه اذا كان الضمان بامر المضمون عنه فالقاعدة الاولية لا تقتضي سوى اشتغال ذمة المضمون عنه عند الاداء بمقدار الاداء من باب ضمان الاستيفاء والامر بالاتلاف، واذا كان باذنه فقط بلا استدعاء وامر، فالقاعدة لا تقتضي شيئاً لكن الدليل اثبت الضمان والمتيقن منه ايضاً بعد الاداء بقدر الاداء (فان الخبر ١/ ١٣ احكام الضمان دل على انه ليس له إلاّ الذي صالح وهو مطلق يحمل على صورة الامر او الاذن بالاجماع على النفي في غيرهما وعبائر القوم مختلفة بعضها موضوعه السؤال اي سؤال المضمون عنه كما في عبارة التذكرة وبعضها الاذن، ولا يتعرض الخبر لوقت اشتغال الذمة بل لمقدار الاشتغال

الخبر عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه قال: ليس له إلّا الّذي صالح عليه بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلّا ما خسر ويتفرّع على ما ذكروه انّ المضمون له لو ابرأ ذمّة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه اصلاً وإن أبرءه من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالاقلّ كما هو مورد الخبر وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرُّعاً فادّى فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه وكذا لو وفاه عنه غيره تبرُّعاً.

المسألة ١٤ : لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً او زكاة او صدقة فالظاهر انّ له الرجوع على المضمون عنه ولا يكون ذلك في حكم الابراء وكذا لو اخذه منه ثمّ ردّه عليه هبة وامّا لو وهبه ما في ذمّته فهل: كالابراء أولا؟ وجهان ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

المسألة ١٥ : لو باعه او صالحه المضمون له بما يسوى اقلّ من الدين او وفاه الضامن بما يسوى اقلّ منه فقد صرّح بعضهم بانه لا يرجع على المضمون عنه إلّا بمقدار ما يسوى وهو مشكل بعد كون الحكم

اي ما صالح المضمون له عليه فلا يدل على ازيد من وقت الاداء، فالوجه الاول هو الاظهر اخذاً بالمتيقن وفاقاً للاكثر، وقال البروجردي: القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه من حين الضمان والخبر لا ينفيه فهو الحق، وفيه السؤال عن القاعدة المقتضية ذلك فحقيقة الامر ما ذكرنا).

المسألة ١٤ : فالظاهر ان له الرجوع: (ولا وجه لاشكال النجفي (قدس سره) في ذلك اصلاً فانه باستحقاق نفسه).

وجهان: مفهوم الهبة غير الابراء ويصح هبة ما في الذمة ايضاً على الاظهر، نعم لو اريد جعلها كناية عن الابراء فلها حكمها والمفهوم يختلف بحسب الموارد. (وبذلك يرتفع الخلاف بين الاكثر ومثل الخوئي (قدس سره) وصرح آقا ضياء بانه ابراء بلفظ الهبة ولا تصح الهبة إلّا في الاعيان ولو من جهة استفادته من شرطية القبض، وفيه: ان امكان اشتراط القبض في نوع منها فقط ولا نسلم تساويه مع اصل الهبة).

لم يسقط: (ولا وجه للسقوط اصلاً فانه اظهر من الاستحقاق بالزكاة ومثلها بخلاف الهبة لاحتمال ارادة الابراء وغيره، فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدس سره) بالاعتراض على الفرق في المتن).

المسألة ١٥ : مشكل: اذا كان الصلح بعنوان معاملة جديدة، فالحق عدم شمول

على خلاف القاعدة وكون القدر المسلم غير هذه الصور وظاهر خبر الصلح الرضا من الدّين بأقلّ منه لا ما إذا صالحه بما يسوى أقلّ منه وامّا لو باعه او صالحه او وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.

المسألة ١٦ : إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل اداته فان كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الاداء عمّاله عليه فلا إشكال ويكون في يده امانة لا يضمن لو تلف إلاّ بالتعدّي او التفريط وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فان قلنا باشتغال ذمّته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلاّ بعد اداء الضامن او قلنا باشتغاله حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاء لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني وإن قلنا إنّه لا تشتغل ذمّته إلاّ بالاداء وحينه كما هو ظاهر المشهور فيشكل صحّته وفاء لانّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد وبعد الاداء ليس له الاحتساب إلاّ بإذن جديد او العلم ببقاء الرضا به.

المسألة ١٧ : لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنّي إلى المضمون له ما عليَّ من مال الضمان فدفع برئت ذمّتهما معاً امّا الضامن فلانّه قد ادّى دينه وامّا المضمون عنه فلانَّ المفروض انّ الضامن لم يخسر كذا قد يقال والأوجه ان يقال إنَّ الضامن حيث امر المضمون عنه باداء دينه فقد اشتغلت ذمّته بالاداء والمفروض انَّ ذمّة المضمون عنه ايضاً مشغولة له حيث إنّه آذن له في الضمان فالاداء المفروض موجب لاشتغال ذمّة الضامن من حيث كونه بامره ولاشتغال ذمّة المضمون عنه حيث إنَّ الضمان بإذنه وقد

الخبر ١/١٢ له وجواز الرجوع بالدين واذا كان النظر الى تقليل الدين فلا يجوز إلاّ بما صالح ويجري الوجهان في البيع ايضاً وان كان في الصلح اظهر (وفاقاً لبعض المحشين وخلافاً للاكثر فان ظاهر الخبر انه صالح على الدين فالنظر الى قليل الدين لا المعاملة وان كان الثمن موجوداً في الذمة وهو الدين المعين).

المسألة ١٦ : فيشكل: ان كان الاذن في الدفع مقيداً بالوفاء من باب وحدة المطلوب وحينئذ يحتاج الى اذن جديد ولو شك في ذلك فيستصحب ولا يحتاج الى العلم أو تجديد الاذن، (فلا يرد اشكال الحكيم (قدس سره) بامكان الاستصحاب ولا كلام الخوئي (قدس سره) بعدم جريان الاستصحاب لتعدد الموضوع، لفرق الموارد على ما ذكرنا).

المسألة ١٧ : والأوجه ان يقال: (وجه الاوجهية ان صرف عدم خسران الضامن لا يكون دليلاً على براءة ذمة المضمون عنه).

وفي الضامن فيتهاتران او يتقاصّان وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمّة الضامن بالقول المزبور في غير محلّه.

المسألة ١٨ : إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برءا معاً كما لو دفعه اجنبيٌّ عنه.

المسألة ١٩ : إذا ضمن تبرُّعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وادّى ليس له الرجوع على المضمون عنه بل على الضامن بل وكذا لو ضمن بالاذن يضمن عنه ضامن بإذنه فانّه بالاداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الاوّل.

المسألة ٢٠ : يجوز أن يضمن الدين باقلّ منه برضى المضمون له وكذا يجوز أن يضمنه باكثر منه وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلّا بذلك الاقلّ كما انّ في الثانية لا يرجع عليه إلّا بمقدار الدين إلّا إذا اذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.

وفي الضامن: اي وفي الضامن بمؤدى الضمان الاول بأداء المضمون له في الضمان الثاني لكن عن النسخة المصحّحة وفي المضمون عنه اي قد وفى بالضمان الثاني، والحاصل ان الاداء من المضمون عنه يوجب اشتغال ذمة الضامن والمضمون عنه فيتهاتران، وان شئت قلت: يتقاصان اي قهرياً وهو التهاتر لا الاختياري الذي هو من عمل المكلف عند ظلم المديون على الدائن فيقاصه الدائن. (نقل النجفي (قدس سرّه) ان النسخة المصححة وفي المضمون عنه، وقال الخوئي (قدس سرّه): الضامن من سهو القلم او الناسخ، لكن مرّ امكان المعنى له كما ان التقاص لعل المراد القهري منه كما احتمل الحكيم والنجفي (قدس سرّهما) فلا يرد عليه اشكال الاستاذ والخوئي و... (قدس سرّهم))

اشكال صاحب الجواهر: اي على المسالك القائل بالتقاص القهري، بانه لم يكن قرض حتى يكون تقاص وفيه عدم لزوم ذلك فان وقوع الضمان بأمره كاف في اشتغال الذمة.

المسألة ٢٠ : بأكثر منه: بأن يكون الزيادة بنحو شرط النتيجة أو شرط الفعل في قبال قبول تبديل مكان الدين من ذمة الى ذمة كما ان الضمان بالأقل يرجع الى الابراء بقدر منه لكن شرط الفعل لا يوجب إلّا التكليف (فلا يكون من الربا المحرم ولو كان في قبال نفس الدين لم يشمله دليل الضمان لانه نقل الدين وتبديل مكانه ولا معاوضة وان اشبه المعاوضة ولذلك فيه شبهة الربا بناءً على جريانه في مطلق المعاوضات

المسالة ٢١ : يجوز الضمان بغير جنس الدين كما يجوز الوفاء بغير الجنس وليس له ان يرجع على المضمون عنه إلاّ بالجنس الّذي عليه إلاّ برضاه.

المسالة ٢٢ : يجوز الضمان بشرط الرهانة فيرهن بعد الضمان بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك القلانيّ رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان.

ولو كان كذلك لتوجه الاشكال في الضمان بالاقل ايضاً فلا وجه لتفكيك الاستاذ والبهبهاني والبروجردي والخوئي (قدس سره) في الفرق بين القلة والزيادة. واستشكل الخوئي(قدس سره) في شرط النتيجة هنا بلا بيع وامثاله وفي شرط الفعل بانه لا يوجب اشتغال الذمة، وفيه: ان التمليك يتحقق عقلائياً بنحو شرط النتيجة ايضاً اي الشرط ايضاً من عوامله عند العقلاء واذا قال: بشرط كون كذا ملكاً لي مثلاً معناه التملك وقبول الطرف معناه التمليك. نعم بنحو شرط الفعل لا يوجب إلاّ التكليف كما مر نظيره).

المسالة ٢١ : بغير جنس الدين: اي يشترط الاداء من غير الجنس وإلاّ فهو خارج عن الضمان المصطلح ويكون في الحقيقة نوع معاوضة إلاّ ان يجري الضمان في المالية لا المال ولا بأس به وان كان فرداً خفياً لدليل الضمان المصطلح. (كما اشار الى اصل الحكم الگلپايگاني (قدس سره) قال: وإلاّ فمشكل، وفيه: امكان تصحيحه عقداً مستقلاً).

إلاّ برضاه: وإلاّ ان يكون ذلك الوفاء بامر من المضمون عنه (للسيرة العقلائية عند امره به).

المسالة ٢٢ : بشرط الرهانة: ولو لم يرهن فالظاهر ثبوت الخيار كما مرّ في نظيره (خلافاً للخوئي (قدس سره) نظراً الى ان ثبوت الخيار في الضمان خلاف القاعدة لارتباطه بالشخص الثالث وقد مرّ ما فيه من التضييق من بدء الامر لا ايجاد الاشتغال بعد البرائة القطعية).

شرط النتيجة: ويراعى القبض فانه شرط في صحة الرهن (وقال السيد جمال (قدس سره): وفي اشتراط القبض في صحة الرهن حينئذ وجهان، وفيه: انه لا وجه لنفي الاشتراط بصرف كونه شرط النتيجة إلاّ ان يقال: مقتضى شرط النتيجة تحقق الرهن ومقتضى شرطية القبض عدم تحققه ويتنافيان، لكن يمكن الحلّ بنحو الشرط المتأخر على الكشف حقيقة او حكماً. كما ان اشكالي الحكيم (قدس سره) في شرط

المسألة ٢٣ : إذا كان على الدين الّذي على المضمون عنه رهن فهل ينفكُ بالضمان أو لا يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لانه بمنزلة الوفاء لكنّه لا يخلو عن إشكال هذا مع الاطلاق وامّا مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتّبع.

المسألة ٢٤ : يجوز اشتراط الضمان في مال معيّن على وجه التقييد أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه وعلى الأوّل إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان ويرجع المضمون له على المضمون عنه كما انه إذا نقص

النتيجة للزوم كون النتيجة ملكاً لمالكه وليس لان المربوط به هو العمل المصدري لا حاصل المصدر، وان صيغة الشرط تجعل تمليك الشرط لا نفس المشروط فلا نتيجة، ثم قبل عدم لزوم الملكية في الشرط وانما هو التزام فقط ثم ردّ لذلك نذر النتيجة، مقدوحان بوجود الملكية بمعناها الاعم اي كونه تحت اختياره وايضاً الشرط يجعل الشروط للمشروط له ويصح نذر النتيجة ايضاً لذلك).

المسألة ٢٣ : عن اشكال: لكن الفك اقوى (نظراً الى كونه رهناً على الدين الخاص اي في ذمة زيد لا المطلق الشامل لذمة غيره ايضاً، قال الخوئي (قدس سره): وجه الفك ان الضمان ليس نقل الدين من ذمة الى اخرى بل اسقاط ثم ايجاد في ذمة اخرى، فيه: عدم كون ذلك عقلائياً بل هو النقل كما هو المشهور لكن الرهن على كونه في ذمة خاصة لا مطلقاً نعم لو فرض كونه رهناً على مطلقه في اي ذمة كان، كان عدم الفك اقوى كما قال آقا ضياء).

المسألة ٢٤ : على وجه التقييد: لا بان يكون قيداً في الضمان ليكون من التعليق المبطل بل قيداً للمضمون في الذمة كما في الكلي في المعين ويكون المال حينئذ نظير متعلق حق الرهانة (فلا وجه لاشكال الخوئي والگلپايگاني والبروجردي (قدس سرهم) ومنع البهبهاني (قدس سره) اصل المسألة ولو بنحو الاشتراط وكانه لاجل تنافي الذمة والمال المعين، أو لاجل عدم فائدة في هذا الاشتراط لعدم تصور الخيار عنده (قدس سره) في الضمان، وفيه عدم التنافي كما في المعين من الكلي، والخيار متصور كما مرّ. وقال الخوئي: لا يتصور الخيار اصلاً في الضمان فانه فيما يفرض فيه ذلك بخلاف مثل النكاح مما لا يتصور فيه الخيار مع ان الضمان ليس بين الطرفين فقط لدخالة حق المضمون عنه ايضاً واستلزام الخيار ضمانه بعد فراغ ذمته، وفيه ما مرّ، مع ان الضمان

يبقى الناقص في عهدته وعلى الثاني لا يبطل بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ وأمّا جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمّة الضامن بان يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح.

لا يقاس على النكاح لعدم نص أو اجماع كما في النكاح. فتحصل تصور التقييد والاشتراط كليهما. ثم ان المال حينئذ على التقييد متعلق حق الرهانة ولا يشبه حق الجناية للفرق بينهما بثبوت الدين في الذمة في الرهانة لا الجناية لعدم ثبوت في الذمة في الجناية أي جناية العبد بل يتعلق بنفس العبد لا ذمة المولى، وبعد جواز التصرف في الرهن دون حق الجنابة فيمكن بيع العبد مع ما يتعلق برقبته.

ثم ان التقييد اما يرجع الى الدين نفسه أو الى الدين المضمون ولا اشكال فيهما كما قلنا أو الى الاداء من مال خاص والضمان حينئذ معلق على هذا الاداء وهذا مع كونه من التعليق المبطل عند القوم اجماعاً، غير معتبر عقلائياً لكون رتبة الاداء بعد الضمان بل يشبه الدور اذ الاداء متقوم بكونه وفاء الضمان فلا يمكن تعليق الضمان عليه.

ثم ان شرط الضمان من مال خاص اذا كان بنحو الاشتراط يمكن ان يكون بنحو شرط النتيجة اي ينعقد الضمان من هذا المال ولا تخلف فيه حينئذ بناءً على تحقق الضمان بإنشاء الشرط).

الشرط من الضامن: بمعنى عدم تعهد الزامي من الضامن حينئذ بالاداء من بدل ذلك المال. (والظاهر عدم اشكال في ذلك فانه نتيجة الخيار، فلا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدس سره) وبعض آخر بعدم تصور الخيار).

الدين في عهدة ذلك المال: اي بان يسقط عن ذمة المضمون عنه ولا يكون في ذمة الضامن ايضاً ولا معنى حينئذ لهذا الضمان ولو اريد نقل المال من الذمة الى المال وجعله نظير حق الجناية لاحتاج الى دليل شرعي ولا دليل على ذلك في غير حق الجناية كما ليس الضمان بهذا المعنى عند العقلاء ولو اريد تصحيح ذلك بالعمومات كدليل الوفاء بالعقود فلابد من التوجه الى جميع لوازم ذلك هل هو كحق الرهانة فذلك لا يمكن بدون تصور دين ذميّ، او كحق الجناية فذلك يقتضي تبعية طلب الدائن للعين مع جواز بيعه وسائر التصرفات الناقلة وذلك يحتاج الى اعتبار عقلائي وهو مفقود هنا، بل وكذلك في حق الجناية لكنه اثبته الشارع. واما اعتبار العهدة للمال على ما هو ظاهر

المسألة ٢٥ : إذا اذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه فان قلنا إنَّ الضامن هو المولى للانفهام العرفي أو لقرائن خارجيّة يكون من اشتراط الضمان في مال معيّن وهو الكسب الذي للمولى وحينئذٍ فاذا مات العبد تبقى ذمّة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود ويبطل إن كان على وجه التقييد وإن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه وإن قلنا إنَّ الضامن هو المملوك وإنَّ مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان فاذا مات لا يجب على المولى شيء وتبقى ذمّة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها وإن انعتق يبقى الوجوب عليه.

المسألة ٢٦ : إذا ضمن اثنان أو ازيد عن واحد فإمّا ان يكون على التعاقب أو دفعة فعلى الاوّل الضامن من رضي المضمون له بضمانه ولو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة خصوصاً بناء على اعتبار القبول من المضمون له فانَّ الاثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً وعلى الثاني إن رضي باحدهما دون الآخر فهو الضامن وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا أو ضمان كلّ منهما فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الايدي وجوه اقواها الاخير وعليه إذا ابرء المضمون له واحداً منهما برء دون الآخر إلّا إذا علم إرادته إبراء اصل الدين لا خصوص ذمّة ذلك الواحد.

المتن فلا وجه له اصلاً وقد مر منه (قدس سره) نظير ذلك في تصوير العهدة للشجر. فلا وجه بعد ذلك لتجويز الحكيم وتبعه بعض اهل العصر من باب العمومات.

المسألة ٢٥ : ذمة المولى مشغولة: بل الظاهر انه حينئذ من باب تعذر الاداء لاشتراط الاداء من مال مخصوص فعلى التقييد يبطل وعلى الشرط للمشروط له الخيار والانعتاق مثل ذلك (وقال الخوئي (قدس سره) : ذمة المولى مشغولة في كليهما وكانه نظراً الى ما قال من عدم تصور الاشتراط في مال خاص، وفيه ما مرّ).

المسألة ٢٦ : ضمنا دفعة: وهو الصحيح لعدم العبرة بالايجاب فقط لكون الضمان عقداً لكن اذا تعقّب كل ضمان قبول فان القبول لازم لا يتم العقد بدونه ولو قلنا بكفاية الرضا فليس هو كالرضا في اجازة الفضولي بل كقبول القابل فهو ناقل لا كاشف.

اقويهما الاخير: لو كان المراد من الضمان حينئذ ضم ذمة الى اخرى وإلّا فالاقوى البطلان لعدم امكان ضمان اكثر من واحد تمام المال، إلّا ان يراد ضمان مجموع الافراد لمجموع المال فيقسط على السواء بينهم.

المسألة ٢٧ : إذا كان له على رجلين مال فضمن كلٌ منهما ما على الآخر باذنه فان رضي المضمون له بهما صحّ وحينئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً تحوّل ما على كلّ منهما إلى ذمّة الآخر ويظهر الثمر في الاعسار واليسار وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر بناء على افتكاك الرهن بالضمان وإن كانا مختلفين قدراً او جنساً او تعجيلاً وتاجيلاً او في مقدار الاجل فالثمر ظاهر وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه وحينئذٍ فان أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى حيث إنّ المفروض كونه ماذوناً منه وإن أدّى البعض فان قصد كونه ممّا عليه اصلاً او ممّا عليه ضماناً فهو المتبّع ويقبل قوله إن ادعى ذلك وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط ويحتمل القرعةويحتمل كونه مخيّراً في التعيين بعد ذلك والاظهر الاوّل وكذا الحال في نظائر المسألة كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين وآخر لا رهن عليه فادّى مقدار احدهما او كان احدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع وهكذا فانّ الظاهر في الجميع التقسيط وكذا الحال إذا ابرء المضمون له مقدار احد الدّينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الاصلي ويقبل قوله إذا ادّعى التعيين في القصد لانه لا يعلم إلاّ من قبله.

المسألة ٢٨ : لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه كما لا يشترط العلم بمقداره فلو ادّعى رجل على آخر ديناً فقال: علَيَّ ما عليه صحّ وحينئذٍ فان ثبت بالبيّنة يجب عليه اداؤه سواء كانت سابقة أو لاحقة وكذا إن ثبت بالاقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة كذلك

المسألة ٢٧ : التقسيط : الاظهر وقوعه عن دين نفسه اصالة فان اداء دين الغير يحتاج الى قصد زائد وهذا قانون عام في كل ما يحتاج الوقوع عنه الى قصد زائد. (واما التقسيط فلا وجه له بعد عدم قصد الغير كما ان القرعة للمشكل ولا مشكل هنا، فلا وجه لقول الاستاذ (قدس سره) بالقرعة كما تامل هو في التقسيط وجعل القرعة اقرب واقرب منها ما ذكرنا، ولا وجه للبطلان ايضاً على ما ذكره البهبهاني (قدس سره) وهو الاحتمال الذي ذكره الماتن اخيراً اي بقاء حق التعيين بعداً، وهو الظاهر في مثل الصوم لعدم امكان التغيير عما وقع وعدم تصحيح النية الواقعة بعداً العمل الواقع قبلاً).

المسألة ٢٨ : لا يشترط : (ولا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدس سره) وتامله في المقام نظراً الى الغرر، اذ فيه ما مرّ من عدم كون الضمان من المعاوضات وان اشبهها، وان تقبل عموم الغرر لغير البيع نظراً الى عموم الملاك في دليله، ويمكن كون الاشكال من جهة التعليق لعدم ثبوت الدين، وفيه ما مرّ من عدم الاشكال في التعليق المربوط بمقومات العقد).

وأمّا إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان او ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجّة على الضامن إذا انكره ويلزم عنه بأدائه في الظاهر ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فاقرّ الضامن اوردّ اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكراً وإن كان اصل الضمان بإذنه ولا بدّ في البيّنة المثبتة للدين ان تشهد بثبوته حين الضمان فلو شهدت بالدين اللاحق او اطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن اداؤه.

المسالة ٢٩ : لو قال الضامن: عليّ ما تشهد به البيّنة وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلّم بهذا الكلام لانّها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه فما في الشرايع من الحكم بعدم الصحّة لا وجه له ولا للتعليل الذي ذكره بقوله لانه لا يعلم ثبوته في الذمّة إلّا ان يكون مراده في صورة إطلاق البيّنة المحتمل للثبوت بعد الضمان وامّا ما في الجواهر من انّ مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك لانه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمّته لتكون البيّنة طريقاً بل جعل العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها فهو كما ترى لا وجه له.

بأدائه في الظاهر: عن نفسه او بنية الاعم من كونه عليه أو على الضامن (ولا وجه لاشكال الآقا ضياء (قدس سره) وتبعه بعض آخر من انه «اذا قبل المضمون ضمان الضامن فقد اقر بعدم ثبوت الدين إلّا على الضامن لا المضمون عنه فلا وجه للأخذ من المضمون عنه» اذ الاقرار لا يوجب الدين السابق على الضمان فلا يثبت على الضامن وحيث أقر المضمون عنه فيقر بالدين السابق وان لا يثبته فلابد ان يؤدي دينه عن نفسه أو بنحو الاعم ممن كونه عليه أو على الضامن، والاداء حينئذ واجب من جهة عدم اذن المضمون له بالضمان إلّا لاخذ حصة لا بهذا الضمان غير المتعهد بالاداء فلا اذن له بهذا الضمان. وقال الخوئي (قدس سره): عن الضامن، ولا وجه له لعدم قصد اداء دين الضامن مسلماً، بل لا يصح هذا الضمان لكونه غير ماذون عن المضمون له لما ذكرنا).

اصل الضمان باذنه: اي بوجه كلي في ديونه أو هذا مقيداً بالاثبات عليه لا باقرار الضامن فانه لا يثبت على المضمون منه.

المسالة ٢٩ : كما ترى لا وجه له: إلّا ان يراد ضمان الدين الثابت بالبينة حين التكلم بحيث كان الاثبات حين التكلم على وجه التقييد ولعله مراد المحقق وغيره (ولعله مراد الاستاذ من التقييد قبال المعرّف وأما ما قاله الخوئي (قدس سره) من عدم صحة الموضوعية للبينة فانها طريق، ففيه: ان صرف ذلك لا يكفي للتوجيه بل لابد ان يكون

المسألة ٣٠ : يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل وما عن المبسوط من عدم صحّته لاستلزامه صيرورة الفرع اصلاً وبالعكس ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان، مردود بانّ الاوّل غير صالح للمانعيّة بل الثاني ايضاً كذلك مع انّ الفائدة يظهر في الاعسار واليسار وفي الحلول والتاجيل والاذن وعدمه وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

المسألة ٣١ : إذا كان المديون فقيراً يجوز ان يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس او الزكاة او المظالم او نحوها من الوجوه الّتي تنطبق عليه إذا كانت ذمّته مشغولة بها فعلاً بل وإن لم تشتغل فعلاً على إشكال.

المراد كون الاثبات ايضاً حين التكلم، وقال البروجردي(قدس سره) : مراد الشيخ ومن تبعه لزوم كون الضمان وارداً على الدين فلابد من اخذ عنوان الدين او ما يشار اليه وليس من ذلك عنوان ما شهدت به البينة، وفيه: ان ما الموصولة اشارة الى عنوان الدين، وقال الگلپايگاني(قدس سره): الاشكال من جهة عدم ثبوت اصل الدين حين الضمان، وكانه من التعليق، وفيه ما مر).

المسألة ٣٠: لعدم الفائدة: (وفيه عدم دخالة الفائدة في شمول العمومات لعدم لزوم الفائدة في كل مورد مورد لتعلق جعل القانون بكلي الموضوع، فلا وجه لحاشية النجفي هنا).

المسألة ٣١: من طرف الخمس: بل الاظهر عدم الجواز حتى مع اشتغال ذمته (وان اراد كون الضامن هو الاموال الشرعية لاستلزام كون الدين والمدين واحداً، وان اراد كون الضامن هو الشخص الذي عليه الحق الشرعي فلا وجه له اصلاً لعدم جواز اداء وجه الضمان الذي هو دين الشخص الموسر من الحق الشرعي، لعدم ولاية المؤدي في الخمس ونحوه على الاقتراض ونحوه، بحسابه بل قيل بعدم ولاية الحاكم ايضاً على ذلك بل يتولى صرفه، ولكن الحق جوازها اذا كان بمصلحة المستحقين اذ اصل التصرف ايضاً صار جائزاً للحاكم بلحاظ مصالحهم لا بلحاظ صرف ايصال مالهم اليهم بما انهم قاصرون بل في ولاية مال الطفل ايضاً يجوز ذلك فانه احسان محض، ويفهم ذلك من آية: ﴿لا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي احسن﴾، لإمكان اخذ الاطلاق من المستثنى كالمستثنى منه فان الاحسن ذلك لا الصرف فقط حتى يتم المال مع ان تصرف الحاكم في سهم الامام عليه السلام اما من باب القطع بالرضا ولعل

المسالة ٣٢ : إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعيٍّ بل ولآحاد الفقراء على إشكال.

المسالة ٣٣ : إذا ضمن في مرض موته فان كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الاصل لانه ليس من التبرّعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة وإن لم يكن بإذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجّزات نعم على القول بالثلث يخرج منه.

المسالة ٣٤ : إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصحٌ ضمانه كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة وكما إذا اشترط اداء الدين من مال معيّن للمديون وكذا لا يجوز ضمان الكلّي في المعين كما إذا باع صاعاً من صبرة معيّنة فانه لا يجوز الضمان عنه والاداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.

المسالة ٣٥ : يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لانّها دين على الزوج وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكّنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذ وإن لم تكن مستقرّة لاحتمال نشوزها في اثناء النهار بناء

الاقطع تصرف يوجب ازدياد المال كالتجارة ونحوها مما يوجب الثروة ولذا ما تستلزمها التجارة من القرض والاداء وغير ذلك، فتامل. واما من باب مقام الولاية بالاصالة، والولاية تقتضي التصرف الاحسن. واما في صورة عدم اشتغال الذمة فاشكاله ما مر نظيره من كونه ضمان مالم يجب وكونه من التعليق ومرّ ما فيه).

المسالة ٣٢ : جاز ان يضمن: باذن اوامر من المضمون عنه قاصداً للقربة ولا يصح الضمان التبرعي لكون الدين حينئذ عبادياً. (وفاقاً للخوئي (قدس سرّه)، وغيره منع مطلقاً ولا وجه له لعدم لزوم مالكية المضمون له وكفاية الولاية).

على اشكال: بل منع (لعدم ولاية آحادهم على ذلك).

المسالة ٣٣: كسائر المنجزات: على ما ياتي في محله.

المسالة ٣٤: والاداء من غيرها: واما الاداء منها فلا يبعد صحته ضماناً اصطلاحياً كما يصح ضمان التعهد ولو على فرض كونه خارجياً (لكونه كلياً على التحقيق وكونه في المعين قيد للكلي ولا يجعله عيناً خارجياً مع انه لو كان عيناً يصح ضمان التعهد فيه على ما مرّ. فلا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدس سرّه) بعدم الصحة على فرض الاداء منها).

المسالة ٣٥: نفقة اليوم الحاضر: لكن ضمانها مراعى لامكان النشوز.

لا يبعد صحته: (لما مرّ من كفاية المقتضى وفاقاً للمتن لعدم منع هذا النوع من التعليق على ما مرّ).

على سقوطها بذلك وامّا النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم لانه من ضمان ما لم يجب ولكن لا يبعد صحّته لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجيّة وامّا نفقة الاقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه إلّا إذا اذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه أو اذن له الحاكم في ذلك إذ حينئذٍ يكون ديناً عليه واما بالنسبة إلى ما سياتي فمن ضمان ما لم يجب مضافاً إلى انَّ وجوب الانفاق حكم تكليفيٌّ ولا تكون النفقة في ذمّته ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال.

المسالة ٣٦ : الاقوى جواز ضمان مال الكتابة سواء كانت مشروطة أو مطلقة لانّه دين في ذمّة العبد وإن لم يكن مستقراً لإمكان تعجيز نفسه والقول بعدم الجواز مطلقاً أو في خصوص المشروط معلّلاً بانه ليس بلازم ولا يؤل إلى اللّزوم ضعيف كتعليله وربما يعلّل بانَّ لازم ضمانه لزومه مع انه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم فيكون في الفرع لازماً مع انه في الاصل غير لازم وهو ايضاً كما ترى.

فمن ضمان مالم يجب: إلّا اذا اذن في الاستقراض وحينئذ فالاظهر الصحة (قال غير واحد من المحشين لا اشكال في البطلان، ولعله في غير الاستقراض باذنه وإلّا فلا اشكال في الصحة. نعم، فيما لم يستقرض ولم يأذن فلا يصح لكونه حكماً تكليفاً لعدم ورود ما ورد في نفقة الزوجة مثل قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ الظاهر في الملكية لا فعل الانفاق هنا، راجع روايات الباب ١١ نفقات الوسائل الدالة على الاجبار والتكليف فقط لا ملكية النفقة مثل صحيح ١١/ ٢: لا يجبر الرجل إلّا على نفقة الابوين والولد. وهل يجب الرزق، بالفعل كالخبز أو يكفي الحنطة مثلاً أو ثمنه اذا كان يحصل الرزق والكسوة بسهولة؟ لا يبعد الاخير لكونه المتعارف بلا نكير، وتحمل الاية على التعارف).

المسالة ٣٦ : مال الكتابة: سيما في الضمان بمعنى تعهد الاداء. (ولا وجه للاشكال كما استشكل السيد جمال (قدس سره) وغير واحد لثبوت الدين في الذمة ولو مراعى وصرف عدم لزوم الدين أو كونه لا يؤول الى اللزوم في المشروط، للجواز قبل اداء التمام وبعده ينعتق فلا موضوع حينئذ لا يوجب البطلان لمنع عدم اللزوم من طرف العبد وهو الدائن وليس له التعجيز مع ان لزوم الدين غير لازم، كما ان زيادة الفرع على الاصل لا تعد اشكالاً كما في اعسار الاصل ويسار الفرع، ولا وجه لعدم شمول العمومات حينئذ كما قال النجفي اذا شك في اعتبار اللزوم أو في لزوم دينه، لعدم اعتباره اولاً ولشمول العموم على فرض الشك إلّا ان يشك في صدق الضمان عرفاً

المسألة ٣٧ : اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل وكذا مال السبق والرماية فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمّة قبل العمل والاقوى وفاقاً لجماعة الجواز لا لدعوى ثبوته في الذمّة من الاوّل وسقوطه إذا لم يعمل ولا لثبوته من الاوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل إذ الظاهر أنّ الثبوت إنما هو بالعمل بل لقوله تعالى «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم» ولكفاية المقتضي للثبوت في صحّة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعليّ كما اشرنا إليه سابقاً.

المسألة ٣٨ : اختلفوا في جواز ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين ذهب إلى كلّ منهما جماعة والاقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردّها عيناً ومثلها او قيمتها على فرض التلف او كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها او قيمتها إذا تلفت وذلك لعموم قوله ﷺ : الزعيم غارم، والعمومات العامّة مثل قوله تعالى «أوفوا بالعقود» ودعوى انه على

وليس كذلك، نعم لو قيل بعدم ذمة للعبد ولو المكاتب لعدم اعتبار ملكية فلا ذمة له ايضاً فلا دين حتى يكون ضمان هناك، لكنه ممنوع اولاً وثانياً مع امكان الضمان بمعنى تعهد الاداء ايضاً كما مرّ).

المسألة ٣٧: لقوله تعالى: الكريمة غير مربوطة بالضمان المصطلح (لاتحاد الجاعل والضامن بحسب ظاهر الكريمة فالاظهر انها في الضمان بمعنى التعهد. وكيف كان، فأصل الحكم صحيح لكفاية المقتضي على ما مرّ، وفرّق الخوئي (قدس سره) بين الجعالة وبين السبق والرماية بأن ضمان مال الجعالة بمعنى الأمر بالعمل وهو يقتضي الضمان لكن السبق والرماية من القمار المشروع ويقدر بقدر الدليل وهو غير المقام، وفيه: ان الضمان في الجعالة حينئذ يختلف انشائه عما فرضه وان كان هو بذلك المعنى ايضاً صحيحاً، لكن مرّ صحة المصطلح ايضاً وتعليقه لا يضر. وايضاً ضمان مال السبق والرماية لا يؤثر في شمول دليلهما ولا ربط له بمشروعية اصل السبق والرماية، اعني انه اذا ثبت المشروعية فما عليه القرار مال كسائر الاموال. ومرّ كفاية وجود المقتضي على نحو ما مرّ).

المسألة ٣٨: الزعيم غارم: لكنه ضعيف مردود كما مرّ (كان العامة اعتقدت او بعضهم ان استقرار الضمان على الضامن واستندوا الى ذلك الحديث المروي عندهم عنه ﷺ فردّه الائمة عليهم السلام وقالوا: بل الغرامة على صاحب الدين اي المضمون عنه اي اذا اذن في الضمان، ومع ذلك فالحديث ليس بصدد اطلاق مشروعية الضمان بل بصدد

التقدير الاوّل يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردّها مع انّ الضمان نقل الحقّ من ذمّة إلى أُخرى وايضاً لا إشكال في انّ الغاصب ايضاً مكلّف بالردّ فيكون من ضمّ ذمّة إلى أُخرى وليس من مذهبنا وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب كما انّه على الاوّل ايضاً كذلك بالنسبة إلى ردّ المثل أو القيمة عند التلف مدفوعة بانه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الامر انه ليس من الضمان المصطلح وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضي ولا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب من نصّ او إجماع وإن اشتهر في الالسن بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع وامّا ضمان الاعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدّ او تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحّته والاقوى بمقتضى العمومات صحّته ايضاً.

بيان من يستقر عليه الغرامة فيما يصح الضمان.

لكن عموم وفاء العقود يكفي في لزوم الوفاء بما عقدوا اذا اعتبر عقداً عرفاً، وما قيل من احتمال كون ذلك بيد الشارع لا الطرفين ـ قاله البروجردي (قدس سرّه) ـ فيه: انه ان لم يعتبر عقداً عرفاً فلا يشمله الدليل واما اذا اعتبر كونه عقداً فيشمله الكريمة اذا لم يمنع المانع ولا مانع في المقام، إلّا اذا اريد الضمان الفعلي بمعنى الكون في الذمة مع عدم التلف لكن اذا اريد انشاء الضمان الاستقبالي فعلاً فلا اشكال لما مرّ من عدم الدليل على بطلان التنجيز مطلقاً إلّا فيما لم يعتبر عرفاً كما مرّ، وما قيل من عدم معقوليته كما في بعض الحواشي والشروح انما هو في الضمان الفعلي ولا اجماع ايضاً فلا وجه لإصرار الخوئي(قدس سرّه) على ذلك في كلماته، والعجب انه قبل الضمان بمعنى التعهد باداء العين اذا بقي ودفع البدل اذا تلف للعمومات مع اشكاله فيما مر على صدق العقد في الضمان لعدم كونه عقداً لعدم كونه معاوضة وقلنا عليه سابقاً عدم تقوّم العقد بالمعاوضة لكن اذا لم يكن اشتغال الذمة مع اعتبار قبول المضمون له عقداً فكيف يكون صرف التعهد بلا اشتغال الذمة عقداً، ثم ان الجاري بين الناس هو الاشتغال الذمي لا صرف التعهد بالاداء عيناً أو بدلاً، ومعنى تصحيحه على ما ذكره تبديل مفاده وهو غير ممكن).

أو كان المراد ضمانها: اي انشاء الضمان الاستقبالي الذمي فعلاً.

واما ضمان الاعيان غير المضمونة: وهذا غير عقد التامين الرائج اليوم لعدم تحقق سبب الضمان في اكثر موارده وانما هو قرار على اشتغال الذمة ابتداءً عند تلف مال

المسألة ٣٩: يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحّته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيّد به الاكثر أو مطلقاً كما اطلق آخر وهو الاقوى قيل وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان هذا وامّا لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البايع لعدم ثبوت الحقّ وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب بل لو صرّح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصحّ بمقتضى التعليل المذكور نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في انه هل يدخل في العهدة ويصحّ الضمان أولا فالمشهور على العدم وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحّة مع التصريح بالاولى والاقوى في الجميع الدخول مع الاطلاق والصحّة مع التصريح ودعوى انه من ضمان ما لم يجب مدفوعة بكفاية وجود السبب هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ وامّا بالنسبة إلى مطالبة الارش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها لانّ الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب وقد عرفت انّ الاقوى صحّة الاوّل ايضاً وانّ تحقّق السبب حال العقد كاف مع إمكان دعوى انّ الارش ايضاً لا يثبت إلاّ بعد اختياره ومطالبته فالصحّة فيه ايضاً من جهة كفاية تحقّق السبب وممّا ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبايع.

المستامن مع الشك في كون صرف القرار موجباً لاشتغال الذمة وسبباً له فالعقد انما يثبت وجوب الاداء تكليفاً فقط إلاّ اذا اريد المعاملة بين مقدار من المال المدفوع من المستامن وبين المدفوع من طرف المؤمن من قيمة التالف فيقع المعاوضة بين المدفوع من طرف المستامن والمالية المدفوعة من طرف المؤمن أو بين ورقي النقد.

المسألة ٣٩: بلا خلاف عندهم: في اشتهار الفتوى بذلك من القدماء تأمل.

وهذا مستثنى: ومرّ جواز ضمان الاعيان ايضاً بالضمان المصطلح وبمعنى التعهد (واشكل الاكثر وقوى بعضهم كالخوئي البطلان وصحّح الاستاذ ذلك اذا كان بعد تلف الثمن عند البائع نظراً الى عدم صحة ضمان مالم يجب، وفيه ما عرفت من عدم الدليل الواضح عليه).

لم يلزم الضامن: وهو كذلك إلاّ اذا صرّح بتعميم الضمان لذلك.

بعد اختياره: لكن الاظهر ثبوت الارش والمستحق يختاره. (نظراً الى استفادة مقابلة الصحة بمقدار من الثمن، من الادلة الشرعية وان كانت من الاوصاف والمعروف عدم تجزئة الثمن بحسب الوصف بل بحسب الجزء كما قال الخوئي (قدس سرّه)

المسألة ٤٠ : إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً فالاقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض وفي البعض الآخر يتخيّر المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعّض الصفقة فيرجع على البايع بما قابله وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع ولا وجه له.

المسألة ٤١ : الاقوى وفاقاً للشهيدين صحّة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الارض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقّة للغير وقلع البناء والغرس فيضمن الارش وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البايع خلافاً للمشهور لانه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفاية السبب هذا ولو ضمنه البايع قيل لا يصحّ ايضاً كالاجنبيّ وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحّة عقد الضمان المشروط بتحقّق الحقّ حال الضمان وقيل بالصحّة لانه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه لما مرّ من كفاية تحقّق السبب فيكون حينئذ للضمان سببان نفس العقد والضمان بعقده ويظهر الثمر فيما لو اسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد فانه يبقى الضمان العقديّ كما إذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط احدهما وقد يورد عليه بانه لا معنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل ويمكن ان يقال لا مانع منه مع تعدّد الجهة هذا كلّه إذا كان بعنوان عقد الضمان واما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به ويكون مؤكّداً لما هو لازم العقد.

ولكن يمكن القول بأن وصف الصحة يمتاز بجهة عند العرف ايضاً من بين سائر الاوصاف فان العرف يراه بمنزلة الجزء الاصيل بل الركن. والشارع امضاه لا انه حكم ذلك تعبداً).

المسألة ٤١ : **فيضمن الارش**: أو كسراً منه واما التعامل بالزائد على القيمة فليس من الضمان المصطلح وليس معاملة ايضاً وانما هو قرار يشمله دليل الوفاء لكن لا يثبت به إلاّ التعهد التكليفي بالاداء، إلاّ ان يكون من معاملة مال بمال تعليقاً وهو باطل بخلاف التعليق في متعلق الضمان على ما مرّ.

مع تعدد الجهة: لا وجه لذلك اصلاً مع وحدة الضامن والمضمون عنه.

مؤكداً: الضمان اللازم للعقد ضمان الغرور وعقد الضمان على فرض صحته ينفي ذلك ويثبت الاشتغال بعنوان آخر فانه معنى الضمان بمعنى النقل فلا وجه للتاكيد. (ثم انه استشكل الخوئي(قدس سره) في الغرور بعدم الدليل، وقد مرّ ما فيه، كما انه غير ملازم للعلم فان الغرور يصدق بالفعل بلا علم الفاعل ايضاً اذا كان سبباً لاتلاف المال).

المسألة ٤٢ : لو قال عند خوف غرق السفينة الق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه صحَّ بلا خلاف بينهم بل الظاهر الاجماع عليه وهو الدليل عندهم وامّا إذا لم يكنْ لخوف الغرق بل لمصلحة أخرى من خفّة السفينة أو نحوها فلا يصحُّ عندهم ومقتضى العمومات صحّته ايضاً.

(تتمة)

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدِّمة الاتّفاقية أو الخلافيّة انَّ ما ذكروه في أوَّل الفصل من تعريف الضمان وانّه نقل الحقّ الثابت من ذمّة إلى أخرى وانه لا يصحُّ في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان لا وجه له وانّه أعمُّ من ذلك حسب ما فصّل.

المسألة ٤٢ : وهو الدليل عندهم: وينطبق على قاعدة الضمان بالامر بالاتلاف اذا كان لغرض عقلائي بحيث لم يكن عملاً حراماً فان الامر بالاتلاف مع التضمين موجب لاستناد الاتلاف الى الآمر عند عرف العقلاء فيوجب الضمان لكن هذا ايضاً كبعض ما مرّ غير مربوط بالضمان المصطلح في هذا الباب من نقل المال من ذمة الى اخرى.

مقتضى العمومات صحته: الظاهر ان مراده عمومات وجوب الوفاء بالعقد، لكن يمكن ان يقال: ان الاتلاف بالامر موجب لاستناد الاتلاف الى الآمر اذا كان لغرض عقلائي، وفي كون مجرد خفة السفينة غرضاً عقلائياً تأمل والموارد مختلفة.

تتمه... لا وجه له: وقد مرّ ان اكثر ما ذكره (قدس سره) ليس من الضمان المصطلح في كتاب الضمان وان كان صحيحاً من باب الضمان بالامر وغير ذلك. (فانه مرّ عدم اعتبار الثبات بالفعل في حين عقد الضمان وكفاية الاشتغال بعداً، واما العين فيمكن ذلك اي انشاء الضمان بعد الاشتغال بالاتلاف أو التلف ويمكن الضمان بمعنى التعهد بالاداء اي التكليف، وحينئذ لا يوجب اشتغال الذمة لعدم صراحة ذلك التعهد في اشتغال الذمة بل ومع التصريح ايضاً لا يفيد لاحتمال كون اشتغال الذمة مما ليس اعتباره بيد المتعاقدين إلاّ فيما ثبت شرعاً وعقلائياً.

هذا في الاعيان المضمونة ونظيره غير المضمونة مما يتوقع فيه الضمان كمال الرهن والوديعة والمضاربة. واما ضمان العين غير ذلك كبعض موارد عقد التامين

المسالة ١: لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فادّعى أنّه ضمنه ضامن وانكره المضمون له فالقول قوله وكذا لو ادّعى انه ضمن تمام ديونه وانكره المضمون له لاصالة بقاء ما كان عليه ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره فادّعى المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه فانّ القول قول المضمون عنه وكذا لو اختلفا

كالتامين من الحوادث الطبيعية فالضمان فيه ليس إلّا التعهد بالاداء ولا يوجب اشتغال الذمة إلّا اذا وقع تحت عنوان المعاملة كمعاملة مقدار من المال المدفوع من المستامن والمقدار المعين من قيمة التالف من طرف المؤمّن، بناءً على صحة معاملة الورق بالورق كالاسكناس كما هو الظاهر او بين المقدار المدفوع من طرف المستامن والمالية المدفوعة من طرف المؤمن، ولا بأس بذلك كما لا غرر ايضاً اذا كان الجهات معلومة حتى في عقد تامين النفس لكن دفع المالية في بعض موارده الى الورثة).

المسالة ١: لاصالة بقاء ما كان: بل لاصالة عدم تحقق سبب النقل عن ذمته (فانه اصل موضوعي ولا وجه لكلام بعض اهل العصر: يجري السببي والمسببي في المتوافقين، فانه مع جريان السببي يرفع الشك عن المسبّبي).

اعساره: وكان سابقته المعلومة اليسار او لم تعلم الحالة السابقة المتصلة بالحال، واما فيما كان سابقته المعلومة الاعسار فالقول قول المضمون له. (الاول والثالث معلوم حالهما وفاقاً للجميع، واما الثاني فوفاقاً للخوئي والبهبهاني(قدس سرّه) نظراً الى عدّ المضمون له حينئذ مدعياً في العرف فانه المطالب لا خصوص الموافق قوله للأصل أو الظاهر، ان قلت: ففي صورة العلم بالاعسار السابق ايضاً لابد ان يقال بكون المضمون له مدعياً لكونه المطالب بالخيار وإلّا فالعقد على الصحة وتحقق الانتقال، قلت: دليل الاستصحاب اثبت موضوع الدليل وهو الاعسار الموضوع للخيار).

قول المضمون عنه: المنكر للخيار (للاستصحاب النافي لاشتراط الخيار، وبه يرفع موضوع المؤمنون عند شروطهم، ولا يحتاج الى التمسك بان المضمون له حينئذ مدع في العرف لحكم الشارع حينئذ بنفي الخيار فلا الاحتياج الى التمسك بالمفهوم العرفي).

في صحّة الضمان وعدمها.

المسألة ٢: لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان أو في ثبوت الدين وعدمه أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص اجله إذا كان مؤجّلاً أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين فالقول قول الضامن ولو اختلفا في اشتراط تاجيله مع كونه حالاً أو زيادة اجله مع كونه مؤجّلاً أو وفائه أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه أو تقييده بكونه من مال معيّن والمفروض تلفه أو اشتراط خيار الفسخ للضامن أو اشتراط شيء على المضمون له او اشتراط كون الضمان بما يسوى اقلّ من الدين قدّم قول المضمون له.

المسألة ٣: لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن وعدمه او في وفاء الضامن حتّى يجوز له الرجوع وعدمه او في مقدار الدين الّذي ضمن وانكر المضمون عنه الزيادة او في اشتراط شيء على المضمون عنه أو اشتراط الخيار للضامن قدّم قول المضمون عنه ولو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الّذي ضمنه وانكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن.

في صحة الضمان: فالقول قول مدعي الصحة اذا احرز مقتضيها (كما قيد البهبهاني(قدس سره) والوجه واضح لامكان عدم صدق الضمان احياناً على ما مرّ في بعض الفروع السابقة من التشكيك عن بعضهم في صدق العقد أو الضمان).

المسألة ٢: أو وفائه: (ولم يكن بيّنة ولا تصديق من المضمون له، لكن الامر معلوم لا يحتاج الى التوضيح فان الكلام في الاختلاف لا التصديق، وبقاء الاختلاف لا البينة).

أو تقييده: وكان المدعي له هو الضامن (قيّده بعض المعاصرين وهو كذلك لامكان ادعائه من طرف المضمون له لابطال الضمان واثبات الرجوع الى المضمون عنه، لكنه قال: وكذا في طرفيه أي الابراء واشتراط الخيار، ولا وجه له ظاهراً).

المسألة ٣: أو في وفاء الضامن: حتى مع تصديق المضمون له (لعدم ثبوت الوفاء واقعاً بذلك وصرف اقرار المضمون له بذلك لا يثبته، فلا وجه لاشكال السيد جمال ونقله الحكيم عن العلامة(قدس سرهم)).

شيء على المضمون عنه: اي عند امره بالضمان (لا في عقد آخر كما وجّه غير واحد لابهام انفهام ذلك لعدم تجلي الارتباط).

المسألة ٤: إذا انكر الضامن الضمان فاستوفى الحقّ منه بالبيّنة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو الدين لإعترافه بكونه اخذ منه ظلماً نعم لو كان مدّعياً مع ذلك للاذن في الاداء بلا ضمان ولم يكن منكراً لاصل الدين وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والاذن في الضمان جاز له الرجوع عليه إذ لا منافات بين إنكار الضمان وادّعاء الاذن في الاداء فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الامر انه يقول إنّ ذلك للاذن في الاداء والمضمون عنه يقول إنه للاذن في الضمان فهو كما لو ادّعى على شخص انه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدّعي ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع فاصل الطلب معلوم ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه وثبت عليه ذلك بالبيّنة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصّة عمّا أخذ منه وهل يجوز للشاهدين على الاذن في الضمان حينئذٍ ان يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان أو كونه الاذن في الاداء الظاهر ذلك وإن كان

المسألة ٤: المنكر للاذن: لا دخالة لانكار المضمون عنه بعد انكار الضامن الضمان واقراره بأن المأخوذ منه اخذ ظلماً وقهراً.

جاز له الرجوع: ان كان تادية الضامن بقصد اداء ما اذن له وإلاّ فصرف اذن المضمون عنه في الاداء لا يثبت كون الاداء واقعاً عنه. نعم يجوز الرجوع عليه مقاصة مع اعترافه بالدين، واعترض الگلپايگاني (قدس سره) في التقاص في المقام لعدم حق للضامن على المضمون عنه اذا لم يؤد عنه، وفيه: ان المال اخذ منه بعنوان دين المضمون عنه وهو معترف بالدين.

مقاصة: التقاص لا يتفرع على ثبوت الضمان أو الاذن منه بل الاعتراف بالدين يكفي في ذلك بل ان ثبت الضمان لم يكن وجه للتقاصّ بل ياخذ مطلوبه الثابت شرعاً (لكن الگلپايگاني (قدس سره) اعترض على التقاص ولو مع ثبوت الدين لعدم كفاية مالم يؤد بقصده، وفيه ما مرّ من جواز التقاص لاخذ دينه عن الضامن مع اعترافه بالدين، واعترض الحكيم على التقاص بعدم شمول دليله للذمّة وارجع الى روايات بابه ٨٣ ما يكتسب به، وفيه ان فيها ما يستفاد منها التعميم مع ان الملاك واحد واصله عقلائي بحيث ردعه يحتاج الى نص صريح وقد مرّ في الزكاة بعض ادلة التقاص).

لا يخلو عن إشكال وكذا في نظائره كما إذا ادّعى شخص على آخر انه يطلب قرضاً وبيّنته تشهد بانه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان انه للقرض أو لثمن المبيع على إشكال.

المسالة ٥: إذا ادّعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدّقه في ذلك وإن صدّقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه وتقبل شهادته له بالاداء إذا لم يكن هناك مانع من تهمة او غيرها ممّا يمنع من قبول الشهادة.

المسالة ٦: لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه ولو ادّعى الوفاء وانكر الاذن قبل قول المأذون لانه امين من قبله ولو قيّد الاداء بالاشهاد وادّعى الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله ايضاً ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع نعم لو علم انه وفّاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لانّ الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه.

(تم كتاب الضمان)

لا يخلو عن اشكال: ان كان المراد الشهادة على الاذن الجامع كالاذن في الاداء ضماناً او غير ضمان بحيث يرجع قول الشاهدين الى جهة واحد فلا اشكال فيه وتشملها ادلة البينة ومنه الفرع الآتي، ولو كان المراد الشهادة على الاذن بلا ذكر المتعلق فلا وجه لاعتبارها اصلاً والوجه واضح فلا وجه لردّها مطلقاً على ما يظهر من الاستاذ والبروجردي وغيرهما (قدس سرهم).

المسالة ٥: وحلف: بل وان لم يحلف مالم يثبت شرعاً، نعم ان صدقه المضمون عنه كفى في الرجوع عليه اذا كان الضمان باذنه.

تهمة: (قال الخوئي (قدس سره): ليس هذا شيء غير اعتبار العدالة ولا عبرة به وان ذكرت في النصوص وبعض الفتاوى، وفيه امكان كون الملاك في النصوص احتمال كثرة الخلاف في خطأ لا تعمداً فلا يمكن رفع اليد عن النصوص).

المسالة ٦: في وفاء دينه: عنه لا مجاناً.

جواز الرجوع عليه: ان لم يكن على وجه التقييد لاحتمال ذلك في بعض الموارد مثل مورد الخوف عن انكار الدائن.

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الحوالة)

وهي عندهم تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة والاولى ان يقال إنّها إحالة المديون دائنه إلى غيره أو إحالة المديون دينه من ذمّته إلى ذمّة غيره وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان فانه وإن كان تحويلاً من الضامن للدّين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته إلّا انه ليس فيه الاحالة المذكورة خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ والعقل والاختيار وعدم السفه في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه، وعدم الحجر بالسفه في المحتال والمحال عليه بل والمحيل إلّا إذا كانت الحوالة على

كتاب الحوالة

بالضمان: الفرق بينهما واضح فان الضمان عقد بين الدائن والاجنبي عن الدين والحوالة عقد بين الدائن والمديون (واما الواقع احياناً بين غيرهما فهو ليس بحوالة بل امر بالعمل كما يأمر زيد عمراً بأخذ مال من بكر وقد يكون بين زيد وبكر حينئذ دين وقد لا يكون بل مقدمة لمعاملة اخرى فقط).

في الثلاثة: لا وجه لاعتبارها في المحال عليه إلّا في البرئ (فان المحال عليه خارج عن العقد والمحيل ينقل بالحوالة ماله في ذمة المحال عليه عن كونه له اي للمحيل الى كونه للمحال، نعم في البرئ حيث لا الزام له بالقبول يعتبر رضاه).

بالسفه: تصحيف فلس، ولا اشكال في اعتبار عدمه في المحتال اما المحال عليه فلا فيمكن الحوالة على المحجور بالفلس المشغول له ذمته أو البريئة ففي الاول يشترك المحتال مع الغرماء ان قلنا بكونه عين الدين السابق ولا يشترك ان قلنا بكونه ديناً جديداً وفي الثاني يشتغل ذمته مع رضاه بدين لا يشترك مع الغرماء وليس ذمته غير معتبرة مطلقاً بصرف الحجر. (نعم يعتبر في المحيل على المشغول الذمة لان الحوالة نقل وتصرف في امواله).

البرئ فانه لا بأس به فانه نظير الاقتراض منه أمور. أحدها: الايجاب والقبول على ما هو مشهور بينهم حيث عدّوها من العقود اللازمة فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال واما المحال عليه فليس من اركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً او إذا كان بريئاً فانّ مجرّد اشتراط الرضا منه لا يدلّ على كونه طرفاً وركناً للمعاملة ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركّباً من الايجاب والقبولين وعلى ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة من الموالاة بين الايجاب والقبول ونحوها فلا تصحّ مع غيبة المحتال او المحال عليه أو كليهما بان اوقع الحوالة بالكتابة ولكنّ الّذي يقوى عندي كونها من الايقاع

فانه لا بأس: كان المحيل مفلساً أو لا، وكذا المحال عليه (لعدم نقل من المحيل وتصرفه في ماله حينئذ بل الحوالة حينئذ بمنزلة استقراض جديد).

قبوله ايضاً: فيه منع، وصرف اعتبار رضاه اذا كان بريئاً او كان بغير الجنس على ما استدل به لا يدل على ذلك فانه لا يزيد على اعتبار رضى المالك في العقد الفضولي فانه لا يجعله طرفاً للعقد، وفي المشتغل ذمته الامر واضح لعدم حق له في منع المالك عن نقل ماله إلاّ اذا اوجب ضرراً او حرجاً فلا يجوز تكليفاً على الاظهر (لا تاثير للضرر والحرج حينئذ في الوضع لعدم لسان له يمنع دليل سببية الحوالة عن النقل فيما يكون ذلك كما اذا كان في المحتال شرارة خاصة، ومنع بعضهم ذلك والظاهر عدم وجه لذلك، وقد يقال: لا يرفع حرج الغير حكم عمل المكلف، والظاهر عدم صحته ذلك في المقام مما هو طرف العقد بل لا نسلم اختصاص دليل نفي الحرج بشخص المكلف فاذا اوجب ارتباط شخص مع الحاكم الجائر حرجاً على سائر المسلمين بل اذا اوجب سفر شخص خاص الى الحج مشاكل على سائر المسلمين لا نسلم وجوب الحج فتامل).

من الايقاع: لكنه ضعيف جداً، وما استدل به عليل، وكذا الضمان والوكالة بل الجعالة ايضاً والعمل فيها قبول عملي، والفرق بين الوكالة العقدية والاذنية ظاهر (فان الحوالة تبديل مكان الدين وفي غير الجنس تبديل المال والمعاوضة بين المالين، وفي الوكالة اعطاء سلطنة للغير واما الاذن فهو مجرد ترخيص. ولذلك يتعلق الاذن بالتكوينيات والاعتباريات بخلاف الوكالة فانها سلطنة اعتبارية بخلاف الوكالة على الاكل والشرب مثلاً إلاّ القبض فانه يصح فيه التوكيل لتمامية المعاملة به بل انطباق الكلي عليه يحتاج الى الاعتبار فهو ايضاً اعتباري، وتبطل الوكالة اي تنفسخ بفسخ

غاية الامر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه ومجرّد هذا لا يصيّره عقداً وذلك لانّها نوع من وفاء الدين وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمّته إلى ذمّة المحال عليه فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر كما في الوفاء بغير الجنس فانه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك إيقاع ومن ذلك يظهر انّ الضمان أيضاً من الايقاع فانّه نوع من الوفاء وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء ممّا يعتبر في العقود اللاّزمة ويتحقّقان بالكتابة ونحوها بل يمكن دعوى انّ الوكالة ايضاً كذلك كما انّ الجعالة كذلك وإن كان يعتبر فيها الرضى من الطرف الآخر الا ترى انه لا فرق بين أن يقول: أنت ماذون في بيع داري أو قال: انت وكيل مع انّ الاوّل من الايقاع قطعاً. **الثاني**: التنجيز فلا تصحّ مع التعليق على شرط او وصف كما هو ظاهر المشهور لكنّ الاقوى عدم اعتباره كما مال إليه بعض متاخّري المتاخّرين. **الثالث**: الرضى من المحيل والمحتال بلا إشكال وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء بان قال: للمحتال احلت بالدين الّذي لك على فلان على نفسي وحينئذٍ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل لا وجه له إذا المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه وامّا إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف ولا يبعد التفصيل بين ان يحوّله عليه بماله عليه بان يقول: اعطه من الحقّ الّذي

الوكيل بخلاف الاذن لعدم قابليته للرفع من طرف الوكيل. والوكالة قد تلزم باشتراطها في ضمن عقد لازم بخلاف الاذن لكونه امراً تكوينياً قابلاً للرفع من قبل الآذن. وينفذ تصرف الوكيل ما لم يبلغه خبر العزل وان كان معزولاً واقعاً للنص بخلاف الاذن).

بالكتابة: ليس هذا من آثار الكون ايقاعاً فان العقد ايضاً يتحقق بالكتابة على الاظهر ويعتبر الموالاة ايضاً لكنها عرفية يختلف بحسب اللفظ والكتابة والموارد مختلفة والملاك اعتبار وجود الايجاب حال القبول بحيث يرتبط به ويختلف بحسب الموارد.

الجعالة كذلك: محل تامل بل الاظهر كونها عقداً وعمل العامل قبول ثم وفاء.

التنجيز: مرّ الكلام فيه في الضمان. (مع ان اهم ادلة اعتباره الاجماع ولا اجماع هنا ومثلها الوكالة كما صرّح المحقق القمي في جامع شتاته بعدم الاجماع فيها، وقلنا سابقاً بل الاهم في ادلة عدم كونه معتبراً عند العقلاء في بعض موارد التعليق بخلاف التعليق على مقوم العقد مثلاً).

الثالث: ... **ففيه خلاف**: عدم الاعتبار اقوى، والتفصيل بلا وجه وتطبيق الحوالة

لي عليك فلا يعتبر رضاه فانّه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه وإن كان بنحو اشتغال ذمّته للمحتال وبراءة ذمّة المحيل بمجرّد الحوالة بخلاف ما إذا وكله فانّ ذمّة المحيل مشغولة إلى حين الاداء وبين أن يحوّله عليه من غير نظر إلى الحقّ الّذي له عليه على نحو الحوالة على البريّ فيعتبر رضاه لانّ شغل ذمّته بغير رضاه على خلاف القاعدة وقد يعلّل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بدّ من رضاه ولا يخفى ضعفه كيف وإلاّ لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه. الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمّة المحيل سواء كان مستقراً او متزلزلاً فلا تصحّ في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية قبل حصول السبق أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه هذا ما هو المشهور لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان بل لا يبعد الصحّة فيما إذا قال اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد فرضي ورضي زيد أيضاً لصدق الحوالة وشمول العمومات فتفرغ ذمّة المحيل وتشتغل ذمّة المحال؟

على ما عليه قهري فلا معنى لكون الحوالة على المشتغل مثلها على البريّ فيما ذكره (قدّس سرّه) كما لا وجه لجعلها بمنزلة الوكالة. (خلافاً للاستاذ والگلپايگاني وآقا ضياء حيث اعتبروا رضى المحال عليه، وقال البروجردي (قدّس سرّه): لولا ما يحكى عن المشهور من اعتبار رضاه لكان لعدم الاعتبار قوة اذ المال مال المحيل ينقله متى والى اين شاء، وفيه: ان الاجماع غير محقق مع احتمال المدركية ولا دليل آخر على اعتباره).

كيف وإلاّ لزم: مع ان اللازم حينئذ قصر الاعتبار على مورد سوء الاقتضاء.

الرابع: ... كفاية حصول السبب: هذا هو الاقوى وقد مرّ نظيره في الضمان (ويكون من التعليق ولا مانع منه في المقوم وما يرتبط بالعقد كما مرّ).

بل لا يبعد الصحة فيما: ويمكن ادخاله فيما قبله فان الامر بالقرض بمنزلة الاستيجاب وهو جزء السبب لاشتغال الذمة وان لم يكن تمام السبب (والظاهر كون هذا وما قبله عقلائياً فلا وجه لقول بعضهم بانه غير عقلائي هنا بخلاف الضمان. كما ان قول الخوئي (قدّس سرّه) بانه اما غير معقول واما تعليق مبطل فان الحوالة بالفعل مع عدم اشتغال الذمة غير معقولة، وعلى تقدير تحقق سبب اشتغال الذمة من التعليق المبطل وغير عقلائي وقال ببطلانه من القضايا التي قياساتها معها وكذلك عبّر الحكيم (قدّس سرّه). فيه ما مرّ من كونه عقلائياً اذا كان التعليق مربوطاً بالعقد ومقوّماً له).

بعد العمل وبعد الاقتراض. الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال فلا تصحُّ الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر ويمكن أن يقال بصحّته إذا كان آئلاً على العلم كما إذا كان ثابتاً في دفتره على حدٍّ ما مرّ في الضمان من صحّته مع الجهل بالدين بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن بل وكذا لو قال: كلّما شهدت به البيّنة وثبت خذه من فلان نعم لو كان مبهماً كما إذا قال: أحد الدينين اللّذين لك عليَّ خذ من فلان بطل وكذا لو قال: خذ شيئاً من دينك من فلان هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييريِّ أمكن الحكم بصحّته لعدم الابهام فيه حينئذٍ. السادس: تساوي المالين اي المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة خلافاً لآخرين وهذا العنوان وإن كان عاماً إلاّ انَّ مرادهم بقرينة التعليل بقولهم تفصّياً من التسلّط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمّته به إذ لا يجب عليه ان يدفع إلاّ مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمّة بغير ما هو مشغول الذمّة به كان يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بان يدفع بدل الدنانير دراهم فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريئ بان يدفع الدنانير أو على مشغول الذمّة بالدنانير بان يدفع الدراهم ولعلّه لانه وفاء بغير الجنس برضى الدائن فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على

الخامس: ... مع الجهل بالدين: اي بمقداره مع العلم بأصله وإلاّ لا يكون من الحوالة.

بالقدر المتيقن: اي فيما وقعت الحوالة على عنوان المتيقن أو وقعت على عنوان الدين واريد ما ثبت منه.

بطل: ان كان على عنوان الاحد المردد الواقعي أو كان الدينان مختلفين واما اذا اريد الاشارة على نحو التخيير وكان الدينان متساويان مقداراً كدين عشرة لشراء شيء وعشرة اخرى لشيء آخر لم يكن به بأس. والظاهر ان مراد الماتن(قدس سرّه) من هذه الصورة والصورة الاخيرة ما ذكرنا لكنه ليس ابهام حينئذ بل تعين كما ذكر في المتن ايضاً.

شيئاً من دينك: محل تأمل بل منع لعدم كونه عقلائياً ولا يشمله العمومات ايضاً بعد انطباق شيء على اليسير غايته.

السادس: مرادهم: (خبره الظرف في قوله فيما كانت، المتعلق به كائن أو مثله المقدر وهذا شائع لا يحتاج الى التوضيح و ذكر بعض اهل العصر ثلاثة أوجه لتصحيح الكلام كلها زائد).

من عليه جنس بغير ذلك الجنس والوجه في عدم الصحّة ما أشير إليه من انه لا يجب عليه ان يدفع إلا مثل ما عليه وايضاً الحكم على خلاف القاعدة ولا إطلاق في خصوص الباب ولا سيرة كاشفة والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة ووجه الصحّة انَّ غاية ما يكون انّه مثل الوفاء بغير الجنس ولا باس به وهذا هو الاقوى ثمَّ لا يخفى انَّ الاشكال إنّما هو فيما إذا قال: اعط ممّا لي عليك من الدنانير دراهم بان أحال عليه بالدراهم من الدنانير الّتي عليه وامّا إذا احال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البرئ بان يدفع الدنانير وحينئذٍ فتفرغ ذمّة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمّة المحال عليه بها وتبقى ذمّة المحال عليه مشغولة بالدنانير وتشتغل ذمّة المحيل له بالدراهم فيتحاسبان بعد ذلك ولعلَّ الخلاف ايضاً مختصٌّ بالصورة الأولى لا ما يشمل هذه الصورة ايضاً وعلى هذا فيختصُّ الخلاف بصورة واحدة وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّة بان يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه كان يدفع من الدنانير الّتي عليه دراهم.

المسالة ١: لا فرق في المال المحال به ان يكون عيناً في الذمّة او منفعة او عملاً لا يعتبر فيه المباشرة ولو مثل الصلاة والصوم والحجّ والزيارة والقراءة سواء كانت على برئ او على مشغول الذمّة بمثلها وايضاً لا فرق بين ان يكون مثلياً كالطعام او قيمياً كالعبد والثوب والقول بعدم الصحّة في القيميّ للجهالة ضعيف والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها.

هو الاقوى: لكن يعتبر رضى المحال عليه وبالحوالة مع الرضا يتعامل المحيل والمحال عليه بتبديل ما في ذمته بما في الحوالة ويكون الحوالة حينئذ بالجنس. والظاهر عدم الحاجة الى ناقل شرعي في ذلك لحصول ذلك بنفس الحوالة بنظر عرف العقلاء وتكون الحوالة حينئذ عاملة عملين، واما الوفاء بغير الجنس فلا يكون وفاءً قهرياً بل بنوع من التعامل يصير بالجنس. (واحتاط الاستاذ (قدس سره) بذكر ناقل شرعي للتبديل، وقال السيد جمال (قدس سره) كان هذا الشرط من ناحية القائلين بعدم جواز الحوالة على البرئ ولا دليل على اعتبار هذا الشرط، وفيه: ان اشتغال الذمة اذا كان بجنس فلا دليل على لزوم الاداء بغيره فلابد من الرضا وحينئذ اما لابد ان يكون من الحوالة على البرئ ويقع التحاسب بعداً او يقع التعامل ابتداءً ليكون من الحوالة على الجنس بمثله وهذا اقرب، واما احتمال كون ذلك على وجه الوفاء بغير الجنس، ففيه: ان ذلك لا يكون قهراً بل تبديلاً).

المسالة ١: أو منفعة أو عملاً: (وان كان غير متعارف لكن العمومات بل ادلة الحوالة

المسألة ٢: إذا تحقّقت الحوالة برئت ذمّة المحيل وإن لم يبرءه المحتال والقول بالتوقّف على إبرائه ضعيف والخبر الدالّ على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتال المراد منه القبول لا اعتبارها بعده ايضاً وتشتغل ذمّة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمّته وتبرء ذمّة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به وتشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه إن كانت على برئ او كانت بغير المثل ويتحاسبان بعد ذلك.

بالغاء الخصوصية وكذا ارتكاز عدم الفرق دليل. ثم ان في عدّ الثوب من القيمي في مثل زماننا مطلقاً غير صحيح).

المسألة ٢: برئت ذمة المحيل: لكن في زماننا كثيراً ما تكون الحوالة مقيدة بصورة اداء المحال عليه بحيث ينكشف البطلان بعدم الاداء او مشترطة بذلك بحيث يكون له الفسخ وقد تراد الوكالة في الاخذ فقط من الحوالة (ثم ان البهبهاني (قدس سره) وافق الشيخ وبعض القدماء في توقف البراءة على الابراء او اداء المحال عليه، وقال: هذا مقتضى القاعدة. وفيه: انه لو اريد من القاعدة اعم من الاشتراط او التقييد في صورة ذلك فهو وإلاّ فمفهوم الاحالة المتعلقة بالدين ارجاع الدين نفسه الى الغير فاذا قبل المحال برئ المحيل، وظاهر صحيح منصور ٣/١١ المؤكد بكلمة ابداً واستثناء صورة الافلاس فقط الذي هو بمنزلة التاكيد على الحصر اذ الافلاس خارج عن البحث، ذلك ايضاً ولا يمكن الجمع بالاطلاق والتقييد فانه للظهور العرفي ويختلف بالموارد وهنا حمل الابراء على القبول اظهر من التقييد سيما ولم يذكر قبول المحتال في الحديث).

والخبر الدال: (معتبر زرارة ٢/١١ ابواب الضمان ويعارضه١ و٣ و٤/١١ ابواب الضمان، والاول وان كان بمنزلة المقيد للآخر للتقيد بالابراء في بدو النظر لكن النظر الثانوي يعطي كون النسبة بينه وبين صحيح ابي ايوب ومنصور بن حازم١ و٣/١١ هو العموم من وجه لتقيد الاول بالابراء وهما بالافلاس وفي مادة الاجتماع يرجع الى القواعد وهي مقتضية للصحة، واما ٤/١١ فهو مقيد برضى المحتال وهو عين اعتبار كونه عقداً، هذا مع ان اعتبار الابراء بعد تحقق العقد الصحيح لا وجه له).

وتشتغل ذمة المحيل: اشتغال ذمته بصرف الحوالة على البرئ محل منع بل باداء المحال عليه.

ويتحاسبان بعد ذلك: لكن مرّ منه (قدس سره) انه من باب الوفاء بغير الجنس (وتأمل

المسالة ٣: لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على مليء.

المسالة ٤: الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كلّ من الثلاثة نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال باعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل والمراد من الاعسار ان لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم ولا يعتبر فيه كونه محجوراً والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة وتماميّتها ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار للانصراف على إشكال وكذا مع وجود المتبرّع.

المسالة ٥: الاقوى جواز الحوالة على البريئ ولا يكون داخلاً في الضمان.

المسالة ٦: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكلّ من الثلاثة.

المسالة ٧: يجوز الدور في الحوالة وكذا يجوز التراامي بتعدُّد المحال عليه واتّحاد المحتال أو بتعدُّد المحتال واتّحاد المحال عليه.

المسالة ٨: لو تبرَّع أجنبيٌّ عن المحال عليه برئت ذمّته وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال وكذا لو تبرَّع المحيل عنه.

النجفي (قدّس سرّه) في التحاسب، وفيه عدم الدليل على الخلاف فانه اما بالتحاسب واما بالتعامل كما مرّ. واما الوفاء بغير الجنس فقد مرّ انه لا يكون ذلك قهراً بلا سبب، نعم كلام الماتن هنا يناقض كلامه في الامر السادس من كون ذلك وفاءً بغير الجنس لا التحاسب، مع ان الحوالة عقد مستقل لا استيفاء).

المسالة ٤: باعساره: تعبير الرواية الافلاس، والمراد هو العجز لكن ارتكاز المتشرعة استثناء المستثنيات المعلومة في الدين.

لا يعتبر الفور: ما لم يكن تاخير غير متعارف (واصل عدم الفورية لاطلاق دليل الخيار والمقيد لاطلاق دليل اللزوم فلا وجه لاشكال آقا ضياء (قدّس سرّه) نظراً الى اطلاق لزوم العقد المانع للرجوع الى الاستصحاب).

على اشكال: اظهره عدم السقوط وكذا مع المتبرع لصدق الافلاس.

المسالة ٥: في الضمان: (لتفاوت مفهوميهما وتفاوت طرفيهما فلا يبتنى جواز الحوالة على البريء على ما نقل عن الشافعية من ان الحوالة اعتياض أو استيفاء بل هي عقد مستقل برأسها بين الدائن والمديون والضمان بين الدائن والاجنبي، وقد مرّ انها ليست وفاء بالجنس أو بغير الجنس، خلافاً للبهبهاني (قدّس سرّه) فاعتقد ان الحوالة على

المسألة ٩: لو احال عليه فقبل وادّى ثمّ طالب المحيل بما ادّاه فادّعى انه كان له عليه مال وانكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البيّنة فيحلف على برائته ويطالب عوض ما ادّاه لاصالة البراءة من شغل ذمّته للمحيل ودعوى انّ الاصل ايضاً عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الاداء مدفوعة بانّ الشكّ في حصول اشتغال ذمّته وعدمه مسبّب عن الشكّ في اشتغال ذمّة المحال عليه وعدمه، وبعد جريان اصالة براءة ذمّته يرتفع الشكّ هذا على المختار من صحّة الحوالة على البريئ وامّا على القول بعدم صحّتها فيقدّم قول المحيل لانّ مرجع الخلاف إلى صحّة الحوالة وعدمها ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدّم قول مدّعي الصحّة وهو المحيل ودعوى انّ تقديم قول مدّعي الصحّة إنّما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال وامّا المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحّتها مدفوعة اوّلاً بمنع عدم كونه طرفاًفانّ الحوالة مركّبة من إيجاب وقبولين وثانياً يكفي اعتبار رضاه

البريء ضمان، وتأمل النجفي (قدس سره) وفيه: عدم تقوم مفهوم الحوالة عرفاً بكون المحال عليه مشغول الذمة للمحيل، فيشملها عمومات الحوالة والعقود).

المسألة ٩: فالقول قوله: (قال بعضهم هذا فيما لم يكن المتعارف اشتغال ذمة المحال عليه وإلاّ فيعمل على ظاهر الحال اي التعارف، وقبله بعض اهل العصر، وفيه: ان صرف التعارف لا يوجب ذلك لما مر غير مرة من كون ملاك الادعاء كون الشخص مطالباً وينطبق عليه انه لو ترك تُرك بناءً على ان طلب المحال عليه من المحيل ليس امراً ابتدائياً بل مربوطاً بأصل الحوالة، لكن يمكن ان يقال: بعد اداء المحال عليه فطلبه من المحيل ابتداء الامر فلو ترك المحال عليه ترك الدعوى، إلاّ ان يقال: استصحاب عدم اشتغال ذمة المحال عليه ينقّح الموضوع ولا يحتاج الى اصل البراءة أو الظاهر والاستصحاب اصل حاكم).

قول المحيل: ان كان شرط الاشتغال شرطاً زائداً لا مقوماً وإلاّ فلا يجري اصل الصحة، نعم ظاهر اعتراف المحال عليه بالحوالة اعترافه بالحوالة الواقعية ولازم ذلك اشتغال ذمته ولوازم الامارات الاخبارية حجة ولو لم نقل بحجية لوازم الامارات مطلقاً. (وفاقاً للخوئي (قدس سره) لكنه لم يفصل بين كون ذلك شرطاً زائداً أو مقوماً، فلازم خبر البينة حجة وكذا لازم قول الثقة وغير ذلك، وذلك لان الكلام حجة في دلالته المطابقية والالتزامية).

وقبولين: مرّ الاشكال في ذلك.

في الصحّة في جعل اعترافه بتحقّق المعاملة حجّة عليه بالحمل على الصحّة نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادّعى أنّه أذن له في أداء دينه يقدّم قوله لأصاله البراءة من شغل ذمّته فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه ولم يتحقق هنا حوالة بالنسبة إليه حتّى تحتمل على الصحّة وإن تحقّق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لإعترافهما بها.

المسالة ١٠ : قد يستفاد من عنوان المسالة السابقة حيث قالوا: «لو احال عليه فقبل وادّى» فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الاداء انّ حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلّا بعد الاداء فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال لكن ذمّة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرئ إلّا بعد الاداء والاقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرّد قبول المحال عليه إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرّده فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له وحصول شغل ذمّة المحيل له إذا كان بريئاً ومقتضى القاعدة في الضمان ايضاً تحقّق شغل المضمون عنه للضامن بمجرّد ضمانه إلّا انّ الاجماع وخبر الصلح دلّا على التوقّف على الاداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر بل لم يتعرّضوا لهذه المسالة وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الادا بل وكذا لو ابرءه المحتال او وفّاه بالاقلّ او صالحه بالاقلّ فله عوض ما احاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

المسالة ١١ : إذا أحال السيّد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صحّ سواء كان قبل حلول النجم او بعده لثبوته في ذمّته والقول بعدم صحّته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار واحتمال عدم اشتغال ذمّة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الاداء تكليفياً كما ترى ثمّ إنّ العبد بقبول الحوالة يتحرّر

المسالة ١٠ : إلّا بعد الاداء: وهو الاقوى والخبر في الضمان مرّ كونه على القاعدة (لعدم وجه لحصول الضمان هنا إلّا امر المحيل والامر بنفسه لا يوجب الضمان ما لم يحصل العمل بعد الامر، هذا مع امكان تنقيح المناط عن الضمان كما قال آقا ضياء(قدّس سرّه) ومساعدة العرف ايضاً على ذلك، وبنى بعض اهل العصر المسالة على ذلك فقط اي حكم العرف، وفيه: انه كذلك ان رجع الى الشرط المبني عليه العقد وإلّا فلا وجه له).

المسالة ١١ : لجواز تعجيز نفسه: فيه منع لاقتضاء لزوم العقد الوفاء به.

كما ترى: مع عدم وجه حينئذ للتفصيل بين قبل حلول النجم وبعده.

بقبول الحوالة: اي قبول المحتال الحوالة، واما العبد فلا يعتبر قبوله كما مرّ.

لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الاداء منه فاذا اعتقه المولى قبل الاداء بطل عتقه وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الاداء لانّ الحوالة ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل وعلى هذا إذا اعتقه المولى صحّ وبطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لانّه صار لازماً للمحتال ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة فيه نظر من وجوه وكانّ دعواه انّ الحوالة ليست في حكم الاداء إنّما هي بالنظر إلى ما مرّ من دعوى توقّف شغل ذمّة المحيل للمحال عليه على الاداء كما في الضمان فهي وإن كان كالاداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال فبمجرّدها يحصل الوفاء وتبرء ذمّة المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك وفيه منع التوقّف المذكور كما عرفت فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالاداء فيتحقّق بها الوفاء.

المسالة ١٢ : لو باع السيّد مكاتبه سلعة فاحاله بثمنها صحّ لانّ حاله حال الاحرار من غير فرق بين سيّده وغيره وما عن الشيخ من المنع ضعيف.

المسالة ١٣ : لو كان للمكاتب دين على اجنبيّ فاحال سيّده عليه من مال الكتابة صحّ فيجب عليه تسليمه للسيّد ويكون موجباً لانعتاقه سواء ادّى المحال عليه المال للسيّد ام لا.

المسالة ١٤ : لو اختلفا في انّ الواقع منهما كانت حوالة او وكالة فمع عدم البيّنة يقدّم قول منكر الحوالة سواء كان هو المحيل او المحتال وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه او بعده وذلك لاصالة بقاء

بالنظر الى ما مرّ: ما مرّ انما هو في البريء وهنا في المشتغل فلعل نظره الى عدم الثبات، واستقرب البهبهاني توقف الحرية على الاداء، والظاهر عدم وجه وجيه له.

المسالة ١٢ : فاحاله بثمنها: اي حال دائنه عليه بثمنها.

من المنع: (عن الشيخ (قدس سرّه) في المسالة وجهان لا المنع، نعم منع (قدس سرّه) في مسالة اخرى هي في احالة السيد غريمه على المكاتب بمال المكاتبة، واستدل بعدم ثبوته لجواز اسقاطه بتعجيز نفسه)

المسالة ١٣ : موجباً لانعتاقه: ويوجب ذلك تنجز عقد الكتابة (فلا وجه ظاهراً لحاشية الگلپايگاني: على فرض ثبوت مال الكتابة).

المسالة ١٤ : قول منكر الحوالة: لا بمعنى اثبات عنوان الوكالة لو كان لها اثر. ثم ان تقديم منكر الحوالة بناءً على كون ملاك الادعاء والانكار هو الغرض من الدعوى لا المصب والعنوان.

او بعده: في جريان بعض الاصول بعد القبض اشكال (فان بعد القبض لا معنى

اشتغال ذمّة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل واصالة عدم ملكيّة المال المحال به للمحتال ودعوى أنّه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيّة المحتال فيكون المحيل المنكر للحوالة مدّعياً فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة مدفوعة بأنّ مثل هذه اليد لا يكون امارة على ملكيّة ذيها فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادّعى أنّه دفعه أمانة وقال الآخر دفعتني هبة او قرضاً فانه لا يقدّم قول ذي اليد هذا كلّه إذا لم يعلم اللّفظ الصادر منهما وامّا إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة او في الوكالة فهو المتّبع ولو علم أنّه قال أحلتك على فلان وقال: قبلت ثمّ اختلفا في أنه حوالة او وكالة فربما يقال إنّه يقدّم قول مدّعي الحوالة لانّ الظاهر من لفظ احلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة وفيه منع الظهور المذكور نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة وامّا ما يشتقّ منها كلفظ أحلت فظهوره فيها ممنوع كما انّ لفظ الوصيّة ظاهر في الوصيّة المصطلحة وامّا لفظ أوصيت أو أُوصيك بكذا فليس كذلك فتقديم قول مدّعي الحوالة في الصورة المفروضة محلّ منع.

المسالة ١٥ : إذا أحال البايع من له عليه دين على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البايع بالثمن على أجنبيّ بريئ أو مديون للمشتري ثمّ بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورتين لظهور عدم اشتغال ذمّة المشتري للبايع واللاّزم اشتغال ذمّة المحيل للمحتال هذا في الصورة الثانية وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريئ إلاّ انّ المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمّته فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمّته لا عليه ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان

لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل بل وكذا ذمة المحيل للمحتال في بعض الصور).

مثل هذه اليد: مما يعترف ذو اليد بتقدم ملك الغير ويدعي الانتقال اليه (لعدم بناء العقلاء في امثال ذلك بل على خلاف ذلك، وقد يستدل بأن الاصل عدم السبب المدعى بالفتح فهو المدعى بالكسر ولابد له من اثباته، وفيه كما قال الحكيم (قدس سره) ان الملاك لو كان الغرض لا المصب فالغرض هو الملكية لا الحاصلة بسبب خاص، ونقل آقا ضياء (قدس سره) عن بعضهم اعتبار هذه اليد لكون المدار على ترجيح اليد الحادثة على السابقة وفي مقام استناد الشاهد على العكس، ويظهر كلاهما من ٢/ ٢٥ ابواب وجوب الحكم بملكية صاحب اليد ج١٨ ط. ق: «لولا ذلك لما يبقى للمسلمين سوق»).

ممنوع: منعه ممنوع اذا صدر من المديون مخاطباً للدائن.

المسالة ١٥ : بطلت الحوالة: اي انكشف البطلان.

على ما ذمته: لا معنى لذلك والاحسن التعليل بلزوم الرضا من البريئ والمفروض عدمه.

قبل القبض او بعده فاذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى وعلى البايع في الثانية.

المسالة ١٦ : إذا وقعت الحوالة باحد الوجهين ثمّ انفسخ البيع بالاقالة او باحد الخيارات فالحوالة صحيحة لوقوعها في حال اشتغال ذمّة المشتري بالثمن فيكون كما لو تصرّف احد المتبايعين في ما انتقل إليه ثمّ حصل الفسخ فانّ التصرّف لا يبطل بفسخ البيع ولا فرق بين ان يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة او بعده فهي تبقى بحالها ويرجع البايع على المشتري بالثمن وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية وهي ما إذا أحال المشتري البايع بالثمن على أجنبيّ لانّها تتبع البيع في هذه الصورة حيث إنّها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى ضعيف والتبعيّة في الفسخ وعدمه ممنوعة نعم هي تبع للبيع حيث إنّها واقعة على الثمن وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين وربما يقال ببطلانها إن قلنا إنّها استيفاء وتبقى إن قلنا إنها اعتياض والاقوى البقاء وإن قلنا أنها استيفاء لانها معاملة مستقلّة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسّرة فدفع إلى البايع الصحاح او دفع بدلها شيئاً آخر وفاء حيث إنه إذا انفسخ البيع

على ملك المشتري: او المأخوذ منه غير المشتري كما في الصورة الثانية ومع التلف يجوز الرجوع على كل من استولى على العين على ما هو المحقق في تعاقب الايدي.

المسالة ١٦ : فالحوالة صحيحة لوقوعها: اي ولم يرد عليها ما يوجب بطلانها لكن ذلك فيما لم تكن الحوالة مقيدة ببقاء الدين على المحيل وإلاّ فتبطل الحوالة ولا يبعد ان يكون المقام من ذلك عند العرف في الاغلب. (للزوم الاستدلال على استمرار الصحة كما اشار الحكيم (قدس سره)، ثم ان الشيرازي (قدس سره) استشكل في الصحة سيما في الصورة الثانية أي احالة المشتري البائع على الاجنبي، ولعل وجهه ما ذكرنا من التقييد).

ويرجع البائع: تصحيف اصله يرجع المشتري على البائع.

ممنوعة: إلاّ فيما كانت الحوالة مقيدة كما لعله الاغلب عند العرف سيما في الصورة الثانية.

معاملة مستقلة: فهو اعتياض فانه الظاهر من المعاملة فهو خروج عن الفرض.

يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسّرة فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع في الانفساخ بخلاف ما نحن فيه حيث إنّ الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

المسألة ١٧ : إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجيّ فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمّته ولو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه للغرور.

(تم كتاب الحوالة)

أو الشيء الآخر : بل الظاهر ان الوفاء حينئذ معاملة مستقلة لازمة لعدم امكان كون الشيء الآخر وفاءً قهراً بل الامر في الدراهم ايضاً مشكل اذا كان الفرق بين الصحيح والمكسور جلياً غير متسامح.

المسألة ١٧ : فقبل المحتال: اي قبل المحال عليه ذلك مع عدم وجوب القبول عليه لعدم لزوم الردّ على خصوص الغريم بل مخيراً بين الرد الى المالك او من قال المالك، ان لم يكن اشق من الرد الى المالك، وذكر هذا القبول مع عدم اللزوم تمهيد لتحكيم الغرور في آخر الفرع، وكذا قبل قبول المحتال مع عدم لزوم قبول ذلك المال المعين مكان ماله إلاّ ان يكون مصداق دينه ولا يلزم عليه قبول المصداق من غير الدائن. وذكر هذا القبول ايضاً مع دخالته في اصل المسالة تمهيد لحكم آخر المسالة اي ارتباط المحتال بالمحال عليه.

ضمن الوكيل: هذا يشير بكون الباب بمنزلة الوكالة فلا يعتبر قبول المحال عليه فذكره تمهيد كما ذكرنا.

للغرور: (واستشكل الخوئي (قدس سره) بمنع ذلك صغرىً وكبرىً لعدم صدقه فيما كان عازماً على الردّ ثم بدا له أو اعتقد ان المالك يدفع الحق الى غريمه، والكبرى لعدم الدليل، وفيه: اما الكبرى فقد مضى سابقاً واما الصغرى فلعدم دخالة القصد في صدق الغرور فانه بمنزلة التوهين يصدق حتى مع عدم القصد، وفاقاً في صدق الغرور هنا للبروجردي (قدس سره) واكثر المحشين).

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب النكاح)

النكاح مستحبّ في حدّ نفسه بالاجماع والكتاب والسنّة المستفيضة بل المتواترة قال الله تعالى: ﴿وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم﴾ وفي النبويّ المرويّ بين الفريقين «النكاح سنّتي فمن رغب عن سنّتي فليس منّي» وعن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام قال: تزوّجوا فان رسول الله قال من احبّ أن يتبع سنتي فانّ من سنّتي التزويج وفي النبوي ما بني بناء احبّ إلى الله تعالى من التزويج وعن النبي صلى الله عليه وآله من تزوّج إحرز نصف دينه فليتّق الله في النصف الآخر بل يستفاد من جملة من الاخبار استحباب حبّ النساء ففي الخبر عن الصادق عليه السلام من اخلاق الانبياء حبّ النساء وفي آخر عنه عليه السلام ما اظنّ رجلاً يزداد في هذا الامر خيراً

كتاب النكاح

احرز نصف دينه: وهو المربوط برعاية شهوته الفرجيّة وبقي عليه ما يرتبط بشهوته البطنية ولم يشر الى ما يرتبط باللسان لكونه كالآلة الواسطة فان الكلام كلاً واسطة لا استقلال له، وقد ذكر في حديث اللقلق والقبقب والذبذب لكون النظر فيه بموانع الطريق الاساسية ولو آلة، وفي الحديث بعض احتمالات أخر (مثل ان شهوة الفرج بقدر شهوة البطن والكلام معاً كماً، ومثل ان النصف هو الشهوة الطبيعية والنصف الآخر هو التحريكية، راجع في الحديث هذا وغيره مما ذكره الماتن الابواب ١ و٢ و٣ و١١ مقدمات نكاح الوسائل).

حب النساء: لعل النظر في الحديث الى غير جهة الشهوة الخاصة كالانس بهنّ من جهة غلبة العاطفة عليهن، كما ان قوة الايمان بالعاطفة والشوق وان كان بنيانه على العقل أو من جهة كونهنّ اكثر اهل الجنة كما في الحديث ٨٦/٤، وبعض روايات الباب وردت في بيان مقايسة لذّات الدنيا وان ايّها الّذ عند الناس أو واقعاً لا لبيان حبّ التكثير فتدبره جيّداً.

إلا ازداد حباً للنساء والمستفاد من الآية وبعض الاخبار انه موجب لسعة الرزق ففي خبر اسحق ابن عمّار قلت لابي عبدالله عليه السلام الحديث الّذي يرويه الناس حقٌّ إنَّ رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكى إليه الحاجة فامره بالتزويج حتى امره ثلاث مرّات قال ابو عبدالله عليه السلام نعم هو حقٌّ ثمّ قال عليه السلام: الرزق مع النساء والعيال.

المسألة ١: يستفاد من بعض الاخبار كراهة العزوبة فعن النبيّ صلى الله عليه وآله رذال موتاكم العزّاب ولا فرق على الاقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق لاطلاق الاخبار ولانّ فائدته لا تحصر في كسر الشهوة بل له فوائد منها زيادة النسل وكثرة قائل لا إله إلاّ الله فعن الباقر عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما يمنع المؤمن ان يتّخذ اهلاً لعلّ الله ان يرزقه نسمة تنقل الارض بلا إله إلاّ الله.

لسعة الرزق: من جهة احساس المسئولية فيتعب نفسه لتحصيل معاش العيال هذا بحسب الظاهر ويمكن الاشارة الى ان الرجل يجعل نفسه بالتزويج وسطاً بينه تعالى وبين العيال لرزقهم ويرزق الله تعالى لاجل عمله الوساطي وخيريته بالقياس الى العيال.

المسألة ١: تثقل الارض: (ولعمري هذا امر مهم فارجع البصر ثم ارجع الى عمل العامّة العمياء في بلادنا حيث يوصون اتباعهم بكثرة التوليد لرجاء التوازن في بلادنا مع الشيعة الحقة، ودقق النظر ايضاً الى توصية اسرائيل الغاصبة اتباعها بذلك، فالحق والحق اقول: ان التوصية في بلادنا لتقليل النسل وتحديده ليس إلاّ امراً استعمارياً يوصيه الخواصّ ايضاً عمياناً ثم العجب من بعض فضلاء العصر حيث كان يقول يجب تحديد النسل!! فالحق ان مشاكل ادارة المجتمع المزدحم لا يرجع إلاّ الى سوء التدبير في الرؤساء او خفة مستوى ثقافة افراد المجتمع وإلاّ فالماء والتراب والهواء فيها غذاء اكثر من هذا النسل المزدحم بكثير، وقد كنّا من قبل نقول: ان عقيدة «مالتوس» المسيحي ليس إلاّ جهلاً او وصاية استعمارية، وكيف كان فشرع محمد صلى الله عليه وآله مستمر الى يوم القيامة خلافاً لما عليه بعض طلبة العصر من احتمال كون كلمات النبي صلى الله عليه وآله اموراً مولوية مربوطة بعصره خاصة، فيالله وللجهالة ولو كان الامر كما يقولون لم يبق للدين عمود ولا اخضرّ عود، فيمكن القول بان الصوم ايضاً كان لعلة الغذاء في عصره صلى الله عليه وآله والصلاة كانت لضعف عقول الناس عن التوجه العارفة الى الحق تعالى وإلاّ فصرف التوجه عن معرفة يكفي، يقال: والحكم بتنصيف شهادة المرئة كان لعدم تحصيلهن العلوم في المدارس بخلاف اليوم سيما اذا كانت «ليسانسية»

.....

كما قال بعض طلبة العصر ممن لا دراية له ولا عقل، فهل لم يكن تحصيلات زينب ﷺ قدر المرئة الليسانسية اليوم؟! يقال: والحكم بالعاقلة كانت للحياة والمعيشة القبائلي في السابق، كما كان يقوله ذلك المتصدي للفتوى في بعض مجلات اليوم ولم يدر انه كان كذا على الفرض قبل الاسلام فهل كان في المدينة عند حكومة النبي ﷺ كذا افرضه، فهل كان زمان الكاظم ﷺ في حكومة هارون كذا؟

ويقال لا عدّة على من تقلع رحمها، وقد يقال: وكذا على من يصرف الحبّ لمنع تكون الولد، ولم يفهم ان حكمة العدة لم تكن صرف ذلك بل لعل الشارع لا يرضى باختلاط المرئة بكل رجل في كل دقيقة وساعة، واما اليائسة فلا يتحقق ذلك بنفسه نوعاً، ويقال: حرمة الربا مربوطة بذلك العصر المستثمر فيه الاغنياء للفقراء والآن البنوك ملّية على طريق سوسياليزم!! ولم يفهم ان الشخص المراجع الى البنك بالاخرة ينهدم بالربا ويسجن لتاديّه الربا. وكم وكم وكم يقال من هذه الاراجيف الهادمة للدين الحنيف نعوذ باللّه تعالى والشكوى اليه تعالى واسواء من ذلك كله ما يقال من جواز قتل الاولاد الناقص خلقتهم عقلاً ويقولون ليس لهم رشد انساني بل نباتي فقط ولم يفهم ان ملاك الحياة والقتل هو الجهة الحيوانية لا الشعور العقلاني سيما الكامل منه، فهل ترى ذلك الطفل لا يتوجّع اذا ضرب؟!

اعاذنا اللّه تعالى من كل ذلك، وحينئذ فما معنى قوله ﷺ: شرع محمد ﷺ مستمر الى يوم القيامة؟!

والاصل في ذلك كله حبّ الشهرة ويريدون بذلك الاشتهار بالعلم والشجاعة مع انه لا علم لهم ولا شجاعة، الشجاعة قبال الحكومات الاستبدادية ـ كما كنا في السجون ومبعدين ومعذّبين ـ أو قبال الاحكام الدينيّة، هداهم اللّه تعالى ان امكن فكم ضاق صدري من هذه الاقاويل الفاسدة، نشكو الى ولي امرنا، ويلزم ان اوصي الطلاب الكرام بأن الفقه ليس علماً عقلياً محضاً حتى يحصل بصرف الاحتمال ويذهب كل الى توهمه بل هو علم نقلي أو نقلي وعقلائي حفظنا اللّه تعالى عن السقوط الى الاوهام.

والاسوء من الاسوء ما صرّح به بعض الطلبة، ولعله صار استاذاً في بعض

المسألة ٢: الاستحباب لا يزول بالواحدة بل التعدّد مستحب ايضاً قال تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم او المنقطع بل المستحبُ أعمّ منهما ومن التسريّ بالاماء.

المسألة ٣: المستحبّ هو الطبيعة اعمّ من ان يقصد به القربة أولا نعم عباديّته وترتّب الثواب عليه موقوفة على قصد القربة.

المسألة ٤: استحباب النكاح إنما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته واما بالنظر إلى الطواري فينقسم بانقسام الاحكام الخمسة فقد يجب بالنذر او العهد او الحلف وفيما إذا كان مقدّمة لواجب مطلق او كان في

الجامعات الحديثة من ان كون النبي ﷺ خاتم المرسلين معناه عدم حاجة الناس الى النبي والرسول اصلاً لبلوغ عقلهم!! فهل هو مسلم مع عدم رسول له عندئذ؟! الم يعلم ان خاتم الاوصياء اذا ظهر يكمل عقول الناس كما صرّح في الحديث، وحينئذ فالمهدي عجّل الله تعالى فرجه لا يروّج دين الخاتم ﷺ!؟!).

المسألة ٢: التعدد مستحب: في استحباب التعدد مطلقاً اشكال (وفي الاستدلال بالآية اشكال فانها في مقام التجويز لتسهيل رعاية اليتامى فراجع تفسير الآية. نعم، روى العيّاشي في التفسير استدلال ابي عبدالله ﷺ بالآية على عدم الاسراف في النساء، لكنها مرسلة، وهناك روايات تدل على ان كثرة الطروقة من علائم المؤمن ومن سنن المرسلين كما ورد ان من جمع من النساء ما لا ينكحها فزنت احديهن فالاثم عليه، ولا يبعد ان يستفاد من مجموع الادلة ان استحباب كثرة الطروقة وان تعدد اتخاذ النساء انما هما لمن يرى نفسه محتاجة الى ذلك ولو كان تكثير طروقه المرئة الواحدة يكفيه فلا يستحب له التعدد، وان كان عنوان الوسائل استحباب كثرة الزوجات والمنكوحات، لكن روايات ذيل العنوان لا تدل على المطلوب وعمل النبي ﷺ والائمة ﷺ لعله كل لجهة عارضة وكذا في الاماء، نعم في المنقطعة لعل الاستحباب ثابت دائماً سيما لردّ نظر الثاني الطريد).

المسألة ٣: عباديته: أي وقوعه اطاعة له تعالى فاطلاق العبادة عليه بالمعنى الاعم لا الخاص كالصلاة والطواف.

المسألة ٤: بالنذر: (والاستاذ (قدس سره) يكرّر هنا مذهبه في ذلك ويقول: المنذور لا يصير واجباً بل الوفاء بالنذر واجب والخارج ليس ظرف تعلق الوجوب، وفيه ما مرّ

تركه مظنّة الضرر أو الوقوع في الزنـاء أو محرّم آخر وقد يحرم كما إذا أفضى إلى الاخلال بواجب من تحصيل علم واجب او ترك حقّ من الحقوق الواجبة وكالزيادة على الاربع وقد يكره كما إذا كان فعله موجباً للوقوع في مكروه وقد يكون مباحاً كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها وبالنسبة إلى المنكوحة أيضاً ينقسم إلى الاقسام الخمسة فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوّجها او يبتلي بالزناء معها لولا تزويجها والمحرَّم نكاح المحرَّمات عيناً او جمعاً والمستحبّ المستجمع للصفات المحمودة في النساء والمكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء ونكاح القابلة المربّية ونحوها والمباح ما عدا ذلك.

المسألة ٥: يستحبّ عند إرادة التزويج أمور منها الخطبة ومنها صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرئة وخطبتها والدعاء بعدها بالمأثور وهو «اللّهمّ إنّي اريد ان أتزوّج فقدّر لي من النساء اعفّهنّ

كراراً من ان النذر حيثية تعليليّة لا تقييديّة والمنذور يجب بالنذر والوفاء ليس إلاّ اتيانه، وقوله الخارج ليس ظرف الوجوب لا يرتبط بالمقام فلا نقول بوجوب الواقع خارجاً بل نقول بوجوب ايجاده كسائر الطبائع المتعلقة للاحكام).

أو الوقوع في الزنا: صرف مظنة ذلك لا يوجب ذلك مالم يطمئن به، نعم في الضرر الموضوع هو الخوف الحاصل من الظن ايضاً.

الاخلال بواجب: ولم يكن النكاح واجباً عليه وإلاّ فيلاحظ الاهم.

كالزيادة على الاربع: هي محرمة وضعاً لا تكليفاً وكذا نكاح المحرمات عيناً او جمعاً.

مباحاً: مراده الاعم من الاباحة الاصطلاحية والتهاترية.

المسألة ٥: **يستحب**: لا بأس برعاية ما ذكره (قدس سره) في هذه المسائل من المستحبات والمكروهات رجاءً (للاشكال في مستند غير واحد منها، والظاهر ان اكثرها امور ارشادية رعايتها نافعة للمتزوج لا احكام مولوية، نعم بعضها مستحب قطعاً متفق بين الشيعة والسنة كالوليمة، وفي الباب امور أخر لم يذكرها الماتن (قدس سره) فليراجع الوسائل والمستدرك ابواب مقدمات النكاح وآدابه، وفي بعضها الروايات المتخالفات مثل تزويج الاقارب ففي رواية الجعفريات ١/ ١٧ المستدرك: «لا خيل كالدهم ولا امرأة كبنت العمّ». وروى العلامة في التذكرة عن النبي ﷺ: «لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخرج ضاوياً اي نحيفاً»).

فرجاً واحفظهنّ لي في نفسها ومالي واوسعهنّ رزقاً واعظمهنّ بركة وقدّر لي ولداً طيّباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي» ويستحبّ ايضاً ان يقول: افرزت بالّذي اخذ الله إمساك بمعروف او تسريح بإحسان «و منها» الوليمة يوماً او يومين لا ازيد فانه مكروه ودعاء المؤمنين والاولى كونهم فقراء ولا بأس بالاغنياء خصوصاً عشيرته وجيرانه واهل حرفته ويستحبّ إجابتهم واكلهم ووقتها بعد العقد او عند الزفاف ليلاً او نهاراً وعن النبيّ ﷺ لا وليمة إلّا في خمس: عرس او خرس او عذار او وكار او ركاز، العرس التزويج والخرس النفاس والعذار الختان والوكار شراء الدار والركاز العود من مكّة» و منها» الخطبة امام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاة على النبيّ ﷺ والائمّة عليهم السلام والوصيّة بالتقوى والدعاء للزوجين والظاهر كفاية اشتمالها على الحمد والصلاة على النبيّ وآله ولا يبعد استحبابها امام الخطبة ايضاً «و منها» الاشهاد في الدائم والاعلان به ولا يشترط في صحّة العقد عندنا «ومنها» إيقاع العقد ليلاً.

المسالة ٦: يكره عند التزويج أمور «منها» إيقاع العقد والقمر في العقرب أي في برجها لا المنازل المنسوبة إليها وهي القلب والاكليل والزبانا والشولة «ومنها» إيقاع يوم الاربعاء «ومنها» إيقاعه في أحد الايّام المنحوسة في الشهر وهي الثالث والخامس والثالث عشر والسادس عشر والحادي والعشرون والرابع والعشرون والخامس والعشرون «ومنها» إيقاعه في محاق الشهر وهو اللّيلتان او الثلاث من آخر الشهر.

المسالة ٧: يستحبّ اختيار امراة تجمع صفات: بان تكون بكراً، ولوداً، ودوداً، عفيفة، كريمة الاصل بان لا تكون من زناء او حيض او شبهة او ممّن تنال الالسن آباءها او أمّهاتها او مسّهم رقٌّ او كفر او فسق معروف وان تكون سمراء عيناء عجزاء مربوعة طيّبة الريح ورمة الكعب جميلة ذات شعر صالحة تعين زوجها على الدنيا والآخرة عزيزة في اهلها ذليلة مع بعلها متبرّجة مع زوجها حصاناً مع غيره

ايقاع العقد ليلاً: ظاهر الدليل استحباب كون الزفاف ليلاً لا العقد (فراجع فلعله الظاهر من روايات الباب ٦٢ مقدمات النكاح).

المسالة ٦: والقمر في العقرب: يستفاد من ذيل رواية العيون ٣/ ٥٤ و ١/ ٦٣ ان اثر السوء في ذلك وكذا في المحاق في الدخول لا العقد، والاحتياط حسن.

وايقاع يوم الاربعاء: ظاهر رواية الكافي ١/ ٣٩ مقدمات النكاح كراهة الدخول ليلة الاربعاء.

المنحوسة: لم يثبت دليلها لكن الرعاية في هذا المهم حسن.

المسالة ٧: يستحب: لعل الروايات ارشادية لبقاء الوداد في البيت.

فعن النبيّ ﷺ إنّ خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلها المتبرّجة مع زوجها الحصان على غيره الّتي تسمع قوله وتطيع امره وإذا خلا بها بذلت له ما يريد منها ولم تبذل كتبذّل الرجل ثمّ قال: الا أخبركم بشرار نسائكم الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلها العقيم الحقود الّتي لا تدرع من قبيح المتبرّجة إذا غاب عنها بعلها الحصان معه إذا حضر لا تسمع قوله ولا تطيع امره وإذا خلا بها بعلها تمنّعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها لا تقبل منه عذراً ولا تغفر له ذنباً، ويكره اختيار العقيم ومن تضمّنته الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة الّتي يجمعها عدم كونها نجيبة ويكره الاقتصار على الجمال والثروة ويكره تزويج جملة أخرى «منها» القابلة وابنتها للمولود «ومنها» تزويج ضرّة كانت لأمّه مع غير أبيه «ومنها» أن يتزوّج أخت أخيه «ومنها» المتولّدة من الزناء «ومنها» الزانية «ومنها» المجنونة «ومنها» المرأة الحمقاء أو العجوزة وبالنسبة إلى الرجال يكره تزويج سيّئ الخلق والمخنّث والزنج والاكراد والخزر والاعرابيّ والفاسق وشارب الخمر.

المسألة ٨: مستحبّات الدخول على الزوجة أمور «منها» الوليمة قبله أو بعده «ومنها» أن يكون ليلاً لانه أوفق بالستر والحياء ولقوله ﷺ زفّوا عرائسكم ليلاً وأطعموا ضحىً بل لا يبعد استحباب الستر المكاني ايضاً «ومنها» أن يكون على وضوء «ومنها» أن يصلّي ركعتين والدعاء بعد الصلاة بعد الحمد والصلاة على محمّد وآله بالألفة وحسن الاجتماع بينهما والاولى المأثور وهو «اللّهمّ ارزقني ألفتها وودّها ورضاها بي وارضني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وأنفس ائتلاف فانّك تحبّ الحلال وتكره الحرام» «ومنها» أمرها بالوضوء والصلاة أو أمر من يامرها بهما «ومنها» أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها «ومنها» أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول «اللّهمّ بامانتك اخذتها وبكلماتك استحللتها فان قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقيّاً من شيعة آل محمّد ﷺ ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً» او يقول: «اللّهمّ على كتابك تزوّجتها وفي امانتك اخذتها وبكلماتك استحللت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان» ويكره الدخول ليلة الاربعاء.

الزنج: روايات كراهة التزويج مع هؤلاء الاقوام لعلها قضايا خارجية مربوطة بالموجودين في تلك الازمنة لاكل منتسب اليهم في كل زمان مع ان بعض اسنادها ضعيفة كالوارد في الاكراد والخوز، وحيث ان الامر استحبابي أو ارشادي فلا يهمّنا البحث ولعل في هذه الاقوام بعض خصوصيات استعداداً دائماً وان امكن الاصلاح بالتعليم.

المسألة ٩: يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الاذن ولو بشاهد الحال إن كان عاماً فللعموم وإن كان خاصاً فللمخصوصين وكذا يجوز تملّكه مع الاذن فيه أو بعد الاعراض عنه فيملك وليس لمالكه الرجوع فيه وإن كان عينه موجوداً ولكن الاحوط لهما مراعاة الاحتياط.

المسألة ١٠: يستحبّ عند الجماع الوضوء والاستعاذة والتسمية وطلب الولد الصالح السويّ والدعاء بالمأثور وهو ان يقول «بسم الله وبالله اللهم جنّبني الشيطان ما رزقتني» أو يقول: «اللهم بامانتك أخذتها» الى آخر الدعاء السابق أو يقول: «بسم الله وبالله الرحمن الرحيم الّذي لا إله إلّا هو بديع السموات والارض اللّهمّ إن قضيت منّي في هذه اللّيلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظّاً واجعله مؤمناً مخلصاً مصفّى من الشيطان ورجزه جلّ ثناؤك» وأن يكون في مكان مستور.

المسألة ١١: يكره الجماع ليلة خسوف القمر ويوم كسوف الشمس وفي الليلة واليوم الّذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء واليوم الذّي فيه الزلزلة بل في كلّ يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة وكذا يكره عند الزوال وعند غروب الشمس حتّى يذهب الشفق وفي المحاق وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال وبين الأذان والاقامة وفي ليلة الاضحى ويكره في السفينة ومستقبل القبلة ومستدبرها وعلى ظهر الطريق والجماع وهو عريان وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة وعلى الامتلاء والجماع قائماً وتحت الشجرة المثمرة وعلى سقوف البنيان وفي وجه الشمس إلّا مع الستر ويكره أن يجامع وعنده من ينظر إليه ولو الصبيّ الغير المميز وأن ينظر إلى فرج الامرأة حال الجماع والكلام عند الجماع إلّا بذكر الله تعالى وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله أو شيء من القرآن ويستحبّ الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة ويوم الخميس عند الزوال ويوم الجمعة بعد العصر ويستحبّ عند ميل الزوجة إليه.

المسألة ١٢: يكره للمسافر أن يطرق اهله ليلاً حتّى يصبح.

المسألة ١٣: يستحبّ السعي في التزويج والشفاعة فيه بارضاء الطرفين.

المسألة ١٤: يستحبّ تعجيل تزويج البنت وتحصينها بالزوج عند بلوغها فعن ابي عبد الله عليه السلام من

المسألة ٩: **بعد الاعراض**: (وفاقاً للاكثر خلافاً للخوئي (قدس سره) وقد مرّ انه مخرج عن الملك عند العقلاء ولم يردع عنه فلو اخذه آخذ ثم رجع المالك فليس له، وفي بعض روايات في ٣٦ ابواب ما يكتسب ما يدل على النهي عن الاكل واخذ ما ينثر لكن الظاهر منها الكراهة ولحاظ الشرف وعزّ المؤمن).

المسألة ١٤: **تعجيل**: إلّا ان يعارضه مصلحة اخرى ولو بحسب الزمان.

سعادة المرء أن لا تطمث ابنته في بيته.

المسألة ١٥ : يستحبّ حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلّا لضرورة ولا يدخل عليها احد من الرجال.

المسألة ١٦ : يكره تزويج الصغار قبل البلوغ.

المسألة ١٧ : يستحبّ تخفيف مؤنة التزويج وتقليل المهر.

المسألة ١٨ : يستحبّ ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

المسألة ١٩ : يجوز للرجل تقبيل ايّ جزء من جسد زوجته ومسّ أيٍّ جزء من بدنه ببدنها.

المسألة ٢٠ : يستحبّ اللبث وترك التعجيل عند الجماع.

المسألة ٢١ : يكره المجامعة تحت السماء.

المسألة ٢٢ : يستحبّ إكثار الصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله.

المسألة ٢٣ : يستحبّ خلع خفّ العروس إذا دخلت البيت وغسل رجليها وصبّ الماء من باب الدار إلى آخرها.

المسألة ٢٤ : يستحبّ منع العروس في أسبوع العرس من الالبان والخلّ والكزبرة والتفّاح الحامض.

المسألة ٢٥ : يكره اتّحاد خرقة الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع.

المسألة ٢٦ : يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر إلى وجهها وكفّيها وشعرها ومحاسنها بل لا يبعد جواز النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها وإن كان الاحوط خلافه ولا يشترط أن يكون ذلك بإذنها

المسألة ١٥ : حبس المرئة : إلّا ان يعارضه جهات أخر فانه حينئذ قد يحرم كما اذا لم يمكن لها معرفة الاحكام الشرعية حينئذ، وكذا بعض العلوم الواجبة بالكفاية على الجميع قبل قيام من يكتفى به وكذلك اذا اوجب ذلك ضرراً على سلامة المرئة جسماً او نفساً او ضيقاً عليها بحيث يوجب انصرافها عن اساس الدين كما قد يتفق ذلك.

المسألة ١٦ : يكره تزويج الصغار : وقد يحرم بالعوارض والموارد مختلفة.

المسألة ٢٤ : الكزبرة : (اي : كشنيز كما في بعض كتب اللغة، ويقال : جلجلان ايضاً).

المسألة ٢٦ : ومحاسنها : لا يبعد ان يكون المراد من المحاسن في معتبرة غياث ٨/٣٦ هو الوجه والكفان ومثل ذلك كالرقبة والساق والمعصم والشعر ولا دليل على اكثر من ذلك. فالاحوط لو لم يكن اقوى الاقتصار على هذه المذكورات (وفاقاً للخوئي والبروجردي وغير واحد وخلافاً للنجفي والبهبهاني والاستاذ، وأما رواية مسعدة ١٢/٣٦ فضعيفة مع ان المذكور فيها هو المحاسن فقط كما في رواية غياث ولا

ورضاها نعم يشترط ان لا يكون بقصد التلذُّذ وإن علم انه يحصل بنظرها قهراً ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض وهو الاطّلاع على حالها بالنظر الاوّل ويشترط ايضاًان لا يكون مسبوقاً بحالها وان يحتمل

دليل على ارادة العموم اللغوي اي كل مظهر الجمال في البدن حتى البطن وحواليه. وفي رواية عبدالله بن الفضل: «شعرها ومحاسنها» لكنها ضعيفة ايضاً مع ان المستفاد منها الاوسعية من الشعر لا الشمول المذكور.

وأما الساق فلا بأس فانه من المحاسن ويعلم به حسن البدن مع التصريح به في شراء الامة وهنا اولى لشرائها باغلى الثمن لتعلق المهر كيف كان مع ثبوت الخيار في الامة الى ثلاث ايام وهو بنفسه يوجب الارتياح، وكذا المعاصم مع ذكرها في صحيح هشام ٢/٣٦ وكذا الشعر مع ذكرها في صحيح هيثم ٧/٣٦ وأما عموم البدن كما قال به الماتن تبعاً للجواهر نظراً الى اطلاق ١/٣٦ : «... اينظر اليها؟ قال: نعم، انما يشتريها باغلى الثمن» ففيه مالا يخفى فان المراد من التعليل فيها دفع الغبن لا تعبد شرعي بالجواز والغبن يندفع بالمذكورات مع امكان ادعاء ان النظر الى جميع البدن امر مستنكر عرفاً وخلاف المرتكز ولو كان جائزاً لزم التصريح ليفهم. ولو فرض الاطلاق في بعض الروايات فيكفي في تقييده امثال صحيح هشام: «لا بأس ان ينظر الى وجهها ومعاصمها» فان القيد ظاهر في دخالته في الحكم، وموثق يونس ١/٣٦ : «... تحتجز ثم لتقعد... تقوم...» الخ. وأما النظر الى الخلف ٣/٣٦ فالمراد هو الحجم، بل وكذا المراد من ترقيق الثياب ١١/٣٦ ولذا لم يقل ترقيق الثوب فالمراد تخفيف الثياب ليعلم الحجم.

وكيف كان فالأحوط لو لم يكن اقوى هو الاقتصار على المذكورات بل من الظاهر ان الفتوى بالجواز يحتاج الى جرئة توجد فقط في بعض متفقي العصر من الشجعان الذين لا خوف لهم عن سخط مبادي الوحي وان كان هذه شجاعة فليست لنا هذه).

بقصد التلذذ: (وهو واضح بعد ان الجواز على خلاف الادلة العامة تخصيصاً والتخصيص ورد لقصد التزويج، منحصراً بحسب ظاهر الادلة فلا يجوز حتى مع اشتراك القصد).

مسبوقاً بحالها: بحيث لا يحتاج الى اختبار جديد يدفع به الغبن.

اختيارها وإلاّ فلا يجوز ولا فرق بين ان يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص او كان قاصداً لمطلق التزويج وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار وإن كان الاحوط الاقتصار على الاوّل وايضاً لا فرق بين ان يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امراة تنظر إليها وتخبره اولا وإن كان الاحوط الاقتصار على الثاني ولا يبعد جواز نظر المراة ايضاً إلى الرجل الّذي يريد تزويجها ولكن لا يترك الاحتياط بالترك وكذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءه وإن كان بغير إذن سيّدها والظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه فلا يشمل الوكيل والوليّ والفضوليّ وأما في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

لمطلق التزويج: اذا احتمل اختيارها بالخصوص (وهذا القيد احسن من ردّ ذلك كما فعل الخوئي (قدس سره) لعدم الفرق بين قصد الاطلاق واحتمال انطباق المطلق على هذه او قصدها خاصّة. نعم، ظاهر الروايات المورد الخاص لكن الدقة تعطي جواز الاعم اذ المراد من: «... يريد تزويجها ...» في الروايات ليس الارادة الحتمية وإلاّ لما احتاج الى النظر بل الارادة على فرض الرضا بالجمال وهذا بعينه يجري في المطلق اذا اراد التزويج ان رضى بجمالها، نعم لا ريب ان ذلك وان جاز، لكنه من موارد الفتنة ومصيد الشيطان لابد ان يدقق النظر لئلاّ يتجاوز قصده عن الجائز المحدود اي قصد التزويج واقعاً).

نظر المرئة ايضاً: فيه اشكال قوي إلاّ بالمتعارف من الراس والوجه والكفين وهو جائز في غير المقام ايضاً. (لعدم اقتضاء الدليل بل عدم التعرض في هذه الادلة الكثيرة مع كون ذلك متوقعاً بمعنى انه لو كان جائزاً مع انه خلاف الارتكاز لزم تذكاره. بل تقييد الحكم بالرجل في الجواز ظاهر في عدم جريانه في المرئة، مع الفرق ايضاً بثبوت المهر على الرجل كيف كان بعد العقد. وأما البضع فيقابل بالمال لا الرجل، مع ان خصوصيات الرجل على قدر ما يجوز من المرئة تقريباً غير الساق من الوجه والكفين والراس تعلم بالمتعارف وهذه كافية في استكشاف ما يراد من الرجل. نعم، في زماننا ظهرت فرقة عمياء عن مباني الفقه تطمئن بأدنى شيء بالغاء الخصوصية، نقول لهم: صرّح الصادق عليه السلام بارجاع الدعاوى الى رجل كذا وكذا، يقولون: تلغى خصوصية الرجل كما تلغى في: اذا شك الرجل بين الثلاث والاربع، ولم تتنبه بان ذلك مقطوع عند الكل وهنا مشكوك بل مقطوع عدم الالغاء عند الكل او الجلّ فكيف يقطع بالغاء الخصوصية. عصمنا اللّه تعالى من الزلل؟!).

المسألة ٢٧ : يجوز النظر إلى نساء أهل الذمّة بل مطلق الكفّار مع عدم التلذّذ والريبة اي خوف

المسألة ٢٧ : مطلق الكفار : (لاستفادة التعميم من تعليل : «لا حرمة لنساء اهل الذمة ... »الخ . ونفي الحرمة لغيرهن بالاولوية . ولو بني على عموم التعليل في صحيح عباد : «لانهم اذا نهوا لا ينتهون» شملهم ايضاً، فالدليل اما الغاء الخصوصية عرفاً عن حكم اهل الذمة وقد اجاز الشارع كما في معتبر السكوني ١/١١٢ مقدمات النكاح مؤيداً برواية ٢/١١٢ مقدمات النكاح واما عموم التعليل في ١/١١٣ : «... لانهم اذا نهوا لا ينتهون» ولا يبعد اعتبار الحديث باعتبار قائد عباد بن صهيب وان كان هو غير موثق عند الجواهر والحكيم و... بل الظاهر انه ثقة لتوثيق النجاشي وتبعه العلامة فيه، هذا واما الاستدلال للجواز بانهن مماليك الامام أو المسلمين كما قد يظهر من الشرائع وغيره نظراً الى صحيح ٢/٢ ما يحرم باستيفاء العدد : ... «انّ اهل الكتاب مماليك للامام» مؤيداً برواية زرارة ١/٤٥ العدد وصحيح ابي ولاد ١/١ العاقلة . ففيه ان من الظاهر عدم العمل بمضمونه وإلاّ لعارض ادلة الجزية واحترامهم مالاً وعرضاً باداء الجزية ودليل ثبوت الدية في قتلهم لا اداء القيمة الى مولاهم اي الامام).

مشكل : لا اشكال فيه بعد صحة سند الحديث وعدم ثبوت الاعراض (فالدليل يخصّص آية الغضّ كالفرع السابق، لكن يبقى في النفس شيء وهو ان المذكورين في صحيح ١/١١٣ اهل تهامة والاعراب واهل السواد والعلوج، والظاهر انهم اما ضعفاء العقول لبعدهم عن تربية الاسلام أو ضعف الاستعداد أو كونهم حديثي العهد بالاسلام، والعلوج لعلّهم الكفار، وشمول الحديث لاهل الثقافة الحديثة الذي لا يعتنون بالحجاب لعدم اعتناهم بالاحكام عمداً بعيد سيما وان المذكور في ذيل الحديث المجنون ونحوه فالاحتياط حسن وان كان عموم التعليل حجّة.

مع عدم التلذذ والريبة : (الريب هو الزيغ والاضطراب اي التزلزل والفتور، فهو غير خوف الافتتان، فلعل الريب اقرب الى السقوط ودليل التقيد به، وكذا خوف الفتنة، آية حفظ الفروج كما استدل الخوئي (قدس سره) وهو واضح، واما التلذذ فيمكن الاستدلال عليه بأن المتيقن من الاستثناء من عموماتحرمة النظر اصل النظر لا التلذذ فيه ـ إلاّ ان يستشكل في العموم بعدم الدليل ويأتي في مسألة٣١ ـ وليس المستثنى منه النظر مع اللذة حتى يؤخذ بذلك في المستثنى ايضاً بل اصل النظر، وهذا وجيه لم

.....

ارَ من تعرض له، ويؤيده ذيل صحيح عباد بن صهيب ١/١١٣ ... ما لم يتعمد ذلك، وكذا صحيح يونس ١/١٢٤ والظاهر من التعمد هو التلذذ لا العمد قبال الغفلة وإلاّ لم يرتبط بصدر الحديث: «لا بأس بالنظر الى ... غير متعمد» فان النظر غير العمدي لا وجه للعقاب فيه حتى يقول لا بأس ...الخ. سيما ومختصاً بالشعر وامثاله، بل عام لجميع البدن. وهو وان ورد في المجنون والمغلوب على عقلها لكن اشتراط ذلك فيه يدل على المقام بالاولوية فان عدم التلذذ لو اشترط في المجنونة ـ والظاهر انه المراد من عدم تعمد النظر ـ مع عدم توقع التلذذ منه بحسب العادة فاشتراط ذلك في غيرها بالاولوية، إلاّ ان يقال: المجنونة لها حرمة الاسلام بخلاف اهل الذمة واذا لم يكن له حرمة فيجوز الالتذاذ لعدم دليل على الحرمة ولا دليل على حرمة مطلق الالتذاذ.

لكن المفهوم ارتكازاً سيما مع التوجه الى امثال قيد صحيح صهيب فهم تقيد الجواز بصرف النظر فقط. واستدل الخوئي (قدس سره) بآية غضّ البصر، بتقريب: «ان المراد ليس صرف النظر عن غير الزوجة والمملوكة بل حصة خاصة منها وهي خصوص الاستمتاعات الجنسية الغريزية وشؤون ذلك دون ما يرتبط بالمعاملات مثلاً اذ ليس المراد اطباق الجفون بل اشارة الى ما ذكر، وليس المراد كون اطباق الجفن مقدمة لترك النظر لكون غض البصر والنظر امران وجوديان متضادان لا معنى لكون احدهما مقدمة لترك الآخر لتساويهما في الرتبة بل ليس المراد الاطباق بل كناية عن صرف النظر في الاستمتاعات الجنسية وشؤون ذلك عن غير الزوجة والمملوكة ...» ولكن يمكن ان يقال: الغض هو الكسر والتخفيف على ما يستفاد من موارد الاستعمالات، فراجع لسان العرب، والغض من الابصار هو تحديدها وكسرها فيحرم توسعة النظر، والنظر بلا قيد وهو عبارة اخرى عن «لا تكونوا غير مبالين» وحينئذ فهو اشارة الى المبالاة باحكام الشرع، ولا يستفاد منه حكم جديد. نعم، لو ثبت شان النزول في قصة الشاب الناظر الى امرأة اعجبته حتى ضرب جبهته مسمار الجدار غفلة عن نفسه. امكن ان يقال: المراد حرمة التلذذ بالنظر، لكن يمكن ان يكون المراد على شان النزول ايضاً عدم الاستدامة اي اكسروا وخففوا ولا تداوموا. لا اصل حرمة النظر تلذذاً، وكيف كان فالاجماعات المحكية ايضاً على اشتراط عدم التلذذ كثيرة، ومع ذلك كله لا وجه

الوقوع في الحرام والاحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهنّ على عدم ستره وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الاعراب وغيرهم وهو مشكل نعم الظاهر عدم حرمة التردّد في الاسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر عليهنّ ولا يجب غضّ البصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان.

المسألة ٢٨: يجوز لكلّ من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدى العورة من مماثله شيخاً أو شاباً حسن الصورة أو قبيحها ما لم يكن بتلذّذ أو ريبة نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية والنصرانية

لاشكال الحكيم (قدّس سرّه) في ذلك وسيأتي تتمة الكلام في المسألة ٣١).

جرت عادتهنّ: لا يلزم مراعاة ذلك في الشعور والايدي ولو كان الاظهار على خلاف عادتهن ولا يترك الاحتياط في غير ذلك بل لا يخلو عن قوة (لذكر الشعور والايدي في الحديث ١/ ١١٢ مع التعليل بعدم الاحترام، نعم في غير الشعور والايدي اذا كانت العادة على الستر لا يترك الاحتياط وان كان مقتضى نفي الحرمة الجواز كما قال الخوئي (قدّس سرّه). إلّا ان يقال: الحديث قد نفى الحرمة في خصوص الشعور والايدي وهذا اظهر).

وهو مشكل: الظاهر هو الجواز في اللاّتي لا يفقهن لقلة قوة ادراكهنّ والجواز مخصوص بالرؤوس ولو في الزائد عن العادة (لصحة رواية صهيب ١/ ١١٣، والظاهر وثاقة صهيب لكن استفادة عموم الجواز لكل من لا ينتهي ولو عناداً مشكل وان كان لفظ العلة عاماً).

في الاسواق: التردد في الاسواق لا يوجب في العادة النظر الى نساء اهل البوادي وامثالهن خاصة، وكيف كان فحكمه الجواز مع توطين النفس على عدم تعمد النظر (وأما مع عدم التوطين المذكور فالنظر الواقع بلا اختيار يعدّ اختيارياً بالمقدمة الاختيارية ـ وفاقاً للگلپايگاني (قدّس سرّه)، ومنع البروجردي (قدّس سرّه) جواز التردد حينئذ لكنه خلاف السيرة وخلاف الشريعة السمحة).

المسألة ٢٨: **يجوز**: (للسيرة والاجماع وروايات الحمّام حيث منعت من الدخول بلا مئزر لوقوع النظر على العورة فيعلم الجواز في غيرها).

بتلذذ أو ريبة: أو خوف الفتنة (في الريبة يمكن الاستفادة من آية الحفظ سورة النور كما مرّ، فان مفهوم الحفظ يوجب الحزم في موارد الريب وكذا خوف الفتنة، وأما التلذذ مع القطع بعدم خوف الفتنة والتزلزل أي الريب لو فرض الانفكاك

بل مطلق الكافرة فإنهنّ يصفن ذلك لأزواجهنّ والقول بالحرمة للآية حيث قال تعالى ﴿أو نسائهنّ﴾ فخصّ بالمسلمات ضعيف لإحتمال كون المراد من نسائهنّ الجواري والخدم لهنّ من الحرائر.

المسألة ٢٩: يجوز لكلّ من الزوج والزوجة النظر إلى جسد الآخر حتّى العورة مع التلذّذ وبدونه بل يجوز لكلّ منهما مسّ الآخر بكلّ عضو منه كلّ عضو من الآخر مع التلذّذ وبدونه.

المسألة ٣٠: الخنثى مع الأنثى كالذكر ومع الذكر كالأنثى.

اي وجود التلذذ الجنسي الغريزي بلا احتمال الابتلاء بالانزال أو الادخال أو القبلة المحرّمة فالظاهر وجود الاجماع ايضاً مع ما مرّ من التأييدات لكن هنا ليس عموم أو اطلاق يشمل حرمة النظر الى الرجال. فهل المحرم النظر بالتلذذ مطلقاً أو التلذذ الغريزي الجنسي او هو مع خوف الافتتان أو الريب؟ وجوه).

نعم يكره: (لظهور لا ينبغي في ١/٩٨ مقدمات النكاح، واعتقد الخوئي (قدس سرّه) انه ظاهر في الحرمة لكن التعليل في ذيلها ـ يصفن لازواجهن ـ يعطي الارشاد فقط الى امر اخلاقي لعدم حرمة معرفة الكافر بحال المرئة المسلمة، وفيه ما مرّ سابقاً من عدم تسلم الحرمة فان «ينبغي» ليس ظاهراً في الجواز والامكان على ما قال، بل في الحسن، ونفيه نفي الحسن لا نفي الجواز، والظاهر هو الحكم الشرعي فايجاد امر يوجب معرفة الكافر بحال المرئة المسلمة لعله امر مرغوب عنه لامكان تحقق اثر التشبيب مثلاً، ويؤيد الحكم ١/١٢٣ مقدمات النكاح رواية الخصال).

الجواري: او الحرائر بقرينة ذكر ما ملكت او خصوص الارحام بل احتمال الجواري بعيد لتلك القرينة.

المسألة ٢٩: حتى العورة: (ولا وجه لقول ابن حمزة بالحرمة في نظر الزوج الى عورتها حين الجماع نظراً الى رواية الخدري عنه ﷺ ٥/٥٩ مقدمات النكاح لضعف السند ولاستفادة ارادة امر وضعي فقط فتأمل، ولتعارضه مع ٣/٥٩ مقدمات النكاح).

المسألة ٣٠: الخنثى... كالانثى: فيه تأمل ولولا دعوى الاتفاق امكن العمل بالقرعة استيناساً بما ورد في الارث وغيره ومما ورد في نفي الحرج وفي ذكر الشريعة السهلة إلّا فيما علم قطعاً لزوم الاحتياط كالجماع مثلاً في غير الضرر بل والحرج ايضاً على وجه.

المسألة ٣١: لا يجوز النظر إلى الاجنبيّة ولا للمرأة النظر إلى الاجنبيّ من غير ضرورة واستثنى جماعة الوجه والكفّين فقالوا بالجواز فيهما مع عدم الريبة والتلذّذ وقيل بالجواز فيهما مرّة ولا يجوز تكرار النظر والاحوط المنع مطلقاً.

المسألة ٣١: لا يجوز النظر الي الاجنبية: (لظهور الآية الكريمة في حرمة ابداء الزينة ومعلوم انها لحرمة النظر بل لعل المتيقن من وجوب الغض ذلك فتأمل، وروايات حرمة النظر الى الوجه واليدين مثل صحيح فضيل ١/١٠٩ مقدمات النكاح ودليل جواز النظر الى شعر المرئة وساقها لمن يريد التزويج خاصاً ودليل اختصاص الجواز بأهل الذمة).

النظر الى الاجنبي: الى غير الوجه والكفين وما قامت السيرة عليه كالرأس والرقبة، واما فيها فالاقرب الجواز (لعدم ثبوت الاجماع وللسيرة عملاً على النظر حين التكلم والسؤال عن العلماء وغيرهم مع ان النظر ليس معلوم الحرمة وإلاّ لبانت وليس بمشتبه والاّ لسئل في الروايات فيبقى ان يكون واضح الجواز. واما آية الغض فالمراد صرف النظر وعدم الطمع، قال الخوئي: ويشهد له عموم الآية لجميع المؤمنات مع ان بعضهن اعمى، وفيه: ان الخطاب عند القدرة او عام والعجز عذر وإلاّ لورد الاشكال في سائر الآيات مثل المؤمنون... يأمرون بالمعروف... الخ. مع العجز. واما رواية حفصة وعائشة في ورود ابن ام مكتوم ٤/١٠٤ فضعيفة سنداً بارسال البرقي ورواية الطبري عن فاطمة عليها السلام: «خير النساء ان لا يرين الرجال...» الخ ٣/١٢٩ مرسلة وكذا ٤/١٢٩.

ثم المراد من استثناء ما ظهر ليس تجويز ابدائها بمعناه الخدوثي حتى يقال ما ظهر لا ابداء له بل الاستدامي وايضاً المراد ما ظهر بحسب الطبع، والابداء انما هو، للغير.

لا يقال: الاستثناء يوجب ورود ما قبل الاداة عليه كيف كان حتى في المنقطع فان المجيئ شامل للحمار ايضاً في ما جائني إلاّ الحمار اذ نقول فحينئذ فقوله تعالى: ﴿لا تاكلوا اموالكم بينكم... إلاّ ان تكون تجارة﴾ يعني فحينئذ كلوا بالباطل؟!! إلاّ ان يقال: نسلّم ذلك اذ التجارة ليست امراً توليدياً عام المنفعة للناس بل وساطة معاملية فقط ولكن فيه ان ذلك ليس شعاراً احساسياً محضاً، فان الملاك العقلائي في عدم العدّ باطلاً حاجة الناس ولا ريب في ذلك لتوزيع ما يحتاج اليه في المعيشة).

والاحوط المنع مطلقاً: بل لا يخلو من وجه، إلاّ اذا كان حرجياً او لامر اهم

.....

(وفاقاً في عدم التجويز للأكثر غير البهبهاني وغير الاستاذ في الحاشية واحتاط في التحرير، فان آية النور ٣١ تتعرض لحكمين حكم التستر والظهور في نفسه وهذا اول الآية وحكم الابداء للغير ولا يكون فيه استثناء وليس الحكم الثاني تاكيداً للاول حتى يجري فيه الاستثناء الاول ويكون في الثاني حينئذ استثناءان او يكون المستثنى منه ابداء الزينة المخفيّة. ويظهر الحكمان من بعض الروايات ايضاً فرواية زرارة ٤/١٠٩ مقدمات النكاح في الحكم الاول واستثني الخاتم والمسكة اي القُلب أي السوار، وصحيح الفضيل ١/١٠٩ ذكر الذراعين من الزينة التي يحرم ابدائها إلاّ لبعولتهن ... الخ. إلاّ ان يقال: هذا كله في تسترها لا في عدم جواز نظر الرجل اليها، لكن الانصاف عدم وجه للتستر حينئذ اذا جاز النظر. ويظهر ذلك من بعض روايات المريد للتزويج المجوزة للنظر الى الوجه واليدين فانه لو كان جائزاً مطلقاً لم يكن وجه للتقييد بارادة التزويج، وكذا روايات النظر الى الذمية معللاً بعدم الحرمة لهنّ وصحيحة الصفار تهذيب ٦: ٢٥٥ والوسائل. ط طهران سنة١٢٨٨ في مورد الاشهاد: «تنقّبت وتظهر للشهود» فقد الزم التنقب الساتر للانف فما دونه في مقام الاضطرار للشهادة وصحيح الفضيل ١/١٠٩ الوسائل.

واما رواية علي بن جعفر ص١٠٢ قرب الاسناد: عن الرجل ما يصلح ... قال: «الوجه والكف وموضع السوار» فضعيفة بعبد اللّه بن حسن. مع انها في المحرم. واما رواية عمرو بن شمر الحاكي لنظر جابر الى وجه فاطمة ٣/١٢٠ فضعيفة بعمرو بن شمر وكذا رواية ابي الجارود ٣/٨٤ المستدرك، المفسرة للذمية الظاهرة للناس بالخاتم والسوار والكحل فانها مرسلة. وأما صحيح علي بن سويد ٣/١ الوسائل: «... اني مبتلى بالنظر الى المرئة الجميلة ... لا باس اذا عرف اللّه من نيتك الصدق ...» وهي عمدة مستند الشيخ الاعظم في القول بالجواز، فالظاهر ان النظر اتفاقي لا عمدي لجلالة شان ابن سويد، واما رواية مروك ٢/١٠٩ فضعيفة سنداً، واما استدلال الحكيم(قدس سره) للجواز بمفهوم «وليضربن بخمورهن على جيوبهن» لخروج الوجه حينئذ، ففيه: ان المراد احتمالاً الاصرار على عدم بدوّ الجيب لا الاختصاص مع ان ستر الوجه يفرق عن ستر الراس في جنس الثوب في المتعارف مع ان عدم وجوب ستر الوجه اعم من جواز النظر.

المسألة ٣٢: يجوز النظر إلى المحارم الّتي يحرم عليه نكاحهنّ نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة

ولا اجماع في المسألة، وأما الآية الكريمة فقد مرّ ان الابداء للغير لا استثناء فيه والسيرة من المبالين والارتكاز منهم على المنع ايضاً ومطلقات حرمة النظر الى النساء دليل المنع مثل ٥ و١/ ١٠٤: «النظر سهم من سهام ابليس». ولا وجه لحملها على خصوص قصد التلذذ، نعم بعد التقييد بمثل ٨/ ١٠٤ في النظرة الثانية لا منع للاولى اي عدم التعمد وإلّا فاذا تعمد بالنظر الاول واستمر قدر ساعة هل يمكن القول بالجواز؟ وما الفارق بين النظر الاول والثاني، وكيف كان فالنظر التعمدي حرام بحسب الاطلاق ولو بلا تلذذ. والاستثناء غير ثابت، وايضاً رواية العلل والعيون: وحرم النظر الى شعور النساء المحجوبات بالازواج وغيرهن من النساء لما فيه من تهيج الرجال... وكذا ما اشبه الشعور. ولا ريب ان الوجه لا يقلّ عن الشعر في التهيج.

وقد مرّ تفصيل ازيد من المقام في مقدمات الصلاة في اول ج٢ من هذه المعلقات ثم ان عدم الجواز محكوم الحرج او لامر اهم كمقام الاشهاد أو احتمال الفتنة من الفئة المعارضة لحكومة الاسلام ان لم يمكن حلّ المشكل بواسطة مرئة اخرى، وقد يكون من الحرج ترك معاملة النساء للرجل الحافظ للنظر جداً بحيث يصعب تكلم النساء معه فيذهبن الى المعاملة مع رجال غير مبالين فيكون الفساد اكثر بكثير فيجوز بقدر الضرورة، وبالجملة ما اظن الجواز في غير الضرورات العرفية.

المسألة ٣٢: نسباً: (للآية في جواز ابداء الزينة لهم ولا تامل بالاختصاص بالمذكورات فيها وكذا الكلام في معتبرة السكوني ٧/ ١٠٤ مقدمات النكاح: لا باس ان ينظر الى شعر امه أو اخته أو ابنته.

ويستفاد ذلك من الروايات المتظافرة في جواز تغسيل المحارم بلا ثياب بل وكذا من وراء الثياب على ما في بعضها على ما مرّ في بحث الطهارة).

رضاها: لظهور التعليل في النص بان ولدها صارت بمنزلة ولده في ذلك (١/ ١٦ ما يحرم بالرضاع).

مصاهرة: حرمة مؤبدة ناشئة من العلقة الزوجية (بخلاف الحرمة الموقتة كاخت الزوجة كما في رواية البزنطي ١/ ١٠٧: «انها والغريبة سواء» وكذا الحرمة المؤبدة اذا كانت ناشئة من غير العلقة الزوجية كالزنا بذات البعل واللعان والطلاق تسعاً

ما عدا العورة مع عدم تلذّذ وريبة وكذا نظرهنّ إليه.

المسالة ٣٣: المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيّد إذا لم تكن مشركة او وثنيّة او مزوّجة او

وكذا الحرمة التكليفية المحضة كاليمين).

ما عدا العورة: لكن العورة في هذه المسالة ما بين السرة والركبة كما في بعض النصوص (٧/ ٤٤) نكاح العبيد والاماء، معتبرة حسين بن علوان ووثقه النجاشي، واما رواية ابي الجارود المخصصة بموضع القلادة فما فوقها والدملج فما دونه والخلخال وما سفل فهي ضعيفة سنداً وكذا رواية علي بن جعفر ص١٠٢ قرب الاسناد. المخصصة بالوجه والكف وموضع السوار).

المسالة ٣٣: مشركة: لعل الصحيح مشتركة وعدم جواز النظر اليها لوقوع النظر الى ملك الغير (فان الشرك داخل في الوثنية بالمعنى الاعم واما المشتركة فعدم جواز النظر اليها لعدم كونه داخلاً في المستثنى اي الزوجية وملك اليمين. وظاهر البروجردي (قدس سره) والاصطهباناتي والبهبهاني (قدس سرهم) وبعض آخر الجواز في المشتركة لكن الظاهر انها مشمولة للكريمة في الغض لظهورها في قصر الاستمتاعات في الزوجة وملك اليمين. ومعلوم ان هذه الامة بعضها في الملك لا كلّها).

وثنية: الاظهر جواز النظر الى المشركة والوثنية والمرتدة بل حرمة وطيها ايضاً محل اشكال (وفاقاً للخوئي وصاحب الوسائل ٦٩ نكاح العبيد والاماء. ولم يتعرض القدماء للمسالة ولذلك في دعوى الاجماع من قواعد العلامة على الحرمة مالا يخفى وكذا في دعوى المحقق الثاني الحرمة في غير الكتابي او ما فيه شبهة الكتاب. واما آية: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ آية١٠ الممتحنة، فالمراد التزويج لا مطلق الوطئ وإلّا فلابد في الشمول له من اطلاق الامساك ولو فرض ذلك لشمل التمليك ايضاً مع ان صدر الآية ايضاً مربوط بالنكاح، وحينئذ فلا مقيد للكريمة المطلقة: ﴿او ما ملكت ايمانكم﴾).

مزوجة: وكذا المعتدة بعدة الغير سيما الرجعية (لمعتبر حسين بن علوان ٧/ ٤٤ نكاح العبيد والاماء: «اذا زوج الرجل امته فلا ينظر الى عورتها...». وصحيح عبدالرحمن بن حجاج ١/ ٤٤ نكاح العبيد، والكراهة فيه لغوي هو البغض المطلق ويستفاد من اطلاقها عدم الترخيص، واما المعتدة عدة الغير فهي كالمزوجة كما

مكاتبة أو مرتدّة.

المسالة ٣٤: يجوز النظر إلى الزوجة المعتدّة بوطي الشبهة وإن حرم وطيها وكذا الامة كذلك وكذا إلى المطلّقة الرجعيّة ما دامت في العدّة ولو لم يكن بقصد الرجوع.

المسالة ٣٥: يستثنى من عدم جواز النظر من الاجنبيّ والاجنبيّة مواضع «منها» مقام المعالجة وما

في١ و١٩/٢ نكاح العبيد والاماء).

مكاتبة: بعد انعتاق شيء منها وإلّا فالاظهر الجواز، وكذا المحللة للغير قبل وطئ المحلل له اذا اريد الرجوع وطياً ونظراً (وفاقاً للگلپايگاني وافتى الخوئي (قدس سره) بحرمة النظر الى المكاتبة مطلقا والظاهر عدم اطلاق يشملها).

المسالة ٣٤: يجوز النظر: بلا التذاذ وكذا الامة. (لظهور ٥ و٣٧/٢ ابواب العدد في لزوم الابتعاد عنها ومفهومه العرفي ترك الاستمتاعات، وان الرجوع الى الزوج الاول بعد العدة. استدلّ الماتن في تتمة العروة بعدم اختلاط المياه فيه، وفيه انه حكمة لا علة كما ان العدة لا تنحصر بذلك. والامة ايضاً كذلك لصحيح مسمع ١٩/٢ فانه مطلق يشمل الوطئ بشبهة ايضاً كما ان المراد ليس حرمة خصوص الوطئ بل مطلق الاستمتاعات كما في بعض المذكورات غير الامة، وكذا صحيحة مسعدة ١٩/١ نكاح العبيد والاماء).

ولو لم يكن بقصد الرجوع: لكن اذا كان بشهوة وتلذذ يقع الرجوع قهراً على الاظهر (لصراحة صحيح علي بن رئاب ١/ ٤ ابواب الخيار وكذا صحيحه الآخر وهما في البيع لكن يظهر منه حكم المقام لعموم التعليل وهو كونه عملاً يحرم عليه لولا الرجوع. واستشكل بعض اهل العصر في اطلاق كون المطلّقة الرجعية بحكم الزوجة، يريد عدم دليل على جواز النظر بلا قصد الرجوع، وفيه: ان اطلاق دليل تجويز التزين بمرئى الزوج ينافي عدم جواز النظر ولو ان جواز التزين لمصلحة احتمال الرجوع لكنه يستلزم عرفاً تجويز النظر).

المسالة ٣٥: المعالجة: اذا صدق الاضطرار العرفي للمتعالج (لصحيح ابي حمزة ١٣٠/١ مقدمات النكاح، واما عمومات الحلّ عند الاضطرار مثل١ و١/٢ قيام الصلاة فلا تفيد في المقام لعدم افادة حكم المعالج كما ان الحكم في مشابه الضرورة كالاكراه ايضاً كذلك كما اذا اكرهت المرئة للإسفار لا يجوز للأجنبي النظر اليه).

يتوقّف عليه من معرفة نبض العروق والكسر والجرح والفصد والحجامة ونحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل بلْ يجوز المسّ واللمس حينئذٍ «ومنها» مقام الضرورة كما إذا توقّف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه أو على المسّ «و منها» معارضة كلّ ما هو أهمّ في نظر الشارع مراعاته من مراعات حرمة النظر أو اللمس «و منها» مقام الشهادة تحمّلاً أو اداء مع دعاء الضرورة وليس منها ما عن العلاّمة من جواز النظر إلى الزانيين لتحمّل الشهادة فالاقوى عدم الجواز وكذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة أو الثدي للشهادة على الرضاع وإن لم يمكن إثباتها بالنساء وإن استجوده الشهيد الثاني «و منها» القواعد من النساء اللاّتي لا يرجون نكاحاً بالنسبة إلى ما هو المعتاد له من كشف بعض الشعر والذراع ونحو ذلك لا مثل الثدي والبطن ونحوهما ممّا يعتاد سترهنّ له «ومنها» غير المميز من الصبيّ والصبية

نبض العروق: اذا كان يحتاج الى النظر أو المسّ (واستشكل بعضهم بعدم حاجة إلاّ الى المسّ لكنه قد يتحقق ذلك).

معارضة: (يريد التزاحم بالاهم كما هو واضح لا تعارض الادلة).

مع دعاء الضرورة: لا يحتاج الى هذا القيد اذا استفيد الحكم من الادلة الخاصة فيجوز في ذلك المقام مطلقاً لكنه فيما يظهر بعد التنقّب (مثل صحيح علي بن يقطين وصحيح الصفار، ذكر بعضها في ٤٣/ شهادات الوسائل وكلاهما مع حديث آخر من علي بن يقطين ـ وكانه الاول بتفاوت النسخة ـ في الوسائل المطبوع سنة ١٢٨٨ و١٣١٣. لكن الجواز بعد الجمع بين النصوص الخاصة مخصوص بالظاهر بعد التنقب).

وليس منها: ولكن اذا بنى على استدعاء الضرورة كما في المتن فلا فرق بين الموارد فالملاك هو الضرورة، نعم لا ضرورة في العادة في هذه الموارد.

كشف بعض الشعر والذراع: بل كل ما يكون مستوراً بالجلباب والخمار من الشعر كله والوجه وقدر من الرقبة وحواليها من الصدر، واما الذراع فهو منصوص بخصوصه ولو ان بعضه فقط مستور بالجلباب (فيعلم ان الكريمة: ﴿... يضعن ثيابهن...﴾ الخ، ليس المراد جميع الثياب، ففي صحيح حريز ٤/ ١١٠ في تفسير الآية: الجلباب والخمار، وفي صحيح البزنطي ١/ ١٠٧: «شعرها وذراعها». بلا تفصيل بين الحرة والامة، بل والغالب الحرّة فلا يلتفت الى تفصيل خبر الكناني بين الحرّة فالجلباب والامة فالخمار لضعف سنده).

فانه يجوز النظر إليهما بل اللمس ولا يجب التستّر منهما بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ إذا لم يبلغا مبلغاً يترتّب على النظر منهما او إليهما ثوران الشهوة.

اليهما قبل البلوغ: الى غير العورة منهما وأما العورة فلا يجوز النظر اليها اذا كان الطفل فاهماً لوجود الله تعالى والرسالة. ويجوز نظرهما الى عورة الغير لعدم التكليف ويجب على البالغ ردعهما عن النظر بشهوة على الاحوط سيما على الوليّ (النظر الى عورة المميز حرام لاطلاق دليل «عورة المؤمن على المؤمن حرام» ٤/٩ آداب الحمام بخلاف غير المميز لعدم صدق المؤمن عليه، ولا بأس بنظر غير البالغ الى عورة الغير بلا شهوة لعدم التكليف وما قاله النراقي (قدس سرّه) من استفادة تخصيص رفع القلم، من كريمة آية٥٨ النور: ﴿ليستاذنكم...﴾الخ، فيجب الاستيذان اي فيحرم النظر، وتبعه الشيخ محمدرضا الاصفهاني استاذ الاستاذ(قدس سرّهما) وفيه: ان الخطاب الى المكلفين ولا يستفاد الوجوب لغيرهم من نفس الصيغة بل بمعاونة حكم العقل بلزوم اطاعة المولى وليس في المقام بعد لحاظ رفع القلم والآية مربوطة بورود المميز على البالغين في اوقات وحالات غير مناسبة للتطلع لامكان ما يستقبح التطلع عليه.

وأما الى غير العورة فلا ريب في جواز نظرهما لعدم التكليف، وأما من المكلفين اليهما فيجوز ايضاً لعدم استفادة ذلك من «لا يبدين زينتهن ...» المستلزمة لحرمة النظر لاختصاصها بالبالغات وصريح صحيح عبدالرحمن بن حجاج ٢/١٢٦ مقدمات نكاح: «... لا تغطي راسها حتى تحرم عليها الصلاة» (اي تبلغ) وبالملازمة العرفية يظهر جواز النظر ويجوز للمرئة ابداء الزينة لغير المميز لصراحة صحيح البزنطي٣ و٤/١٢٦، ولو ان الكريمة في النور يختص بغير المميز.

وأما اذا كان النظر اليهما بشهوة فلا يجوز لاقتضاء ﴿**يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم**﴾ ذلك على ما مرّ، ويجب المنع من نظرهما الى البالغ وغير البالغ بشهوة لما مرّ في محله من حكم ما علم من الشرع مبغوضيته مطلقاً كاللواط والزنا ومقدماتهما وشرب الخمر ونحو ذلك. وظاهر صحيح البزنطي استثناء نفس النظر لا النظر بشهوة سيما وان المنع من مقتضيات الولاية، إلّا ان يقال: في الوليّ نسلم ذلك وأما غيره فلا لعدم دليل على المبغوضيّة المطلقة سيما وان المقام من الصغاير في القياس الى الكبائر).

المسألة ٣٦: لا باس بتقبيل الرجل الصبية التي ليست له بمحرم ووضعها في حجره قبل ان يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوة.

المسألة ٣٦: قبل ان: ولا يترك الاحتياط بالنسبة الى المراهقة (وفاقاً للخوئي (قدس سره) بعض اهل العصر. فان رواية ابي احمد الكاهلي: «اذا اتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك» ١/١٢٧ مقدمات النكاح ضعيفة بابي احمد، وما في الوسائل من نقلها الصدوق عن عبدالله بن يحيى الكاهلي ليس عينه فان السؤال في الاولى عن الحمل والتقبيل، والجواب بعدم الوضع في الحجر يدل بالاولوية على حكم التقبيل بخلاف الثانية لعدم تعين السؤال فيها، واجاب بعدم الوضع في الحجر، والظاهر ان هذا الحكم اي الوضع في الحجر اخلاقي بشهادة السيرة وعدم الذكر في سائر الروايات مع كثرة الابتلاء.

وأما مرفوعة زكريا المؤمن عن الصادق عليه السلام: «اذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام والغلام لا يقبل المرئة اذا جاز سبع سنين» فهي بصدد حكم غير البالغ، إلاّ ان يقال: يستفاد بالاولوية اذا كان حكم البالغ ردع غير البالغ عن هذا التقبيل فعدم جواز تقبيله بنفسه يفهم بالاولوية ولا يبعد ذلك وان كان الخوئي ردّه بذلك لكن لا يروي زكريا عن الصادق عليه السلام غالباً ولم يرو غير هذه الرواية مع ان المسالة شائعة ومحل الابتلاء، نعم الاحوط الترك لامكان رواية زكريا عن الصادق عليه السلام مع استفادة ملاكية السنّ المزبور من روايات الصوم والصلاة لكن الذي يهون الخطب ان السيرة والارتكاز لا تقبلان التحديد بهذا السنّ دقيقاً بل هو تقريبي، بل ويمكن ان يقال: لا دليل على تعدي الحكم من الغلام الى الرجل لامكان ثوران الشهوة في الاتراب اكثر، ثم يلزم هنا التنبيه لامرين:

١ـ تعبير مثل مرفوع زكريا: «... الغلام لا يقبّل المرئة اذا بلغ سبع سنين» لا يدل على مذهب الشيخ محمد رضا الاصفهاني تبعاً للنراقي في تكليف غير البالغ، اذ المفهوم عرفاً ان الحكم متوجه الى منع البالغ غير البالغ من ذلك سيما مع التوجه الى دليل رفع القلم وارتكاز المتشرعة.

٢ـ هذه المرفوعة وسائر ما ذكرنا ونذكر في هذه المسائل يدل على امكان ثوران الشهوة في غير البالغين صبياً وصبيّة فما المانع من تحديد الشارع المقدس الجارية البالغة

المسالة ٣٧ : لا يجوز للمملوك النظر إلى مالكته ولا للخصيّ النظر إلى مالكته او غيرها كما لا يجوز

تسع سنين لان من منابع الفساد العظيمة احساس حريّة الجارية مع انجذاب الرجال اليها فالقول بعدم بلوغهن بذلك وعدم تكليفهنّ لا يفيد سوى شيوع الفساد هذا مع ان مقتضى الولاية ايضاً منعها الولي عن هذه الامور ولو فرض عدم البلوغ بالتسع).

المسالة ٣٧ : للمملوك: على الأحوط وان كان الجواز أوجه (الجواز لصحيح اسحق ٦/ ١٢٤ مقدمات النكاح وصحيح معاوية ٢/ ١٢٤ والاعراض غير ثابت كما يظهر من الشهيد والشيخ. وأما صحيح يونس ١/ ١٢٤ : «لا يحل للمرئة ان ينظر عبدها الى شيء من جسدها إلاّ الى شعرها غير متعمد لذلك» فيقيد بالنسبة الى الساق ايضاً بدليل ماسبق مثل٢ و٦/ ١٢٤ والمراد بغير متعمد هو التلذذ على الظاهر لا الاتفاق بلا قصد وإلاّ لم يكن له معنى في الاستثناء بالنسبة الى الشعر، وليس كما قال الخوئي (قدس سره) من انّ كثرة وقوع النظر اتفاقاً الى الشعر في المنزل وجه الاستثناء اي لا باس بهذا النظر غير العمدي الى الشعر، اذ الاستثناء ظاهر في المتصل لا المنقطع، والمستثنى منه النظر الاختياري، ولا نريد حمل «لا يحل» على الكراهة حتى يقول الخوئي (قدس سره) بعدم امكان الجمع بين لا يحل ولا باس بل نقيّد هذا الحديث بباقي الروايات بالنسبة الى الساق، مع ان الحرج ايضاً موجود نوعاً، وأما شمول آية النور على ما قال بعض اهل العصر ففيه اشكال لاحتمال كون المراد من: «ما ملكت ايمانهنّ»، خصوص الاماء لا ما يشمل العبيد بالنسبة مولاتها ايضاً والمراد من «نسائهن» الحرائر قوياً).

للخصيّ: على الاحوط (نظراً الى قرائن تدل على ان تجويز الامام عليه السلام في صحيح بن بزيع ٣/ ١٢٥ على وجه التقية فان ابن بزيع كان مبتلى بالحكومة وقد اعرض الامام عن الجواب في ٨/ ١٢٥ والعامة موافقة للجواز، ولاعراض المشهور، واستبعاد دخول الخصيان على بنات ابي الحسن عليه السلام ولا يتقنعنّ على مافي ٣/ ١٢٥ واما الكريمة: ﴿التابعين غير اولي الاربة﴾ فلا ينطبق على الخصيّ لعدم صدق التابع إلاّ في المجنون او غير البالغ لاحتمال كون المراد التابع واقعاً لا من جهة امتثال الامر كما في المملوك والخصيّ الخادم مثلاً مع ان الروايات فسرها بالاحمق المولّى عليه فلا عبرة بقول بعض اهل العصر: «الاحمق لا خصوصية فيه» وايضاً ٢/ ١٢٥ يصرح بعدم الجواز).

للعنّين والمجبوب بلا إشكال بل ولا لكبير السنّ الّذي هو شبه القواعد من النساء على الاحوط.

المسالة ٣٨: الاعمى كالبصير في حرمة نظر المراة إليه.

المسالة ٣٩: لا بأس بسماع صوت الاجنبيّة ما لم يكن تلذّذ ولا ريبة من غير فرق بين الاعمى والبصير وإن كان الاحوط الترك في غير مقام الضرورة ويحرم عليها إسماع الصوت الّذي فيه تهييج للسامع بتحسينه وترقيقه قال تعالى «ولا يخضعن بالقول فيطمع الّذي في قلبه مرض».

المسالة ٤٠: لا يجوز مصافحة الاجنبيّة نعم لا بأس بها من وراء الثوب كما لا بأس بلمس المحارم.

على الأحوط: بل الاقوى (لعدم دليل على الجواز فيه ونقل الفاضل المقداد عن الكاظم عليه السلام ان المراد من غير اولي الاربة الشيوخ الذين سقطت شهوتهم، مرسل ومعارض بسائر الروايات).

المسالة ٣٨: نظر المرئة اليه: لكن مرّ جواز نظرها الى وجه الرجل وما قامت السيرة عليه من اليدين والرقبة بل والقدمين. (ومرّ ضعف سند ١ و٤/١٢٩ في عائشة وحفصة وابن ام مكتوم).

المسالة ٣٩: الاحوط الترك: (لنسبة القول بالحرمة الى المشهور نظراً الى كون صوتها كنفسها عورة وفيه عدم الدليل على ذلك بعنوانه، والى الروايات الناهية عن الابتداء بالسلام عليهن ١/١٣١ مقدمات نكاح، وفيه ظهور تلك الروايات في كون المانع اظهار المحبة لا نفس الكلام وقد ورد ٣/١٣٧ ان علياً عليه السلام كان (مستمراً) يسلم على النساء ويكره على الشابة منهن ...، اي حذراً من وقوع المحبة هذا مع الروايات الواردة في كيفية السلام والجواب كما في ٤/١٣١، المفيدة لجواز التسليم وايضاً ظاهر الآية كون المنهي الخضوع لا اصل القول).

بالقول: (فالآية وان كانت واردة في مقام فضيلة نساء النبي صلى الله عليه وآله لكنها ترشد الى طريق التقوى وان من طرقها عدم الخضوع بالقول فلا وجه لاشكال النجفي (قدس سره) وبعض آخر في ذلك).

المسالة ٤٠: من وراء الثوب: مع عدم قصد اللذة والريبة وخوف الفتنة وكذا في المحارم ولا يغمز كف الاجنبية حتى من وراء الثوب (اما الجواز في المحرم فلصحيح سماعة ٢/١١٥ مقدمات النكاح. وعدم الجواز في غيره إلاّ من وراء الثوب مع عدم غمز الكف مذكور في الحديث نفسه ايضاً، واما استثناء قصد اللذة وخوف الفتنة والريبة فلما مر).

المسألة ٤١ : يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام ودعائهنّ إلى الطعام وتتأكّد الكراهة في الشابّة.

المسألة ٤٢ : يكره الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلّا بعد برده.

المسألة ٤٣ : لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلّا بعد الاستيذان ولا بأس بدخول الوالد على ابنه بغير إذنه.

المسألة ٤١ : يكره: (لصحيح غياث ٢/ ١٣١ وصحيح مسعدة ١/ ١٣١ والظاهر ان تناسب الحكم اي النهي عن ابتدائهن بالسلام مع التعليل في الذيل بأنهنّ عيّ اي العجز عن التكلم اشارة الى الجهة العاطفية فيهنّ فلا يقدرون لو خلّين وانفسهن على التكلم مع الرجال حياءً ولذلك يجتنبن عن السلام أو كل كلام مع الرجال اذا بقين على حيائهن فلا تبدؤهن بالسلام فيهتك حيائهن فلا وجه لاشكال الخوئي(قدس سره) بعدم تناسب التعليل مع صدر الحديث. وظاهر الروايتين هو الحرمة لكن الارتكاز والاجماع على عدم الحرمة وأما استمرار سلام الرسول ﷺ عليهن فلعله مختص به لمقام الابوّة، بل وكذا علي عليه السلام لقوله ﷺ : انا وعلي عليه السلام ابوا هذه الامة، نعم ظاهر التعليل بالنسبة الى الشابة ان الارتباط ارتباط الاجنبي والاجنبية بلا خصوصيّة لكن هذا لا يصادم ظهور الروايتين في النهي. وأما ظهور قول علي عليه السلام في ذلك الحديث ٣/ ١٣١ في ثبوت الاجر في السلام على النساء حتى في الشابة لكنه عليه السلام يخاف الاعجاب من صوتها فلعله ايضاً مختص به فلا يدل على الاستحباب عامة خلافا للخوئي والحكيم(قدس سرهما) وتبعهما بعض اهل العصر نظراً الى استمرار سلام النبي ﷺ والولي عليه السلام).

المسألة ٤٢ : يكره: (لرواية جابر ١/ ١٢٣ لكنها ضعيفة السند، ولمعتبر السكوني ١/ ١٤٥ وظاهره الحرمة لكن السيرة على الجواز بلا اختصاص بالمحارم).

المسألة ٤٣ : لا يدخل الولد: وكذا الاجنبي كما لا اختصاص بوجود الزوجة بل الملاك كون الشخص في ساعات الخلوة واحتمال كونه في حالات مخصوصة يحترز عن اشراف الغير في العادة. وأما في غير هذه الساعات فيستحب استيذان الابن على الاب لمقام الابوة كما هو ظاهر صحيح ابي أيوب بل يجب اذا كان الدخول بلا استيذان مؤذياً له دون العكس. (اذ الدليل هو الآية الكريمة النورية، والظاهر انها لا تختص بالولد والوالد وحضور الزوجة، نعم ظاهرها الاختصاص بالعبيد

المسالة ٤٤ : يفرق بين الاطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين وفي رواية إذا بلغوا ستّ سنين.

المسالة ٤٥ : لا يجوز النظر إلى العضو المبان من الاجنبيّ مثل اليد والانف واللّسان ونحوها لا مثل السنّ والظفر والشعر ونحوها.

والاطفال لكن الدقة العرفية تعطي ان ذكرهما لتوهم عدم ضيق بالنسبة اليهما وإلاّ فالتعليل بكون الساعات عورات ظاهر في العموم بل في غيرهما بالاولوية فالمسالة جارية حتى في دخول الوالد على الولد، وأما رواية الحلبي ١١٩/٢ في لزوم استيذان الولد على الاب اذا كان عنده زوجته فهي ضعيفة سنداً بأبي جميلة، واما صحيح ابي ايوب ١١٩/١ فهو غير مربوط بساعة الخلوة بل مطلقاً والظاهر انه اخلاقي مربوط بكرامة الابوة، واستشكل آقا ضياء (قدس سره) في اصل الحكم في غير مورد تاذي الوالد نظراً الى عدم دليل باطلاقه وفيه ما مر).

ولا باس: في غير مظان حالات الخلوة بل من جهة الكرامة فقط (وصحيح الخزاز ١١٩/١ لم يذكر فيه ساعات العورات بل هو في بيان اصل لزوم كرامة الاب على الابن دون العكس فيقيد بما ذكر من استفادة العموم مما سبق في اول المسالة).

المسالة ٤٤ : يفرق: ظاهره الوجوب، لكن الظاهر عدم التزام الفقهاء بالوجوب ولا يترك الاحتياط في العاريين بل لا يخلو عن قوة (فان ظاهر صحيح عبدالله بن ميمون ١٢٠/١ وجوب التفريق ولم يقيد بالعريان لكن الظاهر اتحاد ذلك ملاكاً مع ما في حكم الرجلين أو المرتتين أو الملتحفين تحت لحاف واحد، والاظهر في تلك المسالة التقييد بالتعري، وفيه الحدّ فيجب التفريق حينئذ كما عليه الارتكاز ايضاً. واما مع اللباس فلا دليل عليه حرمة ولا كراهة لما ذكر ولو فرض ارادة الاطلاق في صحيح ابن ميمون فالحكم تنزيهي للسيرة على الجواز خلافاً لبعض الاعلام حيث يحرّم في تلك المسالة ويوجب الحدّ، لكن لا يمكن الالتزام به فان نوم غير واحد تحت لحاف كبير سيما في المزدحمات من الضيافة مما عليه السيرة حديثاً وقديماً سيما وان ذلك الاطلاق يشمل نوم الافراد تحت لحاف كراسّي الشتائية وايضاً يلزم على ذلك تخصيص ما ذكر بروايات حديث الكساء المعروف، إلاّ ان يقال: ذلك من مختصات النبوة والولاية فتامل).

المسالة ٤٥ : لا يجوز: على الاحوط في مثل اليد والرجل وكذا في الشعر اذا كان

المسالة ٤٦ : يجوز وصل شعر الغير بشعرها ويجوز لزوجها النظر إليه على كراهة بل الاحوط الترك.

متظافراً مجموعاً لا الشعرة وكذا الاصبع الواحد والانف واللسان من الاجزاء الصغار (لعدم تيقن دخالة الاتصال وان كان محتملاً قوياً فان دليل لا يجوز النظر الى وجه المرئة وبدنها يحتمل قوياً دخالة الاتصال في صدق وجه المرئة ولكن لا يقين بذلك لاحتمال كفاية الاتصال السابق في الصدق الفعلي وحينئذ فيجري الاستصحاب اذ الموضوع يؤخذ من العرف فيقال هذا كان محرّم النظر اليه والآن كما كان، فلا وجه لاشكال الخوئي (قدس سره) تبعاً للشيخ الاعظم (قدس سره) بتغاير الموضوع وتبعه بعض اهل العصر كما استشكل الخوئي (قدس سره) بأنه من الاستصحاب في الاحكام الكلية وهو لا يجريه فيها ومرّ ما في ذلك.

نعم، في مثل السن ونحوه استظهار دخالة الاتصال قويّ بحسب ارتكاز العرف وكذا الصغار من الاعضاء بخلاف الشعر المتظافر، وأما جواز النظر الى الشعر الموصول فبدليل وسياتي في المسالة بعد، ولعله نظير الاتصال بالعمل الجراحي يوجب كونه جزءً لبدن الموصول بها وفاقاً للاستاذ (قدس سره) في الشعر لكنه لم يفصّل بين التظافر وغيره والجزء العظيم والصغير كما ان الخوئي (قدس سره) قال بعدم الفرق بين اليد والشعر).

المسالة ٤٦ : ويجوز لزوجها: إلا فيما لم يعدّ جزءً من شعر المرئة الموصول بها فلا يترك الاحتياط بترك النظر اليه اذا علم كونه شعر المرئة الاجنبية المحترمة (لصيرورته حينئذ جزء بدن الزوجة حينئذ كالاتصالات في الاعمال الجراحية، نعم فيما كان منفصلاً بحيث لم يعد جزءً لبدن الثانية لا يترك الاحتياط لامكان الاستصحاب كما مرّ. وأما رواية سعد الاسكاف ٢/ ١٠١ فلا يدل على جواز العمل والنظر لعدم تيقن كون القرامل من شعر امرئة غيرها لاحتمال كونها من الصوف او شعر الحيوان او شعر نفسها وقد جزّتها قبلاً وقول الخوئي (قدس سره) بان لعن الواصلة والموصولة حينئذ لا ينطبق لعدم معنى للعن الحيوان المأخوذ منه الصوف، فيه ان اللعن ورد على الموصولة وهي المرئة هذه لا الحيوان. ويؤيد ذلك اي احتمال كون القرامل من غير المرئة الاخرى روايتا ثابت وسليمان٣ و٢/ ١٠١ الدالتان على كراهة وصل شعر امرئة غيرها بشعرها فيعلم امكان غير ذلك بل لعل المؤمنين التابعين للائمة عليهم السلام لا يفعلون ذلك ان كان غيره ممكناً. واحتاط الاستاذ والبروجردي (قدس سرهما)

المسألة ٤٧ : لا تلازم بين جواز النظر وجواز المسّ فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه والكفّين من الاجنبيّة لا يجوز مسّها إلاّ من وراء الثوب.

المسألة ٤٨ : إذا توقّف العلاج على النظر دون اللّمس أو اللّمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطرّ إليه فلا يجوز الآخر بجوازه.

المسألة ٤٩ : يكره اختلاط النساء بالرجال إلاّ للعجايز ولهنّ حضور الجمعة والجماعات.

المسألة ٥٠ : إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع وكذا بالنسبة إلى من يجب التستّر عنه ومن لا يجب وإن كانت الشبهة غير محصورة أو بدويّة فان شكّ في كونه مماثلاً اولا او شكّ في كونه من المحارم النسبيّة اولا فالظاهر وجوب الاجتناب لانّ الظاهر من آية وجوب الغضّ انّ جواز النظر مشروط بامر وجوديّ وهو كونه مماثلاً او من المحارم فمع الشكّ

مطلقاً والحق لزومه فيما لم يعد جزءً من شعرها نفسها. ولا وجه لاشكال النجفي (قدس سره) على الماتن (قدس سره) بأنه افتى في المسألة السابقة بجواز النظر الى الشعر المبان لتفاوت المسألتين من جهة).

المسألة ٤٧ : لا تلازم: اي كلياً واما في مثل الشعر الموصول فالمسّ ايضاً جائز (لبداهة اتفاق ذلك شائعاً مع عدم التعرض لذلك في دليله مع ما ذكر من صيرورته جزءً لبدن الثانية).

المسألة ٤٩ : يكره اختلاط: (ولا وجه لاستثناء الحج لعدم ضرورة الاختلاط كما ورد عدم استحباب استلامهنّ الحجر عند المزدحم ثم ان قوله: لهنّ، اي للعجائز).

المسألة ٥٠ : وجوب الاجتناب: لا يجب الاجتناب في غير المحصورة مطلقاً نظراً وتستراً بل ونكاحاً بمقدار لم يخرج الشبهة عن غير المحصورة واما البدوية فلا ينبغي ترك الاحتياط عند الشك في المماثلة والمحرمية وان كان الجواز اوجه، كما ان الظاهر هو الجواز في الشك في كون الشيء انساناً او غيره وفي موارد جريان الاستصحاب مما للموضوع بعد وجوده حالة سابقة بالنسبة الى العارض المشكوك يعمل على طبق الاستصحاب ففي الشك في حصول الرضاع والزوجية المجوزين للنظر يبني على الحرمة وفي الشك في البلوغ على الجواز ان قلنا بجواز النظر الى غير البالغ مطلقاً حتى المميز وفي الشك في التمييز يبني على الجواز مع عدم الدليل من راس على الحرمة في غير المميز لانصراف الدليل. (خلافاً للاستاذ والخوئي (قدس سرهما) في بعض ما

يعمل بمقتضى العموم لامن باب التمسّك بالعموم في الشبهة المصداقيّة بل لاستفادة شرطيّة الجواز بالمماثلة او المحرميّة او نحو ذلك فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع حتّى يكون من موارد أصل البراءة بل من قبيل المقتضي والمانع وإذا شكّ في كونه زوجة اولا فيجري مضافاً إلى ما ذكر من رجوعه إلى الشكّ في الشرط أصالة عدم حدوث الزوجية وكذا لو شكّ في المحرميّة من باب الرضاع نعم لو شكّ في كون المنظور إليه أو الناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عدم وجوب الاحتياط لإنصراف عموم وجوب الغضّ إلى خصوص الانسان وإن كان الشكّ في كونه بالغاً او صبياً او طفلاً مميزاً او غير مميّز ففي وجوب الاحتياط وجهان من العموم على الوجه الّذي ذكرنا ومن إمكان دعوى الانصراف والاظهر الاوّل.

ذكرنا اما غير المحصورة فلعدم توجه الزام من الدليل بحسب عرف العقلاء واما في البدوية عند شبهة المماثلة والمحرمية فلحصول التنويع بالتقييد في دليل وجوب الغضّ بناءً على كون المراد عدم النظر كما لعله الظاهر على خلاف ما مرّ هنا سابقاً تبعاً للخوئي(قدس سره) من كون المراد قصر النظر الجنسي والطمع الغريزي على الزوج وملك اليمين، لا نظر البصر.

لكن الاظهر حفظ الظاهر، وجهة ترجيح الغض على الغمض كون المراد قصر نظر البصر وعدم توسعة النظر لكون النظر مقدمة للفساد، والمراد من القصر معلوم لباً أي ترك النظر الى غير المحرم والمماثل ـ واذا حصل التنويع فلا يمكن التمسك به لمورد الشك كما لا وجه لاستفادة عدم الجواز من قوله تعالى: ﴿لا يبدين زينتهن﴾ الخ. نظراً الى كون وجوب التستر لحرمة النظر، بخلاف حرمة النظر حيث لا يدل على وجوب التستر، خلافاً لما قاله البهبهاني(قدس سره) من عدم الملازمة في الاولى ايضاً، لحصول التنويع ايضاً كما في آية الغض. كما لا وجه لقاعدة المقتضي والمانع المذكور في المتن لعدم دليل عليها اصلاً، كما ان الظاهر ان ما قاله السيد جمال(قدس سره) تبعاً للنائيني (قدس سره) من فهم لزوم الاحراز من نفس تعليق الجواز على المماثلة او المحرمية، عرفاً لكون ذلك من الالتزاميات العرفية من الدليل ممنوع جداً لعدم تعرض ادلة الاحكام إلاّ للواقعيّات لا موارد الشك وفاقاً للخوئي(قدس سره) كما ان ما قاله بعض اهل العصر من لزوم احراز المجوز فيما يكون طبعه الاولي على الحرمة وقال هذا حكم العقلاء، ولم يتوجه انه عين قاعدة المقتضي والمانع ففيه ما ذكرنا. وكيف كان فالظاهر الجواز وقال الاستاذ(قدس سره) بعدم الجواز في البدوية احتياطاً بل فتوىً في بعض

المسالة ٥١ : يجب على النساء التستّر كما يحرم على الرجال النظر ولا يجب على الرجال التستّر وإن كان يحرم على النساء النظر نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء ويجب عليهم التستّر مع العلم بتعمّد النساء في النظر من باب حرمة الاعانة على الاثم.

المسالة ٥٢ : هل المحرَّم من النظر ما يكون على وجه يتمكّن من التميز بين الرجل والمراة وانّه العضو الفلانيّ أو غيره أو مطلقه فلو راى الاجنبيّة من بعيد بحيث لا يمكنه تميزها وتمييز اعضائها او لا يمكنه تمييز كونها رجلاً او امراة بل او لا يمكنه تمييز كونها إنساناً او حيواناً او جماداً هل هو حرام اولا وجهان الاحوط الحرمة.

الصور عند الشك في المماثلة والمحرمية وقال لا لما في المتن فانه ضعيف ولم يبين وجه نظره (قدس سره)، وأما في الشك في كون الشيء انساناً وكذا في التمييز فالظاهر الجواز لعدم الدليل على العموم بنحو يشمل غير المميز مع وجود الاستصحاب).

المسالة ٥١ : على النساء النظر: الى غير ما جرت السيرة من الوجه والكفين وقدر من الرقبة بلا قصد الالتذاذ ومع عدم الريبة وخوف الفتنة.

حال النساء: في وجوب التستر مع احتمال وجود الناظر احتمالاً عقلائياً (كما يجب على النساء ومرّ انه مفاد «لا يبدين زينتهن إلّا ما ظهر» لا للناظر وفي قباله بل مع احتمال الناظر).

مع العلم بتعمد النساء: في غير ما يجوز او بقصد الالتذاذ ونحوه وفيما يعدّ تعاوناً وهو في غير ما قصد الاعانة ممنوع سيما اذا كان على طبق عادته الحيوي (وخلافاً للبروجردي والنجفي (قدس سرهما) حيث اعتقدا الحرمة حتى مع عدم العلم بتعمد النساء في النظر بل لوقوع النظر منهن بل كونه في معرض ذلك يكفي، وفيه عدم صدق الاعانة بصرف ذلك مع عدم القصد سيما اذا كان في مسير حياته مع عدم دليل على حرمة الاعانة مطلقاً إلّا في اعانة الظالمين في ظلمهم بل المحرّم هو التعاون وإلّا لحرم بيع الخبز من الخباز للعصاة).

المسالة ٥٢ : الاحوط الحرمة: فيما تميز كونه امرئة وان النظر واقع على البشرة وان لم يتميز العضو (لانصراف الادلة عن غير ذلك واحتاط الگلپايگاني (قدس سره) في جميع الموارد إلّا فيما يرى سواء مردد واستقوى فيما ترى البشرة وفيه اظهرية الوسط من ذلك).

(١ ـ فصل)
(فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة وفيه مسائل)

المسألة ١: الاقوى وفاقاً للمشهور جواز وطي الزوجة والمملوكة دبراً على كراهة شديدة بل الاحوط تركه خصوصاً مع عدم رضاها بذلك.

المسألة ٢: قد مرّ في باب الحيض الاشكال في وطي الحائض دبراً وإن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.

المسألة ٣: ذكر بعض الفقهاء ممّن قال بالجواز انه يتحقّق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطيها دبراً وهو مشكل لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كلّ ما هو جايز من انواع الاستمتاعات حتّى يكون تركه نشوزاً.

في احكام الدخول

المسألة ١: خصوصاً مع عدم رضاها: لا يترك الاحتياط في هذه الصورة بل عدم الجواز حينئذ أوجه (للتقييد بالرضا في معتبرة ابن ابي يعفور ٢/ ٧٣ نكاح، كما يدل على الجواز روايات اخر منها ٨/ ٧٣ الدال على عدم الاشكال ولو نذر الرجل ان لا يفعل كذا، ولا يرد اشكال الخوئي (قدس سره) بكون الحديث على خلاف الاجماع اذ مع فرض النذر كيف لا يكون عليه شيء، اذ المراد ليس عليك شيء في اصل العمل وذلك لك أي اتيان الدبر لك. وعلى الكراهة ١/ ٧٣ و ١/ ٧٢ وعلى الحرمة بعضها الاخر مثل٩ و١٠ و١١ و٥/ ٧٢.

ويدل على التقييد ايضاً عدم كون ذلك من حقوقه عليها فيكون ايذاءً محرماً، واما الكريمة: ﴿... انّى شئتم﴾ فهي بنفسها لا تدل على المطلوب لظهور كلمة «انّى» في الزمان وان كان يحتمل التعميم كما ان التعميم متعارف مفاهيم القرآن على ما يستفاد من الروايات وذكرنا اقسام تعميمه في كتابنا «علوم القرآن» وفي «شناخت قرآن» بالفارسية، لكن الاطمينان في موارد الاحكام مشكل إلّا ان يصرّح في الروايات)

المسألة ٢: الاشكال: تقدم الجواز على كراهة (ولا يصدق القرب المنهي عنه فان المراد القرب من محل الحيض اي القبل).

المسألة ٣: وهو مشكل: بل الاقوى عدم تحقق النشوز بذلك (لما مرّ من حكم ذلك عند عدم رضاها).

المسألة ٤: الوطي في دبر المرئة كالوطي في قبلها في وجوب الغسل والعدّة واستقرار المهر وبطلان الصوم وثبوت حدّ الزناء إذا كانت اجنبيّة وثبوت مهر المثل إذا وطئها شبهة وكون المناط فيه دخول الحشفة او مقدارها وفي حرمة البنت والأمّ وغير ذلك من احكام المصاهرة المعلّقة على الدخول نعم في كفايته في حصول تحليل المطلّقة ثلاثاً إشكال كما انّ في كفاية الوطي في القبل فيه بدون الانزال ايضاً كذلك لما ورد في الاخبار من اعتبار ذوق عسيلته وعسيلتها فيه وكذا في كفايته في الوطي الواجب في اربعة أشهر وكذا في كفايته في حصول الفئة والرجوع في الايلاء ايضاً.

المسألة ٥: إذا حلف على ترك وطي امرئته في زمان او مكان يتحقّق الحنث بوطيها دبراً إلّا ان يكون هناك انصراف إلى الوطي في القبل من حيث كون غرضه عدم انعقاد النطفة.

المسألة ٤: كالوطئ في قبلها: على المشهور وهو الاحوط وفي بعضها على الاقوى (لصدق العناوين الواقعة في اكثر تلك الاحكام كالجماع والوطئ وان كان للشك في بعض الاحكام مجال).

أو مقدارها: مرّ كفاية صدق الوطئ وامثاله في مقطوع الحشفة.

والام: فيما كان للوطئ دخالة كحرمة الام بزنا البنت لو قيل بها، واما المعقودة فيكفي في حرمة الام وقوع العقد على البنت.

اشكال: بل الاظهر عدم الكفاية.

بدون الانزال: الظاهر الكفاية فان الوارد في اخبارنا اعتبار ذوق الرجل عسيلتها لا العكس فانه المروي عن طرق العامة، والظاهر ان ذوقه عسيلتها كناية عن اصل لذة الجماع لا احساس مائها.

في اربعة اشهر: بل عدم الكفاية اوجه وكذا في الرجوع في الايلاء إلّا ان يكون رضاها الغريزي بذلك (لظهور الاخبار في كون ذلك للارفاق بها على العادة فلا يضرّ انحراف مزاجها ولذتها بخلاف ذلك. وكذا في الايلاء لكون الحلف فيه على ترك الوطئ ايذاءً وهو على العادة لا احتمال الانحراف. لكن الاظهر كون الملاك حالها في الغريزة فاذا رضيت بذلك كفى).

المسألة ٥: انصراف: المعتبر قصد الناذر، نعم لو قصد ما يقع تحت المفهوم فللتمسك بالانصراف وجه، وللانصراف عوامل من اختلاف حال الناذرين اعتياداً أو تكرراً بلا اعتياد أو اكثرية العمل.

المسألة ٦: يجوز العزل بمعنى إخراج الآلة عند الانزال وإفراغ المني خارج الفرج في الامة وإن كانت منكوحة بعقد الدوام والحرّة المتمتّع بها ومع إذنها وإن كانت دائمة ومع اشتراط ذلك عليها في العقد وفي الدبر وفي حال الاضطرار من ضرر أو نحوه وفي جوازه في الحرّة المنكوحة بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان الاقوى ما هو المشهور من الجواز مع الكراهة بل يمكن أن يقال بعدمها او اخفيّتها في المجوزة والعقيمة والسليطة والبذيّة والّتي لا ترضع ولدها والاقوى عدم وجوب دية النطفة عليه وإن قلنا بالحرمة وقيل بوجوبها عليه للزوجة وهي عشرة دنانير للخبر الوارد فيمن أفزع رجلاً عن عرسه فعزل عنها الماء من وجوب نصف الخمس المأة عشرة دنانير عليه لكنّه في غير ما نحن فيه ولا وجه للقياس عليه مع انّه مع الفارق وامّا عزل المرءة بمعنى منعها من الانزال في فرجها فالظاهر حرمته بدون رضى الزوج فإنّه مناف للتمكين الواجب عليها بل يمكن وجوب دية النطفة عليها هذا ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب وغيره حتّى فيما يجب في كلّ اربعة أشهر.

المسألة ٦ : الجواز مع الكراهة : (للروايات المعتبرة ٧٥ مقدمات النكاح الدالة على ان امر ذلك بيد الرجل، والكراهة لمثل ١/ ٧٦ : «... فاما الحرة فاني اكره ذلك» ولا وجه لاحتياط النجفي (قدس سره) لزوماً في استرضاء الزوجة لاباء روايات الجواز عن التقييد بالاسترضاء فانظر لسانها).

أو اخفيتها : (المعتبرة يعقوب الجعفري ٤/ ٧٦ وذكره الوسائل الجعفي وهو مجهول، والاصح الجعفري كما يشهد به سائقه اي حسن بن راشد وعبارة الخصال والعيون. ويشهد الاعتبار ايضاً للاخفيّة فدقق النظر في مفاد الحديث).

مع انه مع الفارق : (فان حديث ظريف عن علي عليه السلام ١/ ١٩ ديات الاعضاء مربوط بافزاع الاجنبي البعل فيحصل العزل والافراغ من البعل، فهو في غير المورد كما يكون مع الفارق فان الرجل هناك مالك مائة وليست المرئة هنا مالكة ماء الرجل مالم تستقر الماء في رحمها).

بل يمكن: على الاحوط لا ينبغي تركه (لامكان الالحاق بحديث ظريف كما استظهر الجواهر وغيره لكن الفرق موجود وهو كون الجنابة هناك من الاجنبي وهنا من الام، وكيف كان لا يمكن الغاء الخصوصية عرفاً وإن امكن تنقيح المناط عقلاً).

حتى فيما يجب: سيصرّح في المسألة بعد بلزوم الانزال في زمان الوجوب إلا ان يعتقد بكفاية الانزال ولو خارج الرحم ولا يبعد للفرق عند النساء بينه وبين صرف

المسالة ٧: لا يجوز ترك وطي الزوجة اكثر من أربعة أشهر من غير فرق بين الدائمة والمتمتّع بها ولا الشابّة ولا الشائبة على الاظهر والامة والحرّة لإطلاق الخبر كما انّ مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والمسافر في غير السفر الواجب وفي كفاية الوطي في الدبر إشكال كما مرّ وكذا في الادخال بدون الانزال لإنصراف الخبر إلى الوطي المتعارف وهو مع الانزال والظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها ذلك ويجوز

الادخال والاخراج فوراً.

المسالة ٧: والتمتع بها: (فان الدليل هو صحيحة صفوان ١/ ٧١ مقدمات النكاح وموضوعه: «عنده المرئة الشابّة» وهو يشمل المتمتع بها ايضاً. كما ان الدليل في اصل المسالة هذه الصحيحة لا الاجماع المحكي لاحتمال المدركية جداً ولا دفع الضرر والحرج عن المرئة لاختلاف الموارد. والمقام من الموارد التي تمسك الاصحاب لاثبات حكم لاجل حرج الغير فتدبره جيداً. واما مرسل ٢/ ٧١ مقدمات النكاح الدال على كون اثم زنا الزوجة على الزوج اذا لم ينكحها فزنت، فمرسل).

والشائبة: لا دليل على ذلك بحدود الاربعة اشهر لكن لا يجوز تركها كالمعلقة والامساك على وجه الاضرار (وفاقاً للخوئي (قدس سره) لعدم شمول موضوع الدليل دليل المسالة وهو صحيح صفوان له كما ان دليل نفي الحرج لا يعم بل يختص بموارد الحرج، لو فرض شموله لحرج الغير، نعم امساكها كذلك اذا كان اضراراً بها لا يجوز الامساك الكذائي لدليل نفي الضرر والضرار، ولعل آية المعلّقة ايضاً تشير الى ذلك).

والمسافر: اذا كان عنده المرئة (كما هو موضوع الدليل فلا يضر عدم وجود عنوان الحاضر خلافاً لبعض المحشين).

في غير السفر الواجب: يريد لحاظ الاهم والمهم في السفر الواجب، لكن الظاهر جواز الترك في السفر الضروري العرفي ولو للتجارة. (لانصراف صحيح صفوان).

اشكال كما مرّ: إلّا ان يحصل رضاها الغريزي بذلك كما مرّ.

بدون الانزال: والاظهر الكفاية كما مرّ منه (قدس سره) (لشمول الدليل ولو فرض دلالته على لزوم التحفظ على العادة لزمت المقدمات ايضاً مع ان المنصرف هنا لو كان انصراف هو رعاية حال المرئة اي حصول رضاها الغريزي وهو بمائها، والحقيقة ان الشارع في هذه الموارد يكتفي بأصل العمل ويحوّل ذلك الى العادة من حصول الغرض معمولاً ولا يشق على المكلفين ليحسّوا الكلفة فينتج الخلاف).

تركه مع رضاها أو اشتراط ذلك حين العقد عليها ومع عدم التمكّن منه لعدم انتشار العضو ومع خوف الضرر عليه أو عليها ومع غيبتها باختيارها ومع نشوزها ولا يجب أزيد من الادخال والانزال فلا بأس بترك سائر المقدّمات من الاستمتاعات ولا يجري الحكم في المملوكة الغير المزوّجة فيجوز ترك وطيها مطلقاً.

المسألة ٨: إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى اربعة اشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فالاحوط المبادرة إلى مواقعتها قبل تمام الاربعة أو طلاقها وتخلية سبيلها.

المسألة ٩: إذا ترك مواقعتها عند تمام الاربعة الاشهر لمانع من حيض أو نحوه أو عصياناً لا يجب عليه القضاء نعم الاحوط إرضاؤها بوجه من الوجوه لانّ الظاهر انّ ذلك حقٌّ لها عليه وقد فوّته عليها ثمّ اللازم عدم التاخير من وطي إلى وطي أزيد من الاربعة فمبدء اعتبار الاربعة اللاحقة إنّما هو الوطي المتقدّم لا حين انقضاء الاربعة المتقدّمة.

اشتراط ذلك: لا يبعد كون الامر في المقام حكماً اشفاقياً لاحقّاً ولاجل الاشفاق يسقط بالرضا بالترك في كل مرحلة وأما السقوط كلاً بالاشتراط في ضمن العقد فلا يبعد ايضاً وان كان عدم السقوط احوط (لاحتمال اشفاق الشارع في ذلك لمصلحة يراها لا تراها المرئة بحسب جميع العمر مستمراً).

خوف الضرر: اذا كان معتداً به وله منشأ عقلائي (فان الحكم اشفاقي يرتفع بالضرر المعتد به القطعي أو الاحتمال العقلائي، وأما اذا فرضناه حقّاً فلا يرتفع إلاّ باسقاط ذي الحق ولا اعتبار بخوف المديون).

والانزال: مرّ عدم لزوم ذلك.

المملوكة: الاحوط مراعاة حال الامة الشابة بل لا يخلو من وجه (لاطلاق «عنده المرئة الشابة» وان كان منصرفه البدوي الزوجة كما ان منصرفه البدوي الزوجة الدائمة).

المسألة ٨: **فالاحوط**: بل لا يخلو من وجه (للآية: ﴿**قوا انفسكم واهليكم**﴾ الخ. والرواية المفسرة في ذيلها الظاهرة في كفاية النّصح فقط لا تدل على انحصار الآية بذلك وليس إلاّ اشعار فقط مع ان امساكها حينئذ اضرار بها وينفيه ادلة الاضرار، ويؤيده المرسلة ٢/٧١).

المسألة ٩: **لا يجب عليه القضاء**: اي وطئ على حدة لما مضى من المدة لا عنوان القضاء لعدم التوقيت لكن المراد لزوم الوطئ فوراً ففوراً بعد مضي الاربعة، وعدم وجوب التكرار لكونه حكماً اشفاقياً لاحقاً كسائر الحقوق الثابتة نظير الدين فلا يحتاج الى الاحتياط بارضائها، وان كان آثماً.

(٢ـ فصل)

المسألة ١: لا يجوز وطي الزوجة قبل إكمال تسع سنين حرّة كانت أو امة دواماً كان النكاح أو متعة بل لا يجوز وطي المملوكة والمحلّلة كذلك وأما الاستمتاع بما عدى الوطي من النظر واللمس بشهوة والضمّ والتفخيذ فجائز في الجميع ولو في الرضيعة.

المسألة ٢: إذا تزوّج صغيرة دواماًأو متعةًودخل بها قبل إكمال تسع سنين فافضاها حرمت عليه ابداً

فصل٢

المسألة ١: تسع سنين: كما ان بعد الاكمال ايضاً لابد من رعاية حالها بما لا يوجب الافضاء والاضرار بها ويختلف الامزجة في ذلك.

بل لا يجوز: (وفاقاً للمشهور واكثر المحشين خلافاً للگلپايگاني (قدس سره) حيث احتاط. لاطلاق الادلة ٤٥ مقدمات النكاح، واما روايات ٣ نكاح العبيد والاماء ـ وظاهر صاحب الوسائل الفتوى بالجواز تمسكاً بها ـ فالظاهر انها في مقام بيان مطلب آخر وهو تحقيق موارد وجوب الاستبراء. نعم، رواية ابن بزيع ٣/١ ظاهرة في الجواز لكنها ضعيفة سنداً).

ولو في الرضيعة: لا ينبغي ترك الاحتياط فيها وامثالها في غير المتعارف من الاستمتاع. (وبعض اهل العصر احتاط لزوماً لانصراف ادلة الجواز، وفيه بعد التوجه الى كثرة الزواج بالصغيرة في تلك الازمان كما يشعر بها الروايات لا وجه للانصراف ظاهراً لكن الاحتياط حسن سيما اذا كان غير عقلائي. نعم، الاطلاق ضعيف وان تمسك به الاعلام، والاحتياط حسن لمكان العادة على خلاف ذلك وعدم خطور ذلك ببال العرف من الاطلاق معمولاً).

المسألة ٢: حرمت عليه ابداً: على الاحوط وان كان الاوجه عدم الحرمة المؤبدّة كما ان الاقوى بقاء الزوجية فليس إلاّ الاثم والدية (فان مرسلة يعقوب ٣٤/٢ ضعيفة سنداً بالارسال وسهل بن زياد ـ لو قيل بضعفه ـ مع دلالتها على التحريم بصرف الدخول ولم يقل به احد بل يمكن دلالته على بطلان الزوجية ايضاً استظهاراً من قوله ﷺ: «فرّق بينهما» وترتب ذلك على صرف الدخول خلاف الاجماع ولم يمكن تقييده سائر الادلة لعدم رواية دالة على الحرية المؤبدّة بالافضاء وما في ٣٤/٢:

على المشهور وهو الاحوط وإن لم تخرج عن زوجيّته وقيل بخروجها عن الزوجيّة أيضاً بل الاحوط حرمتها عليه بمجرّد الدخول وإن لم يفضها ولكن الاقوى بقاؤها على الزوجيّة وإن كانت مفضاة وعدم حرمتها عليه أيضاً خصوصاً إذا كان جاهلاً بالموضوع او الحكم او كان صغيراً او مجنوناً او كان بعد اندمال جرحها او طلّقها ثمّ عقد عليها جديداً نعم يجب عليه دية الافضاء وهي دية النفس ففي الحرّة نصف دية الرجل وفي الامة اقلّ الامرين من قيمتها ودية الحرّة وظاهر المشهور ثبوت الدية مطلقاً وإن امسكها ولم يطلّقها إلّا إنّ مقتضى حسنة حمران وخبر بريد المثبتين لها عدم وجوبها عليه إذا لم يطلّقها والاحوط ما ذكره المشهور ويجب عليه أيضاً نفقتها ما دامت حيّة وإن طلّقها بل وإن تزوّجت بعد الطلاق على الاحوط.

«... قد افسدها وعطلها على الازواج» يعني به تكويناً لا تشريعاً مع دلالته على بقاء الزوجية بالافضاء فضلاً عن الدخول كغيره من الروايات مثل ٣/ ٣٤ المصاهرة، بل دلت معتبرة السكوني ٣/ ٤٤ موجبات الضمان، على اجبار الزوج على امساكها، ومن البعيد جداً اجباره على امساك الاجنبية مع وجود تضييقات كثيرة حينئذ على الزوجة نفسها فضلاً عن الزوج. ولا يساعد الاعتبار ايضاً الحرمة المؤبّدة أو بطلان الزوجيّة فان الاضرار ومنها الافضاء لو اوجب الحرمة المؤبّدة أو مع بطلان الزوجية ولا يتزوّجها غيره ايضاً يكون اضراراً آخر اشد على المرئة، خلافاً للاستاذ والبروجردي والگلپايگاني (قدس سرهم).

دية النفس: (كما في ١/ ٣٦ ديات الاعضاء و ١/ ٩ ديات المنافع، واما ٣/ ٤٤ موجبات الضمان، الدالة على الغرامة بتفاوت قيمة الامة الصحيحة والمفضاة فهي معرض عنها ويحتمل التقية لموافقتها لمذهب اكثر العامة على ما في الاستبصار).

والاحوط ما ذكره المشهور: وان كان الاقوى اختصاص الدية بصورة الطلاق (كما هو مقتضى صحيح حمران ١/ ٣٤ المصاهرة ورواية بريد ٣/ ٣٤).

بل وان تزوجت: لكن الاوجه حينئذ عدم وجوب الانفاق اذا كان الزوج الجديد ينفق عليها (لانصراف صحيح الحلبي ٤/ ٣٤ عن ذلك فان مراد الشارع عدم بقائها معطلة وقد حصل ذلك الفرض بالزواج الجديد مع ان ذلك نوع حزازة على الزوج الجديد عرفاً كما لا يخفى فلا يكون مفيداً لها بل خفةً لها عند زوجها الجديد فلا يساعده الاعتبار فلابد من دليل قوى على ذلك لا اطلاق ضعيف كما في الصحيح. نعم، اذا لم ينفق الزوج الجديد ايضاً فيجب عليه ولو لم ينفق فهما آثمان).

المسألة ٣: لا فرق في الدخول الموجب للافضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر والافضاء أعمّ من أن يكون باتّحاد مسلكي البول والحيض أو مسلكي الحيض والغائط أو اتّحاد الجميع وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالاوّل.

المسألة ٤: لا يلحق بالزوجة في الحرمة الابديّة على القول بها ووجوب النفقة المملوكة والمحلّلة والموطوءة بشبهة أو زناء ولا الزوجة الكبيرة نعم تثبت الدية في الجميع عدا الزوجة الكبيرة إذا افضاها بالدخول بها حتّى في الزنا وإن كانت عالمة مطاوعة وكانت كبيرة وكذا لا يلحق بالدخول الافضاء بالاصبع ونحوه فلا تحرم عليه مؤبّداً نعم تثبت فيه الدية.

المسألة ٥: إذا دخل بزوجته بعد إكمال التسع فافضاها لم تحرم عليه ولا تثبت الدية كما مرّ ولكن الاحوط الانفاق عليها ما دامت حيّة.

المسألة ٦: إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً ففي كون الدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال وإن كان الوجه الثاني لا يخلو عن قوّة.

المسألة ٣: الاختصاص بالاول: قبال الثاني، لكن المعنى اوسع منه فينطبق على كل توسعة بين المجاري تخرج المرئة عن حيّز الانتفاع كان باتحاد مسلك البول والحيض كما هو الغالب او الحيض والغائط او جميعاً او غير ذلك لو فرض.

المسألة ٤: عدى الزوجة: والمملوكة اذا افضاها مالكها، نعم لو قلنا بالحاق ما يوجب الدية الكاملة بالقتل لزمت الكفارة ولكنه محل اشكال (والاصل عدم ثبوت الدية على المالك لعدم دائن ومديون حينئذ).

عالمة مطاوعة: اي مطاوعة باصل الدخول لا الافضاء واما اذا كانت مطاوعة في الافضاء فثبوت الدية مشكل وان كان العمل حراماً من حيث الاضرار. (وفاقاً في الذيل للبروجردي والاستاذ لانصراف الدليل عنه وكذا نظائر المقام مما كان العمل باذن من المجني عليه).

المسألة ٥: لكن الاحوط: استحباباً كما مرّ الفتوى بعدم الوجوب. (لاطلاق نفي الشيء عليه في صحيح حمران، وهو اظهر من اطلاق صحيح الحلبي في اثبات النفقة على الجارية بلا فرق بين الصغيرة والكبيرة، والاجماع ايضاً).

المسألة ٦: لا يخلو عن قوة: الظاهر انه يجب على العاقلة تكليفاً اداء ذلك بعنوان تفريغ ذمة الجاني ولو لم يؤد العاقلة كان الجاني ضامناً ملزماً بدفعها. (لتصور

المسألة ٧: إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الافضاء ضمن ارشه وكذا إذا حصل مع الافضاء عيب آخر بوجب الارش او الدية ضمنه مع دية الافضاء.

المسألة ٨: إذا شكّ في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطيها لاستصحاب الحرمة السابقة فان وطئها مع ذلك فافضاها ولم يعلم بعد ذلك ايضاً كونها حال الوطي بالغة او لا لم تحرم ابداً ولو على القول بها لعدم إحراز كونه قبل التسع والاصل لا يثبت ذلك نعم يجب عليه الدية والنفقة عليها ما دامت حيّة.

المسألة ٩: يجري عليها بعد الافضاء جميع احكام الزوجة من حرمة الخامسة وحرمة الأخت واعتبار الاذن في نكاح بنت الاخ والاخت وسائر الاحكام ولو على القول بالحرمة الابدية بل يلحق به الولد وإن قلنا بالحرمة لانه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض.

المسألة ١٠: في سقوط وجوب الانفاق عليها ما دامت حيّة بالنشوز إشكال لإحتمال كون هذه

الخطأ في اصل الافضاء كمن يريد التفخيذ فدخل فافضى أو حرك اصبعه لحكّ الجسد مثلاً فدخل وبغير ذلك كالرمي بسهم فدخل وافضى وهذا التصور العام يكفي في تحقق القسمين فيشمله ادلة عمد الصبي والمجنون خطأ ودية الخطأ على العاقلة، لكن الظاهر من بعض الادلة ان دية الخطأ ايضاً على الجاني وضعاً ويجب على العاقلة تكليفاً ذلك ولا ينفي الوضع عن الجاني فلو لم يؤد العاقلة لزمت الجاني).

المسألة ٨: لاستصحاب الحرمة: بل لاستصحاب عدم بلوغها تسعاً بنحو السلب التحصيلي ـ لا المعدولة ـ ويترتب عليه جميع الاحكام حتى الحرمة المؤبّدة (وعنوان القبلية في الحديث ـ مثل ما في صحيح الحلبي ٥/ ٤٥ مقدمات النكاح: «من وطأ امرئته قبل تسع سنين ...» ـ لا يراد بنفسها بل المراد زمان عدم البلوغ، ومعلوم ان موضوع الحرمة المؤبدة بعينه موضوع حرمة الوطئ. وكيف كان فاستصحاب الموضوع مقدم على الحكم، ان قلت: استصحاب عدم البلوغ تسعاً فرع حلّ تاريخ الولادة واذا شك في تاريخ الولادة فليس شكاً في البقاء ليجري دليل الاستصحاب، قلت: اولاً، هو شك في البقاء اي بقاء عدم التولد، وثانياً الاثر على الاصل المسبّبي هنا لا السببي اي الاثر على عدم البلوغ تسعاً مثلاً لا على عنوان التولد في ايّ تاريخ.

المسألة ١٠: اشكال: والاقوى عدم السقوط وان كان الاوجه عدم الوجوب بعد الزواج على ما مرّ. وأما التقديم على نفقة الاقارب فممنوع لعدم الدليل، والمسلم تقديم نفقة الزوجية الفائتة (وصرف كون نفقة الافضاء ديناً ونفقة الاقارب

النفقة لا من باب إنفاق الزوجة ولذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج بالغير وكذا في تقدّمها على نفقة الاقارب وظاهر المشهور أنها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج ايضاً لكن يحتمل بعيداً عدم سقوطها بموته والظاهر عدم سقوطها بعدم تمكنه وتصير ديناً عليه ويحتمل بعيداً سقوطها وكذا تصير ديناً إذا امتنع من دفعها مع تمكّنه إذ كونها حكماً تكليفياً صرفاً بعيد هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق وإلاّ فما دامت في حبالته الظاهر أنّ حكمها حكم الزوجة.

(٣ـ فصل)

لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الاربع حرّاً كان او عبداً والزوجة حرّة او امة واما في الملك والتحليل فيجوز ولو إلى الف وكذا في العقد الانقطاعيّ ولا يجوز للحرّ ان يجمع بين ازيد من امتين

تكليفاً لا يكون دليلاً كما ان النفقة الفائتة للزوجة مع كونها ديناً لا تقدم على نفقة الاقارب الحاضرة مع كونها تكليفاً بل التخيير ثابت عند الضيق).

تصير ديناً: (لظهور كلمة الاجراء في صحيح الحلبي ٤/ ٣٤ ما يحرم بالمصاهرة في استمرار ما ثبت، وما ثبت اي نفقة الزوجية كان وضعاً على الزوج فهو دين فكذلك المقام).

ما بعد الطلاق: إلاّ اذا تزوجت على ما مرّ.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فصل٣

ازيد من امتين: بأن يجمع بين ثلاث اماء أو اكثر. وهذا بخلاف جمع العبد بين ازيد من حرتين فلا يجوز الزائد ولو من الاماء (منع الزيادة على الاربع دواماً لظهور كريمة آية٣ النساء في التحديد بذلك وصراحة الروايات في الابواب ٤ و٦ و٢ ما يحرم باستيفاء العدد، وأما عدم حدّ في الملك والتحليل فلعدم الدليل على المنع بل اطلاق ادلة شراء المملوكة بل وصراحة مثل ٨/ ٤ المتعة: «... هي بمنزلة الاماء يتزوج منهنّ كم شاء...». وأما المتعة فهذا الحديث نفسه وصراحة روايات الباب ٤ من المتعة، وأما حديث عمار ١٠/ ٤ من المتعة الدال على لزوم عدها من الاربعة، فهو حديث عمار وكم له من خلل في احاديثه ومنها بلوغ الجارية كما مرّ، ولعل محمله التقية في الفتوى أو في عمل الشيعة في مرأى السنة. وأما عدم جواز تزويج امة ثالثة لمن يكون له زوجتان امتان فلصحيح ٢/ ٣ ما يحرم باستيفاء العدد، وأما عدم جواز

ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرّتين وعلى هذا فيجوز للحرّ أن يجمع بين اربع حرائر أو ثلاث وامة أو حرّتين وامتين وللعبد أن يجمع بين اربع إماء أو حرّة وامتين أو حرّتين ولا يجوز له أن يجمع بين امتين وحرّتين أو ثلاث حرائر أو اربع حرائر أو ثلاث إماء وحرّة كما لا يجوز للحرّ ايضاً أن يجمع بين ثلاث إماء وحرّة.

المسالة ١: إذا كان العبد مبعّضاً أو الامة مبعّضة ففي لحوقهما بالحرّ أو القنّ إشكال ومقتضى الاحتياط أن يكون العبد المبعّض كالحرّ بالنسبة إلى الاماء فلا يجوز له الزيادة على امتين وكالعبد القنّ بالنسبة إلى الحرائر فلا يجوز له الزيادة على حرّتين وأن تكون الامة المبعضة كالحرّة بالنسبة إلى العبد وكالامة بالنسبة إلى الحرّ بل يمكن أن يقال إنه بمقتضى القاعدة بدعوى انّ المبعّض حرٌّ وعبد فمن حيث حرّيته لا يجوز له أزيد من امتين ومن حيث عبديّته لا يجوز له ازيد من حرّتين وكذا بالنسبة إلى الامة المبعضة إلاّ أن يقال إنّ الاخبار الدالّة على انّ الحرّ لا يزيد على امتين والعبد لا يزيد على حرّتين منصرفة إلى الحرّ والعبد الخالصين وكذا في الامة فالمبعّض قسم ثالث خارج عن الاخبار فالمرجع عمومات الادلّة على جواز التزويج غاية الامر عدم جواز الزيادة على الاربع فيجوز له نكاح اربع حرائر أو اربع إماء لكنّه بعيد من حيث لزوم كونه اولى من الحرّ الخالص وحينئذ فلا يبعد أن يقال انّ المرجع الاستصحاب ومقتضاه إجراء حكم العبد والامة عليهما ودعوى تغيّر الموضوع كما ترى فتحصّل انّ الاولى الاحتياط الّذي ذكرنا اوّلاً والاقوى العمل بالاستصحاب وإجراء حكم العبيد والاماء عليهما.

تزويج العبد ازيد من حرتين حرة أو امة فلمثل صحاح١ و٢ و٨/٤ المتعة.

امتين وحرتين: ولا امة وحرتين كما مرّ.

بين ثلاث اماء وحرة: ذكر الحرة حينئذ لغو (لما مرّ من منع ثلاث اماء له).

المسالة ١: الاحتياط الذي ذكرنا: لا ينبغي تركه (وان كان الاستصحاب اقوى نظراً الى كون الموضوع هو الشخص وما ذكره الخوئي(قدس سره) من عدم كونه الشخص بل لوصف العبدية وهو مشكوك البقاء فيه ان الموضوع يؤخذ من العرف ولا دليل على لزوم كونه ماخوذاً من الدليل، والعنوان الماخوذ من الدليل منطبق على الموضوع العرفي الخارجي، فان الملاك صدق وحدة القضيتين واذا صدق عرفاً كفى. وقد يقال: هذا الاستصحاب تعليقي لعدم تحقق الزواج خارجاً قبلاً، وفيه: ان الحكم الشرعي ثابت على الموضوع ولا ربط له بالعمل وان كان ترتب الآثار متوقفاً على العمل).

الكافر عن ازيد: (كما صرّح به في مثل ١/٦ ما يحرم باستيفاء العدد، وكذا

المسالة ٢: لو كان عبد عنده ثلاث او اربع إماء فأعتق وصار حراً لم يجز إبقاء الجميع لانّ الاستدامة كالابتداء فلابدّ من إطلاق الواحدة أو الاثنتين والظاهر كونه مخيّراً بينهما كما في إسلام الكافر عن أزيد من اربع ويحتمل القرعة والاحوط ان يختار هو القرعة بينهنّ ولو أعتقت امة أو امتان فان اختارت الفسخ حيث إنّ العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيراً والاحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأولى.

المسالة ٣: إذا كان عنده اربع وشكّ في انّ الجميع بالعقد الدائم او البعض المعين او غير المعين منهنّ بعقد الانقطاع ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال.

ثبت التخيير في اطلاق الزائد في المتزوج خمساً بعقد واحد أو الاختين بعقد واحد كما صرح به في ١/ ٢٥ ما يحرم بالمصاهرة. ويمكن استفادة تعميم حكم التخيير بحسب فهم العرف اذ المانع نفس الزيادة وعمل الزواج كان من الزوج فله الخيار في ذلك لكن اثبات الفهم العرفي العام من صرف ذلك مشكل بل هو بتنقيح المناط العقلي اشبه).

المسالة ٢: القرعة: لا يترك واحوط منه طلاق الجميع ثم العقد على المقدار الجائز (لعدم الدليل على التخيير إلا في موارد بالتعبد مثل ما ذكره في المتن ١/ ٦ ما يحرم باستيفاء العدد، وفي تزويج الخمس او الاختين بعقد واحد ١/ ٢٥ ما يحرم بالمصاهرة، والقاعدة هو البطلان لعدم الترجيح إلا ان يكون مرجح شرعي، والظاهر ان القرعة مرجح شرعي ولا تختص بما كان له واقع معلوم كما ورد فيمن قال: اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة ٢/ ١٣ كيفية الحكم واحكام الدعاوى وظاهر الآية الكريمة في قصة يونس ايضاً ذلك لعدم واقع له عند اهل السفينة لعدم علمهم بأن الحوت يطلب يونس بخصوصه وهذا هو الاصل في القرعة بحسب القرآن الكريم كما ورد في ١٧/ ١٣ كيفية الحكم).

مخيراً: الحكم هو القرعة على الاحوط كما مرّ، لكن في بعض صور المسالة لا اشكال في البين ليحتاج الى التخيير أو القرعة وهو فيما كان عنده ثلاث اماء فاعتقت واحدة لعدم المنع من الجمع بين امتين وحرة للعبد.

المسالة ٣: اشكال: والجواز اظهر (لاستصحاب عدم تحقق الاربع وأما استصحاب بقاء الزوجية في مشكوك البقاء فهو معلول كيفية الزوجية والاصل عدم جعل

المسالة ٤ : إذا كان عنده اربع فطلّق واحدة منهنّ وأراد نكاح الخامسة فان كان الطلاق رجعياً لا يجوز له ذلك إلّا بعد خروجها عن العدّة وإن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدّة قولان المشهور على الجواز لإنقطاع العصمة بينه وبينها وربما قيل بوجوب الصبر إلى انقضاء عدّتها عملاً بإطلاق جملة من الاخبار والاقوى المشهور والاخبار محمولة على الكراهة هذا ولو كانت الخامسة أخت المطلّقة

الزوجية الدائمة، واما التمسك باخبار كون النكاح دائماً اذا لم يذكر الاجل، والحكم حينئذ بكون الاربع دائماً، ففيه ان تلك الاخبار اما في مقام بيان الفرق بين الدائم والمنقطع فرقاً واقعياً واما في مقام الترافع وإلّا فمن البعيد الحمل على الدوام بصرف عدم ذكر الاجل ولو نسياناً حتى في عمل نفسه.

واما القول بان الدوام والانقطاع من خصوصيات حقيقة واحدة والدوام بحسب طبع تلك الحقيقة اذا لم يمنعه مانع فاذا شككنا في ان الواقع ما هو كان مقتضى اصالة عدم جعل المانع هو بقاء الطبيعة، ففيه: ان الزوجية امر اعتباري وكيفيتها تابعة لانشائها وليس احد الانشائين موافقاً للأصل والآخر مخالفاً فلا اصل في السبب واما المسبب اي الاثر الخارجي فالاصل عدم انشاء الزائد عن المتيقن المحدود، واما التمسك بالاحتياط من باب ما ورد في مثل ٥/ ٤ ما يكتسب به من المستدرك: «ما اجتمع الحلال والحرام إلّا وغلب الحرام الحلال» فالمراد مجهول، هل هو الاختلاط والامتزاج كالخل والخمر أو ما يشمل المقام ايضاً ولا نسلم الظهور في العموم).

المسالة ٤ : والاقوى المشهور: لا قوة فيه ولا يترك الاحتياط بالصبر لاطلاق الادلة وللتعليل بعدم امكان جريان ماء الرجل في اكثر من اربعة (والمراد من الجريان ليس حال الوطئ لعدم امكان الجمع بذلك المعنى بل المراد الوجود في الرحم، ولا فرق حينئذ بين الرجعي والبائن بل يمكن دعوى اطلاق نصوص الباب مثل صحيح ١/ ٣ وكذا ١/ ٢ ما يحرم باستيفاء العدد ففي الثاني: «اذا جمع الرجل اربعاً وطلّق احديهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرئة التي طلقها، وقال: لا يجمع مائة في خمس».

ولا دليل على تقييد ذلك واختصاصه بالرجعي والاجماع المدعى على ذلك غير ثابت، راجع الحدائق. كما ان حديث الحلبي ١/ ٤٨ ما يحرم باستيفاء العدد في كفاية عدم جواز الرجوع في نكاح الاخت وارد في موضوع آخر ولا ظهور في كون قوله ﷺ فيه: اذا برئت عصمتها ولم يكن عليها رجعة، تمام العلة بحيث تعمّم لغير المورد.

فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدّة البائنة لورود النصّ فيه معلّلاً بإنقطاع العصمة كما انه لا ينبغي الاشكال إذا كانت العدّة لغير الطلاق كالفسخ بعيب أو نحوه وكذا إذا ماتت الرابعة فلا يجب الصبر إلى اربعة أشهر وعشر والنصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره ومحمول على الكراهة وامّا إذا كان الطلاق او الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدّة حتّى يجب الصبر او لا يجب.

(٤ ـ فصل)

لا يجوز التزويج في عدّة الغير دواماً أو متعة سواء كانت عدّة الطلاق بائنة أو رجعيّة أو عدّة الوفاة أو عدّة وطي الشبهة حرّة كانت المعتدّة أو امة ولو تزوّجها حرمت عليه ابداً إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع أو كان أحدهما عالماً بهما مطلقاً سواء دخل بها أو لا وكذا مع جهلهما بهما لكن بشرط الدخول بها ولا فرق

وبما ذكرنا ظهر ضعف قول الماتن: «والاخبار محمولة على الكراهة» لعدم الدليل على هذا الحمل، خلافاً للاستاذ و... (قدس سرهم)).

فلا اشكال: بل محل اشكال ولا يترك الاحتياط بالصبر (والنص ١/٤٨ ابواب العدد، انما ورد في نكاح الاخت في عدة اختها البائنة لا من حيث الخامسة فالتعليل والاطلاق محكّمان كما مرّ من البابين ٢ و٣ ما يحرم باستيفاء العدد. وقال الاستاذ يعني يستفاد من النص، وفيه عدم الاستفادة كما اشرنا).

لغير الطلاق: محل اشكال للتعليل في صحيح زرارة وابن مسلم (لا يجمع مائة في خمس خلافاً للمحشين.

نعم، في الموت لا يجري التعليل كما انه ليس من موضوع حكم الحديث كما ان الحكم قبل الدخول ايضاً كذلك).

فصل٤

في عدة الغير: كما لا يجوز التصريح بالخطبة ويجوز التعريض في غير الرجعيّة ويجوز للزوج في عدة زوجته البائنة التزويج لنفسه فضلاً عن التصريح بالخطبة، فضلاً عن التعريض إلّا اذا كان مانع اخر من تزويجها كما بعد التسعة، واما في الرجعية فهي زوجة له تعبداً (لما يستفاد من مفهوم العدة والاجل والتربص في الآيات الكريمة مثل ٢٢٨ و٢٣٢ و٢٣٤ من البقرة و ١ من الطلاق، والروايات ٢١ و١٧/٢٢ ما يحرم بالمصاهرة وتصريح مثل ١٠ و١٧/٥ ما يحرم بالمصاهرة بالتفصيل بين العلم

في التزويج بين الدوام والمتعة كما لا فرق في الدخول بين القبل والدبر ولا يلحق بالعدّة أيام استبراء الامة فلا يوجب التزويج فيها حرمة ابدية ولو مع العلم والدخول بل لا يبعد جواز تزويجها فيها وإن حرم الوطي قبل انقضائها فانّ المحرّم فيها هو الوطي دون سائر الاستمتاعات وكذا لا يلحق بالتزويج الوطي بالملك

والجهل وتصريح ١٧/٣ ما يحرم بالمصاهرة بدخالة الدخول في الحكم وان الموجب للحرمة احد امرين الدخول أو العلم، والجهل عذر موضوعاً أو حكماً كما صرح بذلك في ١٧/٤ ما يحرم بالمصاهرة. واما اذا كان احدهما عالماً والآخر جاهلاً فلذيل هذا الحديث ١٧/٤ المصرّح بتاثير علم احدهما فقط، حيث صرّح الامام عليه السلام في تلك الصحيحة فقال: الذي تعمّد لا يحلّ له ان يرجع الى صاحبه ابداً ونظيره ١٧/٣ وأما تخصيص التاثير بالعالم فقط في الحديث فالمراد من حيث التكليف وإلاّ فالزواج قائم بالطرفين، والزواج في الادلة اعم من الانقطاع والدوام لعدم التقيد بشيء).

بين القبل والدبر: (لاطلاق الدخول في الادلة والتصريح في بعض الروايات بأن الدبر احد المائيتين فلا وجه للقول بالانصراف الى القبل كما قاله بعض اهل العصر، ولاحتمال كون الوجه الاحترام بالعدة لا اختلاط المياه ونحو ذلك حتى يختص بالقبل، بل الفقيه يطمئن بان الشارع لا يريد من العدة صرف منع اختلاط المياه وإلاّ لم يكن فرق بين الدوام والمتعة وثبوت العدة في الدخول بلا انزال وعدمها في الانزال بلا دخول مع احتمال الانجذاب وغير ذلك، بل لعل احترام البيئة والزواج لعله الاصل في احكام ذلك أو من اصول ذلك فليس الامر كما يقول بعض طلبة العصر من ان الحكمة اختلاط المياه فلا عدة على من تصرف الحبوب المانعة من الانعقاد فيجوز ان تكون المرئة ولو شابّة تحت رجل في كل دقيقة فلا اعلم ايّ فرق بين ذلك والفحشاء المرسوم في ارجاء العالم؟!

فهل الفرق صرف استفادة الحبوب؟ فهم ايضاً يستعملون الحبوب؟ وهنا بعض ابحاث لا يسعها المجال. واكرّر ايضاً ما ذكرنا سابقاً من ان الفقه ليس علماً عقلياً محضاً حتى يذهب كل ذهن الى محتمله. ونرجو منه تعالى حسن العاقبة).

استبراء الامة: (لعدم انفهامه من العدّة، واحتمال كون الملاك الاحترام بالعدة لا اختلاط المياه كما مرّ فلا دليل على التوسعة، كما ان احكام الاستبراء تفرق عن احكام العدة لجواز غير الوطئ في الاستبراء مع عدم الجواز حتى العقد في العدة).

أو التحليل فلو كانت مزوّجة فمات زوجها أو طلّقها وإن كان لا يجوز لمالكها وطيها ولا الاستمتاع بها في ايام عدّتها ولا تحليلها للغير لكن لو وطئها او خلّلها للغير فوطئها لم تحرم ابداً عليه أو على ذلك الغير ولو مع العلم بالحكم والموضوع.

المسالة ١: لا يلحق بالتزويج في العدّة وطي المعتدّة شبهة من غير عقد بل ولا زناء إلّا إذا كانت العدّة رجعيّة كما سيأتي وكذا إذا كان بعقد فاسد لعدم تماميّة اركانه واما إذا كان بعقد تامّ الاركان وكان فساده لتعبّد شرعيّ كما إذا تزوّج أخت زوجته في عدّتها او امّها او بنتها او نحو ذلك ممّا يصدق عليه التزويج وإن كان فاسداً شرعاً ففي كونه كالتزويج الصحيح إلّا من جهة كونه في العدّة وعدمه لانّ المتبادر من الاخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدّة إشكال والاحوط الالحاق في التحريم الابدي فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً ومع الدخول في صورة الجهل.

المسالة ٢: إذا زوّجه الوليُّ في عدّة الغير مع علمه بالحكم والموضوع أو زوّجه الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجة كذلك لا يوجب الحرمة الابديّة لانّ المناط علم الزوج لا وليّه او وكيله نعم لو كان وكيلاً في تزويج امراة معيّنة وهي في العدّة فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه لكنّ المدار علم الموكّل لا الوكيل.

لم تحرم ابداً: لكن اذا كانت معتدة رجعية يكون الوطئ حينئذ من الزنا بذات البعل وهو موجب للحرمة المؤبدة كما يشير اليه في المسالة الآتية.

المسالة ١: لعدم تمامية اركانه: يعني بحيث لا يعد عقد الزواج.

أو امها: فيكون لتحريمها المؤبد حينئذ سببان، وكذا البنت اذا كانت امها مدخولة (فلا وجه لاشكال الخوئي والگپايگاني و... (قدس سرهم) بان التحريم المؤبد مربوط بكونها ام الزوجة لا العقد في العدة. وفيه ما ذكرنا، فهو نظير العقد في الاحرام في العدة وقد اعترف بامكان دخوله في المسالة بل ادرجه فيها).

والاحوط: يريد الاحتياط بعدم تزويجها بعداً، واما لو فرض عقدها بعداً ولو للجهل بالمسالة فالاحتياط بالطلاق والاحتياط حسن، لكن الاظهر عدم دخوله في المسالة (لعدم عدّه تزويجاً شرعاً أو للانصراف والشك كاف، لعدم كون الادلة في مقام بيان اطلاق كلمة التزويج).

المسالة ٢: الوليّ: لكن لا ولاية له على الحرام فلا يرتبط عمله بالمولى عليه ولا اثر لعقده حينئذ وكذا الوكيل لعدم الوكالة.

امرئة معينة: او غير معينة ولكن مقيدة بكونها في العدة، والوكالة وان كانت

المسألة ٣: لا إشكال في جواز تزويج من في العدّة لنفسه سواء كانت عدّة الطلاق أو الوطي شبهة أو عدّة المتعة أو الفسخ بأحد الموجبات أو المجوّزات له والعقد صحيح إلّا في العدّة الرجعيّة فانّ التزويج فيها باطل لكونها بمنزلة الزوجة وإلاّ في الطلاق الثالث الّذي يحتاج إلى المحلّل فإنه أيضاً باطل بل حرام ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبدية وإلاّ في عدّة الطلاق التاسع في الصورة الّتي تحرم أبداً وإلاّ في العدّة لوطئه زوجة الغير شبهة لكن لا من حيث كونها في العدّة بل لكونها ذات بعل وكذا في العدّة لوطيه في العدّة شبهة إذا حملت منه بناء على عدم تداخل العدّتين فانّ عدّة وطي الشبهة حينئذٍ مقدمة على العدّة السابقة الّتي هي عدّة الطلاق او نحوه لمكان الحمل وبعد وضعه تأتي بتتمّة العدّة السابقة فلا يجوز له تزويجها في هذه العدّة أعني عدّة وطي الشبهة وإن كانت لنفسه فلو تزوّجها فيها عالماً او جاهلاً بطل ولكن في إيجابه التحريم الابدي إشكال.

باطلة حينئذ لكن تكفي في استناد التزويج الى الموكل فيصدق العنوان الموضوع للحرمة المؤبدة عليه ولا دليل على تقييده بالمباشرة، وملاك الحرمة حينئذ علم الموكل او دخوله (خلافاً للخوئي والگلپايگاني حيث اعتقد الاول بطلان الوكالة فلا يرتبط التزويج بالموكل وتردد الثاني من حيث الظهور في المباشرة ومن صحة الاستناد، وفيه ما اشرنا من ان الوكالة الباطلة تكفي في الاستناد كالأمر المجرد بذلك، ولا دليل على التقيد بالمباشرة).

المسألة ٣: **بأحد الموجبات**: مع جواز التزويج من غير هذه الحرمة لا كالرضاع وكاخراج الكافر ما زاد عن الاربع بعد اسلامه.

باطل: فلا تزويج حينئذ اصلاً بل رجوع. ونظيره عدة الكفر بناءً على بقاء الزوجية مادامت في العدة. (خلافاً لما اختاره بعضهم من انقطاع الزوجية تصرف الارتداد).

بل حرام: (بناءً على استفادة التكليف والوضع كليهما من الكريمة: ﴿**فلا تحل له من بعد**﴾ الآية ٢٣ البقرة وهو غير بعيد، فانه لو كان التعبير لا يصح، لاختص بالوضع لكن تعبير لا تحل يشير الى جهة التكليف ايضاً فهو نظير: ﴿**حرمت عليكم امهاتكم**﴾).

اشكال: والتحريم اظهر (لكون الموضوع في غير واحد من الادلة عدم انقضاء عدتها كما في ٥/ ١٧ وغيرها من باب ما يحرم بالمصاهرة، وظاهر آيات العدة في البقرة والطلاق ايضاً كون الجواز منوطاً ببلوغ الاجل وهو عبارة عن الانقضاء فليس الموضوع التزويج في العدة حتى يقال هذا ليس في العدة بل عدم انقضاء العدة كاف في الحكم خلافاً للاستاذ (قدس سره)).

المسالة ٤: هل يعتبر في الدخول الّذي هو شرط في الحرمة الابدية في صورة الجهل ان يكون في العدّة او يكفي كون التزويج في العدّة مع الدخول بعد انقضائها قولان الاحوط الثاني بل لا يخلو عن قوّة لإطلاق الاخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العدّة.

المسالة ٥: لو شكّ في انها في العدّة ام لا مع عدم العلم سابقاً جاز التزويج خصوصاً إذا اخبرت بالعدم وكذا إذا علم كونها في العدّة سابقاً وشكّ في بقائها إذا اخبرت بالانقضاء واما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها وهل تحرم ابداً إذا تزوّجها مع ذلك الظاهر ذلك وإذا تزوّجها بإعتقاد خروجها عن العدّة أو من غير التفات إليها ثمّ اخبرت بانّها كانت في العدّة فالظاهر قبول قولها وإجراء حكم التزويج في العدّة فمع الدخول بها تحرم ابداً.

المسالة ٤: لاطلاق الاخبار: (مع ان المهر علق في صحيح سليمان ١٧/٧ ما يحرم بالمصاهرة على الدخول، ومعلوم عدم تقيده بالعدّة، وايضاً لو فرض وقوع التزويج في آخر لحظة من العدة كان موضوع الحرمة اما مع العلم أو مع الدخول، والدخول حينئذ بعد العدة، فالحق مع المتن وفاقاً للخوئي والاستاذ وخلافاً للگلپايگاني حيث احتاط والسيد جمال افتى بالخلاف وتبعه بعض اهل العصر للانصراف، وفيه انه بدوي ينحل بادنى تأمل).

المسالة ٥: الظاهر ذلك: في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف (واصل الحكم لكون العلم الماخوذ في الموضوع على وجه الطريقية ولذلك يقبل قولها ايضاً فالظاهر انه لا وجه لاشكال الاستاد والبروجردي(قدس سرهما) فيما لم يدخل وكان العلم تمام الموضوع للحرمة، فان العلم محقق ولو كان طريقاً محضاً فاذا لم ينكشف الخلاف يحكم بالحرمة بلا اشكال).

قبول قولها: فيه اشكال بل عدم القبول اوجه (فان ادلة قبول قولها لا تشمل الحالة السابقة سيما مع التعارض بأصالة صحة النكاح وبفعلها الظاهر في الالتفات، فراجع ٤٧/١ حيض و٢٥/٢ اولياء عقد النكاح و٢٣/٣ اولياء عقد النكاح وقد حكم في صحيح ابي بصير ١٨/١ بعدم قبول قولها ان كان دخل بها وواقعها، ولزوم الاختبار ان كان قبل الدخول اي فالتزويج صحيح حتى قبل الدخول وإلاّ لم يكن وجه للاختبار ونظير المسالة عدم قبول قولها اذا ادعت وقوع الطلاق حال الحيض مثلاً، بعد وقوع الطلاق. ثم هذا كله اذا احتمل صدقها وإلاّ فمعلوم عدم قبول قولها).

المسالة ٦: إذا علم انّ التزويج كان في العدّة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً ولكن شكّ في انه دخل بها حتّى تحرم ابداً او لا يبني على عدم الدخول وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشكّ في انها كانت عالمة او جاهلة فانه يبني على عدم علمها فلا يحكم بالحرمة الابدية.

المسالة ٧: إذا علم إجمالاً بكون إحدى الامراتين المعيّنتين في العدّة ولم يعلمها بعينها وجب عليه ترك تزويجهما ولو تزوّج إحداهما بطل ولكن لا يوجب الحرمة الابدية لعدم إحراز كون هذا التزويج في العدّة نعم لو تزوّجهما معاً حرمتا عليه في الظاهر عملاً بالعلم الاجمالي.

المسالة ٨: إذا علم انّ هذه الامراة المعيّنة في العدّة لكن لا يدري أنها في عدّة نفسه او في عدّة لغيره جاز له تزويجها لاصالة عدم كونها في عدّة الغير فحاله حال الشكّ البدويّ.

المسالة ٩: يلحق بالتزويج في العدّة في إيجاب الحرمة الابدية تزويج ذات البعل فلو تزوّجها

المسالة ٦: بالحرمة الابدية: إلاّ فيما كان قبلاً عالماً بالعدة فيستصحب عالميّته وهو موضوع الحرمة المؤبدة.

المسالة ٧: بطل: في الظاهر ما لم ينكشف الحال والاحوط الطلاق.

لا يوجب الحرمة: إلاّ اذا كان الشك في بقاء العدة (فيستصحب ولا يمنعه العلم الاجمالي لعدم مخالفة قطعية له نظير ملاقي احد النجسين الذين علمنا بعروض الطهارة لاحدهما).

حرمتا عليه في الظاهر: ومقتضى العلم الاجمالي ترتيب سائر الاحكام من حرمة الوطئ ووجوب الانفاق وغير ذلك إلاّ ان يعارضه علم آخر كوجوب وطئ احديهما في الاربعة اشهر وحق المضاجعة، ولا يمكن الاحتياط حينئذ للدوران بين المحذورين حرمة الوطئ ووجوبه فلابد حينئذ من طلاقهما ثم تجديد عقد على البريئة منهما أو القرعة لو كان الطلاق متعسّراً عليه (فان موضوع القرعة كونه مشكلاً واذا كان الحلّ بالطلاق غير حرجي لم يكن مشكلاً).

المسالة ٨: عدم كونها في عدة الغير: إلاّ ان يعارضه اصالة عدم كونها في عدة نفسه اذا فرض اثر مترتب عليها.

المسالة ٩: يلحق: اي حكمهما واحد وإلاّ فكل واحد منهما موضوع مستقل لا ان احدهما الاصل والآخر ملحق، ثم بين المسالتين فرق وهو عدم العبرة بجهل الزوجة في المقام دون المعتدة كما مرّ. (نعم عبّر العلامة في القواعد والشهيد في الروضة والفخر

مع العلم بانها ذات بعل حرمت عليه ابداً مطلقاً سواء دخل بها ام لا ولو تزوّجها مع الجهل لم تحرم إلاّ مع الدخول بها من غير فرق بين كونها حرّة او امة مزوّجة وبين الدوام والمتعة في العقد السابق واللاّحق واما تزويج امة الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوّجة فلا يوجب الحرمة الابدية وإن كان مع الدخول والعلم.

المسالة ١٠ : إذا تزوّج امراة عليها عدّة ولم تشرع فيها كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر فانّ

في الايضاح بالالحاق غفلة عن النصوص الواردة في المسالة على الاستقلال).

مع العلم... : موضوعاً وحكماً (فان ١٦/١ يدل على الحرمة مطلقاً و ١٦/٣ ما يحرم بالمصاهرة يدل على عدم الحرمة مع الجهل و٢ و١٦/٦ تدلال على الحرمة بالدخول مطلقاً ولو مع الجهل فان موضوعهما الدخول ولذا ذكر لزوم الاعتداد والمهر. فهما اما في مورد الجهل فالنسبة بينهما مع ١٦/٣ عموم مطلق والاّ فالنسبة عموم من وجه والتعارض في الدخول مع الجهل، والمرجع اطلاق ١٦/١ الدال على الحرمة مطلقاً واما ١٦/٤ فليس المراد جواز تزويجها بعداً مع الدخول والجهل لاستعمال «ما احب» في الحرمة ايضاً والمراد من غاية: حتى تنكح زوجاً غيره، ليس الغاية للحرمة حتى يجوز التزويج بعد تزوجها برجل آخر اي حتى بدون طلاق منه! بل المراد حرمة تزويجها بل اطلاقها وتسريحها ليتزوجها غيره).

مع الجهل لم تحرم: اي جهل الزوج واما الزوجة فلا دخالة لعلمها وجهلها في المسالة (فان مقتضى اطلاق ١٦/٣ وبعض آخر كون المدار علم الزوج بلا دخالة للزوجة في المسالة وهذا هو الفرق بين المسالة ومسالة المعتدة، ولا يمكن الاستدلال بالاولوية لكون المعتدة كالزوجة وهذه زوجة، لعدم العلم بالملاك فلعل توهم التسريح المطلق اوجب تهجم الناس في المعتدة دون ذات البعل فاوجب التشديد في المعتدة. مع ثبوت الحرمة في غير مورد علقة الزوجية كمورد عدة وطئ الشبهة والطلاق التاسع والفسخ للرّضاع مع العلم. والمراد من العلم في الباب موضوعاً وحكماً وان لم يذكر الحكم في الروايات لوضوح المسالة وعدم تصور الجهل بالحكم في المقام من المسلم بل كل انسان وإلاّ فالجهل بالحكم اقوى عذراً كما ورد في صحيح ١٧/٤).

المسالة ١٠ : لا يخلو عن قوة: (خلافاً للسيد جمال والاستاذ وبعض اهل العصر حيث افتوا بالجواز وللبروجردي والگلپايگاني (قدس سرهم) حيث احتاطوا، والحق

عدّتها من حين بلوغ الخبر فهل يوجب الحرمة الابدية أم لا قولان احوطهما الاوّل بل لا يخلو عن قوّة.

المسالة ١١ : إذا تزوّج امراة في عدّتها ودخل بها مع الجهل فحملت مع كونها مدخولة للزوج الاوّل فجائت بولد فان مضى من وطي الثاني أقلّ من ستّة اشهر ولم يمض من وطي الزوج الاوّل اقصى مدّة الحمل لحق الولد بالاوّل وإن مضى من وطي الاوّل اقصى المدّة ومن وطي الثاني ستّة أشهر او ازيد إلى ما قبل الاقصى فهو ملحق بالثاني وإن مضى من الاوّل اقصى المدّة ومن الثاني أقلّ من ستّة أشهر فليس ملحقاً بواحد منهما وإن مضى من الاوّل ستّة فما فوق وكذا من الثاني فهل يلحق بالاوّل او الثاني او يقرع وجوه او اقوال والاقوى لحوقه بالثاني لجملة من الاخبار

مع المتن لان موضوع الحرمة على ما مرّ ليس خصوص المعتدة بل من لم تنقض عدتها كما في ١٧/٥ ما يحرم بالمصاهرة).

ملحقاً بواحد منهما: (لخروجه عن حدّ كليهما فالولد منتف عنهما شرعاً ولا يمكن العلم بالخلاف نوعاً فلو فرض العلم بعدم الدخول من احد غيرهما وعدم انجذاب الرحم ايضاً بغير ذلك فيعلم بمخالفة احد الدليلين للواقع فهل يقرع او يعمل بالتحديد الشرعي ولو مع العلم بالخلاف نظير الحيض اذا علم انه حيض ولم يتوال ثلاثة ايام).

المسالة ١١ : **لحوقه بالثاني**: بل يقرع ان لم يعين بطريق آخر ولو من التجربيات المستحدثة (خلافاً لاكثر المحشين، لعدم الدليل على الالحاق بالثاني فان دليل المسالة وهو رواية جميل اي ابن دراج على الاظهر كما نقله الصدوق مرسلة ١٧/١٤ ما يحرم بالمصاهرة ولا يجبره الاجماع ولا الشهرة اذ الشيخ نفسه الذي اختار هذا القول في النهاية لم يفت به في المبسوط بل اختار القرعة وقال: عندنا، الظاهر في الاجماع ومن البعيد انه افتى بخلاف الاجماع المسلم. هذا مع انه من البعيد شرعاً الالحاق بالثاني بلا دليل وبلا مرجح مع امكان الاول والثاني بلا تفاوت بعد بطلان الزواج الثاني وعدم السراح من الاول فيحمل كون الحديث متخذاً من سائر الادلة الواردة في المعتدة بعد تمام العدة. واما صحيحة ١٧/١ احكام الاولاد فهو في المعتدة بعد تمام العدة وزوال فراش الاول وصحة فراش الثاني وكذا مرسلة البزنطي ١٧/١١. واما ١٧/١٢ فلا يعلم موردها هل المعتدة بعد تمام العدة أو لا، وعن وفاة أو طلاق او شبهة أو كانت امة معتقة. واما ٥٨/٢ نكاح العبيد، الحاكم بكون الولد للفراش الظاهر

وكذا إذا تزوّجها الثاني بعد تمام العدّة للأوّل واشتبه حال الولد.

المسألة ١٢ : إذا اجتمعت عدّة وطي الشبهة مع التزويج أو لا معه وعدّة الطلاق أو الوفاة أو نحوهما فهل تتداخل العدّتان أو يجب التعدُّد قولان المشهور على الثاني وهو الأحوط وإن كان الأوّل لا

في الاخير فهو في الجارية المبيعة الزائل فراش الاول والثاني وصحة فراش الثالث بخلاف المقام، إلاّ ان يقال: هو ايضاً كان قبل الاستبراء نظير العدة، وفيه عدم الدليل على كون الاستبراء بحكم العدة. فالفراش صحيح للثالث ولو كان بحكم العدة لكن الفراش صحيح للثالث بحكم صحة البيع فهو نظير ٥٨/٤ الوارد في وقاع رجلين جارية في طهر واحد قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» من هذا الجهة اي جهة صحة الفراش للذي عنده، ونظير ٥٨/٧ في وطيء الجارية بعد الشراء قبل الاستبراء، واشار الگلپايگاني (قدس سره) الى روايات في التزويج بذات البعل الدالة على كون الولد للثاني لكني لم اجدها. وقال: في المسألة قولان فقط لا ثلاثة اقوال كما قال الماتن، ولكن الماتن ردّد بين الوجوه والاقوال فلا اشكال والالحاق بالاول ظاهر ٥٨/٥ نكاح العبيد بالغاء الخصوصية كما ان ظاهر ٥٨/٦ الالحاق بكليهما في ترتيب الارث، وبازاء ما ذكرنا روايات الباب ٥٧ نكاح العبيد الدالة على القرعة، والظاهر انها اقدم سنداً واعتباراً وان كانت في غير المعتدة، لكن الظاهر ان القرعة ايضاً فيما اشكل الامر، والظاهر كشف الواقع بحسب الغالب من التجربيات الحديثة).

وكذا اذا تزوجها: (لصحيح الحلبي ١/١٧ احكام الاولاد ولبطلان فراش الاول).

المسألة ١٢ : المشهور على الثاني: وهو الاقوى في خصوص وقوع وطئ شبهة في عدة الوفاة لكن لا يترك الاحتياط في جميع الموارد. (لا ريب ان مقتضى القاعدة في المقام هو التداخل لعدم قابلية الزمان الواحد للتعدد، اذ ظاهر الادلة ان مبدء العدة من حين وقوع السبب فاذا تعدد السببان في زمان واحد فالاصل في المقام هو التداخل وان كان الاصل الكلي في الاسباب عدم التداخل إلاّ في عدة الوفاة فان المبدء من حين بلوغ الخبر. واما الادلة فصحيح ١٧/١١ ما يحرم بالمصاهرة يدل على التداخل والمورد مورد تداخل عدة الطلاق والوطئ مع التزويج شبهة ونظيره ١٧/١٢ وصحيح ١٧/٩ يدل على عدم التداخل وكذا ١٧/١٨، وصحيح ١٧/٦ يدل على عدم التداخل في خصوص الوطئ بالشبهة في عدة الوفاة وكذلك، والنسبة بين الاول والثالث

يخلو عن قوّة حملاً للاخبار الدالّة على التعدّد على التقيّة بشهادة خبر زرارة وخبر يونس وعلى التعدّد يقدّم ما تقدّم سببه إلاّ إذا كان إحدى العدّتين بوضع الحمل فتقدّم وإن كان سببها متاخّراً لعدم إمكان التاخير حينئذٍ ولو كان المتقدّمة عدةً وطي الشبهة والمتاخّرة عدّة الطلاق الرجعيّ فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدّته وهل ترث الزوج إذا مات قبله في زمان عدّة وطي الشبهة وجهان بل قولان لا يخلو الاوّل منهما من قوّة ولو كانت المتاخّرة عدّة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلّق لها في زمان عدّة الوطي قبل مجيء زمان عدّة الطلاق وجهان لا يبعد الجواز بناء على انّ الممنوع في عدّة وطي الشبهة وطي

هي الاطلاق والتقييد وينتج عدم التداخل في الوطئ بالشبهة في عدة الوفاة والتداخل في غيرها، والنسبة حينئذ بعينها بين الاول والثاني وينتج عدم التداخل فيما كان في عدة الوفاة، وان ابيت عن انقلاب النسبة فيسقط الاول والثاني بالتعارض، والقاعدة الاولية في المقام كما عرفت هي التداخل في غير مورد الدليل وهو في عدة الوفاة فقط. واما حمل اخبار التعدد على التقيّة فلا شاهد عليه كما ان خبر زرارة ويونس المشار اليهما في المتن انما هو في الوطئ شبهة لذات البعل لا المعتدة، كما ان ما ذكرنا انما هو في ورود عدة وطئ الشبهة على عدة الطلاق أو الوفاة واما العكس ففي الطلاق القاعدة هي التداخل، كما ان مقتضى خبر زرارة المشار اليه في المتن ١٦/٧ ما يحرم بالمصاهرة ايضاً هو التداخل.

واما الوفاة فمقتضى ٤٩/٢ ما يحرم بالمصاهرة عدم التداخل لكنه مرسل والقاعدة هو التداخل، فعدم التداخل انما هو في صورة واحدة وهي ورود عدة وطئ الشبهة على عدة الوفاة. وأما طرد روايات التداخل باعراض المشهور فلا وجه له بعد امكان الجمع الدلالي لكن مع ذلك كله فلا يترك الاحتياط بعدم التداخل كلاً لاهمية المقام، خلافا لاكثر المحشين فانهم بين الفتوى كالمشهور كالاستاذ والگلپايگاني(قدس سرهما) وبين الاحتياط كالقمي و...).

لا يخلو الاول منهما من قوة: (فان موضوع جواز الرجوع هو عدم انقضاء العدة وكذا موضوع الارث بحسب غير واحد من النصوص وهي المفسرة لبعض الروايات الدالة بظاهرها على كون الموضوع كونها في العدة).

لا يبعد الجواز: بل هو بعيد والحكم غير بان على ما بناه، والظاهر كونه حينئذ من التزويج في العدة الموجب للحرمة المؤبّدة. (لا وجه لانصراف ادلة التزويج في عدة

الزوج لها لا سائر الاستمتاعات بها كما هو الأظهر ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذٍ للمطلق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الابدية أيضاً لصدق التزويج في عدّة الغير لكنّه بعيد لإنصراف اخبار التحريم المؤبّد عن هذه الصورة هذا ولو كانت العدّتان لشخص واحد كما إذا طلّق زوجته بائناً ثمّ وطئها شبهة في أثناء العدّة فلا ينبغي الاشكال في التداخل وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء التعدّد في هذه الصورة أيضاً.

المسألة ١٣ : لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطي بالشبهة المجرّدة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهة وإن كان الواطي عالماً وامّا إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمّى او مهر المثل قولان أقواهما الثاني وإذا كان التزويج مجرّداً عن الوطي فلا مهر اصلاً.

المسألة ١٤ : مبدء العدّة في وطي الشبهة المجرّدة عن التزويج حين الفراغ من الوطي وامّا إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك أو من حين تبين الحال وجهان والاحوط الثاني بل لعلّه الظاهر من الاخبار.

الغير عن هذا المورد، كما ان مبناه ليس معتبراً في المسألة لعدم دخالته في المسألة وان كان صحيحاً لكونها حين تكون في عدة وطئ الشبهة من الغير زوجة حقيقة فالمقصود استبرائها اي ترك وطئها لكن لا دخالة لذلك في المسألة).

الاشكال في التداخل: قد عرفت حال التداخل بالنسبة الى الغير واما بالنسبة الى الزوج نفسه فلا عدة لها اصلاً فيجوز للزوج عقدها متى توافقا.

المسألة ١٣ : مهر المثل: والمراد من مهر المثل مهر مثل هذه المرئة شرفاً وضعةً وسائر خصوصياتها جسماً ومكانة وروحية بمثل هذا العقد دواماً أو انقطاعاً بمثل مدّته، المنكشف بطلانه، المستفادة بهذه المدة، والاحوط المصالحة. (كما يشهد لاصل الحكم ٦/٤ الجنابة، والملاك في الحديث صرف الوطئ والتقاء الختانين بلا دخالة للعقد في ذلك. نعم، يشترط اشتباه المرئة وإلّا فهي بغيّة ولا مهر لها كما يستفاد من ١٤/٦ ما يكتسب به وروايات٥ ما يكتسب به و ٢٨/٢ المتعة و ٩/١ ابواب العيوب والتدليس).

اقويهما الثاني: (لفساد العقد فلا اثر له ولظهور الاخبار في كون علّة المهر استحلاله لفرجها لا العقد).

فلا مهر لها اصلاً: (لعدم الوطئ وفساد العقد واما ١٧/٢١ ما يحرم بالمصاهرة الدال على نصف المهر عند عدم الدخول فهو معارض باصح واكثر منها مثل٧ و١٣ و١٧/٨).

المسألة ١٤ : الظاهر من الاخبار: فيه اشكال لكنه احوط مع كونه مقتضى

المسالة ١٥ : إذا كانت المؤطوءة بالشبهة عالمة بأن كان الاشتباه من طرف الواطي فقطّ فلا مهر لها إذا كانت حرّة إذ لا مهر لبغيّ ولو كانت امة ففي كون الحكم كذلك او يثبت المهر لانّه حقّ السيّد وجهان لا يخلو الاوّل منهما من قوّة.

الاستصحاب (واحتاط بعض اهل العصر حتى في المجردة عن التزويج نظراً الى ظهور قوله عليه السلام: «ثم تعتد» في ١٦/٨ المصاهرة وكذا ١١ و١٢ و١٧/١٤ في كون المبدء تبيّن الحال وموردها الاقتران مع التزويج لكن تاثير العقد الفاسد مظنون العدم بل الملاك اتخاذها فراشاً، وفيه: ان قوله عليه السلام في صحيحة زرارة ١٦/٧ المصاهرة: ثلاثة قروء وانما يستبري رحمها بثلاثة قروء ... الخ. ظاهر بوضوح في كون الملاك استبراء الرحم واذا كان التبين بعد ثلاثة قروء مثلاً لا معنى للاستبراء حينئذ اصلاً، لكن الاحوط ما في المتن مع كونه مقتضى الاستصحاب كما قال آقا ضياء (قدس سره). ولو وافقني احد لصرحّت بعدم لزوم الاحتياط هنا).

المسالة ١٥ : لا مهر لبغيّ: (المستفاد من ١/ ٩ ابواب العيوب والتدليس و٢/ ٢٨ متعة وروايات الباب ٥ و ١٦/٦ ما يكتسب به).

لا يخلو الاول: (فان ظاهر ما اشير اليه من الروايات عدم ترتب مال على الزنا والبغي وان المأخوذ به سحت ومن البعيد جداً امر الشارع أو امضائه اخذ مال بازاء الزنا أو اللواط بل المترتب عليه التعذيب فقط، واما الروايات فقد استدل الاستاذ وبعض آخر بمثل ٦٧/١ نكاح العبيد والاماء و١/ ٣٥ نكاح العبيد لاثبات عشر قيمة الامة ان كانت بكراً، ونصف العشر ان كانت ثيبة، لكنهما واردتان في مورد استحقاق الوطئ كما في الاول أو عدم كونه زنا كما صرّح الامام عليه السلام بعدم كونه زنا. وقال الگلپايگاني تبعاً للبروجردي والسيد جمال (قدس سرهم) ثبوت المهر إلاّ اذا اذن لها في المعصية، وفيه: ان المقام عند عدم امر السيد بالمعصية نظير وطئ غلام المولى فهل بازائه مال شرعاً؟

وتمسك آقا ضياء (قدس سره) باطلاق مثل ٦٧/١ بعد التشكيك في شمول لا مهر لبغي للمقام، وفيه ما مرّ، ولا وجه للتشكيك في شمول ذلك بعد قطعية البغاء. والحاصل ان الاسلام والحكومة المبتنية عليه لا يرضى بايّ مال ولو احتاجت الحكومة هذا مع قبح اخذ المال قبال الفحشاء عند المتشرعة جداً وقد قلنا في محله ان اخذ القيمة

المسالة ١٦ : لا يتعدّد المهر بتعدّد الوطي مع استمرار الاشتباه نعم لو كان مع تعدّد الاشتباه تعدّد.
المسالة ١٧ : لا باس بتزويج المراة الزانية غير ذات البعل للزاني وغيره والاحوط الاولى ان يكون

عن واطئ البهيمة ايضاً ليس قيمة الوطئ المحرم بل قيمة الحيوان المحروق ولو لم يحرق لا دليل على اخذ القيمة حتى يستلزم تكسب صاحب الحيوان من هذا الطريق في كل يوم مرّات اذا لم تقو الحكومة الاسلامية على الاحراق).

المسالة ١٦ : لا يتعدد: (لعدم التذكر حتى في رواية واحدة مع ان المشهور من لسان الشرع ان الملاك في الزواج دواماً وانقطاعاً بالزمان لا العمل فانه ملاك الفحشاء عند اهله، مع ان ظاهر مثل ١٦/٧ المصاهرة و ٣٨/٢ العدد، المهر الواحد مع ظهوره في الفصل بزمان، ومع بعد وقوع عمل واحد في الزمان الطويل، ولا ارى لاشكال الخوئي في الحاشية وجهاً ولم يذكر هو في الشرح. نعم، في مورد تعدد الاشتباه وتعدد السبب لا يبعد ذلك كما قال في المتن فانه بمنزلة حلّ السابق وايجاد امر جديد بحسب عمود الزمان لا العمل بما هو هو).

المسالة ١٧ : لا باس: الاحوط ترك تزويج المشهورة بالزنا وكذا عدم رضى المؤمنة العفيفة بالتزويج من الزاني المشهور بذلك (مقتضى الجمع بين روايات المانعة المطلقة مثل٢ و٥ و١١/٧ ما يحرم بالمصاهرة و ١٤/٣ ، وكذا ١١/٤ ما يحرم بالمصاهرة على رواية الكليني مع ما فيها من الارسال، وبين روايات المجوزة المطلقة مثل١ و١١/٣ ما يحرم بالمصاهرة القابلة للحمل على ما بعد التوبة، ومثل٢ و٣ و١٢/٦ ما يحرم بالمصاهرة و ٩/٣ المتعة، وبين المفصلّة بين المشهورة بالزنا وغيرها مثل ١٣/١ ما يحرم بالمصاهرة وبعد حمل المجوزة على غير المشهورة لاجل هذه المفصلة، المنع في المشهورة والجواز في غيرها واما ما في ذيل ٩/٣ المتعة من التصريح بالجواز في المعروفة ايضاً فهو غير ثابت سنداً ولا يبعد كون الآية الكريمة آية ٣ النور ايضاً في هذا المقام بلحاظ ظهور الوصف في الاستمرار والاتخاذ شغلاً وتلزمه الشهرة. والظاهر من قوله تعالى: ... وحرّم هو التشريع فلا يمكن حمل الكريمة على الاخبار فقط كما قال الخوئي تبعاً للحكيم، لقوله تعالى: حرّم، ولو حمل «حرّم» ايضاً على الاخبار فهو اخبار عن انشاء التحريم قبلاً. وللروايات المفسّرة الدالة على انها مربوطة بالمشهورات فلا يجوز تزويجهن.

بعد استبراء رحمها بحيضة من مائه أو ماء غيره إن لم تكن حاملاً وأمّا الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء بل يجوز تزويجها ووطيها بلا فصل نعم الاحوط ترك تزويج المشهورة بالزنا إلّا بعد ظهور توبتها بل الاحوط ذلك بالنسبة إلى الزاني بها واحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً إلّا بعد توبتها ويظهر ذلك بدعائها إلى الفجور فان أبت ظهر توبتها.

نعم، ظاهر صدر الكريمة هو الاخبار بلحاظ الاستثناء فلا يجوز تزويج المسلم للمشركة ولا المسلمة للمشرك، إلّا ان يقال: ليس المراد التجويز في الاستثناء بل المراد تشديد النهي في المستثنى منه اي يتأكد النهي وطرد الزاني والزانية عن العفيف والعفيفة، إلّا ان يريد مثل نفسه أو المشرك فهو وما يريد إلّا انه جائز له. وحينئذ فهو حكم، كما ان الاخبار المحض يبعد عن القرآن الكريم بل اخباره ايضاً بداعي الحكم التشريعي لكونه هدى للمتقين. وأما منع الزاني من تزويج العفيفة مع عدم قول فقيه به ففيه: انه غير بعيد لكون عمل العفيفة حينئذ مع العلم بذلك سيما الشهرة خلاف النهي عن المنكر وتعريض لنفسها معرض الفحشاء ايضاً وهتك لها ايضاً.

وهل المراد من النهي في المقام الوضعي أو التكليفي؟ ظاهر تعبير الروايات هما معاً نظير تزويج ذات البعل وام الزوجة، فان قوله ﷺ في المقام: «هي عليه حرام» أو «لا تحل» او «اذا اجتنبها... له ان يتزوجها» ظاهر في الوضع حتماً والتكليف ايضاً بحسب الظاهر، ويمكن القول بعدم عدّ مثل ذلك زواجاً عند العقلاء فان الزواج حقيقته صيرورة الشخصين بمنزلة شخص واحد. وأما تزويج مرتة تراود كل احد فلا يعد ازدواجاً، إلّا ان يقال: لا نسلّم ذلك لاختلاف جهة القرار فانه امر مؤقت زائل لا يزاحم ما بنائه على الدوام فتامل.

وكيف كان، فالاحوط اذا تزوج المشهورة بالزنا تركها بالطلاق، وأما المشهور بالزنا فالروايات ساكتة ولم يقل به فقيه ايضاً فلا يبطل ولا يجري احتياط الطلاق هناك فان الامر بيد الزوج وهو الزاني المشهور لا يعتني بالشرع).

والاحوط الاولى: لا يترك سيما من مائه (اما منه نفسه فلموثق ٤/ ١١ ما يحرم بالمصاهرة وأما من غيره فلظهور ٢/ ٤٤ العدد المنقول عن تحف العقول، وعدم وجوب الاستبراء على الزوج فيما اذا زنت زوجته لا يدل على عدمه هنا خلافاً للخوئي حيث استشهد بذلك، قال: لم يقل بالاستبراء احد، واستظهره من رواية

المسالة ١٨ : لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها وإن كانت مصرّة على ذلك ولا يجب عليه أن يطلّقها.

المسالة ١٩ : إذا زنا بذات بعل دواماً او متعة حرمت عليه أبداً فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها

عباد بن صهيب ١/ ١٢ ما يحرم بالمصاهرة، وفيه عدم تعرض الحديث لذلك بل لعدم لزوم التفرقة بصرف زنا الزوجة فراجع. وبان ماء الزاني لا حرمة له لكون الولد للفراش وللعاهر الحجر، وفيه: ان الولد للفراش اي المرئة ولم تكن عندئذ فراشاً للرجل فلا يعلم ان الولد للرجل ولابد ان يعلم ذلك حذراً من اختلاط الانساب، والظاهر ان لزوم العدة بالنسبة الى مائه يدل على ذلك لماء غيره بالاولوية، ولذا استدل به في ٢/ ٤٤ العدد، وكذا يظهر من موثق ٤/ ١١ المصاهرة ايضاً لقوله ﷺ: «باستبراء رحمها من ماء الفجور» لا خصوص فجوره، واما الاكتفاء بحيضة واحدة فلصدق استبراء الرحم بذلك).

المسالة ١٨ : وان كانت مصرّة: لكن اذا اشتهرت فالاحوط الطلاق او الاعتزال ثم تجديد العقد او الرجوع بعد التوبة (لعدم الفرق عرفاً بين الابتداء والاستدامة فهي كالسابقة كما مرّ في المسالة السابقة، ويجمع بذلك بين ١/ ١٢ ما يحرم بالمصاهرة وما ورد من ان الحرام لا يحرّم الحلال و١ و٤/ ٦ وبين مثل ٢ و٣/ ٦ ابواب العيوب والتدليس وكذا ١/ ٣٨ المتعة.

لكن هذا الجمع بعيد جداً لظهور: «زنت» في٢ و٣/ ٦ المتعة في المرة الواحدة فالجمع امّا بالاعراض عن المانعة أو بالتساقط والمرجع عمومات الحل مثل واحل لكم ما وراء ذلكم، وبعض هذه الروايات في الزنا السابق على العقد لا زنا الزوجة، قال الخوئي: الدفع اولى من الرفع فتأمل. وكيف كان، فالاحوط ما ذكرنا لما ذكر).

المسالة ١٩ : حرمت عليه ابداً: على الاحوط (ولا دليل عليه سوى الاجماع المنقول من غير واحد وتوقف المحقق وبعض آخر في المسالة. واستدلال المسالك بالاولوية من العقد على ذات البعل لاشدّية العمل من مجرد الانشاء، فيه عدم العلم بالملاك مع امكان ان يقال: لعل العكس اولى اذ عمل واحد مع الاقرار بعدم وجه قانوني له كيف يكون بمنزلة طرح حياة ومعيشة دائمة، والاستدلال بعبارة الفقه الرضوي فيه عدم ثبوت كونه من المعصوم بل الخلاف اظهر فان الظاهر انه كتاب فتاوى ابن بابويه وان كان بعض الاحتمالات الأخر ايضاً مورد انظار المحققين وقد مرّ

أو طلاقه لها او انقضاء مدّتها إذا كانت متعة ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بانها ذات بعل أو لا كما لا فرق بين كونها حرّة او امة وزوجها حرًّا او عبداً كبيراً او صغيراً ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها او لا، ولا بين أن يكون ذلك باجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم بعدم صحّة العقد ولا بين ان تكون الزوجة مشتبهة أو زانية أو مكرهة نعم لو كانت هي الزانية وكان الواطي مشتبهاً فالاقوى عدم الحرمة الابدية ولا يلحق بذات البعل الامة المستفرشة ولا المحلّلة نعم لو كانت الامة مزوّجة فوطئها سيّدها لم يبعد الحرمة الابدية عليه وإن كان لا يخلو عن إشكال ولو كان الواطي مكرهاً على الزنا فالظاهر لحوق الحكم وإن كان لا يخلو عن إشكال ايضاً.

المسالة ٢٠: إذا زنا بإمراة في العدّة الرجعيّة حرمت عليه أبداً دون البائنة وعدّة الوفاة وعدّة المتعة والوطي بالشبهة والفسخ ولو شكّ في كونها في العدّة او لا او في العدّة الرجعيّة او البائنة فلا حرمة ما دام باقياً على الشكّ نعم لو علم كونها في عدّة رجعيّة وشكّ في انقضائها وعدمه فالظاهر الحرمة خصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر وكذا في المسالة السابقة.

البحث في ذلك والاجماع لعل اصله السيد المرتضى في الانتصار، وفيه ما تعرف من كثرة الخطأ في اجماعاته. وظاهر الخوئي (قدس سره) في الشرح عدم الاعتناء بالحكم. لكن المحشين جميعاً افتوا بالحكم ما عدا القمي حيث احتاط).

أو صغيراً: والظاهر خلاف ذلك بعد لحاظ رفع القلم عنه.

باجراء العقد: اي لا فرق من جهة حكم هذه المسالة واما اذا عقد فهو قد مر حكمه.

لم يتعبد الحرمة: (نظراً الى ترتب حكم الزنا عليه في الادلة من ثبوت حدّ الزنا كما يظهر من صحيح ٩/ ٢٢ حدّ الزنا و ٨/ ٤٤ نكاح العبيد والاماء).

لحوق الحكم: بل الظاهر خلافه (بعد رفع حكم الاكراه فيشك في شمول معقد الاجماع له كما في الصغير).

المسالة ٢٠: **حرمت**: على الاحوط.

دون البائنة: (لعدم صدق الزنا، بذات البعل، وبه يعلم ان الدليل هو الاجماع على معقده لا الاولوية المدّعاة وإلّا لامكن ان يقال: وطئ البائنة حراماً اولى بالتاثير في الحرمة من العقد المجرد. فلا وجه لاحتياط بعض اهل العصر).

أو الدبر: (لصدق الزنا فانه الوطئ بلا استحقاق اصالي لا كالوطئ في الحيض، كما عليه الاكثر فلا فرق).

المسالة ٢١ : من لاط بغلام فاوقب ولو بعض الحشفة حرمت عليه أمّه ابداً وإن علت وبنته وإن نزلت وأخته من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين او مختلفين ولا تحرم على الموطوء أمّ الواطي وبنته وأخته على الاقوى ولو كان الموطوء خنثى حرمت امّها وبنتها على الواطي لانّه إمّا لواط او زنا وهو محرّم إذا كان سابقاً كما مرّ والاحوط حرمة المذكورات على الواطي وإن كان ذلك بعد التزويج خصوصاً إذا طلّقها واراد تزويجها جديداً والأمّ الرضاعية كالنسبية وكذلك الأخت والبنت والظاهر

المسالة ٢١ : بعض الحشفة : على الاحوط (فان الايقاب يشمله على الظاهر فانه مطلق الادخال والاخفاء لكنه لم يذكر إلاّ في المرسلات ولو ان المرسل هو ابن ابي عمير في بعضها لكن لم يعلم الاعتماد عليها وان كان الاظهر الاعتماد في الموارد المختلفة من ابواب الفقه فكأنهم تسالموا على صحة قول الشيخ والكشي(قدس سرّهما) لكن في شمول الايقاب لادنى مراحل الادخال واخفاء الآلة تامل. وكيف كان فالاحوط ذلك).

وبنته : (لم تذكر إلاّ في المراسيل، راجع روايات الباب ١٥ ما يحرم بالمصاهرة، نعم المرسل في ١٥/١ ابن ابي عمير والاعتماد اظهر وايضاً هي اقرب من الاخت وهي مذكورة في المعتبرات مثل ١٥/٤ ما يحرم بالمصاهرة وكذا من الام وهي ايضاً ذكر في مثل ١٥/٧ . وقيل : ان الملاك هو الاقربيّة، وفيه عدم ثبوت الملاك فلعل ارتباط الملاحة والصباحة الظاهرية مع الام والاخت اقوى والشارع يريد تعذيب الشخص عاجلاً بمنعه عن المناسب الجميل فان الرجل لعله يطلب الصباحة والملاحة، لكن هذه المراسيل معتمد عليها عند الاصحاب على الاظهر سيما مثل ١٥/١).

صغيرين : في الواطئ الصغير اشكال بل الاوجه عدم ثبوت الحكم. (لعدم صدق عنوان الرجل ولا يوجد ملاك الحكم ايضاً. بل في الموطوء الكبير ايضاً يمكن الاشكال لكن الملاك موجود).

كما مرّ : بل ياتي.

خصوصاً اذا طلقها : لا يلزم الاحتياط في غير هذه الصورة وفيها الاوجه ذلك (لشمول الاطلاق ذلك وعدم شمول المخصص له لظهور المخصص وهو ان الحرام لا يفسد الحلال٦ و١٦/١٠ ما يحرم بالمصاهرة في الحلال بالفعل وهو الزوجة بالفعل. واما غير هذه الصورة فلا وجه للاحتياط بعد ورود هذا المخصص مع ان في ذلك حرجاً وفزعاً لا يتحمل عند العقلاء حتى بعد التزويج وقبل الوطئ مع إباء قولهم عليهم السلام :

عدم الفرق في الوطي بين أن يكون عن علم وعمد واختيار أو مع الاشتباه كما إذا تخيّله امرأته أو كان مكرهاً أو كان المباشر للفعل هو المفعول ولو كان الموطوء ميّتاً ففي التحريم إشكال ولو شكّ في تحقّق الايقاب وعدمه بني على العدم ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة فلا بأس بنكاح ولد الواطي ابنة الموطوء أو أخته أو أمّه وإن كان الاولى الترك في ابنته.

(٥ ـ فصل)

من المحرّمات الابدية التزويج حال الاحرام: لا يجوز للمحرم أن يتزوّج امرأة محرمة سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الاحرام سواء كان الوكيل محرماً أو محلاً وكانت الوكالة قبل الاحرام أو حاله وكذا لو كان بإجازة عقد الفضوليّ الواقع حال الاحرام أو قبله مع كونها حاله بناء على النقل بل على الكشف الحكميّ بل الاحوط مطلقاً ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور

«الحرام لا يفسد الحلال» عن التخصيص.

وتمسك في الجواهر لاثبات الجواز في الصورة الاولى ايضاً بالاستصحاب اي التعليقي، لكنه ممنوع على ما حققناه في محله إلّا فيما كان التعليق في نفس الدليل الشرعي).

عدم الفرق في الوطئ: في غير العمد اشكال بل منع، وكذا الاكراه وما اذا كان المباشر للفعل هو المفعول وكذا في الميت (لظهور الروايات في القصد الى وطئ الغلام، مع ان حديث: «ايما رجل ركب امراً بجهالة فلا شيء عليه» ٣/ ٨ بقية كفارات الاحرام، وكذا حديث رفع الاكراه دليل في المقام).

وان كان الاولى: (لاحتمال منعه في ٣/ ١٥ ما يحرم بالمصاهرة، لكن الاستدلال به ضعيف بجهات عديدة من ضعف السند، واحتمال رجوع الضمير الى الواطئ، واحتمال كون السؤال عن تزويج ابن الموطوء ابنة الواطئ).

فصل ٥

كانت الوكالة قبل الاحرام: في الحكم منع اذا كانت الوكالة قبل الاحرام فعقد الوكيل حال احرام موكّله بلا دخالة من الموكل في ذلك، وسيما اذا كان بلا اطلاع منه، وسيما اذا كان الوكيل جاهلاً أو غافلاً عن كون موكله محرما، والوجه عدم صدق التسبيب فلا يصدق كونه متزوجاً.

بل الاحوط مطلقاً: (على جميع احتمالات الكشف والنقل والانقلاب لاستناد

المذكورة وإن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه ابداً سواء دخل بها او لا وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الاقوى دخل بها او لم يدخل لكن العقد باطل على ايّ حال بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل وإن كان من له العقد محلاً ولو كان الزوج محلاً وكانت الزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان العقد لكن هل يوجب الحرمة الابدية فيه قولان الاحوط الحرمة بل لا يخلو عن قوّة ولا فرق في البطلان والتحريم الابدي بين ان يكون الاحرام لحجّ واجب او مندوب او لعمرة واجبة او مندوبة ولا في النكاح بين الدوام والمتعة.

العقل اليه حتى على الكشف الحقيقي فانه بامضائه).

على الاقوى دخل بها او لم يدخل: (لتقيد ادلة التحريم مطلقاً مثل ١ و٢/ ١٥ تروك الاحرام بما دل على التفصيل بين العلم والجهل مثل ١/ ٣١ ما يحرم بالمصاهرة حديث اديم بن حرّ، مع ان مثل صحيح عبدالصمد ٣/ ٨ بقيّة كفارات الاحرام يدل على انه لا شيء على من ارتكب امراً بجهالة. وبذلك يقيد مادل على عدم التحريم مطلقاً مثل ٣/ ١٥ تروك الاحرام. ولم يقيد الحكم في شيء من هذه الادلة بالدخول).

باطل على ايّ حال: (لاطلاق مثل ٢/ ٣١ ما يحرم بالمصاهرة «عن المحرم يتزوج؟ قال: لا، ولا يزوج المحرم المحل»).

بل لا يخلو عن قوة: (فان الموضوع هو المحرم اي الجنس الصادق على الذكر والانثى وحكمه التفريق وعدم التعاود بلا فرق بين الرجل والمرئة وكذلك سوّوا في الحكم بالبطلان ايضاً بين الرجل والمرئة، ويؤيده قاعدة الاشتراك ايضاً، فالمقام نظير عنوان المسافر والحاضر، فلا وجه لنفي القوة من بعضهم كالبروجردي والشيرازي (قدس سرّهما). ان قلت: التزويج ليس من المرئة بل من الرجل وموضوع الادلة ذلك: «المحرم اذا تزوج» قلنا: لا فرق فيه بين البطلان والتحريم، مع منع ذلك فان التزويج من الطرفين، هذا مع الغاء الخصوصيّة كما في: «اذا شك الرجل بين الثلاث والاربع...» الخ. بخلاف مثل: «انظروا الى رجل منكم قد روى حديثنا...» الخ، ولذلك لم يفت احد من الفقهاء المحققين بتولي المرئة القضاء سيما للنزاع بين الرجال، اللهم إلا بعض طلبة العصر ممن يعدّون كل احتمال جديد يقع في ذهنهم كرامة لهم واظهاره شجاعة تعمية من الشيطان عليهم تحت عنوان الدفاع عن الاسلام!)

المسالة ١: لو تزوّج في حال الاحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلاً عن كونه محرماً او ناسياً له فلا إشكال في بطلانه لكن في كونه محرماً أبداً إشكال والاحوط ذلك.

المسالة ٢: لا يلحق وطي زوجته الدائمة او المنقطعة حال الاحرام بالتزويج في التحريم الابدي فلا يوجبه وإن كان مع العلم بالحرمة والعقد.

المسالة ٣: لو تزوّج في حال الاحرام ولكن كان باطلاً من غير جهة الاحرام كتزويج أخت الزوجة أو الخامسة هل يوجب التحريم أو لا الظاهر ذلك لصدق التزويج فيشمله الاخبار نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

المسالة ٤: لو شكّ في انّ تزويجه هل كان في الاحرام او قبله بنى على عدم كونه فيه بل وكذا لو شكّ في انه كان في حال الاحرام او بعده على إشكال وحينئذٍ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال

المسالة ١: والاحوط ذلك: والاقوى خلافه (فان موضوع الدليل التزوج مع العلم بالحرمة عليه كما في ١/ ٣١ ما يحرم بالمصاهرة وظاهره العلم كبرى وصغرى).

المسالة ٢: لا يلحق: (ولا وجه له اصلاً لعدم الدليل، والقياس ممنوع).

المسالة ٣: الظاهر ذلك: فيه منع (فان الظاهر من الادلة كون الموضوع التزوج الصحيح من غير سنخ هذه الجهة فلا يضر ورود مفسد آخر موجب للحرمة الابدية كالتزوج في العدّة كما في حديث الحكم بن عيينة عن الباقر عليه السلام من الحكم بالبطلان والتحريم الابدي في تزويج المحرم مرئة في عدتها، بخلاف مثل تزوج الاختين لا لكون الالفاظ للصحيح فانه للتام عرفاً لا الصحيح شرعاً مع ان المقام الصحيح النسبي، بل للانصراف).

المسالة ٤: بنى على عدم كونه فيه: (لقاعدة التجاوز المذكورة في مثل ٣/ ٢٣ خلل الصلاة، ولأصالة الصحة وعليها السيرة العقلائية والمتشرعية في فعل الغير والنفس، ولاستصحاب عدم وقوع الاحرام في امد الزمان الى حين العقد بناءً على جريانه في مجهول التاريخ ايضاً كما عليه جمع منهم الخوئي (قدس سره) وله وجه.

وأما استصحاب عدم وقوع العقد قبل الاحرام فلا اثر له بنفسه إلاّ ان يثبت وقوع العقد بعد الاحرام والاصل غير مثبت له، ويمكن استصحاب عدم وقوع العقد في امد الزمان حتى بعد تمامية الاحرام ووقوع الحل لكنه الفرع البعد).

على اشكال: (وجه الاشكال جريان استصحاب بقائه محرماً الى حين العقد ولا يعارض باستصحاب عدم وقوع العقد الى بعد الاحرام لعدم اثباته وقوع العقد في غير الاحرام على ما قاله الخوئي (قدس سره) لكن وفيه عدم احتياج اثبات وقوع العقد في

الاحلال سابقاً أو لاحقاً قدّم قول من يدّعي الصحة من غير فرق بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما نعم لو كان محرماً وشكّ في أنه احلّ من إحرامه أم لا، لا يجوز له التزويج فان تزوّج مع ذلك بطل وحرمت عليه أبداً كما هو مقتضى استصحاب بقاء الاحرام.

المسألة ٥: إذا تزوّج حال الاحرام عالماً بالحكم والموضوع ثمّ انكشف فساد إحرامه صحّ العقد ولم يوجب الحرمة نعم لو كان إحرامه صحيحاً فافسده ثمّ تزوج ففيه وجهان من أنه قد فسد ومن معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه.

المسألة ٦: يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق في العدّة الرجعية وكذا تملّك الاماء.

المسألة ٧: يجوز للمحرم ان يوكل محلاً في أن يزوّجه بعد إحلاله وكذا يجوز له ان يوكل محرماً في أن يزوّجه بعد إحلالهما.

المسألة ٨: لو زوّجه فضوليٌّ في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه وهل له ذلك بعد إحلاله الأحوط العدم ولو على القول بالنقل هذا إذا كان الفضولي محلاً وإلاّ فعقده باطل لا يقبل الاجازة ولو كان المعقود له محلاً.

غير حال الاحرام بل عدم وقوع العقد الى بعد الاحرام بنفسه موضوع اثر اذ الاثر على العقد حال الاحرام وهذا يرفعه فالتعارض ثابت، لكن كيف كان فاصالة الصحة مقدمة على الاستصحاب ولو لم يكن له معارض).

مقتضى استصحاب: ولا يجري اصالة الصحة هنا والحكم بالتحريم هنا ظاهري ما لم ينكشف الخلاف. (لعدم جريانه في عمل الشخص نفسه إلاّ بعد المضي كما نبه غير واحد).

المسألة ٥: وجهان: الاحرام لا يفسد بفساد الحج على فرض القول بفساده فالاظهر الوجه الثاني إلاّ في ترك الاركان كالطواف والسعي على تأمل (وقد جزم الخوئي(قدس سره) فيما استثناه، وفيه تامل لامكان القول ببقاء الاحرام ما لم ينصرف بالتقصير اخذاً باطلاق دليل المُحلّ اي التقصير او الحلق).

المسألة ٨: الاحوط العدم: والجواز اظهر حتى على الكشف (لعدم صدق التزويج في الاحرام فان حصول التزويج انما هو بالاجازة حتى على الكشف وهي في حال الاحلال).

فعقده باطل: حتى على النقل لصدق التزويج تسبيباً (فلا وجه لتامل بعضهم نظراً الى عدم شيء للفضولي إلاّ الانشاء والعمدة الاجازة، وفيها محلّ، وفيه مالا يخفى).

(٦ـ فصل في المحرمات بالمصاهرة)

وهي علاقة بين احد الطرفين مع اقرباء الآخر تحدث بالزوجيّة او الملك عيناً او انتفاعاً بالتحليل او الوطي شبهة او زناء او النظر واللمس في صورة مخصوصة.

المسالة ١: تحرم زوجة كلّ من الاب والابن على الآخر فصاعداً في الاوّل ونازلاً في الثاني نسباً او رضاعاً دواماً او متعة بمجرّد العقد وإن لم يكن دخل ولا فرق في الزوجين والاب والابن بين الحرّ والمملوك.

المسالة ٢: لا تحرم مملوكة الاب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر وتحرم

في المحرمات بالمصاهرة

المصاهرة: المراد بها اصطلاحاً معنى اعم من اللغوي يشمل مثل امّ المزني بها، ذكره الاصحاب في هذا الباب وتبعهم المصنف.

او الملك: بناءً على دخالة الملك وبعض ما بعده في الحكم بالتحريم وسيأتي (لاحتمال اعتبار الدخول في الملك واحتمال عدم دخالة مطلق النظر في ذلك كما يأتي).

المسالة ١: تحرم زوجه: (اجماعاً) ويدل عليه الكريمة ٢٣ و٢٢ نساء، وصحيح١ و٢ و٢/٨ ما يحرم بالمصاهرة ولا فرق بحسب اطلاق الادلة بين الحالات المذكورة في المتن).

المسالة ٢: اذا كان بشهوة: في اللمس لا تعتبر الشهوة على الاحوط وان كان الاوجه الاعتبار، كما ان نظر الشهوة لا يكفي على الاظهر اذا لم يكن الى ما يحرم النظر من غير المالك اليه مطلقاً كالوجه والكفين على القول بالجواز فيها على ما مرّ (الحرمة مع الدخول لصحيح زرارة ٣/٥ المصاهرة ومع احد الامرين لصحيح ٣/١ المصاهرة في التقبيل بشهوة والنظر بشهوة، وفي تقييد النظر بكونه الى ما يحرم على غيره لصحيح ٣/٦ المصاهرة، وفي احتمال اطلاق اللمس اطلاق مثل صحيح ٣/٤: «... وضع يده عليها» وصحيح ٧٧/١ نكاح العبيد والاماء: «... اذا مسّها أو جردّها».

لكن الاوجه اعتبار الشهوة لتقييد وضع اليد بها في معتبر ٣/٢ بل لعل الظاهر من وضع اليد هو الاستيلاء الشهوي، ولتقييد التقبيل بها في صحيح ٣/١ مع تمحضه في الشهوة ففي المسّ بغير التقبيل اولى. واما معتبر ٧٧/٣ نكاح العبيد والاماء، الدال على عدم البأس بالتقبيل بلا جماع فالظاهر انه مطلق يقيد بما سبق بالتقبيل بالشهوة،

مع الدخول او احد الامرين إذا كان بشهوة وكذا لا تحرم المحلّلة لاحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة.

المسالة ٣: تحرم على الزوج امُّ الزوجة وإن علت نسباً او رضاعاً مطلقاً وكذا بنتها وإن نزلت بشرط الدخول بالأمّ سواء كانت في حجره او لا وإن كان تولّدها بعد خروج الأمّ عن زوجيّته وكذا تحرم أمُّ المملوكة الموطوئة على الواطي وإن علت مطلقاً وبنتها.

ولا دليل على كون المراد خصوص ما عن الشهوة كما قال الخوئي (قدس سره) ويمكن اطلاقه من جهة كون الجارية مملوكة وغيرها فيقيد بما سبق).

ولا تحرم المحللة: (فان ٤/ ٣ المصاهرة مطلق من حيث الملك وغيره ويكون معارضاً لمعتبر ٣/ ٧٧ المقيد بغير الملك، وبالنتيجة يكون حاصل ٤/ ٣ ايضاً المنع في مورد الملك، ففي التحليل المحرّم هو الدخول فقط. والظاهر عدم الحرمة بالوطئ شبهة وتمسك الخوئي (قدس سره) للحرمة بصحيح زرارة ١/ ٤ المصاهرة: «... اذا اتى الجارية وهي حلال فلا تحل...» الخ، وفيه ان الجارية حينئذ حرام لكن الواطئ معذور لا انه حلال).

المسالة ٣: مطلقاً: (خلافا لابن ابي عقيل الشارط للدخول على البنت، والدليل عليه الكريمة ٢٣ نساء، ولا يحمل رجوع قيد: دخلتم بهن، الى امهات نسائكم علاوة من رجوعه الى الربائب لخلل العبارة بذلك والنصوص كثيرة ١٨ ما يحرم بالمصاهرة، واما ٣/ ٢٠ الدال على حلية الام اذا لم يدخل بالبنت وكذا ٥/ ٢٠ فهي معرض عنها فلا اعتبار بها، ولا يمكن الحمل على التقية لشهرة الحرمة بين العامة ايضاً، نعم يمكن الجمع بارادة الانكار في بعضها).

وان نزلت: (لوحدة السياق مع سائر جمل الآيات من الامهات والبنات وبنات الاخ وغير ذلك. مع الاجماع والتسالم).

في حجره ام لا: (كما هو مصرح به في الروايات، وحينئذ فالتقييد بالحجر في الكريمة للاشارة الى ملاك الحكم وانها حينئذ بمنزلة البنت للزوج، التي تحت كفالته).

وان كان...: (للصحيح ٢/ ١٨ ما يحرم بالمصاهرة وما دل على ان تزوج المرئة ودخولها يوجب حرمة بنتها لعدم التقيد فيها بكون البنت حال الزواج موجودة، كما ان عكس المسالة ايضاً كذلك فاذا تزوج رضيعة ثم ارتضعت من امرئة تحرم المرئة على الزوج لصيرورتها ام الزوجة له. وتكون من امهات النساء كما ان الربيبة اعم من

المسألة ٤: لا فرق في الدخول بين القبل والدبر ويكفي الحشفة أو مقدارها ولا يكفي الانزال على فرجها من غير دخول وإن حبلت به وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم اختياراً أو جبراً منه أو منها.

كونها للزوجة الفعلية والسابقة).

وكذا تحرم: (كما في صحيح ٢١/٦ ما يحرم بالمصاهرة ومعتبر ٢١/٧، وأما ٢١/١٥ الدال على جواز اصابة ام الموطوئة: «عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثم اصاب بعد امها، قال: لا بأس أليست بمنزلة الحرّة». فيحتمل ارادة الاستخدام والملكية من الاصابة لا الوطئ كما ان الشيخ في التهذيب ردّه بذلك وقال(قدس سره) المراد من قوله ﷺ: «ليست بمنزلة الحرة»، ان الحرّة يحرم وطيها وعقدها الذي سبب الوطئ بخلاف الامة فان الوطئ حينئذ حرام دون سببه اي الملك. واجابه الخوئي (قدس سره) بأن الجمع في الملكية لا منع منها حتى في زمان واحد فلا وجه لذكر موت الموطوئة فكان في ذهن الراوي ارتفاع محذور الجمع بالموت، قال: فنرد الرواية بضعف محمد بن سنان، وفيه ان الاحكام صارت معلومة بالسؤال عنهم عليهم السلام فلعل الراوي توهم عدم امكان الملك ايضاً، كما ان ضعف محمد بن سنان لا يلائم كثرة رواياته ومتانتها وضبطها و ان اشتهر الضعف. وأما ١١/١٦ المصاهرة الدال على جواز وطئ بنت الموطوئة فضعيف سنداً لعدم ثبوت وثاقة رزين، ومعارضته لغيره لعدم رواية ذلك عن غيره).

المسألة ٤: والدبر: (لعدم تقييد في الادلة مع تصريح بعض الروايات بأن الدبر احد المائيّتين فالظاهر الاطلاق وان كان خلاف المتعارف).

أو مقدارها: الملاك صدق الدخول ومع الشك لا يجري الحكم ولا يبعد عدم الصدق بأقل من مقدار الحشفة.

المسألة ٤: أو جبراً: (لعدم دخالة العمد في صدق الدخول فان المذكور في معتبر ٣/١٨ تحقق الدخول بصيغة المجهول ومعلوم ان المُدخل هو الزوج لكن صيغة المجهول تفيد عدم دخالة التعمد والقصد، وبه يظهر ان المراد من الكريمة: ﴿دخلتم بهنّ﴾ ذلك لا دخالة القصد).

المسالة ٥: لا يجوز لكلّ من الاب والابن وطي مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل وإن لم تكن مدخولة له وإلاّ كان زانياً.

المسالة ٦: يجوز للاب ان يقوّم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطيها والظاهر إلحاق الجدّ بالاب والبنت بالابن وإن كان الاحوط خلافه ولا يعتبر إجراء صيغة البيع أو نحوه وإن كان احوط وكذا لا يعتبر

المسالة ٥: لا يجوز: (للنصوص ولمعلومية حرمة التصرف في مال الغير، واما ٧٨/١ مايكتسب به: «... انت ومالك لابيك» المصرّح بجواز وطئ جارية الابن، وكذا ٧٨/١٠ ما يكتسب به فامثال ذلك ترشد الى حكم اخلاقي كما يصرح بذلك حديث ٧٨/٨ ما يكتسب به، والنصوص في التحريم إلاّ مع التقويم على نفسه اي تحصيل ملكيتها، كثيرة فراجع ١ و٢/ ٤٠ نكاح العبيد والاماء و١ و٢/ ٧٩ ما يكتسب به ولابد ان يكون موردها رضى الابن بذلك التقويم اذا كان كبيراً. واما ٨/ ٤٠ نكاح العبيد المفصّل بين الابن والابنة والجواز في مملوكة الابنة فلا يصلح لمعارضة ما سبق واعراض المشهور).

المسالة ٦: ان يقوم: (كما صرح بذلك في٢ و٦/ ٤٠ نكاح العبيد وهما كبعض ما روى غيرهما مطلقتان من حيث اشتراط الصغر، لكن في صحيح ابن سنان ٧٨/٣ مايكتسب به قيد الحكم بالصغر وكذا ٥/ ٤٠ نكاح العبيد، والظاهر دخالة الصغر في الحكم وإلاّ كان ذكره لغواً، واحتمال كون فائدة القيد بالصغر عدم طريق آخر لاستفادة الاب لكون العقد والتحليل لنفسه ولاية يوجب عدم امكان استفادة الولد بعداً لكونها موطوئة الاب ففيه المفسدة، مدفوع بعدم كلية ذلك لاحتمال عدم حسن وكمال في المملوك نعلم بعدم توجه الولد اليها بعداً مع عدم جريانه في مملوكة البنت فالحق ما في المتن وفاقاً لاكثر المحشين).

الجد بالاب: (لذكر: «للرجل ولد صغار» في الادلة واطلاق ذلك للجد، وذكر الاب في بعض الادلة لا يقيد ذلك الاطلاق لعدم مفهوم له مع ان مالكية الولد الصغار للجواري تكون غالباً بالارث لا الكسب او الهدية ونحو ذلك فالرجل هو الجد حينئذ بحسب الاغلب).

اجراء صيغة: بل الاحوط اجراء العقد ولو معاطاة. (لاحتمال كون التقويم كناية عن البيع أو التملك المطلق بلا قصد الى الغاء العقد فلا ينفي اعتبار الصيغة او التعاطي).

كونه مصلحة للصبيّ نعم يعتبر عدم المفسدة وكذا لا يعتبر الملائة في الاب وإن كان أحوط.

المسالة ٧: إذا زنى الابن بمملوكة الاب حدّ واما إذا زنى الاب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحدّ عليه وفيه إشكال.

المسالة ٨: إذا وطي احدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحدّ ولكن عليه مهر المثل ولو حبلت فان كان

عدم المفسدة: (لإشعار ادلة التقويم في الباب وذكر الاشهاد في بعضها على ذلك فان المراد تحكيم الامر لئلا تقع مفسدة على الولد مع دلالة صحيح ٧٨/٢ على ذلك لذكر: «ان اللّه لا يحب الفساد» بعد قوله ﷺ: «ما احب ان يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج اليه مما لابد منه» هذا مع انه لو اعتبرت المصلحة فما الخصوصية للاب حينئذ لجواز رعاية مصلحة الولد في تصرفات كل الاولياء حتى الحاكم. وبناءً على ما ذكر فلا وجه لحاشية آقا ضياء (قدس سره)).

في غير الجد والبنت ...: (اذ مرّ كون الجدّ ايضاً كالاب والبنت كالابن، ولم افهم وجه حاشية بعض المعاصرين باعتبار عدم المفسدة المحرمة، واما المفسدة غير المحرمة فالحكم على الاحتياط، لو كان المراد من المحرمة الملزمة لا وجه له اذ افساد مال الطفل كله ملزم للاجتناب).

لا يعتبر الملائة: (لاطلاق الادلة، وفائدة الاشهاد في الادلة ذلك يعني ليس له الملائة فعلاً على خلاف ما ذكره الخوئي (قدس سره) من دلالة ذلك على لزوم الملائة اذ لو كان فقيراً فما الفائدة في الاشهاد، وفيه: انه فقير بالفعل لا مطلقاً ولو مستقبلاً).

المسالة ٧: وفيه اشكال: والاظهر ثبوت الحدّ (لعدم دليل على الخروج عن الادلّة العامة، واما جملة: «انت ومالك لابيك» فقد مرّ كون المراد امراً اخلاقياً اي اصلك منه فراع جهته اخلاقياً وإلّا فالحرّ لا يملك فلا معنى لكون الولد ملكاً لابيه ولو كان المراد انه مملوكه، فلا زنا اصلاً لا انه يسقط حد الزنا. ولو اريد استفادته مما دل على ان الوالد لا يقاد بولده والاب لا يحد يقذف ابنه ولا يقتص الولد اباه اذا قتل امه وما فرّع عليه من عدم قطع يد الوالد بسرقة مال الولد، ففيه ان هذه كلها حقوق الناس ويمكن التفريع فيها على تلك الجملة المحكية عن النبي ﷺ، واما تفريع حق اللّه تعالى كحدّ الزنا على ذلك فلا يستفاد ذلك).

المسالة ٨: الواطئ هو الابن: اي الوطئ عن زنا، واما الوطئ شبهة فالولد يلحق

الواطي هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً وإن كان الاب لم ينعتق إلا إذا كان أنثى نعم يجب على الاب فكّه إن كان ذكراً.

المسألة ٩: لا يجوز نكاح بنت الاخ او الأخت على العمّة والخالة إلا باذنهما من غير فرق بين الدوام والانقطاع ولا بين علم العمّة والخالة وجهلهما ويجوز العكس وإن كانت العمّة والخالة جاهلتين بالحال على الاقوى.

بالواطئ مطلقاً.

عتق الولد: لان الولد حينئذ حفيد المالك والشخص لا يملك ولده ولو بالواسطة ولو عن زنا.

لم ينعتق: هذا يرشد الى كون مراده الوطئ عن زنا، وأما الشبهة فهو ملحق بأشرف ابويه، وهنا الاب فينعتق قهراً (والحكم معلوم كما في صحيح جميل ٨/ ٣٠ نكاح العبيد).

انثى: لان الولد حينئذ اخت الابن الذي هو المالك، ولا يملك الشخص محارمه بخلاف الذكر لعدم منع من مالكية الاخ للاخ.

فكه: في الزنا لا يجب فك الذكر وفي الشبهة الولد حرّ مطلقاً ويقوّم على الواطئ بلا تفصيل بين الذكر والانثى ثم التقويم فيما يجب انما هو بقيمة يوم الولادة حياً (والتقويم فيما يجب انما هو بقيمته يوم ولد حياً فانه يوم ضمان العين اذ قبله لم يتم ارتباطه بالام. وأما استفادة ذلك من موثق ٦٧/ ٥ بارادة ذلك من قوله عليه السلام: «بقيمته يوم يصير اليه» ففيه غموض لاحتمال ارادة يوم الدفع الى المولى).

المسألة ٩: إلّا باذنهما: (كما ورد في صحيح ١/ ٣٠ نكاح العبيد وهو الجامع بين المجوز المطلق مثل ٣/ ٣٠ ما يحرم بالمصاهرة والمانع المطلق مثل ٨/ ٣٠، وقد عمل العماني بالمجوز والصدوق بالمنع).

ويجوز العكس: (لصراحة بعض الروايات مثل ١٢/ ٣٠ ما يحرم بالمصاهرة، وأما المانع من الجمع بينهما وهو الصدوق فكانه استند الى ٧/ ٣٠ لكنه ضعيف سنداً ومعارض بما مر).

جاهلتين: (وفاقاً للأكثر واحتاط البروجردي (قدس سره) تبعاً للمسالك نظراً الى فهم لزوم احترامهما وهذا خلاف ذلك ولخبر ٧/ ٣٠ المانع من الجمع الذي مرّ ضعفه،

المسالة ١٠ : الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين ولا بين اطّلاع العمّة والخالة على ذلك وعدم اطّلاعهما أبداً ولا بين كون مدّة الانقطاع قصيرة ولو ساعة او طويلة على إشكال في بعض هذ الصورة لإمكان دعوى انصراف الاخبار.

المسالة ١١ : الظاهر انّ حكم اقتران العقدين حكم سبق العمّة والخالة.

المسالة ١٢ : لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.

المسالة ١٣ : لا فرق في العمّة والخالة بين الدنيا منهما والعليا.

المسالة ١٤ : في كفاية الرضى الباطني منهما من دون إظهاره وعدمها وكون اللازم إظهاره بالاذن قولاً او فعلاً وجهان.

ولصحيح ٥/ ٣٠ ما يحرم بالمصاهرة على نقل المسالك: «لا تزوج الخالة والعمة...» بغير اذنهما، والنقل اشتباه بلا ريب بل الثابت هو الاثبات اي تزوج الخالة والعمّة ...الخ. ويحتمل ورود ٧/ ٣٠ مجرى التقية لذهاب العامة الى حرمة الجمع بين كل امرئتين لو فرض احديهما رجلاً حرم التزويج بينهما كالمقام. وعلى ما ذكر فلا وجه لاحتياط البروجردي (قدس سره).

المسالة ١٠ : الصغيرتين: لكن في كفاية اجازة الولي اشكال إلّا ان يكون مصلحة الصغيرة توجب ذلك.

الانصراف: لكنه ممنوع للاطلاق.

المسالة ١١ : حكم سبق: فيه منع وان كان احوط (لخروج ادخال بنت الاخ والاخت على العمّة والخالة عن ادلة الحل العامة، وأما التقارن فلا دليل على الاخراج، واما الاحترام فحكمة، واما القياس بالحرّة مع الامة فممنوع، وأما حديث منع الجمع لا الادخال مثل ٧/ ٣٠ فقد مر ضعفه).

المسالة ١٢ : والمختلفتين: (وليس الحكم منوطاً بالاحترام والاجلال حتى ينفي في غير المسلم فانه حكمة لا علّة مع ان الاجلال بالنسبة حاصل هناك ايضاً، ولاطلاق الدليل).

المسالة ١٤ : وجهان: الاحوط الثاني (لعدم كون العمة وكذا الخالة طرفاً لعقد حتى يلزم الابراز والانشاء فيكفي صرف الرضا مع ذكر الرضا في معتبر علي بن جعفر ٣/ ٣٠ المصاهرة فلا دليل واضح على الاظهار كما افتى الخوئي (قدس سره) بذلك

المسالة ١٥ : إذا أذنت ثمّ رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوّج لم يكفه الاذن السابق.

المسالة ١٦ : إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثّر في البطلان.

المسالة ١٧ : الظاهر كفاية إذنهما وإن كان عن غرور بأن وعدها ان يعطيها شيئاً فرضيت ثمّ لم يف بوعده سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا نعم لو قيّدت الاذن بإعطاء شيء فتزوّج ثمّ لم يعط كشف عن بطلان الاذن والعقد وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.

المسالة ١٨ : الظاهر انّ اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي لا ان يكون لحقّ منهما فلا يسقط بالاسقاط.

المسالة ١٩ : إذا اشترط في عقد العمّة او الخالة إذنهما في تزويج بنت الاخ او الأخت ثمّ لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصحّ العقد على إحدى البنتين وهل له إجبارهما في الاذن وجهان

والگلپايگاني (قدس سره) لكن لا يترك الاحتياط لذكر الاذن في اكثر الادلة مع احتمال ارادة الرضا المظهر من ٣/ ٣٠ لا المستكشف بطريق غير متعارف مع تصريح بعض روايات الباب ٣٠ بكون الحكمة الاجلال وهو يحصل بالاستيذان والاذن لا العلم بالرضا القلبي، وأما ما قال الخوئي (قدس سره) من عدم اعتبار الاذن فيما ليس طرفاً للعقد كالمقام واذن اب الباكرة فهو ليس دليلاً واضحاً لعدم انحصار وجه الاذن بذلك).

المسالة ١٥ : لم يكفه: (وقياسه بباب الوكالة مع الفارق للنص هناك).

المسالة ١٦ : لم يؤثر: (لاحتياج رافع العقد الى دليل وهو مفقود).

المسالة ١٧ : كفاية: (لعدم تقيد الاذن به بل هو داع فقط كقصد الشبع بشراء الخبز لا يبطل الشراء اذا لم يحصل الشبع).

ام لا: في هذه الصورة اشكال (وفاقاً للبروجردي وبعض آخر لتقيد الاذن عرفاً بعدم الكذب في وعده).

بطلان الاذن: بل عن عدم وجوده.

المسالة ١٨ : لحق منهما: (أي لم يفوض الشارع امر هذا الحكم اليهما وذلك لاطلاق الدليل وهذا التوضيح يجري في كل موارد الحق بحسب اصطلاح الفقه فالمراد بالحق الحكم الذي جعل الشارع رفعه تحت اختيار المكلف، وان شئت قلت: جعل نطاق الحكم ضيقاً محدوداً اي ما لم يسقطه المكلف).

المسالة ١٩ : وجهان: الاذن الحاكي عن الرضا لا يتحقق مع الاجبار.

نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما ان يكون له العقد على ابنة الاخ أو الأخت فالظاهر الصحّة وإن اظهرتا الكراهة بعد هذا.

المسالة ٢٠ : إذا تزوّجهما من غير إذن ثمّ اجازتا صحّ على الاقوى.

المسالة ٢١ : إذا تزوّج العمّة وابنة الاخ وشكّ في سبق عقد العمّة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحّة وكذا إذا شكّ في السبق والاقتران بناء على البطلان مع الاقتران.

الصحة: اذا كان المراد من الشرط الوكالة في الاذن ولم تكن الكراهة عزلاً له بعد ذلك، واما لو كان المراد من الشرط سقوط اعتبار الاذن فهو خلاف الشرع وباطل كما اذا كان اظهار الكراهة بعداً بعنوان عزله عن تلك الوكالة بطل العقد فان العزل حينئذ خلاف الشرط وحرام لكنه مؤثر كما مرّ نظيره في هذا الشرح (وبذلك يظهر الاشكال في كلام الخوئي بالصحة هنا لعدم جواز العزل).

المسالة ٢٠ : صح على الاقوى: (لظهور مثل ١/ ٢٤ نكاح العبيد في الملاك العام وانه في كل مورد كان العمل حلالاً بحسب طبعه وانما الاشكال من جهة اعتبار اذن شخص يصح العقد اذا حصل الاذن. وبذلك يمكن القول بصحة عقد البكر اذا اجاز الولي بناءً على اعتبار اجازته، وان كان مقتضى القاعدة الاولية هو البطلان اذا لم يكن العقد حين الاستناد الى من له العقد جامعاً للشرائط فيصير نظير الجهل بالعوضين حين العقد ثم تحقق العلم بعداً. لا مثل اذن المالك في الفضولي، هذا ويمكن ان يقال: الاذن في امثال المقام ومسالة عقد البكر ايضاً ملحق بمن له العقد بمعنى ان العقد لم يتم امره حينئذ).

المسالة ٢١ : حكم بالصحة: (لاصالة عدم سبق عقد العمّة واما اصالة عدم سبق عقد الابنة فلا تجري لعدم الاثر ولا يثبت به تاخر عقد الابنة حتى يلزم الاذن، فلا وجه لحاشية بعض اهل العصر بان ذلك في غير مورد الغفلة لعدم جريان اصل الصحة حينئذ نظير الشك في صحة الوضوء مع العلم بالغفلة عندئذ واحتمال جريان الماء تحت الخاتم اتفاقاً... ، فان الكلام ليس في اصل الصحة العقلائي بل الاستصحاب).

قدم قولهما: (لاصالة عدم الاذن، ولا يجري اصالة الصحة فانها فيما ثبت سلطة العاقد فانها كالركن لعدم السيرة القطعية عليها عندئذ ونظير المقام مالوادعى الراهن اذن المرتهن في بيع العين المرهونة وانكر المرتهن. ولانه لو لم يكن هذا لما قام

المسألة ٢٢ : إذا ادّعت العمّة او الخالة عدم الاذن وادّعى هو الاذن منهما قدّم قولهما وإذا كانت الدعوى بين العمّة وابنة الاخ مثلاً في الاذن وعدمه فكذلك قدّم قول العمّة.

المسألة ٢٣ : إذا تزوّج ابنة الاخ او الأخت وشكّ في انه هل كان عن إذن من العمّة والخالة او لا حمل فعله على الصحّة.

المسألة ٢٤ : إذا حصل بنتيّة الاخ او الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثمّ أسلم على وجه.

المسألة ٢٥ : إذا طلّق العمّة او الخالة طلاقاً رجعيّاً لم يجز تزويج احد البنتين إلاّ بعد خروجهما عن العدّة ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

حجر على حجر اي يجري في بيع مال الغير مدعياً الاذن).

المسألة ٢٣ : على الصحة: فيما لم يعلم غفلتهما عن الشرط حين العقد (لعدم ادعاء على الخلاف في غير ذلك فيجري اصالة الصحة لتحقق سلطنة العاقد، واما في مورد العلم بالغفلة ففيه اشكال لعدم الدليل).

المسألة ٢٤ : لم يبطل: (لعدم تحقق دخول بنت الاخ على العمة مثلاً لتحقق الزوجية قبل صيرورتها بنتاً. وقول الجواهر باعتبار الاذن بقاءً ولعله نظراً الى خبر ابي الصباح الماضي الدال على حرمة الجمع فيه ضعف الخبر سنداً كما مرّ بمحمد بن الفضيل. قال في الجواهر بعد البطلان بتخير الزوج بين احديهما: وليس ذلك في خبر ابي الصباح، ولا وجه له اصلاً اذا لاشكال من ناحية ورود احديهما على الاخرى لا الجمع مطلقاً كالاختين).

على وجه: وجيه (لاستفادة امضاء نكاحهم من الادلة الكثيرة مثل حكم الفقهاء بتخيير الكافر اذا اسلم عن اختين او اكثر من الاربع مع ان مقتضى الحكم طبعاً فساد المتاخر ولم ينقل عن النبي ﷺ والولي عليه السلام واحد الائمة عليهم السلام الحكم بفساد نكاحهم مع معلومية تفاوتهم في خصوصيات العقد والاذن من الاولياء وغير ذلك.

ولو قلنا بعدم تكليف الكفار بالفروع فالامر واضح لعدم تكليف عليهم حال الكفر واذا اسلموا لم يكن ادخال بنت الاخ مثلاً على العمة، فلا وجه لاشكال بعض المحشين. وتخيل بعض اهل العصر ان الدليل استصحاب الصحة فقال: «لا يجري في الشبهات الحكمية ولاحتمال تبدل الموضوع، قال: وللشك في الاطلاق الشامل للمقام ...»).

المسالة ٢٦ : إذا طلق أحدهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت لانّ طلاق الخلع بائن وإن رجعت في البذل لم يبطل العقد.

المسالة ٢٧ : هل يجري الحكم في المملوكتين والمختلفتين وجهان اقواهما العدم.

المسالة ٢٨ : الزنا الطاري على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطي بل قبله أيضاً على الاقوى فلو تزوّج امراة ثمّ زنى بأمّها او بنتها لم تحرم عليه امراته وكذا لو زنى الاب بامراة الابن لم تحرم على الابن وكذا لو زنا الابن بامراة الاب لا تحرم على ابيه وكذا الحال في اللّواط الطاري على التزويج فلو تزوّج امراة ولاط باخيها او أبيها او ابنها لم تحرم عليه امراته إلّا انّ الاحتياط فيه ان لا يترك وامّا إذا

المسالة ٢٦ : جاز له العقد: حتى بعد الرجوع في البذل (فانه حينئذ يوجب الحق للزوج في تجديد الزوجية لا ان الزوجية السابقة باقية، واما الرجوع في البذل بعد العقد فلا اشكال اصلاً لتحقق عقد البنت قبل حصول الزوجية).

المسالة ٢٧ : في المملوكتين: اي وطئ العمة وبنت الاخ مثلاً بالملك والمراد من المختلفتين وطئ احديهما بالملك والاخرى بالتزويج وحينئذ فما في المتن اقوى (نظراً الى كون الادلة واردة في التزويج مثل ٣٠/١ نكاح العبيد وهو المراد من النكاح في ٣٠/٨ المصاهرة لا الدخول والوطئ بشهادة ذكر الرضاع، واما ما في ٣٠/٧ المصاهرة الدال على حرمة الجمع فهي ضعيفة السند. واما لو كان المراد تزويج المملوكتين فاطلاق الادلة يشمله فهو ممنوع، وكذا تزويج المختلفتين اي الامة والحرّة مع انه من جهة جمع الحرة والامة ايضاً يحتاج الى اذن الحرّة).

المسالة ٢٨ : بل قبله ايضاً: (كما هو المشهور، ويدل عليه عدم الدليل على الحرمة بل الدليل على عدم الحرمة وهو قولهم عليهم السلام في الروايات: «الحرام لا يفسد الحلال» واما ٣/٤ و٨/٨ المصاهرة الشارطتان للوطئ في عدم نشر الحرمة، لكن في طريق الاولى سهل بن زياد وفي الثانية محمد بن الفضيل ففي حكميهما ضعف والشهرة ايضاً على الخلاف، فلا وجه لفتوى الحدائق وبعض مشايخه. ولو قبلنا امر سهل فالشهرة معارضة مع ان تعبير «لا ارى» في ٢/٤ ولعله ٤/٤ بعينه، المصرح بالجواز، ظاهر في عدم الحرمة. مع ان التقييد بما بعد الوطئ لا يلائم التعليل بعدم تحريم الحرام للحلال فلا يلزم احتياط في المسالة القائل به آقا ضياء والگلپايگاني(قدس سرّهما)).

الاحتياط فيه لا يترك: فيما اراد تزويجها ثانياً بعد الطلاق وإلّا فلا يلزم حتى فيما

كان الزنا سابقاً على التزويج فان كان بالعمّة او الخالة يوجب حرمة بنتيهما وإن كان بغيرهما ففيه خلاف والاحوط التحريم بل لعلّه لا يخلو عن قوّة وكذا الكلام في الوطي بالشبهة فانه إن كان طارياً لا يوجب الحرمة وإن كان سابقاً على التزويج اوجبها.

كان اللواط بعد التزويج قبل الوطئ. (لعدم الدليل ومرسل ابن ابي عمير ٢/ ١٥ المصاهرة اعرض عنه المشهور سيما وهو معارض بتعليل: «الحرام لا يفسد الحلال» وقد مر في المسالة٢١ من بعض الفصول السابقة).

حرمة بنتهما: الحكم في بنت العمّة مبني على الاحتياط (في بنت الخالة لصحيح ١/ ١٠ المصاهرة وخبر ٢/ ١٠ لكن في طريقه ضعف، والمشهور على ذلك والحقوا ببنت العمة ايضاً ولا وجه له إلاّ من باب حرمة مطلق بنت المزني بها لو قيل بذلك).

والاحوط التحريم... : لا قوة فيه، ولا يلزم الاحتياط وان كان لا ينبغي تركه (لتعارض الروايات والجمع بحمل المانعة الكراهة أو بالتساقط والرجوع الى عمومات الحلّ أو تجعل مرجحة لادلة الجواز. وقال الخوئي (قدس سرّه): «لا يمكن الجمع بالكراهة لعدم امكان جمع لا ونعم فانّ ذلك الحمل فيما امكن جمع التعابير في جمله واحدة». وفيه منع عدم الامكان. كما أن ردّ الجواهر ادلة الرخصة بكونها قاصرة عن ادلة المنع سنداً وعدداً وعاملاً ودلالة ممنوع جداً في جميع ذلك ومن العجيب ذلك منه (قدس سرّه) سيما في قصور دلالة ادلته المرخصة).

ان كان طارئاً لا يوجب: (لعدم الدليل على فساد العقد الممضىٰ شرعاً).

أوجبها: على الاحوط وان كان نشر الحرمة أوجه (لعدم الدليل الصحيح ما عدا الشهرة وليس باجماع لمخالفة ابن ادريس والمحقق والعلامة في بعض كتبه، كما ان الاستدلال باولوية الوطئ بالشبهة عن الزنا المحرم فيه منع الاولوية ومنع ثبوت الحكم في الزنا وكالاستدلال باستقراء الحاق وطئ الشبهة بالنكاح الصحيح فاذا كان الوطئ الصحيح يوجب حرمة البنت فالوطئ شبهة ايضاً كذلك، لمنع ذلك وصرف ثبوت العدة والمهر ولحوق الولد لا يثبت جميع الآثار. وكالاستدلال بمفهوم «الحرام لا يحرم الحلال» اي فالحلال يحرم الحلال وهذا حلال، لمنع ذلك المفهوم وعلى فرضه لا كلية له. واما صحيح ١/ ٤ المصاهرة: «... انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية وهي له حلال فلا يدل على الحكم هنا اذ الوطئ حلال في الشبهة لا المرئة. بل الوطئ ايضاً

المسألة ٢٩ : إذا زنى بمملوكة أبيه فان كان قبل ان يطأها الاب حرمت على الأب وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه .

المسألة ٣٠ : لا فرق في الحكم بين الزنى في القبل أو الدبر .

المسألة ٣١ : إذا شكّ في تحقّق الزنا وعدمه بنى على العدم وإذا شكّ في كونه سابقاً أولا بنى على كونه لاحقاً.

حرام لكنه معذور لا انه حلال . ولو كان ذلك الصحيح دليلاً لم يكن فرق بين قبل الدخول وبعده .

ثم الظاهر عدم حرمة المزني بها بواسطة الاب على الابن وكذا العكس لعدم الدليل بل يدل قولهم عليهم السلام : «الحرام لا يحرّم الحلال» على عدم نشر الحرمة، وأما ١و٢/ ٩ المصاهرة الدالتان على نشر الحرمة بذلك في الزنا قبل العقد فهما معارضان بصحيح ١/ ٤ : « ... انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية وهي له حلال ... » والمرجح أو المرجع عمومات الكتاب الدالة على الحل، وأما كريمة : ﴿لا تنكحوا ما نكح آباءكم﴾ فالظاهر من النكاح هو العقد أو مجمل فلا يدل . والظاهر هو العقد كما في سائر موارد النكاح في الكتاب مثل آية٣٢ النور وآية٣ النساء وآية ٢٢١ البقرة وآية١٠ الممتحنة و ... . وكذا لو كان ذلك شبهة لا زنا لعدم الدليل كما مرّ في مثله) .

المسألة ٢٩ : حرمت : فيه منع (فان دليل المسالة وهو معتبر ٢/ ٤ المصاهرة : « ... لا ارى للاب ... » الخ معارض بصحيح ٤/ ٤ والحصر المستفاد من صحيح زرارة ١/ ٤ . وبعد التعارض يرجع الى عمومات الحل أو تكون هي المرجّحة . ويمكن حمل ٢/ ٤ على الكراهة خلافاً لأكثر المحشين) .

بمملوكة ابنه : لكن لا دليل عليه اصلاً (لورود ما مرّ من الدليل عكس المسالة كما ان كريمة : ﴿لا تنكحوا ما نكح آباءكم﴾ . مرّ ان المراد العقد لا الوطئ) .

المسألة ٣٠ : لا فرق : (كما يثبت حد الزنا في الوطئ جداً ايضاً مع ان الموضوع في غير واحد من الادلة عنوان الفجور والافضاء) .

المسألة ٣١ : لاحقاً : اي عدم كونه سابقاً (ودليل المسالة الاستصحاب في بعض الصور وأصالة الصحة في بعضها والتحقيق يحتاج الى تفصيل بين الحرة والامة ومعلوم التاريخ ومجهوله ولعل الاستصحاب يجري في جميع الصور بل الاوجه ذلك) .

المسالة ٣٢ : إذا علم أنه زنى باحدالامراتين ولم يدر ايّتهما هي؟ وجب عليه الاحتياط إذا كان لكلّ منهما أمّ بنت واما إذا لم يكن لإحداهما أمٌّ ولا بنت فالظاهر جواز نكاح الأمّ او البنت من الأخرى.

المسالة ٣٣ : لا فرق في الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً ولا بين كونه في حال النوم او اليقظة ولا بين كون الزاني بالغاً أو غير بالغ وكذا المزنيُّ بها بل لو ادخلت الامراة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على إشكال بل لو زنى بالميتة فكذلك على إشكال ايضاً واشكل من ذلك لو ادخلت

المسالة ٣٢ : وجب عليه الاحتياط : اذا كان كلاهما محل الابتلاء ولم يكن احدهما محرماً قطعاً من غير هذه الجهة.

ام : هذه ايضاً كالبنت وقد مرّ حكمها وان الاوجه الجواز (لتعارض ١/ ٧ مع ٦/٧ والجمع بالكراهة، وان قلت: لا يمكن الجمع بين تعبيري: لا ونعم. قلنا لو صح ذلك فيرجع الى المرجح وهو الكتاب الدال على الجواز بعمومات الحل أو يتساقطان وتكون هي المرجع).

المسالة ٣٣ : لا فرق : بل الظاهر عدم جريان الحكم في غير المختار وان كان لا ينبغي ترك الاحتياط نعم لا يبعد جريان الاحكام المربوطة بغير الفاعل كالاب والابن. (فان ادلة رفع حكم الاضطرار والاكراه تنفي الاحكام المذكورة، نعم تجري الاحكام بالنسبة الى غيره كالاب والابن وان كان فيه ايضاً اشكال لان موضوع تلك الاحكام ايضاً زنا الفاعل وأدلة الرفع تنفي كونه زنا، إلاّ ان يقال: تنفي العقوبة فقط أو تنفي الآثار لا العنوان فانه زنا معذور، والآثار المنفية انما هي آثار تخص المكره لا الكل ولو غيره ولا يبعد ذلك).

حال النوم : والاظهر خلاف ذلك إلاّ اذا اتصف الفعل بالقصد كالنوم بعد التفكر الشديد في ذلك (لتقوّم مفهوم الزنا والفجور بل وحتى الافضاء بالقصد والاختيار. سيما مع التوجه الى ما يستفاد من الادلة من كون ذلك عقوبة للفاعل).

أو غير بالغ : على الأحوط (وان كان فيه ايضاً اشكال اذ الموضوع في النصوص الرجل أو الشاب إلاّ في زنا الابن بجارية ابيه على ما مرّ، لكن مرّ عدم نشر الحرمة. لكن الفرق بينه وما سبق تحقق القصد والاختيار وقوة احتمال عدم الفرق بين البالغ وغيره مع تحقق الشهوة).

على اشكال : والاظهر عدم نشر الحرمة، وكذا لو ادخلت ذكر الميت في فرجها

ذكر الميّت المتّصل وامّا لو ادخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

المسالة ٣٤: إذا كان الزنا لاحقاً فطلّقت الزوجة رجعيّاً ثمّ رجع الزوج في اثناء العدّة لم يعدّ سابقاً حتّى ينشر الحرمة لانّ الرجوع إعادة الزوجيّة الأولى وامّا إذا نكحها بعد الخروج عن العدّة او طلّقت باتناً فنكحها بعقد جديد ففي صحّة النكاح وعدمها وجهان من انّ الزنا حين وقوعه لم يؤثّر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا اثر له بعد هذا ايضاً ومن انّه سابق بالنسبة إلى هذا العقد الجديد والاحوط النشر.

المسالة ٣٥: إذا زوّجه رجل امراة فضولاً فزنى بامّها او بنتها ثمّ اجاز العقد فان قلنا بالكشف الحقيقيّ كان الزنا لاحقاً وإن قلنا بالكشف الحكميّ او النقل كان سابقاً.

المسالة ٣٦: إذا كان للاب مملوكة منظورة او ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه وكذا العكس على

(لعدم نسبة الفعل الى الرضيع مع ان الموضوع في الادلة عمل الزاني، فلابد من الانتساب اليه. وكذا ما بعده لعدم انتساب الفعل الى الميت لكن الزنا بالخالة الميتة ناشر للحرمة على الأظهر لصدق الخالة والعمة من علي ميتهما عرفاً سيما وحرمة الميت كالحي).

المسالة ٣٤: اعادة الزوجية الاولى: (فلا اشكال سواء قلنا ببقاء الزوجية السابقة او قلنا بالاعادة لا، يقال: اعادة المعدوم محال فهي جديدة كما قال الخوئي (قدس سره) على هذا المبنى لان المقام مقام الاعتبار ولا اشكال في امكان اعتبار اعادة المعدوم في الاعتباريات).

والاحوط النشر: بل لا يخلو عن وجه، خلافاً لبعض المعاصرين، ومن العجب استدلال بعضهم بان ظاهر الادلة اتصال الحرمة بالوطئ لا بعد سنين وبعد الطلاق!!

المسالة ٣٥: الحقيقي: لا يبعد المنع عليه (اذ الاجازة دخيلة في تمامية العقد ولو كشفاً خلافاً للاكثر).

كان سابقاً: لما ذكر في الحقيقي (وإلّا فالحكم بسبق الزنا لا يلائم الكشف ولو حكماً اذ الكشف الحكمي يراد به كونه في حكم الكشف الحقيقي لكن مرّ المنع حتى في الحقيقي).

المسالة ٣٦: بشهوة: (كما تقدم للنصوص، ومرّ ان المعارض مربوط بلمس الاب مملوكة الاب لا مملوكة نفسه او مطلق فيقيد بادلة الباب الواردة في المقام اي لمس جارية نفسه. والظاهر عدم الفرق بين كون نظره اليها حلالاً او حراماً كصورة التزويج من غيره. لاطلاق الدليل كما صرح بالاطلاق تقريعاً في قوله ﷺ:

الاقوى فيهما بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتّفاقيّاً بل وإن اوجب شهوة ايضاً نعم لو لمسها لإثارة الشهوة كما إذا مسّ فرجها أو ثديها او ضمّها لتحريك الشهوة فالظاهر النشر.

المسالة ٣٧: لاتحرم أمّ المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الاقوى وإن كان الاحوط الاجتناب كما انّ الاحوط اجتناب الربيبة الملموسة او المنظورة أمّها وإن كان الاقوى عدمه بل قد يقال إنّ اللمس والنظر يقومان مقام الوطي في كلّ مورد يكون الوطي ناشراً للحرمة فتحرم الاجنبيّة الملموسة او المنظورة شبهة او حراماً على الاب والابن وتحرم أمّها وبنتها حرّة كانت او امة وهو وإن كان احوط إلّا انّ الاقوى خلافه وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كلّ من الاب والابن على الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة.

المسالة ٣٨: في إيجاب النظر أو اللمس إلى الوجه والكفّين إذا كان بشهوة نظر والاقوى العدم وإن كان هو الاحوط.

«ما ترك شيئاً» في مورد التقبيل بشهوة. ويقيد بذلك اطلاق ان الحرام لا يحرّم الحلال).

بغير شهوة: (لعدم الدليل، واحتاط الگلپايگاني (قدس سره) فيما اذا نظر الى الفرج ولو للاختبار، وكانه لصدق نظر الشهوة حينئذ، لكنه ممنوع).

المسالة ٣٧: على الاقوى: (لعدم الدليل وضعف سند المروي عنه ﷺ: «من كشف قناع امرئة حرمت عليه امها وبنتها» المروي في الخلاف وغير ذلك، وعن كاشف اللثام الاستدلال برواية البيهقي عنه ﷺ ص ١٧٠ ج٧: «لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرئة وبنتها» والمروي عنه ﷺ: «من كشف ...» الخ، ولا سند للأخير والاول ضعيف، نعم في صحيح ١/١٩ ما يحرم بالمصاهرة: «... اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها» ونظيره ٢/١٩ لكنه في الزوجة والمقام في الامة).

الاقوى عدمه: (لتصريح صحيح ٣/١٩ مصاهرة: ... ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس، وكما في صحيح ٣/٧٧ نكاح العبيد: «... يقبل الجارية ... قال لا بأس».

المسالة ٣٨: الاقوى العدم: في اللمس الايجاب اقوى (لصحيح ١/٣ المصاهرة وفاقاً لغير واحد. واما صحيح ٤/٣ المصاهرة: «... اذا جرّد... ووضع يده عليها ...» الخ، حيث ضم اليد بالتجريد فليس في خصوص المملوكة مع احتمال كون التجريد مقدمة لوضع اليد وغير متعرض لمورد غير التجريد كالنظر الى الوجه فقط).

المسألة ٣٩: لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح دواماً أو متعة سواء كانتا نسبيّتين أو رضاعيّتين او ﴿مختلفتين﴾ وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطيهما وامّا الجمع بينهما في مجرّد الملك من غير وطي فلا مانع منه وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطي بان لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطي فيه نظر مقتضى بعض النصوص الجواز وهو الاقوى لكن الاحوط العدم.

المسألة ٤٠: لو تزوّج باحدى الاختين وتملّك الأخرى لا يجوز له وطي المملوكة إلّا بعد طلاق المزوّجة وخروجها عن العدّة إن كانت رجعيّة فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً لكن لا تحرم عليه الزوجة

المسألة ٣٩: مختلفتين: يريد به حصول الاختية من ارتضاع احديهما فقط وكانت الاخرى بنتاً نسبياً لصاحب اللبن وان كان الواقع كون منشأ الاختية حينئذ الرضاعة (فان الاختية نسبة من طرفين ولا وجه للتفكيك من هذه الجهة. وقد ضرب على هذه الكلمة في بعض النسخ).

فلا مانع منه: (لمقطوعية تملك الاماء وحصول الاولاد منهن ابناً وبنتاً. مع ان الآية الكريمة المانعة ايضاً ظاهرة في الجمع في الاستمتاعات الجنسية مع الزواج أو الملك لا مطلق الجمع).

الأحوط العدم: لا يترك (لظهور الآية في الاستمتاعات الجنسية فتأمل، ولحديث مسعدة ٨/ ٢٩ المصاهرة: «يحرم من الاماء عشرة... ولا بين الاختين» ومعلوم ان المراد ليس الجمع في ملك ولا التزويج لحصول الملك، وحيث نسبت الحرمة الى ذات الامة فلا يختص بالوطئ فقط. واما سند الجواز فهو خبر عيسى ١١/ ٢٩ المصاهرة وهو ضعيف السند، وقد قوى الخوئي (قدس سره) الحرمة لكنها قابلة للخدشة لمنع ظهور حديث مسعدة في حرمة الذات).

المسألة ٤٠: لا يجوز وطئ المملوكة: ان وطئ الزوجة قبلاً بل مطلقاً على الاحوط. (فان جوازه ينافي الكريمة الدالة على حرمة الجمع بين الاختين غير المقيدة بالتزويج او الوطئ بالملك فتشمل المختلفتين ايضاً ولا يمكن تحريم وطئ الزوجة مع حفظ الزوجية مع ان وطيها حصل قبلاً، ولا يمكن ابطالها ايضاً بلا طلاق والموت أو الفسخ في محله، فرفع الجمع يكون بترك الوطي ولا وجه لحاشية القمي في عدم الجواز بانه على الاحتياط الشديد لا الفتوى. ثم انه فيما وطئ

بذلك ولا يحدّ حدّ الزنا بوطي المملوكة بل يعزّر فيكون حرمة وطيها كحرمة وطي الحائض.

المسالة ٤١ : لو وطيء إحدى الأختين بالملك ثمّ تزوّج الأخرى فالاظهر بطلان التزويج وقد يقال بصحّته وحرمة وطي الاولى إلّا بعد طلاق الثانية.

المسالة ٤٢ : لو تزوّج بإحدى الاختين ثمّ تزوّج بالأخرى بطل عقد الثانية سواء كان بعد وطي الاولى او قبله ولا يحرم بذلك وطي الأولى وإن كان قد دخل بالثانية نعم لو دخل بها مع الجهل بانّها أخت الاولى يكره له وطي الأولى قبل خروج الثانية عن العدّة بل قيل يحرم للنصّ الصحيح وهو الاحوط.

الزوجة قبلاً وإلّا فوطئ احديهما حرام لا خصوص المملوكة. إلّا ان يقال: بقاء الزوجية مع حرمة الوطئ غير ممكن شرعاً ويؤيده ظاهر الكريمة على حسب تعبير الروايات فان الجمع بين الاختين يتحقق بالجمع بينهما في الزوجية لا في خصوص الوطئ فيعلم عدم الانفكاك).

بل يغرّر: (علله مقرر الخوئي (قدس سره) بانه من المعاصي الكبيرة، لكن السؤال باق عن وجه كونه كبيرة كما انه لا دليل ظاهراً على اختصاص التعزير بالكبيرة بل ظاهر قوله ﷺ: «ان اللّه قد جعل لكل شيء حداً وجعل على من تجاوز ذلك الحد حداً» التعميم أو الاطلاق، واما الكريمة: ﴿...نكفّر عنكم سيئاتكم﴾. فهو مربوط بمن ترك كل الكبائر لا ان الصغيرة مطلقاً معفوة أو لا تعزير فيه، نعم الكريمة لا تختص بالمعاد خلافاً لما اعتقده بعض الاعلام).

المسالة ٤١ : **بطلان التزويج**: وان كان الاحوط الطلاق (لظهور الكريمة حسب تطبيق الروايات، في كون التزويج بحكم الوطئ، وكذا للأصل لو شك في ذلك. نعم لو كان التزويج قبل وطئ الاولى فالتزويج صحيح ويحرم وطئ المملوكة. فقول القائل صحيح في هذا الفرض).

وقد يقال: وهو صحيح لو كان التزويج قبل وطئ الاولى.

المسالة ٤٢ : **وهو الاحوط**: بل هو الاوجه (للنص ٦/٨ و ١/٢٦ المصاهرة، ولا يعارضهما ٢/٢٦ لعدم التصريح بالزواج فيحمل على الملك والوطئ به ثم العلم بذلك، وعدم ثبوت الاعراض لعمل الشيخ وجمع. ثم الظاهر ان الحكم كذلك اذا دخل بها مع العلم بكونها اختاً للاولى والجهل بحكم ذلك).

المسألة ٤٣ : لو تزوّج بالأختين ولم يعلم السابق واللاّحق فان علم تاريخ احد العقدين حكم بصحّته دون المجهول وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما وكذا وطي إحداهما إلاّ بعد طلاقهما أو طلاق الزوجة الواقعيّة منهما ثمّ تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدّة إن كان دخل بها أو بهما وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما لا يبعد ذلك لقوله تعالى ﴿فامساك بمعروف

المسألة ٤٣ : حكم بصحته : بناءً على عدم بيان الاصل في معلوم التاريخ كما لا يبعد ذلك ومع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط (خلافاً للخوئي(قدس سره) لعدم جريان الاصل بحسب الانتزاعيات مع معلومية الوقائع، والكلام في محله، قال الخوئي(قدس سره) يجري الاصل لان كون تاريخ الوقوع معلوماً لا يستلزم معلومية كل الخصوصيات ومنها السبق واللحوق مع شيء آخر، وفيه عدم فهم الانتزاعيات الذهنية من الدليل في الاستصحاب).

دفعاً لضرر الصبر : ولإمكان العمل بواجبه من الوطئ مرة في الاربعة اشهر وحق الاضطجاع لو قيل به.

لا يبعد ذلك : الآية وما شابهها تدل بالغاء الخصوصيّة على عدم جواز تعطيل امرها ولزوم الامساك بمعروف او التسريح باحسان، لكن لا تدل على طريق تحصيل ذلك من انه بالطلاق أو بالقرعة والظاهر عدم وجوب الطلاق وان كان الاحوط ذلك، فانه يخاف تفويت زوجته الواقعيّة عليه ولعله لم يتمكن من تزويجها ثانياً بعد ذلك كما يتفق كثيراً ولا دليل على جواز اضراره بذلك، والامر حينئذ من مصاديق المشكل وهو موضوع القرعة (واما قول بعضهم بامكان الاحتياط فلا اشكال ففيه سؤال دليل لزوم الاحتياط عليه مع احتمال انه تفويت الزوجة عليه. كما ان قول الخوئي(قدس سره) بعدم ارتباط الآية بالمقام وورودها في مقام آخر اي بعد التطليقتين، فيه ان المراد يحصل بالغاء الخصوصية. وقال الخوئي: اذا كان الانفاق حاصلاً فلا دليل على لزوم رعايتها حينئذ في سائر الامور اي الامور الجنسية الغريزية لمعتبرة الحلبي ٤/ ٢٣ اقسام الطلاق وكذا ٥/ ٢٣. وفيه كونه خلاف المرتكز الفطري للعقلاء فهل المرئة لا شيء لها إلاّ النفقات؟ واصل الحياة المعيشي انما هو في العواطف الانسانية مع امكان دعوى مخالفة الحديث للآية، وعلى فرض التعبد الخاص فهو في مورده اي المفقود. وفاقاً للاستاذ في الرجوع الى القرعة).

او تسريح بإحسان﴾ وربّما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنّه يعيّن بالقرعة وقد يقال إنّ الحاكم يفسخ نكاحهما ثمّ مقتضى العلم الاجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الانفاق عليهما ما لم يطلّق ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكلّ منهما وإن كان بعد الدخول فتمامه لكن ذكر بعضهم أنّه لا يجب عليه إلاّ نصف المهر لهما فلكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول والمسالة محلّ إشكال كنظائرها من العلم الاجمالي في الماليّات.

يفسخ: اي الطلاق، وأما الفسخ فهو في موارد خاصة.

مالم يطلّق: ولم يقرع.

ذكر بعضهم نصف المهر: وهو الصحيح في صورة عدم الدخول، واما مع الدخول فالمهر بتمامه ثابت اي المسمى ولو دخل بهما فعليه المسمى ومهر المثل ويتعين المستحق بالقرعة لو لم يقرع في اول الامر (لثبوت المهر بتمامه مع الوطئ ولو بشبهة. نعم مع عدم الدخول لا اشكال في نصف المهر لهما فانه الواجب عليه للزوجة الواقعية وهي واحدة).

الربع: بل النصف للزوجة الواقعية ويقرع بينهما لو لم يقرع اولاً في تعيين الزوجة. ثم لو فرض التقسيم فلابد ان يكون بالنسبة، بحسب مهرهما المسمى. (يمكن بدواً ان يقال: القرعة محرز فيتقدم على قاعدة العدل والانصاف كما مرّ نظيره فان البناء على عدم العمل بتلك القاعدة إلاّ في موارد منصوصة فتامل ولذلك لم يعمل بها الاصحاب في غير المنصوصات معمولاً مثل ميراث الغرقى والمهدوم عليهم، إلاّ ان يقال: ذلك بالدليل كما لم يعملوا بالقرعة فيها ايضاً. وكيف كان فاستفادة العموم لتلك القاعدة مشكلة وان افتى بها العلامة في نفس المسالة.

واما الاستدلال بالعقل لعدم المرجح والعلم بمستحق اجمالاً فالقرعة مرجّحة، قال الحكيم: المرجح كما يمكن بالتقسيم فكذا بالموافقة الاحتمالية اي تسليمه الى احدهما. لكن يمكن ان يقال: التقسيم اولى مرجحاً بنظر العقلاء لعدم منع ذي الحق كلاً هذا، ولكن لا يبعد ان يقال: التعبد في موارد خاصة بالعدل والانصاف بعيد لعدم كونها ميدان التعبد لكن موردها المسائل المالية المحضة بخلاف المقام مما يكون تابعاً للزواج فيجري في الماليات المحضة ولو في غير موارد النصّ وحينئذ فلا مشكلة فلا موضوع للعدل والانصاف لكن اذا لم يرض الطرفان او احدهما واصرّا بحيث ينجر الامر

المسالة ٤٤ : لو اقترن عقد الاختين بان تزوّجهما بصيغة واحدة او عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى في زمان واحد بطلا معاً وربّما يقال بكونه مخيّراً في اختيار ايّهما شاء لرواية محمولة على التخيير بعقد جديد ولو تزوّجهما وشكّ في السبق والاقتران حكم ببطلانهما ايضاً.

المسالة ٤٥ : لو كان عنده أختان مملوكتان فوطي إحداهما حرمت عليه الأخرى حتّى تموت الأولى

الى السجن وسوط الحكومة فالقرعة حلاّل المشكل فتأمل. وهذا اظهر كما مرّ في هذه التعاليق لظهور عدم التعبد وللجمع بين تلك الادلة وادلة القرعة ولظهور بناء العقلاء على الحل اولاً بالعدل والانصاف اي الموافقة والمخالفة الاحتماليتين ثم لو لم يمكن فبالقطعتين).

المسالة ٤٤ : **بطلا معاً**: بل الظاهر تخييره في انتخاب ايهما شاء بلا عقد جديد فيما عقد عليهما بنفسه وأما الصورة الثانية فالأظهر صحة عقد نفسه وبطلان الوكالة (لصحيح جميل ١/ ٢٥ المصاهرة: «... يمسك ايتهما شاء ويخلى سبيل الآخر»، وهو صحيح على رواية الصدوق ولا يدل نقل الكليني بسند مرسل او ضعيف على ضعف سند الصدوق اذ الصدوق ينقل عن ابراهيم بن هاشم وعن غيره وسند الكليني منحصر بطريق ابراهيم بن هاشم. واحتمال ارادة العقد الجديد من الحديث مردود بظهور «يمسك» في الامساك بلا عقد سيما مع لحاظ ذيل الحديث في التزويج بالخمس فقال: «يخلي سبيل ايتهنّ شاء» ولا يثبت اعراض الاصحاب عنه بل عمل به جمع، وأما الصورة الثانية فالظاهر ابطال الوكالة لانصراف دليلها عن شمول مالا يمضى شرعاً).

وشك في السبق: بان احتمل الاقتران وسبق كل واحد على الآخر مع الجهل بتاريخهما وأما مع العلم بتاريخ احدهما فالمعلوم تاريخه صحيح والآخر باطل كما انه لو علم عدم سبق احدهما وشك في الآخر فالمعلوم عدم سبقه باطل والآخر صحيح. ولو قلنا بالتخيير في المتقارنين كما مرّ فالظاهر القرعة لتعيّن السبق والاقتران.

المسالة ٤٥ : **حرمت عليه الاخرى**: (فانه مقتضى اطلاق الكريمة بناءً على ما مر وللنصوص مثل١ و٦/ ٢٩ المصاهرة فيلزم الاخراج عن الملك في جواز وطئ الاخرى، ولا يبعد ان يكون ظاهر ٢/ ٢٩ ايضاً ذلك بناءً على رجوع الاشارة (هذه) الى الاخرى اي الثانية فلا يدل على كفاية صرف الاعتزال ولا اقل من الاجمال).

أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما ولو بان يهبها من ولده والظاهر كفاية التمليك الّذي له فيه الخيار وإن كان الاحوط اعتبار لزومه ولا يكفي على الاقوى ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكيّة كالتزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ونحوها ولو وطئها من غير إخراج للأولى لم يكن زناء فلا يحدّ ويلحق به الولد نعم يعزّر.

المسالة ٤٦ : إذا وطئ الثانية بعد وطي الأولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم وحينئذٍ فان اخرج الأولى عن ملكه حلّت الثانية مطلقاً وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها وإن اخرج الثانية عن ملكه يشترط في حلّية الأولى ان يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلى الاولى وإلاّ لم تحلّ وامّا في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً او حكماً فلا يبعد بقاء الاولى على حلّيتها والثانية على حرمتها وإن كان الاحوط عدم حلّية الاولى إلاّ بإخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلى الاولى واحوط من ذلك كونها كصورة العلم.

فيه الخيار: (خلافاً للبروجردي والبهبهاني(قدس سرّهما) حيث تأمّلا نظراً الى امكان الرجوع ولكنه في قبال النص. وايضاً امكان الرجوع نظير امكان الشراء).

والرهن: لا يبعد جواز وطئ الراهن فليس من مصاديق المانع.

لم يكن زنا: فيه اشكال وان كان الأوجه ذلك (نظراً الى ان طيها حرام فيكون نظير وطئ ام المملوكة، لكن الأوجه ذلك فان الام ممنوع وطيها بالذات بخلاف الاخت فانه للجمع لا الذات).

يغرر: (ولو لم يكن كبيرة لما مرّ من عموم التغرير).

المسالة ٤٦: حرمتا: (لاطلاق حرمة الجمع الصادقة عند وطئهما مع صحيح ٥و٧/٢٩: «... ان وطئ الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً»).

مطلقاً: (لظهور صحيح عبدالله بن سنان ١/٢٩ المصاهرة. وكذا ٢/٢٩ على احتمال).

يشترط: (لصحيح ابي بصير ٧/٢٩ وصحيح ابن مسلم ٩/٢٩ و...).

فلا يبعد: (كما هو ظاهر صحيح الحلبي ٥/٢٩ واما معتبر عبدالغفار ٦/٢٩ الذي استند اليه في الجواهر لعدم حلية الاولى إلاّ باخراج الثانية فالظاهر ان الجمل المذكور فيه مربوط بوجود المحلل اي الاخراج عن الملك لا باصل الحكم فالحديث مطلق فيقيد بمثل صحيح الحلبي ومطلقات رفع الحكم بالجهالة مثل ١/٣٠ خلل الصلاة).

المسالة ٤٧ : لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالاحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطي إذا كانتا مملوكتين.

المسالة ٤٨ : إذا تزوّج بإحدى الأختين ثمّ طلّقها طلاقاً رجعيّاً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العدّة وامّا إذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول أو ثالثاً أو كان الفراق بالفسخ لاحد العيوب أو بالخلع أو المباراة جاز له نكاح الأخرى والظاهر عدم صحّة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج أختها كما سياتي في باب الخلع إن شاء الله نعم لو كان عنده إحدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت المدّة لا يجوز له على الاحوط نكاح اختها في عدّتها وإن كانت بائنة للنصّ الصحيح والظاهر انّه كذلك إذا وهب مدّتها وإن كان مورد النصّ انقضاء المدّة.

المسالة ٤٩ : إذا زنى بإحدى الاختين جاز له نكاح الأخرى في مدّة استبراء الأولى وكذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح أختها في عدّتها لانّها بائنة نعم الاحوط اعتبار الخروج عن العدّة خصوصاً في

المسالة ٤٧ : فالاحوط : بل الاقوى (لعدم دليل على نفي الاختية عنهما لعدم نفي النسب عن الزنا بل المذكور في الادلة نفي الارث فقط، واما قوله ﷺ : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» فهو ناظر الى مورد الشك والتنازع بين صاحب الفراش والزاني، واما اذا علم كونه ولد الزاني فهو ولده عرفاً ولا دليل على نفيه شرعاً في غير الارث. ولذلك يثبت سائر الاحكام كحرمة وطي بنته المولودة من زناه).

المسالة ٤٨ : عن العدة : (لإطلاق صحيح ٢٨/٢ المصاهرة وخصوص ٢٨/١).

نكاح الاخرى : (لصراحة صحيحي١ و٤٨/٢ ابواب العدد).

عدم صحة : (فان البذل عوض الطلاق فالرجوع في البذل معناه حق رجوع الزوج فيصير بحكم الرجعة وقد حكم بعدم الجواز فيما للزوج رجعة كما صرح به في ٤٨/١ العدد. ولا يبعد كون ظهور الادلة التلازم بينهما واثبات حق الرجعة شرعاً وفاقاً للاكثر).

على الاحوط : لا ينبغي تركه وان كان الأوجه الجواز، وكذا في هبة مدتها (فان معتبر يونس ٢٧/١ المصاهرة خلاف تعليل١ و٤٨/٢ العدد، مع اعراض المشهور، ويحتمل الحمل على الكراهة وان كان خلاف ظهور جملة : لا يحلّ، جداً).

المسالة ٤٩ : الاحوط : لا باس بتركه، نعم لا يترك الاحتياط بترك وطئ الزوجة ما لم ينقض عدة الموطوئة بشبهة أو تدليس من جانبها (لصحيح ٩/١ ابواب

صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها من جهة الخبر الوارد في تدليس الأخت التي نامت في فراش أختها بعد لبسها لباسها.

المسألة ٥٠ : الاقوى جواز الجمع بين فاطميّتين على كراهة وذهب جماعة من الاخباريّة إلى الحرمة والبطلان بالنسبة إلى الثانية ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان فالاحوط الترك ولو جمع بينهما فالاحوط طلاق الثانية او طلاق الاولى وتجديد العقد على الثانية بعد خروج الاولى عن العدّة وإن كان الاظهر على القول بالحرمة عدم البطلان لانّها تكليفيّة فلا تدلُّ على الفساد ثمّ الظاهر عدم الفرق في الحرمة او الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً او لا كما انّ الظاهر اختصاص الكراهة او الحرمة بمن كانت فاطميّة من طرف الابوين او الاب فلا تجري في المنتسب إليها صلوات الله عليها من طرف الامّ خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدّات العاليات وكيف كان فالاقوى عدم الحرمة وإن كان النصّ الوارد في المنع صحيحاً على ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حمّاد قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: لا يحلُّ لاحد أن يجمع بين ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام إنَّ ذلك يبلغها فيشقُّ عليها قلت: يبلغها؟ قال عليه السلام اي والله، وذلك لإعراض المشهور عنه مع انَّ تعليله ظاهر في الكراهة إذ لا نسلّم انَّ مطلق كون ذلك شاقّاً عليها إيذاء لها حتّى يدخل في قوله صلى الله عليه وآله من آذاها فقد آذاني.

العيوب وصحيح ٢٦/١ المصاهرة لكنهما في الوطئ كما ذكرنا لا التزويج الذي هو مورد البحث. لكن لا نرى عاملاً بهما بين الاصحاب).

خصوصاً: صحيح بريد مورده ذلك، لكن صحيح زراره الوارد في المتزوج امرأة بالعراق ثم بالشام فاذا هي اخت العراقية ليس مورده ذلك بل اعم او غيره، وقد مرّ حكم المسألة.

المسألة ٥٠ : **فالاحوط طلاق**: لعل الطلاق اشق عليها فلا يكون احتياطاً.

على الفساد: (بل لو كان فاسداً لم يشق عليها لعدم تحقق التزويج حينئذ).

من طرف الام: محل تامل، اذ موضوع الدليل من ولد فاطمة عليها السلام لا الفاطمي.

ظاهر في الكراهة: لكن ذلك لا يردع ظهور لا يحل عن الحرمة، نعم ظاهر القوم الاعراض وهو يوجب وهن الحديث. مع شيوع العمل ظاهراً من قديم اذا التفت الى عموم ولد فاطمة عليها السلام للمنتسب من طريق الام ايضاً. (واستشكل الخوئي في صحة السند بأن في طريق الصدوق شيخه ماجيلويه ولم يرد فيه توثيق، وصرف كونه مشيخة لا يدل على الوثاقة كما ان الضبّي الناصبي الذي كان يقول: اللهم صلّ على محمد فرداً ايضاً

المسالة ٥١ : الاحوط ترك تزويج الامة دواماً مع عدم الشرطين من عدم التمكّن من المهر للحرّة وخوف العنت بمعنى المشقّة أو الوقوع في الزنابل الاحوط تركه متعة ايضاً وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد وامّا مع الشرطين فلا إشكال في الجواز لقوله تعالى «ومن لم يستطع» إلى آخر الآية ومع ذلك الصبر افضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا كما لا إشكال في جواز وطيها بالملك بل وكذا بالتحليل ولا فرق بين القنّ وغيره نعم الظاهر جوازه في المبعّضة لعدم صدق الامة عليها وإن لم يصدق الحرّة ايضاً.

المسالة ٥٢ : لو تزوّجها مع عدم الشرطين فالاحوط طلاقها ولو حصلا بعد التزويج جدّد نكاحها إن اراد على الاحوط.

شيخه في الحديث، وفيه: ان النصب غير الوثاقة، فلعله ايضاً لم يكن كاذباً في النقل. وايضاً لو بنى على العمل بالقرائن العقلائية فصرف كون الرجل شيخ مثل الصدوق(قدس سره) . وكذا سائر العلماء ـ يدل على علم الشيخ وعلى عدم كذبه في النقل وإلاّ لم يمكن الاعتماد بدرسه ومنقولاته).

المسالة ٥١ : **الاحوط**: بل الاظهر (لظهور النهي في روايات بابي ٤٤ و٤٥).

أو الوقوع في الزنا: العنت المشقة، ويكفي في الجواز خوفها، واما خوف الوقوع في الزنا فذكره من باب بيان مرتبة شديدة من مراتب خوف المشقة، كما ان عدم التمكن من مهر الحرة ايضاً مصداق غير منحصر لعدم استطاعة الطول فان في عدم القدرة على نكاح الحرة ولو من جهة مكانته ضعة في المجتمع.

(لا اشكال في ان العنت في اللغة: المشقة، ويشهد له ذيل الكريمة: ﴿**وان تصبروا خير لكم**﴾ فان الصبر انما هو في المشقة).

غير بعيد: بل الظاهر عدم الفرق (فان كلاً منهما نكاح وتزويج ويشملهما الكريمة والروايات مثل: صحيح ١/ ٤٤ المصاهرة و٢ و٣/ ٤٥ المصاهرة).

الصبر افضل: أي تحمل المشقة الحاصلة من ترك تزويج الحرّة لا ان ترك التزويج مستحب.

بالتحليل: (كان من باب ملك اليمين او له عنوان مستقل على القولين فيه، فانه لو استطاعه لم يكن في عنت).

في المبعّضة: محل اشكال بل منع (نظراً الى بعضها المملوكة).

المسالة ٥٢ : **فالاحوط الطلاق**: وان كان الاظهر عدم الحاجة اليه كالحاجة الى

المسألة ٥٣ : لو تحقّق الشرطان فتزوّجها ثمّ زالا او زال احدهما لم يبطل ولا يجب الطلاق.

المسألة ٥٤ : لو لم يجد الطول او خاف العنت ولكن امكنه الوطي بالتحليل او بملك اليمين يشكل جواز التزويج.

المسألة ٥٥ : إذا تمكّن من تزويج حرّة لا يقدر على مقاربتها لمرض او رتق او قرن او صغر او نحو ذلك فكما لم يتمكّن وكذا لو كانت عنده واحدة من هذه او كانت زوجته الحرّة غائبة.

المسألة ٥٦ : إذا لم تكفه في صورة تحقّق الشرطين امة واحدة يجوز الاثنتين اما الازيد فلا يجوز كما سيأتي.

المسألة ٥٧ : إذا كان قادراً على مهر الحرّة لكنّها تريد ازيد من مهر امثالها بمقدار يعدّ ضرراً عليه فكصورة عدم القدرة لقاعدة نفي الضرر نظير سائر المقامات كمسألة وجوب الحجّ إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقّف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض املاكه باقلّ من ثمن المثل او على شراء الراحلة بازيد من ثمن المثل

تجديد النكاح في الفرع بعده (لظهور الدليل في الفساد فلا حاجة الى الطلاق ويحتاج الى النكاح الجديد اذا حصل الشرطان بعد التزويج).

المسألة ٥٣ : لم يبطل: (لدليل نفوذ العقد الجامع للشرائط فلا يبطل ولا يرتفع إلّا بدليل ولا يحتاج الى الاستصحاب ايضاً لاقتضاء نفس دليل العقد ذلك. ويشير اليه روايات جواز نكاح الحرة على الامة وروايات القسمة اي قسمة للأمة وقسمتان للحرة. وخصوص صحيح ٨/٢ ابواب القسم والنشوز، فانّها جميعه في زوال الشرط).

المسألة ٥٤ : يشكل: بل الاقوى عدم الجواز.

المسألة ٥٥ : فكما لم يتمكن: إلّا اذا امكنه دفع الشهوة بمثل التفخيذ ونحوه ان ارتفع عنته بذلك. (لصدق عدم الاستطاعة اذ المراد عدم استطاعة دفع الشهوة).

المسألة ٥٧ : لقاعدة نفي الضرر: وان كان الاحوط رعاية كونه حرجاً عليه بحيث يصدق الاضطرار الى نكاح الامة (لكن ليس بلازم لامكان جريان نفي الضرر في دليل حرمة نكاح الامة إلّا مع الاضطرار فان الحرمة حكم الزامي ترتفع بقاعدة الضرر ولا زيد جريانها في وجوب نكاح الحرة حتى يقال يرتفع الوجوب ولكن لا يثبت جواز نكاح الامة كما قال الگلپايگاني وبعض آخر، ويظهر من الخوئي في الشرح ايضاً، إلّا ان يقال: قاعدة نفي الضرر غير ناظرة الى الاحكام الاولية اصلاً بل

فإنّ الظاهر سقوط الوجوب وإن كان قادراً على ذلك والاحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة ممّا يضرّ بحاله لا مطلقاً.

(٧ـ فصل)

الاقوى جواز نكاح الامة على الحرّة مع إذنها والاحوط اعتبار الشرطين من عدم الطول وخوف العنت واما مع عدم إذنها فلا يجوز وإن قلنا في المسالة المتقدّمة بجواز عقد الامة مع عدم الشرطين بل هو

حكم مستقل مولوي حكومي مربوط بمعاملات الناس بعضهم مع بعض فمعناه في المقام حرمة اضرار الحرة بالرجل ولا ربط لها بحكم الحرمة أو الوجوب في المقام. كما يعتقده الاستاذ (قدس سرّه) ولذا تأمل هنا في الحاشية، لكن يمكن ان يقال: هل يمكن ان يقال: لا يضرّ احد أحداً ولكن انا اضرّ ـ اي الشارع ـ؟ فاذا لا يضرّ الناس بعضهم ببعض فالشارع لا يضرّ فالحكم الضرري يرتفع. وان شئت قلت: ارتفاع اضرار الحرة هنا بالرجل اذا لم يجبرها الحكومة على القيمة العادلة لا يمكن رفعه إلّا برفع تحريم الشارع. ولا يرد اشكال الحكيم (قدس سرّه) ايضاً بأن تلك القاعدة يرفع لا انه يثبت الحكم، اذ اثبات الحكم يكفيه الادلة الاولية واحتاط جمع منهم الشيرازي والاستاذ).

فان الظاهر سقوط الوجوب: وان افتى هو نفسه بخلاف ذلك في المسالة الثامنة من مسائل استطاعة الحج. (وكان نظره هناك الى ان طبع الحج ضرري ومرّ انه ضرر زائد على الطبع).

فصل٧

مع اذنها: (كما يدل على الجواز حينئذ ١٦/١ المتعة، واما ٤٦/١ المصاهرة. ومثله مما يدل على عدم الجواز مطلقاً فتقيد بما ذكر من دليل الجواز كما انها معارضة بأدلة الجواز مع خشية العنت والنسبة عموم من وجه لعموم دليل المنع من صورة الاضطرار وعموم ادلة الجواز مع خوف العنت لما اذا كان عنده الحرة ام لا وفي مورد التعارض يرجع الى عمومات الحل. وحينئذ فيحتاج لاعتبار اذن الحرة الى صحيح ١٦/١ المتعة).

والاحوط: بل الاقوى (لتعدد جهات المسالة فان اصل تزويج الامة مشروط بالشرطين وخصوص كونها على حرّة مشروط باذنها).

باطل نعم لو اجازت بعد العقد صحّ على الاقوى بشرط تحقّق الشرطين على الاحوط ولا فرق في المنع بين كون العقدين داميّين أو انقطاعيّين او مختلفين بل الاقوى عدم الفرق بين إمكان وطي الحرّة وعدمه لمرض أو قرن أو رتق إلّا مع عدم الشرطين نعم لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّة قابلة للإذن لصغر او جنون خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً ولكن الاحوط مع ذلك المنع واما العكس وهو نكاح الحرّة على الامة فهو جائز ولازم إذا كانت الحرّة عالمة بالحال واما مع جهلها فالاقوى خيارها في بقائها مع

باطل: (لصحيح ١/٤٦ المصاهرة والاستفادة من شرطية ١/١٦ المتعة).

صح على الاقوى: (لاستفادة الصحة مثل صحيح زرارة ١/٢٤ نكاح العبيد: «... لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجاز فهو له جائز» فيستفاد صحة العقد في كل مورد يكون الاشكال من جهة حق الناس اذا اجاز ولو لم يكن احد طرفي العقد. بل يمكن ان يقال: ان القاعدة ايضاً تقتضي الصحة فان ادلة الفضولي تثبت اعتبار كل عقد مجاز من ذي الحق فيه ولو غير الركن ولا يختص ذلك بالركن. واما حكم الشيخ ومن تبعه من المتاخرين وحتى من المحشين كالقمي بتخير الحرة بين فسخ عقد الامة وعقدها مستدلاً بموثق سماعة ٣/٤٧ المصاهرة فالحق ان الحديث مربوط بما يأتي من تزويج الحرة على الامة مع عدم علم الحرّة بالحال لنقل الكليني ذلك وهو اضبط من الشيخ (قدس سره) والظاهر ان الحديث واحد).

إلّا مع عدم الشرطين: الظاهر ان الاستثناء مربوط بالصحة مع الاذن اي يصح مع الاذن إلّا ان لا يتحقق الشرطان (واستشكل الخوئي والگلپايگاني (قدس سرهما) في اداة الاستثناء، وقال النجفي (قدس سره): لم يوجد في النسخة المصححة).

نعم لا يبعد: فيه اشكال، والاحوط اعتبار الاذن والمصلحة من الولي (وفاقاً للبروجردي والگلپايگاني وآقا ضياء و... (قدس سرهم) لعدم تسلم انصراف صحيح ١/١٦ المتعة عن مورد غير قابل للاذن، بل يمكن ان يقال: اعتبار الاذن ظاهر في استحقاق الحرّة مطلقاً غاية الامر ان الاسقاط يتحقق من الولي ان كان بمصلحة المولى عليها).

خصوصاً: لا خصوصية له اصلاً.

عالمة بالحال: (لصحيح يحيى الازرق ١/٤٧ المصاهرة وكذا موثق ٣/٤٧ المصاهرة بناءً على نسخة الكليني كما مرّ، ويظهر منه ان الذّهاب الى اهلها طلاق لا فسخ).

الامة وفسخها ورجوعها إلى اهلها والاظهر عدم وجوب إعلامها بالحال فعلى هذا لو اخفى عليها ذلك ابداً لم يفعل محرَّماً.

المسالة ١: لو نكح الحرّة والامة في عقد واحد مع علم الحرّة صحّ ومع جهلها صحّ بالنسبة إليها وبطل بالنسبة إلى الامة إلاّ مع إجازتها وكذا الحال لو تزوّجهما بعقدين في زمان واحد على الاقوى.

المسالة ٢: لا إشكال في جواز نكاح المبعّضة على المبعّضة واما على الحرّة ففيه إشكال وإن كان لا يبعد جوازه لانَّ الممنوع نكاح الامة على الحرّة ولا يصدق الامة على المبعّضة وإن كان لا يصدق انّها حرّة ايضاً.

المسالة ٣: إذا تزوّج الامة على الحرّة فماتت الحرّة أو طلّقها او وهب مدّتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحّة بل لابدَ من العقد على الامة جديداً إذا اراد.

المسالة ٤: إذا كان تحته حرّة فطلّقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الامة في عدّتها واما إذا كان الطلاق رجعيّاً ففيه إشكال وإن كان لا يبعد الجواز لإنصراف الاخبار عن هذه الصورة.

عدم وجوب اعلامها: (لعدم الدليل، لعدم لزوم اعلام كل ما هو واقع، غاية الامر الخيار اذا انكشف الواقع المجهول. واستدل الخوئي (قدس سره) ايضاً بسكوت الامام عليه السلام في الروايتين مع كونه في مقام بيان الوظيفة، وفيه انه عليه السلام ليس بصدد بيان كل الوظيفة بل في خصوص خيارها).

المسالة ١: بطل: (لصحيح ابي عبيدة ١/ ٤٨ المصاهرة).

مع اجازتها: (لليقين بتقيد الصحيح المذكور بصورة عدم الاذن فانه اذا جاز ادخالها عليها برضاها فالاقتران اولى أو بلا فرق اي يفهم الجواز عرفاً. وايضاً اطلاق الصحيح المذكور مخالف للآية الدالة على الجواز مع خوف العنت ونصوص الجواز عند الضرورة، والنسبة عموم من وجه وفي مورد التعارض ـ لو فرض ـ يرجع الى عموم الحل، ولو قيل بتقدم الآية فهو. واعتبار رضى الحرة حينئذ للعلم بوجود حق لها. وبناءً على ما ذكرنا فلا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدس سره) وبعض آخر).

المسالة ٢: اشكال: بل منع (لجهة مملوكيتها ولا نسلم عدم شمول دليل المنع لها).

المسالة ٣: لم يثمر: (فانه حين الاعتصام بالحرة يلزم اذن الحرة وبعد انقطاعها لم يكن عقد).

المسالة ٤: لانصراف الاخبار: (وكون الرجعية زوجة أو بحكمها انما هو من جهة حق الزوج).

المسالة ٥: إذا زوّجه فضوليّ حرّة فتزوّج أمة ثمّ أجاز عقد الفضوليّ فعلى النقل لا يكون من نكاح الامة على الحرّة فلا مانع منه وعلى الكشف مشكل.

المسالة ٦: إذا عقد على حرّة وعقد وكيله له على امة وشكّ في السابق منهما لا يبعد صحّتهما وإن لم تجز الحرّة والاحوط طلاق الامة مع عدم إجازة الحرّة.

المسالة ٧: لو شرط في عقد الحرّة ان تاذن في نكاح الامة عليها صحّ ولكن إذا لم تاذن لم يصحّ بخلاف ما إذا شرط عليها ان يكون له نكاح الامة.

(٨ ـ فصل في نكاح العبيد والاماء)

المسالة ١: امر تزويج العبد والامة بيد السيّد فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما او إجبارهما

المسالة ٥: مشكل: حتى على الكشف الحكمي لكونه بحكم الكشف (فلا وجه ظاهراً لتفصيل الخوئي (قدس سره) بين الكشفين).

المسالة ٦: لا يبعد صحتهما: ان لا تفسخ الحرة كما لا ترضى بعقد الامة أو اذنت عقد الامة وتفسخ عقد نفسها بخلاف ما اذا فسخت عقد نفسها ولم تاذن عقد الامة ايضاً للعلم الاجمالي فلابد من طلاق الزوجة الواقعية أو الرجوع الى القرعة لتشخيص الزوجة الواقعية. (لاستصحاب عدم التزوج بالحرة الى حين تزويج الامة فلا يشمله نصوص المنع عن ادخال الامة على الحرة في الاول واستصحاب عدم تزويج الامة الى حين تزويج الحرّة في الثاني أو للعلم الاجمالي في الثالث ببطلان احد العقدين اذ لو كان عقد الامة متاخراً كان باطلاً لعدم اذن الحرة ولو كان متقدماً كان عقد الحرة باطلاً لفسخها عقد نفسها).

المسالة ٧: بخلاف ما اذا: (لما مرّ مراراً من الفرق بين شرط النتيجة والفعل في هذه الجهة).

فصل٨ ـ نكاح العبيد والاماء

المسالة ١: او اجبارهما: لا يستفاد من ادلة الباب اكثر من عدم استقلال العبد في التزويج واما جواز الاجبار على التزويج فيشكل استفادته وان كان الأوجه ذلك (فان التزويج امر لابد فيه من الميل ولا يناسب الاجبار مع ان الاجبار في ذلك مما يستنكره العقلاء ويعدّه نوع ايذاءً وعقوبة وتنكيلاً ومن البعيد ذلك من الشرع الرحيم.

على ذلك ولا يجوز لهما العقد على نفسهما من غير إذنه كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك حتّى لو كان لهما اب حرٌّ بل يكون إيقاع العقد منهما او من غيرهما عليهما حراماً إذا كان ذلك بقصد ترتيب الاثر ولو لا مع إجازة المولى، نعم لو كان ذلك بتوقّع الاجازة منه فالظاهر عدم حرمته لانه ليس تصرّفاً في مال الغير عرفاً كبيع الفضوليّ مال غيره وامّا عقدهما على نفسهما من غير إذن المولى ومن غيرهما بتوقّع الاجازة فقد يقال بحرمته لسلب قدرتهما وإن لم يكونا مسلوبي العبارة لكنّه مشكل لإنصراف سلب القدرة عن مثل ذلك وكذا لو باشر احدهما العقد للغير باذنه او فضولة فانه ليس بحرام على الاقوى وإن قيل بكونه حراماً.

المسالة ٢: لو تزوّج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته فان اجاز صحّ وكذا الامة على الاقوى

لكن ظاهر روايات الباب ٤٥ نكاح العبيد والاماء ذلك حيث يجوز للسيد طلاق زوجة العبد ولو بلا رضا العبد، ولا يبعد ظهور روايات الباب ٤٣ في ناحية تزويجه ايضاً ذلك. وأما الآيات التي تمسّك بها القوم فلا تدل على ذلك فان كون العبد لا يقدر على شيء ينفي الاستقلال ولا يجوز الاجبار وخطاب الانكاح للأولياء لا يدل على جواز الاجبار).

اب حرّ: مع صغرها وإلّا فيكونان حرّين.

حراماً: في حرمة صرف العقد اشكال بل منع (لعدم كون ذلك تصرفاً في حق المولى لعدم نفوذه بلا رضاه وليس اتيان المقدمة بقصد التوصل الى الحرام حراماً اذا لم تكن مقدمة موصلة).

ومن غيرهما: في العبارة تشويش، ولعل المراد عقدهما على غيرهما، وكيف كان فايقاع العقد للغير وكالة جائز ولا دليل على كون العبد مسلوب العبارة لكن المنفعة الحاصلة من ذلك تكون للمولى، وكذا العقد عليهما جائز ويتوقف نفوذه على اذن المولى. نعم اذا نهى المولى عن شيء ولو ايقاع العقد يكون حراماً.

المسالة ٢: وكذا الامة على الاقوى: (لكون الموضوع في بعض الادلة المملوك لا العبد، كما في صحيح ١/ ٢٤ نكاح العبيد وكذا ٢/ ٢٤ فانه وان كان الموضوع العبد لكن التعليل بانه ليس بعاص لله تعالى وانما عصى سيده يعم الامة ايضاً. وفي صحيح١ و٣/ ٢٦ نكاح العبيد ايضاً الحكم على عنوان المملوك وان كان المورد شخصاً واما عدم ذكر الامة في كلام الامام عليه السلام فهو ليس مشعراً بالاختصاص بالعبد كما توهم في الحدائق لانه في مقام جواب السؤال).

والاجازة كاشفة ولا فرق في صحّته بها بين أن يكون بتوقّعها أولا، بل على الوجه المحرّم، ولا يضرّه النهي لأنه متعلّق بأمر خارج متّحد والظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الاجازة فلا تنفع الاجازة بعد الردّ وهل

والاجازة كاشفة: أي الحكمي بمعنى الحكم يتحقق الزواج لا ترتيب الآثار فقط ولا الحقيقي ولا الانقلابي كما لا تكون ناقلة. (وفاقاً للأكثر فان النقل انما هو فيما لسببية العقد شرط آخر غير العقد كالقبض في العرف والهبة والوقف والسلم، وأما الاجازة فهي تتعلق بنفس العقد وتجعله مؤثرة بتمام مفاده وهو من الاول ويظهر الكشف من ١/٨٨ نكاح العبيد و ١/١١ ميراث الازواج بوضوح. مع انه لو بني على النقل اشكل الامر في مثل الاجارة ونكاح المتعة مما هو متقيد بزمان معين فاذا وقعت الاجازة بعد ايام وكانت ناقلة لم ينطبق المعقود مع المجاز كما ان الكشف الحقيقي معناه ترتب الحكم على نفس العقد لا الرضا والاجازة مع ان ظاهر الادلة ترتب الاثر على الرضا والاجازة، وهي مؤثرة لا تعقب العقد بها، وأما الكشف الانقلابي اي انقلاب الواقع عما هو عليه واقعاً وثبوت الحكم واقعاً من الاول فهو غير معقول.

ولا وجه لاشكال انه كيف يكون الشيء الواحد ملكاً لشخصين في زمان واحد فانه على الكشف يكون كذلك بحسب قبل الاجازة وبعدها، اذ البحث في الاعتباريات ولا اشكال بحسب تعدد زمان الاعتبار. كما لا وجه لاشكال: ان ذلك في الاحكام الشرعية المجعولة على نحو القضايا الحقيقية غير ممكن لا ستلزام اعتبار الشارع اعتبارين مختلفين بحسب قبل الاجازة وبعدها من اول قانون الشرع، اذ ذلك في مرحلة انشاء الحكم وأما الفعلية فيختلف بحسب تحقق الاجازة وعدمه. ثم الظاهر من الادلة كشف تحقق المسبب حكماً لا ترتيب الآثار فقط كما يظهر من الشيخ (قدس سره). وعلى ما ذكرنا فاذا اجاز المولى يحكم بكون الوطئ الواقع قبلاً حلالاً واقعاً، وحراماً تجرياً فقط فلا يكون زنا كما يحكم في البيع بكون النماءات للمشتري).

بأمر خارج متحد: بل لكون النهي التكليفي من المولى لا يوجب البطلان (وأما كون التعلق بأمر خارج متحد اي عنوان المقدمية ففيه اشكال لكون المقدمية حيثية تعليلية لو قلنا بوجوب المقدمة أو حرمتها شرعاً، نعم لو قلنا بذلك عقلاً كانت الحيثية تقييدية كما قال النائيني (قدس سره) في التعليقات نظريةً وعملية).

فلا تنفع: الظاهر انه مقتضى القاعدة بلا فرق بين موارد يلزم الانتساب الى المجيز

يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالردّ بعد العقد اولا وجهان اقواهما الثاني.

المسألة ٣: لو باشر المولى تزويج عبده او اجبره على التزويج فالمهر إن لم يعيّن في عين يكون في ذمّة المولى ويجوز ان يجعله في ذمّة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه وهل له ذلك قهراً عليه

بعنوان طرف العقد كالبيع الفضولي أو كان اعتبار اجازته لكونه ذا حق في مورد المعاملة، لكن صحيح محمد بن قيس الوارد في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب، قبول الاجازة بعد الرّد وهو المعتمد بل الأمر عند العقلاء ايضاً كذلك، ولو كان مقتضى القاعدة الاولية ما ذكرنا (فان الردّ يجعل العقد مسلوب الصلاحية لانضمام الرضا اليه فكان العقد ينحل ويفك بالردّ، نعم يمكن تجديد العقد ولو معاطاة بلا فرق بين كون المجيز طرف العقد أو ذا حق فقط لكن صحيح محمد بن قيس ١/٨٨ نكاح العبيد صريح في نفوذ الاجازة بعد الرّد ولا يمكن حمله على تجديد العقد معاطاة وإلا لكان الولد مولوداً من الزنا أو وطئ الشبهة. مع تصريح الامام عليه السلام بانه ابنه والظاهر انه واقعاً لا مشاكلة مثلاً، لكنه جعله مقتضى القاعدة وفيه ما قلنا. ثم الظاهر ان بناء العقلاء عملاً على امكان لحوق الاجازة بالعقد بعد الرّد ايضاً ولو ان مقتضى القاعدة الاولية ما ذكرنا).

الثاني: (لعدم ايجاب النهي السابق رداً وضعياً مع انه مقتضى الصحيح المزبور ايضاً).

المسألة ٣: في ذمة المولى: (من باب ان الالتزام بشيء التزام بلوازمه فان مباشرة المولى مع علمه بخصوصيات العبد في الشريعة يقتضي ذلك ولا يسمع منه عدم علمه بالاحكام فان احكام العبد بعضها قطعي معلوم عند الكل وكذا الاجبار لما يذكر في الفرع بعده من عدم امكان جعل شيء قهراً على العبد. وما ذكر آقا ضياء (قدس سره) من عدم تسلم الكلية المزبورة ـ الالتزام ... ـ واحتمال ارادة التزويج فقط لا تقبل مهره فيه انه لا يسمع ذلك اثباتاً في مورد المولى والعبد فان طرف العقد يتكل على المولى فقط).

بعد العتق مع رضاه: (ولا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدس سره) في منع تسلط المولى على ذمة العبد بعد العتق ولو مع رضاه، اذ الاشكال لو كان من ناحية الحرمة المستقبلة فقبول الذمة كان مع رضاه فهو من سلطنة العبد نفسه على ذمته بعد الحرية ولو كان من جهة الرقية الفعلية فهو مربوط بالمولى أو العبد وكلاهما راضيان).

فيه إشكال كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمّة العبد من غير رضاه وأمّا لو أذن له في التزويج فان عيّن كون المهر في ذمّة العبد أو في عين معيّن تعيّن وإن أطلق ففي كونه في ذمّته او في ذمّة العبد مع ضمانه له وتعهّده اداءه عنه أو كونه في كسب العبد وجوه أقواها الاوّل لانّ الاذن في الشيء إذن في لوازمه، وكون المهر عليه بعد عدم قدرة العبد على شيء وكونه كلاً على مولاه من لوازم الاذن في التزويج عرفاً، وكذا الكلام في النفقة ويدلّ عليه ايضاً في المهر رواية عليّ ابن ابي حمزة وفي النفقة موثّقة عمّار الساباطي، ولو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ اجاز ففي كونه كالاذن السابق في كون المهر على المولى أو بتعهّده اولا وجهان، ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمّته فلا دخل له بالمولى، وإن أجاز العقد،

فيه اشكال: بل منع (فان الادلة لا تجوّز اكثر من سلطة المولى على عين العبد ومنافعه واما على ذمّته فلا، قال الخوئي (قدس سره): ولو امكن ذلك فيمكن ان يصير المولى من اثرى الأثرياء لامكان شراء كل شيء وجعل ثمنه في ذمة العبد، وفيه: ان ذلك في فرض اعتبار الذمة ولاريب في محدودية اعتبار الذمة حتى في الاحرار عند العقلاء).

تعين: لكن جعله في ذمة العبد عبارة اخرى عن تعهد المولى اداءه من مال معين من امواله اذا كان ذلك حال الرقية ولابد حينئذ من اعتبار ذلك عقلائياً بأن يرى في العرف امكان تادية المولى من هذا المال الخاص له.

الاول: (لما ذكر الماتن ومنع آقا ضياء (قدس سره) الكلية المزبورة ممنوع ولا اقل في المقام بلحاظ العيلولة).

كلّاً على مولاه: (كانه يشير الى الآية الكريمة لكنها في الابكم لا العبد. لكن المدعى صحيح بمقتضى العيلولة لا عنوان الكلّ لامكان ارتزاق المولى من كسب العبد ثم لا وجه لسائر الوجوه اذ اذن المولى في التزويج ان كان بمعنى الالتزام بلوازمه قضاءً للعيلولة الثابت مقتضاها عند العقلاء حتى في غير العبد فهو وإلّا فمعنى الاذن حينئذ ليس إلّا رفع المانع، ولا وجه لضمان المولى أو تعهد اداءه من مال معين).

علي بن ابي حمزة: لكن اعتبار السند مبني على ما يقال من ان رواية الاصحاب عنه مربوط بحال استقامته ولا دليل على كونه كذوباً في مطلق اقاويله حتى غير المربوطة بمذهبه، ولا يبعد ذلك.

ويمكن الفرق: (وهو الظاهر اذ الاجازة تتعلق بالعقد وهو على اعتبار المهر في

أو في مال معيّن من المولى أو في ذمّته فيكون كما عيّن أو أطلق فيكون على المولى، ثمّ إنّ المولى إذا اذن فتارة يعيّن مقدار المهر وتارة يعمّم وتارة يطلق، فعلى الأوّلين لا إشكال وعلى الاخير ينصرف إلى المتعارف وإذا تعدّى وقف على إجازته وقيل يكون الزائد في ذمّته يتبع به بعد العتق، وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة فإنّه إن لم يعيّن ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعة فإن تعدّى وقف على إجازته.

المسالة ٤: مهر الامة المزوّجة للمولى سواء كان هو المباشر او هي بإذنه او بإجازته ونفقتها على الزوج إلّا إذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها أو اشترط كونها عليه وللمولى استخدامها بما لا ينافي حقّ الزوج والمشهور انّ للمولى ان يستخدمها نهاراً ويخلي بينها وبين الزوج ليلاً ولا باس به بل يستفاد من بعض الاخبار ولو اشترطا غير ذلك فهما على شرطهما ولو اراد زوجها ان يسافر بها هل له ذلك من

ذمة العبد وأما ما قلنا من ان ذمة العبد للمولى فلا يقدح اذ المراد في الحقيقة تعيين مال خاص. لكن ذلك في التعيين وأما صورة الاطلاق فلا دليل على كونه على المولى، لعدم جريان ما ذكر في الاذن في صورة المباشرة. وظاهر عقد العبد كون المهر على ذمته إلّا اذا صرح بكونه على المولى فيقف على الاجازة).

على المولى: فيه منع اذ الاطلاق مع عدم مباشرة المولى ظاهر في تعلق المهر بذمة العبد إلّا مع التصريح او القرينة القائمة على كونه عبداً غير مالك لشيء، وان المراد جعل المهر على ذمة المولى.

وقيل: لكنه ضعف فانه امر واحد عرفاً.

المسالة ٤: منعها مولاه: أي فلم تمكّن الزوج (وأما صرف المنع من المولى فلا يدفع وجوب النفقة وهو واضح كما انه اذا سقطت النفقة عن الزوج للنشوز أو لم ينفق عصياناً وجب على المولى الانفاق عليها).

اشترط كونها: أي اشترط الانفاق، وأما النفقة نفسها فاشتراط كونها على المولى خلاف حكم الشرع فانها على الزوج كما في آية٢٣٣ البقرة.

بعض الاخبار: وهو حديث الجعفريات ١/ ٥٨ نكاح العبيد والاماء من المستدرك لكن سند الكتاب محل تأمل على ما مرّ مع ان تقسيم الليل والنهار لا ينطبق على القاعدة إلّا اذا كان تعبد ثابت فالحق تقديم حق الزوج عند التعارض من باب كون الاذن في الشيء اذناً في لوازمه).

دون إذن السيّد قد يقال ليس له بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها فانه يجوز له من دون إذن الزوج والاقوى العكس لانّ السيّد إذا اذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجيّة والرجال قوّامون على النساء وامّا العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته إلّا ما كان واجباً عليه من الوطي في كلّ اربعة أشهر ومن حقّ القسم.

المسألة ٥: إذا اذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صحّ على الاقوى من ملكيّة العبد والأمة وإن كان للمولى ان يتملّك ما ملكاه بل الاقوى كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكيّة طوليّة.

المسألة ٦: لو كان العبد أو الامة لمالكين او اكثر توقّف صحّة النكاح على إذن الجميع او إجازتهم ولو كانا مبعّضين توقّف على إذنهما وإذن المالك وليس له إجبارهما حينئذ.

المسألة ٧: إذا اشترت العبدزوجته بطل النكاح وتستحقّ المهرإن كان ذلك بعد الدخول وأما إن كان

العكس: اذا اراد الزوج الاستمتاع بها في السفر وهذا وظيفتها اذا تنازعا ان امكنها الانتخاب. (لظاهر الخوئي (قدس سره) في الشرح، لكن لا يمكن دفع مقتضى التزويج).

قوّامون: (يريد التمسك باطلاق الآية عند التعارض لكنه ممنوع لعدم اطلاق لها بالنسبة الى الدليل الآخر فان كلاً من دليلي حق الزوج والمولى يتوجهان الى العنوان الاولي).

المسألة ٥: ملكية طولية: إلّا فيما اعطاه المولى عوضاً عما كان بينهما من ايذاء السيد مثلاً فلا يجوز للسيد سلبه منه (لإمكان ذلك عقلاً ولكونه مقتضى الجمع بين الادلة اي ادلة مالكية المولى للعبد ولماله، وادلة نفي الزكاة في مال العبد، وادلة نفي الارث عن العبد وان ماله لمولاه، فانه ظاهر في اعتبار المال له وادلة عدم جواز تصرف العبد في ماله بلا اذن السيد، مثل صحيح ١/ ٢٣ نكاح العبيد: «... من ماله إلّا باذن مولاه» وصحيح ١/ ٧٨ الوصايا: «... فانه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلّا ان يشاء سيده» وصحيح ٣/ ٩ بيع الحيوان، فانه صريح في ملكية العبد كما انه صريح في عدم جواز اخذ المولى ماله اذا كان دفعه اليه معاوضة عما كان بينهما من ايذاء السيد له ونحو ذلك. وقال آقا ضياء (قدس سره): بضعها ملك لمولاها فالمهر للمولى، وفيه: ان المفروض جعل المولى المهر لها).

المسألة ٧: بطل النكاح: (لعدم سلطنة العبد على مولاه وصرح بذلك ١ و٢ و٣ و٤/ ٤٩ نكاح العبيد، وأما ثبوت المهر كلاً بعد الدخول فلاستقراره بالدخول بعد صحة العقد بلا ريب).

قبله ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو ثبوت تمامه وجوه مبنيّة على انه بطلان أو انفساخ ثمّ هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول او لا وعلى السقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الّذي كان لها في ذمّة السيّد بطل الشراء للزوم خلوّ البيع عن العوض نعم لا باس به إذا كان الشراء بعد الدخول لإستقرار المهر حينئذ وعن العلامة في القواعد البطلان إذا اشترته بالمهر الّذي في ذمّة العبد وإن كان بعد الدخول لانّ تملّكها له يستلزم براءة ذمّته من المهر فيخلو البيع عن العوض وهو مبنيّ على عدم صحّة ملكيّة المولى في ذمّة العبد

بطلان أو انفساخ: اي زوال العقد بطرو المانع من حين تحقق المانع كما في الطلاق أو فرضه كان لم يقع من الاول كما في موارد الفسخ والانفساخ إلاّ في فسخ المرئة لظهور عنن الرجل ففيه نصف المهر للنّص، والظاهر انه بطلان ولا يجري عليه حكم الطلاق قبل الدخول. والمهر ثابت بتمامه لعدم دليل على السقوط. (وفاقاً للخوئي وآقا ضياء وخلافاً للجواهر (قدّس سرّهم) وأدلة السقوط انما هو في الطلاق ولا يشمل المورد كما انه يسقط النصف في الموت ايضاً كالطلاق للنص. كما لا دليل على السقوط اذا كان سبب البطلان الزوجة وان كان الزوج فهو ثابت وان كانا معاً فالنصف نظراً الى انتساب التفويت، لكن البضع ليس مالاً في التزويج ولذا لا يثبت في قتل زوجة شخص، عوض الزوجية علاوة من الدية، نعم لو كان فسخاً سقط المهر بتمامه لكن لا دليل على الفسخ لعروض المانع بعداً).

بطل الشراء: فانه مما يلزم من صحته بطلانه وجعل الصحة لمثله لغو (واما الاستدلال بما في المتن فيمكن قدحه بأنه مالم يتم الشراء زماناً لم يحصل انفساخ النكاح ففي زمان الشراء الامة مالكة لمهر النكاح الذي جعلتها ثمن البيع فليس التقدم في الرتبة فقط حتى يستشكل الخوئي (قدّس سرّه) بأن الاحكام والموضوعات بمنزلة العلل والمعاليل في التكوينيات وتقدمها رتبي لا زماني ففي الزمان يكونان معين فلا عوض حين الشراء. واما ما مثل به من مثال الحدث قبل السلام نسياناً عن السلام، حيث صحح الصلاة بقاعدة رفع النسيان ودفع اشكال ان الخروج عن الصلاة معلول الحدث والعلة تتقدم على المعلول فالحدث واقع في الصلاة، بأن التقدم العلي غير الزماني فان العلة والمعلول معان زماناً فلم يقع الحدث في الصلاة لتقارن الحدث والخروج عن الصلاة، ثم قال: ذلك يجري في المقام وفي كل الاحكام والموضوعات الشرعية ...، ففيه: ان الخروج عن الصلاة ليس معلول الحدث ايضاً في المثال بل لا

ويمكن منع عدم الصحّة مع انه لا يجتمع ملكيّتها له ولما في ذمّته بل ينتقل ما في ذمّته إلى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

المسألة ٨: الولد بين المملوكين رقّ سواء كان عن تزويج ماذون فيه أو عن شبهة مع العقد أو مجرّدة أو عن زنا منهما أو من أحدهما بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما أوعند أحدهما وأما إذا كان أحد الابوين حراً فالولد حرٌّ إذا كان عن عقد صحيح أو شبهة مع العقد أو مجردة حتّى فيما لو دلست

يحتاج الى المخرج عند نسيان السلام فالحدث وقع بعد الصلاة لا مع الخروج قضاءً لحديث الرفع، إلّا ان يقال: بعدم جريان الحديث في تحليل الصلاة كتحريمها، والبحث قد مرّ في محله، ولا بد ان ينظر في الموارد المختلفة).

ويمكن منع عدم الصحة: بل الاقوى الصحة (كما في ضمان العبد اموال المولى المتلفة بيده).

المسألة ٨: بين المملوكين رقّ: (كما يظهر من ١/ ٤٢ نكاح العبيد ومن موارد السؤال والجواب في حرمة المولود اذا كان احدهما حراً. بل هو مقتضى كون الولد نماء الملك بل السيرة القطعية عليه واستشكل الخوئي (قدس سره) في سند ١/ ٤٢ والظاهر انه لمكان المكفوف، لكن اصل الحكم قطعي).

او عن زنا: (كل ذلك لكونه نماءً للمملوكين).

اذا كان عن عقد صحيح: (لكن اذا كان الاب هو الحرّ خالف ابن الجنيد نظراً الى اعتقاده كون الولد تبع الام إلّا اذا اشترط حريته ولصحيح الحلبي ١٣/ ٣٠ نكاح العبيد، لكنه ومثله معارض بمثل صحيح جميل ٣/ ٣٠ نكاح العبيد، والظاهر ان الحكم بحسب اصل النكاح لا الاشتراط، فيحمل مثل صحيح الحلبي على التقية او يسقطان بالتعارض فيرجع الى اطلاقات الاحكام الدالة على ثبوت الاحكام بلا اعتبار اذن المولى ونحوه أو تجعل هذه مرجحة فيثبت نتيجة الحرية. وبعد ذلك كله الاصل هو الحرية عقلائياً وشرعياً من جهة اعتبار اذن المولى).

او شبهة: (كما يظهر من النصوص المعتبرة الدالة على الحرية في تزويج المدعية للحرية فانكشف الخلاف بعد الاستيلاد واشتراء الامة واستيلادها ثم كشف الغصب، وأما رواية العلاء ٢/ ١٠ التدبير و ١/ ٢٨ نكاح العبيد (وهما واحد) الدالة على الرقية اذا كان الشبهة من المرئة والتدليس من الرجل فسندها غير نقي.

الامة نفسها بدعواها الحريّة فتزوّجها حرٌّ على الاقوى وإن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد إلى مولاها وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحرّ بفساد العقد او عن زنا من الحرّ منهما فالولد رقّ ثمّ إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له وإن كان كلّ منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّة إلّا إذا اشترطا

ومعارض بصحيح ١١/ ٣ ابواب العيوب والتدليس والمرجع لو فرض التساقط عمومات مادل على التبعية للاشرف).

دفع قيمة الولد: سيأتي في المسألة الثانية عشرة.

فالولد رق: إلّا في زنا الام الحرّة فالولد حرّ. (لخبر علي بن حديد ١/ ٦١ نكاح العبيد في غصب الجارية واستيلادها، لكنه مرسل. وللمعتبرات٣ و٢ و٦/ ٦٧ نكاح العبيد، و ١/ ٦ ابواب الغصب بناءً على اطلاقها للمورد واخراج مورد الشبهة كما مضى، لكن الظاهر من ٢/ ٦٧ الشبهة لا الاطلاق، وكذا ٦/ ٦٧ فان الظن فيه بمعنى الاطمينان العقلائي لا صرف الظن حتى يقول الخوئي (قدس سره) الظن لا يغني من الحق فهو زنا سيما وليس الخبر في مقام بيان حصول الاطمينان فلعله بعد التحقيق على ما هو اللازم شرعاً. كما ان الظاهر من ٣/ ٦٧ ايضاً الشبهة، وفيها امر آخر وهو الزام الزوج باحضار البينة على تزويجها على انها حرة مع كفاية قول الشخص في ادعاء الحرية. وأما روايات «الولد للفراش وللعاهر الحجر» فهو في المشكوك وحالة الشك في الانتساب ولا دليل على نفي الانتساب في معلوم الانتساب ولو في الزنا، والادلة النافية انما هي في الارث فقط، لكن الروايات المزبورة انما هي في زنا الرجل الحرّ، وأما زنا الام الحرّة فالاصل يقتضي حرية الولد للتبعية للام وروايات التبعية للاشرف وما في مثل خبر جميل: «لا يسترق من كان احد ابويه حراً» وبعد الغض عن ذلك فالاطلاقات المثبتة لنتيجة الحرية من ادلة التكاليف. ثم اصالة الحرية كما مر).

بالسوية: فيه اشكال بل الاظهر كونه لمالك الام إلّا اذا اشترط سهم لمالك الاب ايضاً (فان الولد نتاج الام في جميع الحيوانات وان كان الانتساب في بعضها الى الاب فيما كان للانتساب قيمة وأما الانتساب الى الاب في الانسان فلعله لمسألة اخلاقية اجتماعية وهي انه لو كان الى الام شاع الزنا مع انه لا يرتبط بمسألة المال. ويدل على ذلك انه لو زنى العبد بالامة فالولد لمالك الامة، والظاهر الاتفاق على ذلك كما ادعى الخوئي (قدس سره) مع عدم دليل من نصّ صريح عليه، لكن ويشهد لذلك

التفاوت أو الاختصاص باحدهما هذا إذا كان العقد بإذن المالكين او مع عدم الاذن من واحد منهما واما إذا كان بالاذن من احدهما فالظاهر انه كذلك ولكن المشهور انّ الولد حينئذٍ لمن لم يأذن ويمكن ان يكون مرادهم في صورة إطلاق الاذن بحيث يستفاد منه إسقاط حقّ تمائية الولد حيث إنّ مقتضى الاطلاق جواز التزويج بالحرّ او الحرّة وإلاّ فلا وجه له وكذا لو كان الوطي شبهة منهما سواء كان مع العقد او شبهة مجرّدة فانّ الولد مشترك واما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في انّ الولد لمالك الامة سواء كان من طرفها شبهة او زناء.

المسألة ٩: إذا كان احد الابوين حراً فالولد حرٌّ لا يصح اشتراط رقيّته على الاقوى في ضمن عقد التزويج فضلاً عن عقد خارج لازم ولا يضرّ بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج واما إن كان في ضمن

بعض الاخبار ايضاً مثل الحكم بالرقية لمالك الامة اذا فجر الحرّ بها، والحكم بدفع قيمة الولد الى مولى الامة اذا دلّست وادعت الحرية فتزوجها حرّ فاستولدها فالولد حر، لكن يجب على الحر دفع قيمة الولد كما في ٥/٦٧. والحكم بان حمل المدبرة اذا كان بعد التدبير فهو تابع لها في التدبير كما في ١ و٥/٥ التدبير، واما اذا اشترط فالظاهر الصحة اذا اريد جعل سهم لمالك الاب لا نفي الام لعدم استفادة الاقتضاء العلّي من هذه الجهة من الروايات خلافاً للخوئي (قدس سره) فاستشكل بانه خلاف الشرع فلا يصح).

مع عدم الاذن: فيكونان زانيين، وحينئذ فينافي ما سيذكر من لحاق المولود بالامة اذا كان العبد زانياً وهو الصحيح. فلعله اراد مورد الشبهة. وبذلك يرد الاشكال في الفرع بعد ذلك وهو ما كان باذن من احدهما فقط.

لمن لم يأذن: والوطئ حينئذ زنا بعد الاعتبار ولو لم يكن باعتبار الطرف الآخر وسيصرح بعدم الخلاف في كون الولد لمالك الامة اذا كان الزنا من طرف العبد، كما هو كذلك اذا كان عن شبهة منهما فانه كالعقد الصحيح يكون الولد للام.

المسالة ٩: على الاقوى: (لاستفادة الاقتضاء العلّي من ادلة التبعية لاشرف الوالدين بخلاف الاشتراط فيما كان كلا الوالدين رقّاً كما مر في المسالة٨. ولا فرق بين الاشتراط في عقد التزويج او العقد الخارج. واستظهر الصحة البروجردي (قدس سره) اذا كان في عقد التزويج والشيرازي (قدس سره) مطلقاً، وتامل القمي

عقد التزويج فمبنيٌّ على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه والاقوى عدمه ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده لانّ في سائر العقود يمكن جبر تخلّف شرطه بالخيار بخلاف المقام حيث إنه لا يجري خيار الاشتراط في النكاح، نعم مع العلم بالفساد لا فرق إذ لا خيار في سائر العقود أيضاً.

وبعض آخر، لكن الظاهر من الادلة ما ذكرنا ولذلك لايشمله عموم دليل الشرط. وأما حديث ١٠/ ٣٠ نكاح العبيد فهو مخدوش سنداً ودلالة اذ هي ظاهرة في الرقية ولو بدون الاشتراط بل من جهة رقية الام فهو من ادلة ابن الجنيد فيما كان الاب حراً والام رقاً).

والاقوى عدمه: (للنصوص مثل صحيح محمد بن قيس ١٣/١ المهور و ١٣/٢ مقدمات الطلاق ويظهر من صحيح الحلبي ١٨/٢ مقدمات الطلاق ايضاً كما ان القاعدة ايضاً لا تقتضي الفساد اذ في شرط النتيجة تعليق الالتزام بالعقد على امر خارجي لا تعليق اصل العقد فالالتزام حينئذ مقيد ويوجب الخيار، لكن ظاهر ما ذكر من النصوص عدم الخيار ايضاً وما قاله الماتن من جبر تخلف شرط الفاسد في سائر العقود بالخيار بخلاف النكاح، فيه ان النصوص ظاهرة في عدم العبرة بالشرط الفاسد بل صريحة كما مرّ، نعم لا خيار في النكاح نظراً الى ان النكاح المحدود وقتاً ليس في غير المنقطع إلاّ فيما دل الدليل كموارد الفسخ الشرعي، إلاّ ان يقال: هذا فيما انشأ مقيداً ومورد الخيار لا يرتبط بتقيد الانشاء كما في موارد الفسخ، وفيه: ان الفسخ الشرعي ورد على العقد بعداً واما الخيار فهو ملاحظ في نفس العقد فكانه لوحظ حق حلّ العقد وان الزوجية الى حين ارادة الطرف الفسخ، إلاّ ان يقال: ذلك حاصل فيما علم الطرف بالعيب الموجب لحق الفسخ ايضاً، وكيف كان فالاجماع حاصل على عدم الخيار في النكاح، ويمكن التعليل بما ذكر واخراج موارد الفسخ بالتعبد وانه في موارد قلائل لمصلحة أهم، واستدل الخوئي بما ذكرنا من عدم امكان تقيد انشاء النكاح.

هذا كله مع ان جعل الخيار في عقد النكاح يوجب مشاكل اجتماعية مهمة سيما في ناحية الاولاد وهذا وان كان يجري في الطلاق ايضاً لكنه ليس بتوسعة ذلك مع انه ايضاً ابغض الاشياء).

المسالة ١٠ : إذا تزوّج حرٌّ أمة من غير إذن مولاها حرم عليه وطيها وإن كان بتوقّع الاجازة وحينئذ فان أجاز المولى كشف عن صحّته على الاقوى من كون الاجازة كاشفة وعليه المهر والولد حرّ ولا يحدّ حدّ الزنا وإن كان عالماً بالتحريم بل يعزّر وإن كان عالماً بلحوق الاجازة فالظاهر عدم الحرمة وعدم التعزير أيضاً وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج ويحدُّ حينئذ حدّ الزنا إذا كان عالماً بالحكم ولم يكن مشتبهاً من جهة أخرى وعليه المهر بالدخول وإن كانت الأمة أيضاً عالمة على الاقوى وفي كونه المسمّى أو مهر المثل او العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً وجوه بل اقوال اقواها الاخير ويكون الولد لمولى الامة واما إذا كان جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً من جهة أخرى فلا يحدّ ويكون الولد

المسالة ١٠ : فالظاهر عدم الحرمة: هذا على الكشف الحقيقي، واما على الكشف الحكمي وقد مرّ انه الاظهر فلا اذ بالاجازة يحكم بالكشف وقبلها لا حكم بالكشف حقيقة فيغرر وان كان لا يحدّ اذا لحقت الاجازة قبل الحدّ، نعم اذا ادعى اعتقاده الكشف الحقيقي فلا يغرر ايضاً.

عالمة على الاقوى: تقدم منه في المسالة الخامسة عشرة من فصل عدم جواز التزويج في عقد الغير خلاف ذلك، وهو الاظهر للنصوص الدالة على عدم المهر لبغيّ وان كانت الامة.

اقويها الاخير: (لصحيح ٣٩/٥ احكام الزنا في البكر، ويظهر من ١/٥ احكام العيوب حكم الثّيبة ويظهر ذلك من ٣٥/١ نكاح العبيد، قال الخوئي انه في مورد خاص لكن يستفاد من العموم او عموم الملاك. بل ومن ٦٧/١ نكاح العبيد ايضاً وان كان مورده التدليس في العقد الصحيح).

لمولى الامة: (كما مرّ في المسالة١٨ هذا الفصل ان الاب اذا كان زانياً فالولد ملحق بالامة وان كان الزاني حراً).

الولد حراً: (كما مرّ ولاصالة عدم المملوكية وتنقيح المناط من اخبار التزويج على كونها حرة شبهة، وحكم الاصحاب قطعاً بأن ولد الشبهة كالعقد).

عالمة على الاقوى: لكنه خلاف ما اختاره في المسالة الخامسةعشرة من فصل عدم جواز التزويج في عدة الغير وهو الحق.

اقويها الاخير: (اذ المسمى فرع صحة العقد، كما ان النصوص الدالة على الاخير تنفي المسمى والمثل ايضاً مثل ٣٩/٥ احكام الزنا و ١/٥ احكام العيوب. بل

حراً نعم ذكر بعضهم انّ عليه قيمته يوم سقط حيّاً ولكن لا دليل عليه في المقام ودعوى انه تفويت لمنفعة الامة كما ترى إذ التفويت إنّما جاء من قبل حكم الشارع بالحريّة وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولّد بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد لانه انعقد حراً فيكون التفويت في ذلك الوقت.

المسالة ١١ : إذا لم يجز المولى العقد الواقع على امته ولم يردّه ايضاً حتّى مات فهل يصحّ إجازة وارثه له أم لا وجهان اقواهما العدم لانها على فرضها كاشفة ولا يمكن الكشف هنا لانّ المفروض انها كانت للمورث وهو نظير من باع شيئاً ثمّ ملك.

وكذا من ٦٧/١ نكاح العبيد والاماء وبالغاء الخصوصية وان كان وارداً في مورد العقد الصحيح، وكذا من صحيح ٣٥/١ بالغاء الخصوصية وان كان وارداً في مورد التحليل).

لا دليل عليه: يمكن استفادته من مثل موثق سماعة بل هو الظاهر لعدم خصوصية للتدليس المذكور فيه فالعمل عليه (٦٧/٥ احكام العبيد، فالملاك هو جهل الزوج موضوعاً او حكماً ففي كليهما حكم القيمة ثابت).

يوم الانعقاد: بل يوم الولادة فانه الذي يظهر فيه المال ويتحقق التفويت اذا ظهر حراً، والمراد من يوم يصير اليه في الحديث اي موثق سماعة ذلك اليوم اي يوم يصير الولد الى ابيه وهو الولادة، واما احتمال كون المراد يوم التسلم فهو غير معمول به (وما قاله الماتن من ان التفويت جاء من قبل حكم الشارع، فيه ان الحكم على موضوعه الشرعي والمفوّت هو الزوج الجاهل وإلاّ فيجري ذلك في الجاعل الخل خمراً ايضاً، ثم المالية يوم الانعقاد ايضاً بلحاظ حال التولد وإلاّ فالنطفة بنفسها لا قيمة مهمة لها).

المسالة ١١ : **اقويهما العدم**: بل الصحة اقوى (وفاقاً للسيد جمال (قدس سره)، واشكال الماتن مندفع بما دفعه الشيخ (قدس سره) من ان الكشف في الزمان القابل وهو زمان انتقال المال اليه وهو عقلائي، ولا يرد اشكال: «من باع شيئاً ثم ملك» فان عمدة اشكاله النص: «لا تبع ما ليس عندك» بناءً على شموله له وإلاّ فاستفادة صحته من ادلة بيع عام النصاب قبل اخراج زكاته ثم اداء الزكاة من ماله الآخر، لا اشكال فيه فلا يلزم كون الاجازة من المالك حين العقد. واما اشكال الخوئي (قدس سره) في خصوص النكاح بأن اركان العقد باعتبار طرفي العقد تام والاشكال من ناحية الحقّ

المسألة ١٢ : إذا دلست أمة فادّعت أنها حرّة فتزوّجها حر ودخل بها ثمّ تبين الخلاف وجب عليه المفارقة وعليه المهر لسيّدها وهو العشر ونصف العشر على الاقوى لا المسمّى ولا مهر المثل وإن كان اعطاها المهر استردّ منها إن كان موجوداً وإلاّ تبعت به بعد العتق ولو جائت بولد ففي كونه حراً او رقّاً لمولاها قولان فعن المشهور انه رقّ ولكن يجب على الاب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حياً وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى في قيمته وإن أبى وجب على الامام عليه السلام دفعها من سهم الرقاب او من مطلق بيت المال والاقوى كونه حراً كما في سائر موارد اشتباه الحرّ حيث إنه لا إشكال في كون الولد حراً فلا خصوصية لهذه الصورة والاخبار الدالّة على رقّيته منزّلة على انّ للمولى اخذه ليتسلّم القيمة جمعاً بينها

الشخصي. كالسيد، وهذا غير باب الفضولي باعتبار طرفي العقد فلا يشمله ادلة صحته، نعم يستصحّ من دليل: «انه لم يعص اللّه تعالى وانما عصى سيده، فاذا اجازه فهو له جائز» وهو مفقود في المقام لعصيانها سيدها حين العقد وهو لم يجز بعداً لخروجها عن ملكه، ففيه ورود بيان الشيخ هنا ايضاً فان الملاك عصيان السيد في امتداد زمان يراد تصحيحه وهو السيد الوارث. والانصاف عدم تفاوت عند العقلاء في ذلك وفي الفهم من الدليل).

المسألة ١٢ : **على الاقوى**: ولو كانت عالمة بالحال (للنص وهو صحيح الوليد بن صبيح ١/٦٧ نكاح العبيد وموثق سماعة، فيخرج بهما عن عموم ما استفيد من الادلة من عدم المهر لبغي مع ان الحكم الثابت بالنص هنا لا يسمى مهراً، وحمل النصّ على مورد الاشتباه حمل على النادر قطعاً).

لا المسمى: (لفساد العقد ولا المثل لعدم مهر للبغي).

تبعت به: وان كان الاحوط التصالح (كسائر الديون وللاجماع ظاهراً فالاعراض محقق عن صحيح الوليد بن صبيح ـ في حاشية الگلپايگاني (قدس سره) ابن الوليد وليس بصحيح ـ من هذه الناحية حيث انه دل على السقوط ان لم يجد الزوج مما اعطاه شيئاً ولا ريب في كون التصالح احوط لمراعاة الصحيح).

والاقوى كونه حراً: بل التفصيل اقوى فان اقام الزوج بينة على قيام البينة على حريتها حين التزويج فالولد حرّ وإلاّ فهو رق للمولى بمعنى جواز طلبه للقيمة (للجمع بين ٤/٦٧ الدال على الرقية المفسرة في ٥/٦٧ بجواز طلب القيمة وبين موثق سماعة ٢/٦٧ الدال على الحرية اذا اقام البينة على شهادة شاهدين بالحرية).

وبين ما دلّ على كونه حرّاً وعلى هذا القول ايضاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة أو السعي او دفع الامام عليه السلام لموثّقة سماعة هذا كلّه إذا كان الوطي حال اعتقاده كونها حرّة واما وطئها بعد العلم بكونها امة فالولد رقّ لانه من زناء حينئذٍ بل وكذا لو علم سبق رقيّتها فادّعت انّ مولاها اعتقها ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان فانّ الوطي حينئذٍ ايضاً لا يجوز لإستصحاب بقائها على الرقيّة نعم لو لم يعلم سبق رقيّتها جاز له التعويل على قولها لاصالة الحريّة فلو تبيّن الخلاف لم يحكم برقيّة الولد وكذا مع سبقها مع قيام البيّنة على دعواها.

المسالة ١٣ : إذا تزوّج عبد بحرّة من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً فلا تستحقّ مهراً ولا نفقة بل الظاهر أنها تحدّ حدّ الزنا إذا كانت عالمة بالحال وانه لا يجوز لها ذلك نعم لو كان ذلك لها بتوقّع الاجازة واعتقدت جواز الاقدام حينئذٍ بحيث تكون شبهة في حقّها لم تحدّ كما انه كذلك إذا علمت بمجيء الاجازة واما إذا كان بتوقّع الاجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدّ مع عدم حصولها بخلاف ما إذا حصلت فانّها تعزّر حينئذٍ لمكان تجرّيها وإذا جائت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبهاً بل مع كونه زانياً أيضاً لقاعدة النمائية بعد عدم لحوقه بالحرّة واما إذا كانت جاهلة بالحال

ما ذكر من دفع القيمة : بعد الحمل على كون المراد قيمة يوم الولادة بان يقال: المراد من اليوم الذي يصير الولد اليه يوم الولادة لا يوم الدفع (ولعله ظاهر الحديث لا لصرف تعبد فهم المشهور أو لا بدية الحمل كما عليه البروجردي والاصطهباناتي(قدس سرهما)).

أو دفع الامام : (لكن شمول سهم الرقاب للمورد محل تأمل وان كان الاظهر الشمول) واستشكل النجفي كانه نظراً الى عدم تمحض الرقبة أو عدم تسلم الرقبة بل هو بمنزلة رهن القيمة لكن التعبير بحسب الحديث هو الرقبة).

لاستصحاب : ويحدّ إلّا ان يكون شبهة فان الحدود تدرء حينئذ. (واما موثق زرارة ٦٧/٣ نكاح العبيد الدال على ثبوت الحد فالظاهر انه في مورد علم الزوج قبلاً بالرقية وإلّا فلا وجه للحدّ بل وكذا لحكم الرقية).

لأصالة الحرية : (عند العقلاء، وشرعاً لمثل الصحيح ٢٩/١ ابواب العتق).

المسالة ١٣ : انه كذلك : من حيث نفي الحدّ وان كان الوطي حراماً.

تجرّيها : (بل لحرمة الوطئ حينئذ لعدم الكشف الحقيقي، كذا قاله بعضهم، وفيه: ان الكشف الحكمي بحكم الحقيقي فانه الحقيقي حكماً. بل الوطئ حرام لعدم المجوز عندئذ).

لقاعدة النمائية : هي تثبت تبعية الولد للام إلّا ان يثبت اجماع او ثبت عمل المشهور

فلا حدّ والولد حرّ وتستحقّ عليه المهر يتبع به بعد العتق.

المسالة ١٤ : إذا زنى العبد بحرّة من غير عقد فالولد حرٌّ وإن كانت الحرّة ايضاً زانية ففرق بين الزنا المجرّد عن عقد والزناء المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا إنّ الولد لمولى العبد.

المسالة ١٥ : إذا زنى حرٌّ بامة فالولد لمولاها وإن كانت هي ايضاً زانية وكذا لو زنى عبد بامة الغير فانّ الولد لمولاها.

المسالة ١٦ : يجوز للمولى تحليل امته لعبده وكذا يجوز له ان ينكحه إيّاها والاقوى انّه حينئذ نكاح لا تحليل كما انّ الاقوى كفاية ان يقول له: انكحتك فلانة ولا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد

بحديث العلاء ١/٢٨ نكاح العبيد والاماء، الدال على لحوق الولد بالعبد في العقد الفاسد لكن العمل غير ثابت والمتن مضطرب جداً، فراجع. ولكن لو عمل به لم يكن فرق بين علم المرئة وجهلها لاطلاق الحديث لو لم يكن ظاهراً في جهلها، كما انه لو عمل بقاعدة النماء على ما يفسّرها الماتن (قدس سره) لم يكن فرق بين الزنا المجرد عن العقد والمقرون به ولكنه يحكم في المسالة الآتية باللحوق بالام في الزنا المجرد عن العقد.

المسالة ١٤ : فالولد حرّ: على وفق الاصل لعدم تماميّة قاعدة النماء.

ففرق: لو بنى على العمل بخبر العلاء كما مرّ.

المسالة ١٥ : زانية: (لما مرّ من الدليل في الامة المدلّسة).

لمولاها: (لقاعدة النماء، وهذا شاهد على ما مرّ خلافاً لما قاله الماتن).

المسالة ١٦ : تحليل امته: (كما يظهر من ١/٤٥ نكاح العبيد، وعمل المشهور به فلا يلتفت الى صحيح علي بن يقطين ٢/٣٣ نكاح العبيد مع احتمال التقية كما هو المعمول في غير واحد من اعمال علي بن يقطين. ويظهر الجواز ايضاً من رواية الفضيل ١/٣٣ نكاح العبيد لكنها فصّلت بين تحليل امة معنية وبين تفويض الخيار الى العبد لكن يحتمل ارادة عدم صراحة الكلام في التحليل اذا كانت غير معينة: «ان قال اشتر منهنّ ما شئت فلا تطأ منهن ...» الخ. مع ضعف السند وان كان الراوي ابن ابي عمير).

نكاح لا تحليل: (لظهور روايات الباب في ذلك كصحيح ابن يقطين ٢/٣٣: «من غير تزويج». وما ورد في عدم جواز طلاق العبد زوجته وما ورد في كيفية نكاح المولى عبده من امته. واما ارتفاع النكاح بالامر بالاعتزال بلا طلاق فلا يدل على عدم كونه نكاحاً).

كفاية: (فان النكاح عقد لكنه في المقام ايقاع لعدم وجود طرف للمولى لكفالته

لإطلاق الاخبار ولانّ الامر بيده فايجابه مغن عن القبول بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك في سائر المقامات مثل الوليّ والوكيل عن الطرفين وكذا إذا وكّل غيره في التزويج فيكفي قول الوكيل انكحت امة موكّلي لعبده فلان أو انكحت عبد موكّلي امته وامّا لو اذن للعبد والامة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة إلى الايجاب والقبول.

المسالة ١٧ : إذا اراد المولى التفريق بينهما لا حاجة إلى الطلاق بل يكفي امره إيّاها بالمفارقة ولا يبعد جواز الطلاق ايضاً بان يامر عبده بطلاقها وإن كان لا يخلو من إشكال ايضاً.

الطرفين كما يظر من الروايات مثل ١ و٣ و٢/٤٣ نكاح العبيد، ونقاش الجواهر بأن الروايات ناظرة الى كيفية قيام المولى مقام العبد في الانشاء بلا نظر الى ما به تمام العقد مخدوش بظهور الروايات في تمامية العقد بذلك. كما ان اشكال كشف اللثام في ان قول المولى هنا ايجاب وقبول مردود بأن المولى لا يوجب من طرف العبد بل له الولاية بلا اعتبار اذن العبد وليس في مقابل المولى شخص آخر يلزم قبوله. واما اشكال الخوئي (قدس سره) بأنه يلزم الاستعمال في الاكثر ففيه، ان قوله: انكحت فلانة ليس له إلاّ معنى واحد وانما يستفاد منه بالالتزام امضاء الطرفين. وبعد ما ذكرنا كله فلا وجه لاشكال آقا ضياء (قدس سره) بأن التعليل عليل والنكاح عقد فيحتاج الى القبول في جميع الموارد).

في سائر المقامات: بل هو بعيد في الوكيل فلابد من ايجاب وقبول ولو بتولي شخص واحد ولا يترك الاحتياط في الولي ايضاً. (لعدم استقلال الوكيل بل يعمل نيابة عن الطرفين ففي الحقيقة العقد بين الطرفين بل يحتمل ذلك في الولي ايضاً فان العقد بين المولى عليهما لكن لمكان عدم العبرة بانشائهما صار الامر بيد الولي فالعقد بين الطرفين في الحقيقة ايضاً وان كان يحتمل فيه الايقاع ايضاً نظراً الى الولاية فانه ليس نيابة ولا يحتاج الى اذن وتسبيب من المولى عليهما فلا يترك الاحتياط).

المسالة ١٧ : **بالمفارقة**: (كما في صحيح ١/٦٦ نكاح العبيد).

بأن يامر عبده: أو يطلقها المولى نفسه (كما يظهر من ١/٤٥ مقدمات الطلاق ومن ١/٦٦ نكاح العبيد ايضاً. واما ٥/٦٦ نكاح العبيد: «... حتى يطلقها الغلام» ففيه احتمال كون المراد من الغلام غير العبد، واحتمال كون قوله ﷺ: «لا ينبغي» لاجل وقوع السيد على الامة بلا ارادة الطلاق والامر بالاعتزال. مع ضعف السند

المسالة ١٨ : إذا زوّج عبده أمته يستحبُّ أن يعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أو لا بل هو الاحوط وتملك الامة ذلك بناء على المختار من صحّة ملكيّة المملوك إذا ملّكه مولاه او غيره.

المسالة ١٩ : إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة فلهم أيضاً الامر بالمفارقة بدون الطلاق والظاهر كفاية أمر احدهم في ذلك.

المسالة ٢٠ : إذا زوّج الامة غير مولاها من حرّ فاولدها جاهلاً بكونها لغيره عليه العشر أو نصف العشر لمولاها وقيمة الولد ويرجع بها على ذلك الغير لانه كان مغروراً من قبله كما انه اذا غرّته الامة بتدليسها ودعواها الحرية تضمن القيمة وتتبع به بعد العتق وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريّتها.

بعلي بن سليمان. واما طلاق العبد بأمر المولى فلا اشكال ايضاً لظهور ٦٦/٢ في صحة طلاقه بأمر المولى، فعدم قدرة العبد على الطلاق وغيره انما هو اذا لم يكن بأمر المولى).

المسالة ١٨ : بل هو الاحوط: لا يترك (لظهور النصوص مثل ١ و٢ و٤٣/٣ نكاح العبيد الظاهرة في لزوم الاعطاء، ولا دليل على كونه بعنوان المهر، كما ان القول بعدم الملكية لا ينفيه فانه مجرد الاعطاء فيجب ولو كان مصرفاً لا مالكاً).

المسالة ١٩ : كفاية امر احدهم: في حرمة الوطئ غير الواجب لا في الواجب كالوطئ مرة في الاربعة اشهر ولا في حصول المفارقة بالامر (فان المالك متعدد ولاينحصر الحق في الواحد. نعم اصل انتقال الحق من المولى المزوج الى الورثة لا اشكال فيه لكون الامر مربوطاً بالمولوية والعبودية بلا دخالة لخصوص المولوية المتحققة عند التزويج).

المسالة ٢٠ : كان مغروراً: (قد مر الكلام في هذا الشرح في هذه القاعدة وانها عقلائية غير مردوعة بل في النصوص ما يشهد لها، والمراد من الغرور هو الفعلي منه ولو بلا قصد الخداع، ولا ينطبق على اخبار غلاء اسعار البلد الفلاني فيذهب الشخص بسلعته اليه فيتضرر اذ المراد الدخالة التسبيبية وينطبق على شهادة الزور فانها تسبيب لمكان القضاء المسبّب عنها، وقد ورد النص في مورد شهادة الزور وفي ابواب العيوب ٢/٢ في تزويج البرصاء، وما قاله الخوئي (قدس سرّه) من عدم تضمين سائر ما خسره نتيجة للزواج مع وجود الغرور ففيه: ان اللازم هو المهر واما سائر الخسارات فلم تكن لازمة وانما هي برسم العرف، وأما النفقة ففي البرصاء لم تكن شيئاً قابلاً للذكر لمعلومية الواقع فوراً. وورد النص في ٧/١ ابواب العيوب ايضاً ولا باس بمحمد بن سنان في السند خلافاً للخوئي (قدس سرّه) للعمل من الاصحاب وفي ٨٨/٥

المسألة ٢١ : لو تزوّج امة بين شريكين بإذنهما ثمّ اشترى حصّة احدهما او بعضها او بعضاً من حصّة كلّ منهما بطل نكاحه ولا يجوز له بعد ذلك وطيها وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها وهل يجوز له وطيها إذا حلّلها الشريك قولان أقواهما نعم للنصّ وكذا لايجوز وطي من بعضه حرّ إذا اشترى نصيب الرقيّة لا بالعقد ولا بالتحليل منها نعم لو هاياها فالاقوى جواز التمتّع بها في الزمان الّذي لها عملاً بالنصّ الصحيح وإن كان الاحوط خلافه.

(٩ ـ فصل في الطواري)

وهي العتق والبيع والطلاق اما العتق فاذا أُعتقت الامة المزوّجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد بل مطلقاً وإن كانت تحت حرّ على الاقوى والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلّها فلا خيار لها مع عتق بعضها على الاقوى نعم إذا أعتق البعض الآخر أيضاً ولو بعد مدّة كان لها الخيار.

نكاح العبيد وخصوص المورد اي البيع لا يقيد العموم المستفاد من الحكم عرفاً اي ملاك الحكم. ولا يضره عموم الحكم لمورد جهل البائع بالمال كما استشكله الخوئي(قدس سره) لعموم الغرور لمورد الجهل ايضاً كما مر).

المسألة ٢١ : للنص: وان كان الأحوط الترك (فان صحيح محمد بن قيس ١/ ٤١ نكاح العبيد لم يعمل به المشهور من القدماء وان كان عمل به ابن ادريس والمتأخرون، نعم الظاهر كما قال الگلپايگاني(قدس سره) الحكم على طبق القاعدة. خلافاً لظاهر الخوئي(قدس سره) نظراً الى ان الملفق من التحليل والملك لا يشمله اسباب الحل في الآية، وفيه: ان التحليل بمنزلة الملك).

بالنص الصحيح: (وهو الصحيح المزبور، والظاهر انه على القاعدة لعموم اقتضاء المهاياة فلا وجه لاحتياط الگلپايگاني لزوماً).

في الطواري

تحت حر على الاقوى: (للنصوص في ٥٢ نكاح العبيد وبعضها صريح في التعميم للحر مثل ٥٢/١٢ نكاح العبيد وضعف الاسناد منجبر بالعمل سيما مع ظهور الادلة في كون الملاك كونها املك ببضعها حينئذ كما في ٥٢/١١ خلافاً للخوئي(قدس سره) نظرا الى عدم اعتقاده الجبر بالعمل، وفيه ما مرّ غير مرة من ان عمل مهرة الفن مما يوجب

المسألة ١: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر وهل هو لمولاها أولها تابع للجعل في العقد فان جعل لها فلها وإلاّ فله ولمولاها في الصورة الأولىٰ تملّكه كما في سائر الموارد إذ له تملّك مال مملوكه بناء على القول بالملكيّة لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها وأمّا بعد انعتاقها فليس له ذلك وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه اقواها الاخير وإن كان مقتضى الفسخ الاوّل وذلك لعدم معلوميّة كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

المسألة ٢: إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها وإن جعل للمولى او اطلق ففي كونه لها أوله قولان اقواهما الثاني لانه ثابت بالعقد وإن كان يستقرّ بالدخول والمفروض أنها كانت أمة حين العقد.

المسألة ٣: لو كان نكاحها بالتفويض فان كان بتفويض المهر فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عين في العقد وإن كان بتفويض البضع فان كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين فحاله حال ما إذا عين حين العقد وإن كان قبل الدخول فالظاهر أنّ المهر لها لانّه يثبت حينئذٍ بالدخول والمفروض حرّيتها حينه.

الوهن أو القوة في الدليل. هذا مع ان في مورد خاص وهو عتقهما معا صحيحة عبدالله بن سنان دالة على الخيار ١/ ٥٣ نكاح العبيد).

المسألة ١: اقويها الاخير: (وان كان يمكن استظهار الفسخ من تعبير: اختاري، ونحوه في الروايات، وقد استدل بذلك آقا ضياء (قدس سره) على الوجه الاول وسقوط المهر لكن في استفادة الانحلال من الاول بحيث يكون العقد كان لم يكن اشكال، بل الظاهر انه مفارقة من الآن شبه الطلاق لا البطلان ولا الفسخ وان كان لا يجري عليه حكم الطلاق ايضاً في سقوط النصف، وحينئذ فما في المتن اقوى ثبوت تمام المهر بالعقد وخلافاً للبروجردي وآقا ضياء(قدس سرهما) نظراً الى الاول وكذا السيد جمال والاصطهباناتي واختار الشيرازي (قدس سره) سقوط النصف).

المسألة ٢: اقويهما الثاني: (إلاّ ان يقال بثبوت المهر بالدخول لكنه ضعيف وفاقاً للاكثر).

المسألة ٣: وبعد التعيين: الصحيح أوبدل الواو كما ان في الشرطية بعد ذلك يضاف التعيين ايضاً اي قبل الدخول والتعيين. والمراد تحقق الدخول بعد العتق وقبل الفرقة وإلاّ فلا شيء على الزوج لعدم الدخول ولا المهر. (كما نبّه غير واحد وهو واضح).

المسالة ٤: إذا كان العتق في العدّة الرجعيّة فالظاهر انّ الخيار باق فان اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذٍ وإن اختارت البقاء بقي له حقّ الرجوع ثمّ إذا اختارت الفسخ لا تتعدّد العدّة بل يكفيها عدّة واحدة ولكن عليها تتميمها عدّة الحرّة وإن كانت العدّة بائنة فلا خيار لها على الاقوى.

المسالة ٥: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

المسالة ٦: الخيار على الفور على الاحوط فوراً عرفيّاً نعم لو كانت جاهلة بالعتق او بالخيار او بالفوريّة جاز لها الفسخ بعد العلم ولا يضرّه التاخير حينئذٍ.

المسالة ٤: الخيار باق: (خلافاً للگلپايگاني والنجفي (قدس سرّهما) حيث احتاطا، وكذا بعض آخر، لكن لو قلنا بأن المطلقة الرجعية زوجة حقيقة فلا كلام ولو قلنا انها بحكم الزوجة فجميع احكامها ثابتة لها بحكم ذلك بل للأولوية، لاولوية جواز فسخ النكاح المتزلزل عن جواز فسخ المستقر فلا يفهم العرف فرقاً فانه ان لم يكن جائزاً فان رجع الزوج فيترتب الحكم بلا كلام وإلاّ فبتمام العدة يكون مثل المنفسخ).

عدة واحدة: لا من باب التداخل بل عليها عدة الطلاق فقط (لعدم الدليل على لزوم العدة للفسخ في اثناء العدة. فان دليل العدة هنا اما من جهة الدخول ولو بشبهة واما من جهة دليل العدة في الفسخ بالعيب بعد الدخول مع الجهل بالعيب. والاول لا يقتضي إلاّ عدة الطلاق الثابتة من الاول والثاني موردها فسخ غير المعتدة اي الزوجة الحقيقية).

عدّة الحرّة: (كما يستفاد من روايات الباب ٥٠ العدد).

على الاقوى: بل لا وجه للخيار حينئذ (لعدم امكان ابقاء الزوجية فليس الامر دائراً بين وجهين حتى يختار احدهما).

المسالة ٦: على الاحوط: وان كان الاوجه بقاء الخيار إلاّ بعد مدة طويلة يُحسب بقاء الخيار خلاف بناء العرف كالشهر مع وجود شرائط التحقيق. (لشمول قوله ﷺ: «فان امرها بيدها» للزمان المشكوك فان عموم هذا المخصص مقدم على عموم الدليل الاول بلا احتياج الى الاستصحاب. ولا اجماع ظاهراً على الفورية).

أو بالفورية: (واستشكل بعضهم وتبعه الگلپايگاني هنا وكانه نظراً الى ان عدم اعمال الخيار حينئذ بمنزلة الرضا، وفيه نظر واضح لاحتمال كون التاخير للتفكر في انتخاب الاصلح. نعم فيما يحسب بقاء الخيار خلاف بناء العرف فلا خيار ولا يقبل جهلها بالفورية بحسب هذه المدة الطويلة).

المسألة ٧: إن كانت صبيّة أو مجنونة فالاقوى أنَّ وليّها يتولّى خيارها.

المسألة ٨: لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم بل يجوز له إخفاء الامر عليها.

المسألة ٩: ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو اذنها فاختارت هي زوجاً برضاها ولكن يمكن دعوى انصراف الاخبار إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها.

المسألة ١٠: لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحّته.

المسألة ٧: وليّها: فيما يوجب عدم الفسخ مفسدة أو فوات مصلحة لها. (لعدم الدليل على ثبوت الولاية مطلقاً واما فيما ذكر فلعدم بطلان حقوق المسلمين فيما بينهم كما في ١/٦ مقدمات الحدود وعدم صلوح ذهاب حق احد كما في ١/٤ الشهادات، والمفروض عدم امكان الاستيفاء بواسطة ذي الحق مباشرة فلابد ان يستوفي الولي فان فاعدة الولاية لمثل هذه الموارد).

المسألة ٩: دعوى انصراف: لكنها بلا وجه (وفاقاً للاكثر، نعم قال آقا ضياء (قدس سره): لو لم يلجئها الى اختيار هذا الزوج ولو من جهة عدم رغبة غيره في تزويج الاماء ...، فيفهم منه قبول التفصيل وفيه: ان موضوع الدليل كون الامة تحت عبد، كما هو مطلق من حيث كون التزويج بمباشرة المولى وعدمه فانظر صحيح الحلبي ٢/٥٢ وصحيح ابن مسلم٧/٥٢).

المسألة ١٠: فالظاهر صحته: اذا كان الاشتراط مع رضاها لا كاشتراط الخدمة حيث لا عبرة برضاها، ثم انها اذا لم تعمل بالشرط وفسخت فالظاهر نفوذه وان كانت عاصية بذلك. (اعتبار رضاها لعدم دليل على هذه الولاية للمولى اذا كانت مرتبطة بما بعد العتق بخلاف اشتراط الخدمة للنص فيه ٣/١٠ ابواب العتق، ووجه ذلك رجوعه الى تقيد العتق فانه حينئذ عتق المملوك مسلوب المنفعة كالوقف كذلك، واما نفوذ فسخها على فرض التخلف فلما مرّ غير مرة من عدم استفادة اكثر من التكليف من دليل نفوذ الشرط، ثم الظاهر من بعض النصوص جواز اشتراط عدم الخيار من باب شرط النتيجة، فانظر ١/١١ ابواب المكاتبة، وحينئذ فلا يكون شرطاً على خلاف الشرع).

المسألة ١١ : لو أعتق العبد لا خيار له ولا لزوجته.

المسألة ١٢ : لو كان عند العبد حرّة وامتان فأعتقت إحدى الامتين فهل لها الخيار أو لا وجهان وعلى الاوّل إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها وجهان وكذا إذا كان عنده ثلاث أو اربع إماء فأعتقت إحداها ولو أعتق في هذا الفرض جميعهنّ دفعة ففي كون الزوج مخيراً وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات أو التخيير من الاوّل للزوجات فان اخترن البقاء فله التخيير أو يبطل نكاح الجميع وجوه.

(١٠ ـ فصل في العقد واحكامه)

المسألة ١ : يشترط في النكاح الصيغة بمعنى الايجاب والقبول اللّفظيّين فلا يكفي التراضي الباطنيّ

المسألة ١١ : لا خيار : (لعدم الدليل وعدم الملاك لامكان التخلص بالطلاق، كما ان صرف اكراه المولى له على التزويج لا يكون دليلاً على فساد العقد اذا كان الاكراه بالحق، وقد مرّ بعض الكلام في ذلك، وأما عدم الخيار لزوجته فلعدم فوت شيء عليها لرضاها به وهو عبد والآن صار حراً اشرف والمفروض عدم حرية الامة وفي النصوص صراحة بذلك مثل ١ و٢/ ٥٤ نكاح العبيد).

المسألة ١٢ : وجهان: اظهرهما ثبوت الخيار (لعموم الدليل، وقال آقا ضياء (قدّس سرّه) في وجه عدم الخيار: من انصراف دليله الى ما يمكن لها البقاء بخلاف المقام مما يكون الخيار للزوج في الانتخاب بعد ذلك. وفيه عدم دليل على خيار الزوج على ما سياتي وعدم المنافاة على فرضه كما هو ظاهر).

وجهان: بل الظاهر وجه ثالث وهو القرعة كما مرّ سابقاً (لعدم دليل على عموم التخيير للمقام بعد ورود دليله في اسلام الزوج المجوسي عن سبع زوجات، كما لا وجه للبطلان اذ الممنوع هو الجمع لا التزوج بكل واحد منهن).

ثلاث: سهو من الناسخ أو قلمه الشريف وإلّا فلا منع في جمع العبد بين حرة وامتين.

دفعة: جهات المسألة متماثلة، ومرّ ان الظاهر القرعة لا التخيير ولا البطلان.

فصل ١٠ ـ في العقد وأحكامه

فلا يكفي التراضي الباطني: (وحينئذ فليس تراضياً فانه الرضا المظهر من الطرفين بحيث يرتبط كل بالآخر. ثم ان اعتبار اللفظ ليس لاجل افتراق النكاح عن

ولا الايجاب والقبول الفعليّين وأن يكون الايجاب بلفظ النكاح أو التزويجعلى الاحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم وإن كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدلّ على إرادة الدوام ويشترط العربيّة مع التمكّن منها ولو بالتوكيل على الاحوط نعم مع عدم التمكّن منها ولو بالتوكيل يكفي غيرها من الالسنة إذا أتى بترجمة اللّفظين من النكاح والتزويج والاحوط اعتبار الماضويّة وإن كان الاقوى عدمه فيكفي المستقبل والجملة الخبريّة كان يقول أزوّجك او انا مزوّجك فلانة كما أنّ الاحوط تقديم الايجاب على القبول

السفاح بذلك كما يظهر من الشيخ الاعظم لكون افتراقهما بالمهية والحقيقة كما هو معلوم. بل للاستفادة من الادلة فانظر الباب ١٨ المتعة حيث يظهر منها المفروغية عن اصل اعتبار اللفظ وفي بعضها تعليق تحقق النكاح على تلفظها بنعم. وفي صحيح بريد ١ / ٤ ابواب النكاح، المراد من الميثاق في الآية هو الكلمة التي عقد بها النكاح. وفي غير واحد من الروايات بيان كيفية تحقق النكاح بصيغة التزويج. مع عدم الخلاف في المسالة والسيرة اي الارتكاز على طرد خلافه من المتشرعة وغيرهم).

على الاحوط: لا يترك (وفاقاً لغير واحد فان المذكور في الادلة لفظ التزويج ونقطع بكفاية النكاح ايضاً مع وروده في الآيات ايضاً. واما لفظ المتعة فلم يرد في الادلة في الدائم وان كان القاعدة تقتضي كفاية الانشاء بكل مبرز لكن الاحتياط في النكاح على ما ورد في الادلة (راجع ابواب العقد) والسيرة على الحصر بالتزويج والنكاح وظاهر الادلة الحاصرة بظهورها في اللفظ واللفظين توجب الاحتياط لو لم يكن اقوى).

العربية: الظاهر صحة نكاح كل قوم بلسانهم (بل بغير لسانهم ايضاً اذا كان يؤدي مؤدى اللفظين وكان مفهوماً عند الطرفين وان كان ذلك خلاف الاحتياط، وفاقاً في كفاية لسانهم للسيد جمال والخوئي (قدس سرهما) ولبعض آخر، وحينئذ فلا دخالة للعربية اصلاً. واما ما قاله المستند من عدم كفاية غير العربية مطلقاً حتى مع العجز ففيه لزوم تعطيل النكاح وتجويز الزنا! واحتاط غير واحد بلزوم العربية مع التمكن بنفسه أو ولو بالتوكيل، ولا وجه وجيه له).

الماضوية: (نظر المشهور في ذلك الى المتيقن وصراحة الماضي في الانشاء ولا وجه له لعدم كفاية المتيقن في ذلك ووجود الصراحة في المستقبل والخبر بداعي الانشاء ايضاً).

وإن كان الاقوى جواز العكس ايضاً وكذا الاحوط ان يكون الايجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج وإن كان الاقوى جواز العكس وأن يكون القبول بلفظ قبلت، ولا يبعد كفاية رضيت ولا يشترط ذكر المتعلّقات فيجوز الاقتصار على لفظ قبلت من دون أن يقول قبلت النكاح لنفسي أو لموكّلي بالمهر المعلوم والاقوى كفاية الاتيان بلفظ الامر كأن يقول زوّجني فلانة فقال زوّجتكها وإن كان الاحوط خلافه.

المسألة ٢: الاخرس يكفيه الايجاب والقبول بالاشارة مع قصد الإنشاء وإن تمكّن من التوكيل على الاقوى.

جواز العكس: فيه اشكال اذا كان الايجاب بمثل انكحتك نفسي بل وزوجتك نفسي ايضاً، نعم لا بأس بمثل تزوجت لكنه في الحقيقة قبول. (فان الزوجية وان كانت كالاخوة من الطرفين على التساوي ويطلق الزوج عليهما سواء كما في كرايم البقرة والنساء الاحزاب وغيرها حيث اطلقت على النساء لكن لحاظ الآثار المفيدة لسلطنة الرجل يوجب كون الايجاب من طرف المرئة، وليس صرف التعارف كما في بعض الكلمات كالخوئي (قدس سرّه) بل الرجال قوامون على النساء في الشريفة والعرف وقد جعل القرآن الكريم امر امساكهن او تسريحهن بيد الزوج كما ان الطلاق بيد من أخذ بالساق فالزوجة هي التي تكون كالبائع أو الموجر فكما ان الاجير موجب فكذا الزوجة. وفاقاً للبروجردي والگلپايگاني بل والحكيم (قدس سرّهم) بعد اللتيا والتي. وخلافاً لغير واحد من المحشين وشرح الخوئي (قدس سرّه)).

كفاية رضيت: بل هو الاقوى (فان ملاك القبول انشاء الرضا وهو حاصل بالمطابقة).

كأن يقول زوّجني فلانه: الظاهر من هذه الجملة ايجاب التوكيل لا قبول التزويج، وأما لو قال للمرئة: زوجني نفسك فلا يبعد صحتها قبولاً اذا كان ظاهراً عرفاً في القبول كما لا يبعد وكذا اذا فرض ظهور الجملة الاولى (واحتاط الخوئي والاستاذ و... (قدس سرّهم) كلاً، والظاهر التفصيل).

المسألة ٢: بالاشارة: والاحوط ضمّ تحريك لسانه اليها كما هو الغالب فيه، ثم الظاهر كفاية الكتابة في المقام (نظراً الى تعبير حديث مسعدة ٥٩ قرائة الصلاة: «في قرائته وتشهده وتلبيته وما اشبه ذلك يحرك لسانه ويشير باصبعه» والمراد بما اشبه كلما اريد التلفظ كما قال الخوئي (قدس سرّه) أو التلفظ العبادي كما اظنّه، وفي ١/ ١٩ مقدمات

المسالة ٣: لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة.

المسالة ٤: لا يجب التطابق بين الايجاب والقبول في الفاظ المتعلّقات فلو قال انكحتك فلانة فقال قبلت التزويج أو بالعكس كفى وكذا لو قال على المهر المعلوم فقال الآخر على الصداق المعلوم وهكذا في سائر المتعلّقات.

المسالة ٥: يكفي على الاقوى في الايجاب لفظ نعم بعد الاستفهام كما إذا قال زوّجتني فلانة بكذا؟ فقال نعم فقال الاوّل قبلت لكن الاحوط عدم الاكتفاء.

الطلاق ذكر ما يعرف به سائر افعاله من حبّه وكراهيته من الكتابة أو الاشارة. وكيف كان فيخرج بالدليل عن مقتضى ما مرّ من الادلة على لزوم اللفظ، ولو قلنا بعدم دليل على اللفظ إلّا الاجماع والارتكاز فهو لبّي متيقنه القادر لا مثل الاخرس. ثم الظاهر كفاية الكتابة فانها مما به يعرف الافعال فيستفاد من ١٩/١ مقدمات الطلاق، واما عدم ذكرها بخصوصها أو عموماً في الباب ٥٩ قرانة الصلاة فلان الكتابة لا تفيد فائدة العبادة بحسب المتعارف ففرق بين مثل الطلاق ومثل القرائة).

المسالة ٣: **الكتابة**: اي في القادر على التكلم لا العاجز فالكتابة كافية فيه بل في القادر ايضاً الكفاية أوجه لكن لا يترك الاحتياط بضم اللفظ للقادر (لاحتمال لزوم اللفظ في الانشاء في المقام نظراً الى ما مرّ من ظاهر الادلة وان كان الاظهر كون المراد منها كون اللفظ وسيلة دارجة للانشاء لكن الاحتياط لا يترك لرعاية فتاوى القوم ولاحتياط الفروج. ويستفاد من ١٩/١ مقدمات الطلاق في الاخرس ان الملاك ما تعارف الانشاء به وفي عصرنا المتعارف في الانشاء هو الكتابة عند العقلاء. والظاهر الكفاية واحتاط الگلپايگاني(قدس سره) في العاجز ايضاً بالجمع بين الاشارة والكتابة مع عدم التوكيل).

المسالة ٥: **لكن الاحوط**: بل الاظهر عدم الكفاية في مفروض المسالة اي كون نعم جواب الاستفهام وأما لو اريد الانشاء كما في صحيح ابان فالظاهر الصحة حيث ورد: «نعم» بعد قبول الزوج بقوله: اتزوجك (خلافاً للاكثر حيث احتاطوا، لكن صحيح ابان صريح (١٨/١ المتعة) في جواز الانشاء بنعم فيجوز اذا كان دالاً على الانشاء، وظاهر الصحيح تمامية الوظيفة بذلك لا انها المقاولة فلا وجه لقول بعض اهل العصر انه غير مربوط بالمقام فانظر الصحيح بتمامه).

المسالة ٦: إذا لحن في الصيغة فان كان مغيّراً للمعنى لم يكف وإن لم يكن مغيراً فلا باس به إذا كان في المتعلّقات وإن كان في نفس اللفظين كان يقول جوّزتك بدل زوّجتك فالاحوط عدم الاكتفاءّ به وكذا اللّحن في الاعراب.

المسالة ٧: يشترط قصد الانشاء في إجراء الصيغة.

المسالة ٨: لا يشترط في المجري للصيغة ان يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً بان يكون مميّزاً للفعل والفاعل والمفعول بل يكفي علمه إجمالاً بانّ معنى هذه الصيغة إنشاء النكاح والتزويج لكن الاحوط العلم التفصيلي.

المسالة ٩: يشترط الموالاة بين الايجاب والقبول وتكفي العرفيّة منها فلا يضرّ الفصل في الجملة بحيث يصدق معه انّ هذا قبول لذلك الايجاب كما لا يضرّ الفصل بمتعلّقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

المسالة ١٠: ذكر بعضهم أنه يشترط اتّحاد مجلس الايجاب والقبول فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب زوّجت فلاناً فلانة وبعد بلوغ الخبر إليه قال قبلت لم يصحّ وفيه أنه لا دليل على اعتباره من حيث وهو وعدم الصحّة في الفرض المذكور إنّما هو من جهة الفصل الطويل او عدم صدق المعاقدة والمعاهدة لعدم التخاطب وإلاّ فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدّد المجلس كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول قبلت، بلا فصل مضرّ فانه يصدق عليه المعاقدة.

المسالة ٦: جوّزتك: هذا من المغيّر للمعنى إلاّ اذا اعتاد الانشاء به بحسب عرف المحل فيصح وينفذ.

المسالة ٧: لكن الاحوط: (ولا يلزم رعايته اذ الملاك في الانشاء كون اللفظ قابلاً للانشاء به وقصد اللاّفظ الانشاء به ولا يلزم التفصيل في اللحاظ بان اي حرف من الكلمة لايّ جهة دخيلة في الانشاء وهذا معلوم من العرف والعقلاء خلافاً للبروجردي وتبعه الگلپايگاني في الاحتياط (قدّس سرّهما).

المسالة ٩: الموالاة: اللازم في المقام الموالاة بين الالتزامين لا اللفظين فاذا كان التزام الموجب باقياً ولو بعد طول المدة صحّ ضم التزام القابل اليه فهذا بخلاف توالي الالفاظ كالنفي والاثبات في كلمة التوحيد. (وهذا ظاهر سيما في الكتابة والقرارات المرسلة الى سائر البلاد).

المسالة ١٠: يصدق: وهذا هو الملاك فلا اشكال في التعاقد بالهاتف وسائر الآلات الحديثة (والعجب من منع بعض المعاصرين ذلك حتى في البيع).

المسألة ١١ : ويشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود فلو علّقه على شرط او مجيء زمان بطل نعم لو علّقه على امر محقّق معلوم كان يقول إن كان هذا يوم الجمعة زوّجتك فلانة مع علمه بانه يوم الجمعة صحّ وامّا مع عدم علمه فمشكل.

المسألة ١١ : **محقق معلوم**: بحيث يترتب الاثر بعد العقد بلا تراخ بخلاف المعلوم المستقبل على نحو الواجب المشروط بالشرط المقارن بحيث اريد ترتيب الاثر بعد تحقق الشرط.

فمشكل: بل الظاهر البطلان (واظهر الوجوه في بطلانه عدم اعتباره العقلاء فانهم لا يرون العقد المعلق على امر مشكوك عقداً فان القرار وعدمه سيان حينئذ بحسب اعتبارهم وان كان له وجه بحسب اعتبار العقل المحض، ولا وجه لما يقال من عدم تحقق الايجاد بلا وجود، اذ الايجاد هنا كالوجود ان كان بحسب المستقبل فهو وان كان بحسب الحال فهو والشك والعلم خارجان عن ذلك. كما انه اذا كان التمليك المترتب على العقد فعلياً ومتعلقه اي الملكية متاخرة كانا ايضاً متكافئان اي يوجد الملكية المتاخرة فالايجاد والوجود متكافئان. ومن ذلك التعليق على امر معلوم الحصول فعلاً او في المستقبل على نحو الواجب المشروط بالشرط المتاخر فان الاثر حاصل فعلاً لتحقق الشرط المتاخر في محله فالوجه هو لزوم ترتب الاثر بلا تراخ ويمكن الاستشهاد لما ذكرنا من لزوم ترتب الاثر بلا تراخ بحديث الحلبي ١٨ مقدمات الطلاق الدال على بطلان الطلاق المعلق على التزويج الجديد أو التفريق في البيتوتة. فان الظاهر ان وجه البطلان كون الطلاق شرطياً. واما الاستدلال بصحيح ابان ١٨/١ المتعة باستظهار لزوم ترتب الاثر بلا فصل وروايات جواز وطئ الامة المشتراة بصرف اخبار البائع بالاستبراء اذا كان البائع رجلاً ١١ ابواب الحيوان كما استدل الخوئي (قدس سره) فالظاهر عدم تماميته فان الاول انما هو في مقام بيان كفاية «نعم» في الايجاب أو جواز تقدم القبول والثاني في مقام بيان كفاية اخبار البائع بالاستبراء فقط. ثم الظاهر عدم قدح التعليق في العقود الاذنية كالولاية لتعارفه عند العقلاء لكون الملاك هو الاذن كما صرح في جامع الشتات بصحة التوكيل المعلق في طلاق زوجته ولعل مثلها الهبة غير المعوّضة).

المسألة ١٢ : إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللاّزم مراعاته فان أرادا البقاء فاللاّزم الاعادة على الوجه الصحيح وإن أرادا الفراق فالاحوط الطلاق وإن كان يمكن التمسّك باصالة عدم التاثير في الزوجيّة وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع إرادة البقاء الاحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحّته ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق.

المسألة ١٣ : يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره وكالة او ولاية او فضولاً فلا اعتبار بعقد الصبيّ ولا المجنون ولو كان ادواريّاً حال جنونه وإن اجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه او إفاقته على المشهور بل لا خلاف فيه لكنه في الصبيّ الوكيل عن الغير محلّ تامّل لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفاً بالعربيّة وعلم قصده حقيقة وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا وكذا إذا كان لنفسه بإذن الوليّ أو إجازته هو بعد البلوغ وكذا لا اعتبار بعقد السكران

المسألة ١٢ : باصالة عدم التاثير: لا وجه لها في فرض لزوم الاحتياط مع ان وجه الاحتياط قد يكون تزلزل المجتهد في اجتهاده ولو لعدم اعتماده بفحصه وما شابه ذلك فلا يمكن له اجراء الاصل الحكمي حينئذ. مع ان اجراء الاصل في الشبهات الحكمية من وظائف المجتهد. فالاحوط لزوماً الطلاق.

المسألة ١٣ : فلا اعتبار بعقد الصبي: الظاهر اعتباره لنفسه أو لغيره وكالة او فضولاً والمنفي في الادلة هو استقلاله في التصرف لا ايراد العبارة (فان قوله ﷺ «عمد الصبي وخطئه واحد» ٣/ ١١ العاقلة، انما هو فيما كان للخطأ حكم وهو في الجنايات فلا يدل على كون حكم عقده كذا، سيما وان بعض هذه التعابير مذيلة بقوله ﷺ: «تحمله العاقلة». ويشهد لما ذكر رواية ١/ ١٦ عقد النكاح وأولياء العقد في تزويج الرسول ﷺ ام اسلمة وفيها: زوّجها عمر بن ابي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم. اذ لا ريب في كون المراد صرف ايراد العقد لا تولي امور التزويج فانه خلاف الاجماع والمقطوع، كيف يزوج الصغير امّه؟! لكنها ضعيفة سنداً فلا وجه لفتوى السيد جمال والاصطهباناتي والاستاذ بعدم الاعتداد بعقده مطلقاً).

اجاز هو بعد البلوغ: اذا كان العقد باقياً بحسب اعتبار العقلاء بحيث يصلح لتعقبه الاجازة (بخلاف الفصل بسنوات كثيرة في العقد اللفظي، نعم في المكتوب يعتبره العقلاء اكثر).

بعقد السكران: الفاقد للشعور والعقل.

فلا يصحّ ولو مع الاجازة بعد الافاقة وأما عقد السكرى إذا أجازت بعد الافاقة ففيه قولان فالمشهور انه كذلك وذهب جماعة إلى الصحّة مستندين إلى صحيحة ابن بزيع ولا باس بالعمل بها وإن كان الاحوط خلافه لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول مع انّ المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل فلا يترك الاحتياط.

المسالة ١٤ : لا باس بعقد السفيه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغة أو أصيلاً مع إجازة الولي وكذا لا باس بعقد المكره على إجراء الصيغة للغير او لنفسه إذا اجاز بعد ذلك.

المسالة ١٥ : لا يشترط الذكورة في العاقد فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة كما يجوز إجراؤها لنفسها.

المسالة ١٦ : يشترط بقاء المتعاقدين على الاهلية إلى تمام العقد فلو اوجب ثمّ جنّ او أغمي عليه قبل مجيئ القبول لم يصحّ وكذا لو اوجب ثمّ نام بل او غفل عن العقد بالمرّة وكذا الحال في سائر العقود والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة مضافاً إلى دعوى الاجماع وانصراف الادلّة.

فالمشهور: وهو الاقوى (وصحيح ابن بزيع ١/ ١٤ عقد النكاح يحمل على ارادة كفاية الرضا فيكون دليلاً في ذلك البحث ولابد من طرحه أو على ارادة التوكيل في اجراء العقد حال السكر فافاقت بعد اجراء العقد بواسطة الوكيل وصدوره فضولاً عندئذ لمكان السكر في التوكيل ثم لم يرده كما قيل أو على ما اذا لم يبلغ السكر بحيث يذهب بالشعور كما قاله في المتن وان كان بعيداً من الرواية وإلاّ فالتعليل اي الاقامة بعد الافاقة وكونها حينئذ بحكم الرضا مشترك بين السكران والسكرى. هذا مع ان اثبات الحكم على خلاف القاعدة وخلاف بناء العقلاء برواية واحدة مع قبولها المحامل مشكل جداً فلا وجه لفتوى الخوئي (قدس سرّه) بها).

المسالة ١٤ : او لنفسه اذا اجاز: (لعدم شمول حديث رفع الاكراه للرفع المطلق وانما هو ما دام الموضوع اي الاكراه باقياً لعدم امتنان في رفع مورد الرضا. سيما وانه على الكشف لا يدخل تحت دليل الرفع من الاول لكون الاجازة حينئذ كاشفة عن الصحة من اول الامر).

المسالة ١٥ : للمرئة: (وكان وجه ذكر المسالة مخالفة الشافعية في ذلك. وفي ادلة المتعة دلالات واضحة على المطلوب).

المسالة ١٦ : الى تمام العقد: المعتبر اتصاف الموجب بالاهلية حين الايجاب وعند

المسألة ١٧ : يشترط تعيين الزوج والزوجة على وجه يمتاز كلّ منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الاشارة فلو قال زوّجتك إحدى بناتي بطل وكذا لو قال زوجت بنتي احد ابنيك أو احد هذين وكذا لو عيّن كلٌّ منهما غير ما عيّنه الآخر بل وكذا لو عيّنا معيّناً من غير معاهدة بينهما بل من باب الاتّفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر وامّا لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دالٌّ على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهمة فلا يبعد الصحّة وإن كان الاحوط خلافه ولا يلزم تميّز ذلك المعيّن عندهما حال العقد بل يكفي التميز الواقعيّ مع إمكان العلم به بعد ذلك كما إذا قال زوّجتك بنتي الكبرى ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنتين لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم نعم إذا كان مميزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه

القبول ولا يعبير استمرار الاهلية إلاّ في مثل الجنون وفيما لا يعد العقد باقياً لمكان الفصل الطويل الموجب للغفلة كالسنوات. وأما القابل فيعتبر اهليته حين القبول وأما حين الايجاب فلا على الاظهر اذا تمشى قصد الانشاء من الموجب. (لعدم الدليل على لزوم اتصاف القابل حين الايجاب فيصح ان يقول الموجب لغير الاهل زوجتك نفسي ثم اذا تأهل قبل كما لا دليل على استمرار الاهلية فلو نام ثم استيقظ حين القبول كفى بل وحتى في الاغماء، نعم في المجنون منع فان العقد حينئذ بحكم لا عقد عند العقلاء).

المسألة ١٧ : يشترط: (فان الزوجية وما شابهها كالاخوة ونحوها قائمة بالافراد الخارجية فانظر في الكرائم: ﴿وانكحوا الايامى ...﴾ و﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ وكذلك عند العقلاء بخلاف مثل البيع والاجارة فيصح بالكلي في المعين مثلاً).

من غير معاهدة: بأن كان المراد معلوماً معيناً ولكن لم يذكر بالعبارة في العقد اللفظي ولم يقع القرار عليه ولكن تصادق المراد من الطرفين تصادفاً ولا يصح حينئذ لعدم ورود القرار عليه.

فلا تبعد الصحة: بل هو الاقوى (ولا وجه لما يقال وقاله النجفي (قدس سره) من عدم صحة الانشاء على البناء بل لابد من ذكر المتعلق في مقام الانشاء وقد مر في اول الفصل عدم لزوم ذكر المتعلقات ولا فرق بينها اذا كان مبنياً عليها).

الى الدفتر: (ولا وجه لما قاله بعض اهل العصر من عدم اعتبار الزوجية عند العقلاء حينئذ ايضاً، للمعلومية بصرف الرجوع نظير ما يقال في الشك غير المستقر).

العلم به فالاقوى البطلان لإنصراف الادلّة عن مثله فالقول بالصحّة والتشخيص بالقرعة ضعيف.

المسالة ١٨ : لو اختلف الاسم والوصف او احدهما مع الاشارة أخذ بما هو المقصود وألغي ما وقع غلطاً مثلاً لو قال زوّجتك الكبرى من بناتي فاطمة وتبين انّ اسمها خديجة صحّ العقد على خديجة التي هي الكبرى ولو قال زوّجتك فاطمة وهي الكبرى فتبيّن انها صغرى صحّ على فاطمة لانها المقصود ووصفها بانها كبرى وقع غلطاً فيلغى وكذا لو قال زوّجتك هذه وهي فاطمة او وهي الكبرى فتبيّن انّ اسمها خديجة او انها صغرى فانّ المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة او وصفها بانها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

المسالة ١٩ : إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتّى يكون العقد صحيحاً او باطلاً فالقول قول مدّعي الصحّة كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها وكما في سائر العقود وإن اتّفقا الزوج وولي الزوجة على انهما عيّنا معيّناً وتنازعا فيه انها فاطمة او خديجة فمع عدم البيّنة المرجع التحالف كما في سائر العقود نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها وهي ما إذا كان لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة ولم يسمّها عند العقد ولا عيّنها بغير الاسم لكنه قصدها معيّنة واختلفا فيها فالمشهور على الرجوع إلى التحالف الّذي

ضعيف: ولا ينبغي ترك الاحتياط بتجديد العقد بعد المعلومية وبالطلاق اذا اريد التزويج بالغير (لما مرّ من اقتضاء معنى الزوجية عند العقلاء. خلافاً للخوئي (قدس سرّه) حيث اختار القرعة، وفيه عدم عدّ ذلك قراراً عرفاً. واحتاط الاستاذ وغيره).

المسالة ١٩ : قول مدعي الصحة: فيه اشكال بل منع لرجوعه الى الشك في وقوع اصل العقد إلّا ان يراد الشك في ذكر القرائن عند العقد مع الاتفاق على المراد فقد تقدم عدم لزوم ذلك وان كان الاختلاف في المعين بعد اتفاقها على التعيين فالمرجع التحالف. (وفاقاً للخوئي والگلپايگاني و... لعدم جريان الاصل عند الشك في المقوم. فان دليله هو السيرة والمتيقن منها في غير المقوم).

التحالف: ويبطل العقد حينئذ في الظاهر، واما الواقع فيعمل كل على علمه فيحرم تزويج اختها مثلاً اذا علم انها المزوّجة (خلافاً لظاهر الجواهر في المقام، فان القضاء لا يغير الواقع وانما يحسم النزاع في الظاهر فقط).

الى التحالف: في النسبة منع فان التحالف انما هو فيما اتفقا على التعيين واختلفا في المعيّن، واما مورد الصحيح ١/١٥ عقد النكاح وهو ما لا تكون المعقودة معينة عند الزوج والشهود بل عند الاب او مطلق الولي فقط، وفيه افتى الشيخ والمحقق والعلامة

هو مقتضى قاعدة الدعاوي وذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الاب وما لو لم يرهن فالنكاح باطل ومستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذّاء وهي وإن كانت صحيحة إلّا انّ إعراض المشهور عنها مضافاً إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها فقول المشهور لا يخلو عن قوّة ومع ذلك الاحوط مراعاة الاحتياط وكيف كان لا يتعدّى عن موردها.

المسألة ٢٠ : لا يصحّ نكاح الحمل وإنكاحه وإن علم ذكوريّته او أنوثيّته وذلك لإنصراف الادلّة كما لا يصحّ البيع أو الشراء منه ولو بتولّي الوليّ وإن قلنا بصحّة الوصية له عهديّة بل او تمليكية ايضاً.

والقاضي بل ادعى صاحب المسالك ان عليه اكثر الاصحاب بمضمون الرواية من التفصيل بين رؤية الزوج اياهنّ وعدمها والمتاخرون حملوا الصحيح على مورد توكيل الزوج الوليّ في الانتخاب وان المراد من رؤية الزوج التساوي عنده وعدم الفرق أو اعتمد على عرفان الاب مذاقه فوكّله في ذلك واذا اختلفا فالمرجع قول الاب لانه اعرف بنيّته وكيف كان فلا قول ظاهراً بالتحالف في المسالة.

اعراض المشهور: الاعراض غير متحقق، لكن يحتمل قوياً تخريج المتاخرين اياها من التوكيل بل هو الاوجه (فان ظاهر قوله عليه السلام: «ان كان الزوج رآهن كلّهن ولم يسمّ له واحدة منهنّ... الخ» ارجاع الامر الى الاب هذا مع ان اثبات امر على خلاف القاعدة برواية واحدة ولو صحيحة مشكل لا نريد انه خلاف القواعد الفقهية بل خلاف بناء العقلاء وقد عرفت قوام النكاح بالتعيين).

المسألة ٢٠ : لانصراف: بل لا اطلاق لها يشمل المقام (لتقوم النكاح عرفاً بالوجود الخارجي المستقل فلا اعتبار لنكاح الحمل بعد ولوج الروح واما قبله فلا ريب في عدم الاعتبار لعدم صدق الانسانية عندئذ).

كما لا يصح البيع: يراد عدم تحقق الولاية حينئذ لكن يصح من الوصي فان الولاية انما هي مع استقلال الوجود.

عهدية: مع انضمام البالغ (واما منفرداً فلا اشكال في عدم الصحة قبل البلوغ فضلاً عن الحمل فمع الانضمام لا اشكال ولا يحتاج الى القبول بخلاف التمليكية فتحتاج الى القبول على المشهور، فيقبله الولي او هو بعد البلوغ والاصح اعتبار قبوله مع امضاء الوليّ. ثم عند بطلان الوصية العهدية يجب صرف المبلغ الموصى به ان كان مالياً الى اقرب الامور بخلاف التمليكية لبطلان التمليك

المسألة ٢١ : لا يشترط في النكاح علم كلّ من الزوج والزوجة باوصاف الآخر ممّا يختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر او قلّته فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل باوصافها فلا تجري قاعدة الغرر هنا.

ولم يوص به فيبقى على ملك الميت فيقسم بين الورثة وسيأتي تفسير العهدية والتمليكية في الوصيّة).

المسألة ٢١ : قاعدة الغرر: لكن الاولى بل الاحوط تكليفاً الدقة فيها كما اكّد في الروايات (فان عدم جريان قاعدة الغرر ليس لعدم شمول المفهوم نظراً الى اختصاصه بالمعاوضات كما قاله الخوئي (قدس سرّه) فان الخطر الحاصل من الجهالة في النكاح اكثر بمراتب من الحاصل منها في البيع ولو فرض عدم عموم في دليل الغرر يشمل النكاح لكن الملاك عام ولعله لذلك استشكل بعضهم كالنجفي تبعاً لبعض من سبقه في الجهالة الكثيرة واحتاط بعضهم لزوماً في ما أوجب اختلاف الرغبات الكثيرة، إلاّ ان المانع موجود في الشمول وهو السيرة القطعية على عدم البطلان بالجهالة اذا عيّن الشخص، ولعل وجه الحكم في ذلك انه لو فرض شمول الغرر لزم البطلان ويتعقبه الهرج والمرج في النكاحات والمعيشات لاختلاف الرغبات ولا معلومية بعض هذه الامور يعلم بالعمل الجنسي وهو يوجب ابتذال المرئة فلا طريق لعلمها ولان المستفاد من خبر ابان ٢/ ٢٠ المتعة ان التزويج في صورة عدم ذكر المدة يكون تزويج مقام اي ثبوت دائمي.

وقلمّا يمكن فهم جميعها قبل النكاح سيما المربوطة بالاعمال الجنسية ولعلها العمدة في نظر كثير من الناس لكن السيرة انما هي على الوضع لكن الاولى والاحوط تكليفاً الرعاية فيما امكن مهما امكن لرعاية مصالح البيئة في المجتمع الاسلامي. ولذلك اكّد عليها في الروايات، فراجع ابواب ٥ و٦ و٧ و٨ و٩ و١٣ و١٤ و١٥ و١٦ و١٧ و١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢ و٣٣ من مقدمات النكاح. وان كان وجوب المراعاة بعيداً عن سياق هذه الروايات مع انه اذا لم يكن الغرر جارياً فالامر مربوط بالشخص نفسه لعدم اشكال في العقد حينئذ فهذه التوكيدات ايصاءات ارشادية لكن حيث انه من الممكن ايجاب مراعاتها تكليفاً لرعاية حال المجتمع فالاحوط رعايتها ما امكن وان كان عدم الوجوب اقوى).

(١١ ـ فصل في مسائل متفرقة)

الأولى: لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد فلو شرطه بطل وفي بطلان العقد به قولان المشهور على انه باطل وعن ابن إدريس أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور ولا يخلو قوله عن قوّة إذ لا فرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه مع انّ المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة الّتي لا يقولون بكونها مفسدة كما ترى وامّا اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه ولكن لابدّ من تعيين مدّته وإذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل هذا في العقد الدائم الّذي لا يلزم فيه ذكر المهر وامّا في المتعة حيث إنّها لا تصحّ بلا مهر فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل.

فصل ١١ ـ في مسائل متفرقة

الاولى فلو شرطه بطل: (لفوات ركن العقد شرعاً وهو التابيد او ذكر الاجل، ولكون اللزوم في النكاح حكماً لاحقاً بدليل عدم التقايل فيه، ولان جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ لبّاً بما قبل الفسخ وهو اجل غير محدود فلا يقع انقطاعاً كما ليس دواماً. ولاستفادة الدوام والثبوت ان لم يذكر المدّة من ٢/ ٢٠ المتعة وللاجماع على ما قيل).

انه باطل: وهو الاظهر (وفاقاً للخوئي والبهبهاني(قدس سرهما) وغير واحد اذ الزوجية حينئذ ليست دائمة لبّاً في الانشاء ولا موقتة ولتقيد الرضا، والفرق بين النكاح وسائر العقود عدم تقيد الرضا فيها بالشرط بل الالتزام بترتيب الآثار فيها مقيّد).

كما ترى: (فان خلاف المقتضى خلاف المفهوم كالبيع بلا ثمن أو خلاف المقتضى العرفي كالزواج بلا استمتاع مطلقاً، وقيل: بلا دخول ايضاً (قاله الخوئي(قدس سره) في غير المقام) لكن ذلك ليس تمام مقتضى العقد.

فلا مانع منه: (ولا وجه لاشكال بعض اهل العصر تبعاً للگلپايكاني(قدس سره) حيث قال: فيه كلام، نظراً الى كونه جزء العقد لا امراً مستقلاً، فان الجزئية مع عدم الركنية لا توجب اشكالاً ولا يبقى بلا مهر اصلاً لثبوت مهر المثل).

تعيين مدته: ولو بذكر الابد ان لم يوجب سلب اعتبار العقلاء.

مشكل: بل ممنوع (وقول بعض المعاصرين بان الاشكال فيما كان الخيار في اصل

الثانية: إذا ادّعى رجل زوجيّة امراة فصدّقته او ادّعت امراة زوجيّة رجل فصدّقها حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع ويرتّب جميع آثار الزوجية بينهما لان الحقّ لايعدوهما ولقاعدة الاقرار وإذا مات احدهما ورثه الآخر ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديّين معروفين او غريبين واما إذا ادّعى احدهما الزوجيّة وانكر الآخر فيجري عليهما قواعد الدعوى فان كان للمدّعي بيّنة وإلاّ فيحلف المنكر او يردّ اليمين فيحلف المدّعي ويحكم له بالزوجيّة وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر لكن يجب على كلّ منهما العمل على الواقع بينه وبين الله وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيّة بينهما لكن المدّعي ماخوذ باقراره المستفاد من دعواه فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة ولا أمّ المنكرة ولا بنتها مع الدخول بها ولا بنت أخيها او اختها إلاّ برضاها ويجب عليه إيصال المهر إليها نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار وإن كانت هي المدّعية لا يجوز لها التزويج بغيره إلاّ إذا طلّقها ولو بان يقول هي طالق إن كانت زوجتي ولا يجوز لها السفر من دون إذنه وكذا كلّ ما يتوقّف على إذنه ولو رجع المنكر إلى الاقرار هل يسمع منه

المهر لا في الكميّة والكيفية مردود بأن الخيار في الدائم ايضاً كذلك وإلاّ فاصل المهر ثابت ولو مهر المثل).

الثانية: ... الحق لا يعدوهما: هذا هو الدليل كما عليه السيرة العقلائية وأما الاقرار فلا فانه فيما على المقر وليست الزوجية مما عليه إلاّ بعض آثارها.

فيحلف المنكر: ان كان انكاره على البتّ وإلاّ فلا يسمع الحلف مع اظهاره الشك، وحينئذ فالمرجع هو البيّنة فقط (كما يظهر من عبارة القواعد وغيره).

آثاره في الظاهر: ما امكنه بخلاف المحرمات فيجب على المنكر العالم بعدم الزوجية المحكوم بها، طلاق المرئة في الظاهر لئلاّ يضطر الى الوطئ المحرم ولو لم يمكن فليقتصر على مقدار الاضطرار.

ايصال المهر: اي على طبق اعتقاده لو كان معتقداً واقعاً لا بحسب الاقرار لا قرار المنكر بعدم الاستحقاق. فيحرم عليه الاخذ.

لنشوزها: بناءً على ما يستفاد من دلالة عدم دخالة عنوان النشوز بما هو بل الملاك عدم التمكين فان النفقة بازاء التمكين اي كون المرئة في بيته وتحت سلطانه. (فلا وجه لما ذكر بعض المحشين من عدم تحقق النشوز لكونها معذورة).

من دون اذنه: فيه وفيما بعده اشكال فلا يجب عليها المراعاة اذا كان الرجل منكراً بتاً (لانصراف الادلة أو لكون انكاره العمدي بمنزلة الاسقاط، نعم في مورد

ويحكم بالزوجيّة بينهما فيه قولان والاقوى السماع إذا اظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متّهماً وإن كان ذلك بعد الحلف وكذا المدّعي إذا رجع عن دعواه وكذّب نفسه نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البيّنة منه على دعواه إلّا إذا كذّبت البيّنة ايضاً نفسها. الثالثة: إذا تزوّج امراة تدّعي خلوّها عن الزوج فادّعى زوجيّتها رجل آخر لم تسمع دعواه إلّا بالبيّنة نعم له مع عدمها على كلّ منهما اليمين فان وجّه الدعوى على الامراة فانكرت وحلفت سقط دعواه عليها وإن نكلت او ردّت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج وتبقى على زوجيّة الزوج مع عدمها سواء كان عالماً بكذب المدّعي اولا وإن اخبر ثقة

الاشتباه عليه يجب عليها مراعاة حقه الواقعي كما في نظائره).

ولم يكن متهماً: وقامت قرائن على كون الانكار الاول صورياً ولم يكن بداعي الواقع وإلّا فالانكار الاول اوجب عدم استحقاقه على الآخر. (ولابد ان يكون مراد الحكم (قدّس سرّه) من كون الاقرار الذي بصدد بيمان الواقع مؤثراً لا ما كان صورياً ومواطاة، هذا الذي ذكرنا اي مع قيام القرنية على كون انكاره السابق صورياً وإلّا فصرف الادعاء غير كان في ذلك).

بعد الحلف: بناءً على عدم كون الحلف حسماً للنزاع كلاً كما هو الحق فانه كالاقرار والانكار يمكن وقوعه مواطاة كما يمكن على الواقع.

وكذا المدعي: هو كالمنكر فيما مرّ ولو بعد اقامة البينة (ولا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) بأنه برجوعه عن الدعوى ينتفي موضوع الحكم والدعوى لما مرّ من حكم الاقرار السابق. واما البينة فهي دليل على الادعاء فاذا لم يكن ادعاء لم تفد البيّنة بما هي هي ولا يراد اثبات الواقع بعنوان الشهود العدل بل ذلك في مقام القضاء وهو في مقام الترافع).

الثالثة: ... نعم: فيه منع بل الفاصل للنزاع هو البيّنة فقط (لعدم انكار للزوج لعدم علمه بالواقع وانّما الزوجية ثابتة له باصالة الصحة وباخبار المرئة المقبول بحسب الادلة، واما الزوجة فيمينها لا تفيد لحلّ الزوجيّة لكون المرئة متعلقة لحق الغير فلا حلف لها كما لا اقرار لها فالحق هو العمل بالقواعد المقتضية لثبوت الحق بالبينة وبالمكاتبة ٢٣/٣ اولياء العقد وخبر عبدالعزيز ٢٣/١ الدالين على ثبوت الزوجية الثانية ما لم يقم الاول البينة).

اخبر ثقة: (واحتاط بعضهم لزوماً عندئذ عملاً بموثق سماعة ٢٣/٢ لكن لا يمكن

واحد بصدق المدّعي وإن كان الاحوط حينئذ طلاقها فيبقى النزاع بينه وبين الزوج فان حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضاً وإن نكل او ردَّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيّة إذا كان ذلك بعد ان حلف في الدعوى على الزوجية بعد الردّ عليه وإن كان قبل تماميّة الدعوى مع الزوجيّة فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجّه الدعوى أوّلاً عليه والحاصل انّ هذه دعوى على كلّ من الزوج والزوجة فمع عدم البيّنة إن حلفا سقط دعواه عليهما وإن نكلا أو ردَّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعاه وإن حلف احدهما دون الآخر فلكلّ حكمه فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه والزوجة لم تحلف بل ردّت اليمين على المدّعي او نكلت وردّ الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلّط عليها لكان حقّ الزوج إلاّ انه لو طلّقها او مات عنها ردّت إليه سواء قلنا إنّ اليمين المردودة بمنزلة الاقرار او بمنزلة البيّنة او قسم ثالث نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمّى على الزوج إشكال خصوصاً إن قلنا إنه بمنزلة الاقرار او البينة هذا كلّه إذا كانت منكرة لدعوى المدّعي واما إذا صدّقته واقرّت بزوجيّته فلا يسمع بالنسبة إلى حقّ الزوج ولكنها ماخوذة بإقرارها فلا تستحقّ النفقة على الزوج ولا المهر المسمّى بل ولا مهر المثل إذا دخل بها لانها بغيّة بمقتضى إقرارها إلاّ ان تظهر عذراً في ذلك وتردّ على المدّعي بعد موت الزوج او طلاقه إلى غير ذلك.

الرابعة: إذا ادّعى رجل زوجيّة امراة وانكرت فهل يجوز لها ان تتزوّج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاوّل وكذا يجوز للذلك الغير تزويجها أو لا إلاّ بعد فراغها من المدّعي وجهان من انها قبل ثبوت دعوى المدّعي خليّة ومسلّطة على نفسها ومن تعلّق حقّ المدّعي بها وكونها في معرض ثبوت زوجيّتها للمدّعي مع انّ ذلك تفويت حقّ المدّعي إذا ردّت الحلف عليه وحلف فانه ليس حجّة على غيرها وهو الزوج ويحتمل

العمل به لعدم امكان فصل الدعوى بصرف الادعاء وان كان المدعى ثقة على ما في الرواية فلا يمكن اثبات الزوجية ولو كان المراد في خصوص الوطئ مع ثبوت الزوجية فعلاً فيستلزم ترك الواجب اي الوطئ مرة في الاربعة اشهر. فلابد ان يحمل الرواية على الاستحباب اي استحباب الطلاق).

لو طلقها او مات: فيه منع فانه فرع سماع الدعوى فعلاً ولا يمكن التفريع بعد عدم قبول الاصل. نعم بمقدار الاقرار يؤخذ كل احد به.

اشكال: لا اشكال ظاهراً في الثبوت (لما مرّ من عدم توجه الحلف اليها اصلاً حتى يتفرع على رده شيء).

فلا تستحق النفقة: لكن الزوج يعلم اجمالاً اما وجوب النفقة والمهر، أو حرمة الوطئ، وحيث ان الوطئ حلال بمقتضى صحة العقد فالمهر وكذا النفقة ثابت.

التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ وبين غير هذه الصورة والأظهر الوجه الأوّل وحينئذ فان اقام المدّعي بيّنة وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها وإن لم يكن له بيّنة وحلفت بقيت على زوجيّتها وإن ردّت اليمين على المدّعي وحلف ففيه وجهان من كشف كونها زوجة للمدّعي فيبطل العقد عليها ومن انّ اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحقّ الغير وهو الزوج وهذا هو الأوجه فيثمر فيما إذا طلّقها الزوج او مات عنها فإنها حينئذ ترد على المدّعي والمسالة سيّالة تجري في دعوى الاملاك وغيرها ايضاً والله العالم. الخامسة: إذا ادّعى رجل زوجية امرءة فانكرت وادّعت زوجية امرءة أخرى لا يصحّ شرعاً زوجيّتها لذلك الرجل مع الإمراة الاولى كما إذا كانت أخت الاولى او امّها او بنتها فهناك دعويان إحداها من الرجل على الامرءة والثانية من الامرءة الأخرى على ذلك الرجل وحينئذ فإمّا ان لا يكون هناك بيّنة لواحد من المدّعيين او يكون لاحدهما دون الآخر او لكليهما فعلى الأوّل يتوجّه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين فان حلفا سقطت الدعويان وكذا إن نكلا وحلف كلّ من المدّعيين

الرابعة: الوجه الاول: (فان حق المدعى امكان الادعاء لا الاثبات بمجرده ولا منع المدعى عليه من التصرف بمجرده مع ان ذلك صرف المصادرة فان كونه مانعاً اول الكلام كما ان الثالث اي التفويت ليس كذلك اذ له الترافع الى الحاكم حتى بعد التزويج غاية الامر انحصار الاثبات بالبينة لو قلنا بذلك).

حلفت: لا يبعد عدم سماع الدعوى حينئذ فان الدعوى وان كانت سابقة على التزويج وبذلك يفترق عن المسالة السابقة لكن الظاهر اطلاق دليل المسالة السابقة في انحصار الاثبات بالبينة ولو ملاكاً وحينئذ فلا تثبت بالرّد ولا تنفسخ الزوجيّة بصرف حلف المدعى. فمن البعيد جداً هدم البينات بصرف الحلف ولا يبعد اطلاق المكاتبة ونحوها مما مرّ في السابقة ولو ملاكاً.

في دعوى الاملاك: بل يفرق عنها (لعدم وجود مثل المكاتبة ٣/ ٢٣ عقد النكاح في غير الزوجية وعدم الملاك المذكور فيها. قال الخوئي (قدس سره) في الشرح: يفرق عنها لكون ما نحن فيه متعلق حق الغير فلا يمكن اثبات المطلوب بالاعتراف لتعلقه بحق الغير بخلاف مثل بيع الدار المختلف فيها. وفيه: ان عين الدار ايضاً متعلق حق الغير حينئذ اي بعد البيع فلا يكفي الانتقال الى القيمة. فالوجه ما ذكرنا مع انه يمكن للمرئة فوراً التزويج فلا يبقى مورد للمكاتبة إلاّ نادراً لعدم امكان السبق حينئذ).

الخامسة: وكذا ان نكلا: (لكن السقوط في الاول مقتضى الحلفين وفي الثاني مقتضى تعارضهما كالمبدلين منهما اي البينين).

اليمين المردودة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدّعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الاول وثبت مدّعي الثاني وعلى الثاني وهو ما إذا كان لاحدهما بيّنة ثبت مدّعى من له البيّنة وهل تسقط دعوى الآخر او يجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه قد يدّعى القطع بالثاني لانّ كلّ دعوى لابدّ فيها من البينة أو الحلف ولكن لا يبعد تقوية الوجه الاول لانّ البينة حجّة شرعية وإذا ثبت بها زوجية إحدى الامرءتين لا يمكن معه زوجية الأخرى لانّ المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرءتين فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالامارة الشرعية عدم زوجيّة الأخرى وعلى الثالث فامّا ان يكون البيتنان مطلقتين أو مورّختين متقارنتين او تاريخ إحداهما اسبق من الأخرى فعلى الاولين تتساقطان ويكون كما لو لم يكن بينة أصلاً وعلى الثالث ترجّح الاسبق إذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامرءتان الامّ والبنت مع تقدّم تاريخ البنت بخلاف الأختين والأمّ والبنت مع تقدّم تاريخ الأمّ لإمكان صحة العقدين بان طلّق الاولى وعقد على الثانية في الأختين وطلّق الأمّ مع عدم الدخول بها وحينئذ ففي ترجيح الثانية او التساقط وجهان هذا ولكن وردت رواية تدلّ على تقديم بينة الرجل إلّا مع سبق بينة الامرءة المدّعية او الدخول بها في الأختين وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين ومنهم من تعدّى إلى الأمّ والبنت ايضاً ولكن العمل بها حتّى في موردها مشكل لمخالفتها للقواعد وإمكان حملها على بعض المحامل الّتي لا تخالف القواعد.

حجة شرعية: (ولا يرد عليه ما قاله غير واحد من المحشين من ان حجية البينة في اللوازم في غير القضاء لا يوجب كونها كذلك في مقام القضاء مع تعدد الدعويين، أو ان حجية البينة بالنسبة الى الدعوى الثانية مبنية على الالتزام بحجية البينة من المنكر ايضاً كما لا يبعد استظهاراً من قولهم عليهم السلام اليمين على من انكر عدم مطالبة البينة منه لا عدم افادتها، لان البحث في المقام ليس في ذلك كما ان البينة ليست بينة المنكر وانما الكلام في انها اذا قامت على عدم مشروعيّة الزوجية الثانية فلا يسمع دعويها).

الى زمان الثانية: اي زمان تشهد البينة الثانية بوقوع العقد الثاني فيه.

وجهان: مع عدم امكان الجمع بين البيّنتين.

مشكل: بل يمكن كون المراد منها ما اذا قامت بعض القرائن على كذب الثانية او اتهامها وحينئذ فالحكم في غير الاختين ايضاً اذا كان الامر كذلك هكذا (ويشهد لذلك كلمة الفاء في قوله فاقامت اي مترتبة على ادعاء الرجل ولاجل ابطال دليله، وقوله عليه السلام: «تريد اختها» فساد النكاح، فراجع ١/٢٢ عقد النكاح. وأما ضعف السند فمنجبر بالعمل كما قاله البروجردي (قدس سره) وفاقاً للحدائق).

السادسة: إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ اشتراها بإذن المولى فان اشتراها للمولى بقي نكاحها على حاله ولا إشكال في جواز وطيها وإن اشتراها لنفسه بطل ونكاحها وحلّت له بالملك على الاقوى من ملكية العبد وهل يفتقر وطيها حينئذ إلى الاذن من المولى أو لا وجهان اقواهما ذلك لانّ الاذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك فيحتاج إلى الاذن الجديد ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه او للمولى فان اشتراها بعين مال المولى كانت له وبتقى الزوجية وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية وكذا إن اشتراها في الذمّة لإنصرافه إلى ذمّة نفسه وفي الحاجة إلى الاذن الجديد وعدمها الوجهان. السابعة: يجوز تزويج امرءة تدّعي انها خليّة من الزوج من غير فحص مع عدم حصول العلم بقولها بل وكذا إذا لم تدّع ذلك ولكن دعت الرجل إلى تزويجها او اجابت إذا دعيت إليه

السادسة: ... **بقي نكاحها**: بشرط امضاء المولى الجديد وكذا الوطئ (للنصوص المعتبرة مثل ٤٧/٢ نكاح العبيد و ٤٧/١ الدالة على ان بيع الامة طلاقها ولا يحتاج مع الاجازة الى عقد جديد لما في ذيل ٤٧/١: إلّا ان يشاء المشتري ان يدعهما. ولان الاشكال كان في اجازة ذي الحق لا من غيره وقد اجاز. واما ٤٨/٢: «... فهي حلال لزوجها وهما على نكاحهما حتى ينزعها المشتري» فلا يبعد ان يراد به ما في سائر الروايات اي الاحتياج الى الامضاء لكن سكوت المشتري دال على الامضاء، وردّه الخوئي بمخالفته سائر الروايات).

بطل نكاحها: (لما مرّ من ان بيعها طلاقها فحلّيتها حينئذ بالملك، وخصوص موثق سماعة١ و٤٦/٢ نكاح العبيد).

اقويهما ذلك: بل الأقوى عدم الافتقار (فان الاذن في الاشتراء لنفسه اذن في الانتفاع على المتعارف إلّا ان يصرح بخلافه. وقال الگلپايگاني(قدس سره): الا وفق بالقواعد انه لا يفتقر بمقتضى الملكية لكن للمولى منعه بمقتضى مالكيته الطولية، وفيه: ان صرف الملكية لا يقتضي ذلك لكونها مندمجة في ملك المولى بل الاذن في الشراء هو المجوز من المولى).

وتبقى الزوجية: بامضاء المولى كما مرّ.

السابعة: مع علم حصول العلم: (قيد لقوله: تدّعي فلا وجه لحاشية الگلپايگاني(قدس سره).

لم تدع ولكن دعت: الاحوط رعاية صدق اخبارها بأنها خلية ولو بالدلالة الالتزامية العرفية. (فان الروايات بين ما عبّر فيها بأنها المصدقة على نفسها بعد قولها:

بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادّعت طلاقها أو موته نعم لو كانت متهّمة في دعواها فالاحوط الفحص عن حالها ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا ادّعت حصول العلم لها بموته من الامارات والقرائن أو بإخبار المخبرين وإن لم يحصل العلم بقولها ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم ولكن الاحوط الترك خصوصاً إذا كانت متّهمة.

الثامنة: إذا ادّعت امرءة أنها خليّة فتزوّجها رجل ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها نعم لو أقامت البينة على ذلك فرّق بينها وبينه وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على

لا، وما يقبل الحمل على ذلك وليس في الادلة ظاهراً ما يدل على الجواز بلا سؤال بصرف الاجابة ولو فرض فيمكن حمله على ما يدل التزاماً عرفياً على كونها خلّية. فيفرق المقامات والمجتمعات في ذلك. وأما صحيح أبي مريم ١/ ٦ المتعة فالمراد بقوله عليه السلام: «فاسئلوا عنهن» هو التفتيش لا السؤال عنها نفسها بل عن غيرها عنها ولذلك يختص بمورد الاتهام. وقال بعض اهل العصر: يستثنى عن عدم لزوم الفحص ما يعلم بمجرد التحقيق البدوي بلا فحص اكيد كالنظر في جنسيتها في زماننا، وفيه: ان اطلاق قوله عليه السلام: «هي المصدقة على نفسها» يرد ذلك).

بل الظاهر ذلك: (كل ذلك لشموله قوله عليه السلام: «هي المصدقة على نفسها» في ٢/ ٢٥ عقد النكاح واوليائه لذلك كله).

فالاحوط الفحص: لا ينبغي تركه (وليس بلازم فان الفساد في زمان أبي عبدالله لعله اكثر من زمان ابي جعفر عليه السلام ومع ذلك صرّح عليه السلام بالجواز بلا فحص. ومراد أبي عبدالله عليه السلام الاتهام النوعي لا الشخصي فيفرق عن ما نحن فيه. وقد ذكر في ٣/ ١٠ المتعة الملاك في ذلك وهو عدم امكان اقامة البينة على العدم).

اذا ادعت حصول العلم: واخبرت على الاحوط (لظهور الادلة في اخبارها لا صرف علمها).

الثامنة: لم تسمع دعويها: ولو قبل الدخول (خلافا للگلپايگاني (قدس سره) حيث احتاط استحباباً في ذلك، فان ما مرّ من الادلة دلت على سماع قولها في عدم الزوجية لا إثباتها. ومرّ ان الملاك عدم امكان البيّنة على العدم).

فرّق بينها: (ولم افهم وجه اشكال البروجردي (قدس سره) في سماع دعويها حينئذ عند انكار الزوج).

وجه الاجمال. التاسعة: إذا وكّلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضيّ ذلك الزمان إلاّ إذا حصل لهما العلم بإيقاعه ولا يكفي الظنّ بذلك وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقة نعم لو أخبر الوكيل بالاجراء كفى إذا كان ثقة بل مطلقاً لانّ قول الوكيل حجّة فيما وكل فيه.

(١٢ ـ فصل في اولياء العقد)

وهم الاب والجدّ من طرف الاب بمعنى أب الاب فصاعداً فلا يندرج فيه أب امّ الاب والوصيّ لاحدهما

التاسعة: وان كان ثقة: على الاحوط، وان كان الاكتفاء اقوى (لما مرّ مراراً من كفاية خبر الثقة في الموضوعات كالاحكام بل هي اولى منها فان الثانية اهم. وأما خبر مسعدة بن صدقة ٤/ ٤ ما يكتسب به فالمراد بقوله ﷺ: «حتى يستبن لك غير ذلك او تقوم به البينة» العلم او مطلق الموضع ومنه خبر الثقة لا البينة الاصطلاحية فيشمل الاقرار واخبار ذي اليد والثقة وذي الولاية ومن لا طريق إلاّ من نفسه كما مرّ من ادعاء كونها خليّة، ولا اقل من الاحتمال فلا يدل على الخلاف).

بل مطلقاً: (للسيرة في الوكيل والاولياء فيما لهم الولاية وقاعدة من ملك الخ ايضاً مستفادة من السيرة، وقيل: انها اجماعية ايضاً. نعم، لا سيرة ولا دليل في ناقص الولاية والتصرف كالصبي. واما موارد الاقرار وكذا موارد كفاية الاذن فهي ثابتة بالاقرار وبالاذن الحاصل من الاخبار ولذلك لا وجه للاشكال في كفاية اخبار الزوج عن الرجوع في اثناء العدة).

فصل ١٢ـ اولياء العقد

اب ام الاب: (للأصل ولمفهوم الحصر المستفاد من ١/ ١٢ اولياء العقد: «... اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما»).

للام: (للأصل والاجماع إلاّ من ابن جنيد، ولا يمكن تأييده بـ ٣/ ٩: «... فليس لها مع ابويها امر»، نظراً الى ذكر الابوين، لان مقتضاه عدم الولاية لاحدهما محضاً وهو خلاف القطع حتى من ابن الجنيد ولتعارضها مع سائر الروايات، وضعف السند بابراهيم بن ميمون).

والوصي لاحدهما: (فان الوصي بمنزلة نائب عن الولي حينئذ ودليل نفوذ الوصيّة عام سيما ذيل كريمة البقرة آية ١٨١، وتعليل ١ و٢/ ٩٢ وصايا: «ان اباه قد اذن

مع فقد الآخر والسيّد بالنسبة إلى مملوكه والحاكم ولا ولاية للامّ ولا الجدّ من قبلها ولو من قبل أمّ الاب ولا الاخ والعمّ والخال واولادهم.

المسالة ١: تثبت ولاية الاب والجدّ على الصغيرين والمجنون المتّصل جنونه بالبلوغ بل والمنفصل على الاقوى ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد ولا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثيّبة واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على الاقوال وهي استقلال الوليّ واستقلالها والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها

له وهو حي» وسياتي).

لا الاخ: (للأصل، واما الروايات ٥٢ ابواب المهور و ٨/٤ عقد النكاح واوليائه، الدالة على ثبوت الولاية للأخ فهي خلاف الاجماع القطعي، فلابد ان تحمل على مورد الوكالة أو الحمل على التقية لعدم ذهاب احد من الشيعة اليه مع التعارض بصحيح ٤/٤ و ٧/١ اولياء العقد الدالان بصراحة على نفي ولاية الاخ. وعلى التعارض يرجع الى مفهوم صحيح ١٢/١ الحاصر للولاية في الابوين).

العم والخال: (للأصل ومفهوم صحيح ١٢/١ اولياء العقد وخصوص ٦/٢ وان ضعّفه بعضهم سنداً بالشنبولة).

المسالة ١ : على الصغيرين: (للاجماع إلّا من ابن ابي عقيل في الجد وللروايات كما ياتي في الجدّ ايضاً وكذا الامر في المجنون المتصل بالبلوغ من الاجماع).

والمنفصل: (وفاقاً للبروجردي والخوئي في الشرح والجواهر وغير واحد وخلافاً للگلپايگاني والخوئي(قدس سرهما) في الحاشية للسيرة، ولعدم ثبوت ولاية الحاكم إلّا في الامور العامة حكومة وحسبة واما الامور الخاصة فيحتاج الى دليل، ولمفهوم صحيح ١٢/١ اي نفي غير الابوين، وللروايات المفسرة للكريمة: ﴿...بيده عقدة النكاح﴾ بالاب والجد والاخ خرج الاخ بالدليل، ولصحيح ٣٥/١ مقدمات الطلاق في نفوذ طلاق ولي من ذهب عقله وكذا٣ و٣٥/٢.

ويمكن الاستدلال باطلاق٧ و٨/ ٩ اولياء العقد، الدالة على ولاية الاب للجارية مطلقاً. والاعتبار ايضاً يساعد ذلك فان تحويل امور الناس اليهم ما امكن اروح لهم واريح ولشؤن الحكومة ايضاً).

واستقلالها: لا يبعد ان يكون هو الاظهر إلّا اذا كان عاراً عليها أو عليه فيحرم من تلك الجهة مع صحة العقد وكذا مع الاقدام من جانب الاب بحيث يوجب عمل

في الأول دون الثاني والعكس والتشريك بمعنى اعتبار إذنهما معاً والمسالة مشكلة فلا يترك مراعاة الاحتياط

البنت هتكه ويكون عقوقاً له. ولكن لا ينبغي ترك الاحتياط، ولو شك في الرشد فكالشك في البلوغ فلا ينفذ إلاّ باذن الولي إلاّ مع سبق الرشد (وفاقاً في الصحة للشيرازي والنجفي وللآقاضياء (قدس سرّه) قال (قدس سرّه): حملاً للناهية المطلقة أو المفصّلة على الكراهة الناشئة من الاستقباحات العرفية ولا اظن حينئذ اشكالاً في المسالة بعد وضوح الجمع المزبور. ولبعض اهل العصر حيث قال: روايات استقلالها اصرح، وموافقة للمشهور ومخالفة لمشهور العامة (المغني لابن قدامة ٧: ٣٣٧) ويمكن الجمع الدلالي بحمل دليل التشريك على الاستحباب والارشاد وحمل دليل استقلال الاب على صورة عدم رشدها كما هو الغالب سيما في ذلك العصر أو يحمل على تبعية رضاهن لرضي الاب كما هو الغالب ومقتضى الاصل عدم الولاية ... وقوّى الگلپايگاني والاصطهباناتي ايضاً ذلك لكنهما احتاطا تبعاً للمتن، وللشاهرودي(قدس سرّه) ومن السابقين للشرائع والقواعد والمنسوب الى المشهور بين القدماء والمتاخرين وادعاء اجماع الانتصار والناصريات.

وقال ابن ادريس (ص ٢٩٥ السرائر) ما خلاصته: الاصحاب مختلفون... والاكثرون المحصلون من اصحابنا يجعلون امرها بيدها... فان لم ترض واظهرت الكراهة بطل العقد وهو قول المفيد والمرتضى واليه اعتمد واذهب اليه لوضوحه عندي وتقوية النظر والاعتبار والمحقق من الاخبار وقوله تعالى ﴿فان طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً...﴾ ويؤيد استقلالها هنا استقلالها في مالها، والعاقل لا يحجر عليه في ماله ونفسه إلاّ ما خرج بالدليل كالمفلّس، ويصح عقود بيوعها ونذرها وايمانها ولا خلاف في عدم الولاية في المؤجّل مع عدم الفرق وزوال الولاية عند الغيبة... فانظر هل ترى معنى عقلائياً للولاية هنا بمعناها الدقيق بعد سقوطها بالغيبة فهل تسقط في الصغيرة؟ وايضاً قد رجع شيخنا الطوسي عن قوله في النهاية في تفسيره التبيان وهو آخر كتبه وبعد استحكام علمه وسيره للمطالب الكثيرة، عند ذكره تفسير الكريمة: ﴿... بيده عقدة النكاح﴾ ... وقال المرتضى في الانتصار في عداد انفراديات الامامية ليس للاب ان يزوج بنته البكر البالغة إلاّ باذنها وفاقاً لابي حنيفة خلافاً للمالك

.....

والشافعي، والمفيد في كتاب احكام النساء حيث قال: اذا كانت كاملة العقل سديدة الرأي اولى بنفسها في العقد عليها من غيرها كما في البيوع و... وكذلك الشيخ في المبسوط...» وكذا صرح السيد المرتضى في الانتصار ص١٢٢.

وقال المحقق القمي في جامع شتاته ص٤١٥: الاشهر والاظهر استقلالها. وتردد النراقي(قدس سره) في مستنده في الشهرة واختار هو التخيير بين الادلة اي يجوز الفتوى باستقلاله او استقلالها وكذلك الخوانساري في جامع مداركه في نهاية بحثه بعد انتخابه راي استاذه الحائري (قدس سره) بما ياتي فاختار التخيير اذا وصل الامر الى التعارض وعدم الترجيح. فهو والحائري(قدس سرهما) ايضاً قائلان باستقلالها.

وقال الحائري(قدس سره) على ما في تقريرات بحثه ما خلاصته: الاخبار متعارضة... فيجمع بأن المراد من قوله ﷺ: «ليس لها مع ابيها امر» انه ليس له مع اقدام ابيها امر ولو فرض صراحة دليل الولاية وتعارضها مع دليل الاستقلال فالجمع بما ذكر ويكون النتيجة استقلال كل منهما مع تقديم اختيار الاب مع تقارنهما بل هو مقتضى الجمع العرفي فان دليل استقلالها يعم بالاطلاق لمورد اقدام الاب ايضاً لكن المتيقن ما لم يقدم الاب ودليل الولاية يعم ايضاً بالاطلاق كل الصورتين لكن المتيقن ما اذا اقدم الاب فيطرح ظاهر كل بنص الآخر.

قال: واما الحمل على الاستحباب ففي غاية البعد عن ظاهر قوله ﷺ: «ليس لها مع ابيها امر». كحمل دليل الاستقلال على ما كانت ثيبة، لصراحة الاخبار في البكر. ولو ابيت عن الجمع فيرجع الى مرجحات باب التعارض ولا ترجيح سندي ولا من جهة الصدور لاختلاف العامة ايضاً واما الترجيح بالكتاب مثل: ﴿اوفوا بالعقود﴾ و... ففيه منع صدق العقد على الزواج. واما الترجيح بموافقة السنة الدالة على ان الصبي اذا بلغ اشدّه يكون مالكاً لامره ففيه ان الترجيح انما هو بالسنة المتواترة القطعية وإلاّ فهو المرجع لا المرجح. واما الترجيح بقاعدة السلطنة ففيه ان المستفاد منها عدم ولاية الاب لا استقلالها فان هذه القاعدة عمومها باعتبار انواع السلطنة لا بحسب اسباب السلطنة فلا تنتج صحة العقد والانشاء.

.....

وفي كلامه (قدس سره) بعض انظار لا يخفى على أخي القارئ اهمّها الجمع بالقدر المتيقن، اذ لا دليل على هذا الجمع اصلاً عرفاً وشرعاً وكان استاذنا المحقق الداماد (قدس سره) ايضاً تابعاً لشيخه الحائري (قدس سره) في ذلك.

واختار العلامة في المختلف استقلالها واستدل بظهور الآيات في الاستقلال وروايات الاستقلال وبارتباط الولاتين المالية والنكاحية بالبلوغ والرشد فيها بلا فرق. وجمع بين الروايات بكراهة التفرد وأولوية الاستيذان... .

والذي اظن بعد التعمق والبحث في الادلة وفي جهات الاعتبار ان:

١ـ الولاية لو كانت ثابتة بحسب الشرع لزم التصريح بكلمة واحدة في الادلة لا بهذا الاختلاف اذ العامة ايضاً مختلفون فمالك والشافعي ايضاً قائلان بالولاية فلا تقية، وأما الشيعة فالولاية موافقة لمذاق العرف المتشرعة فلا تقية منهم وهوى الشباب الاستقلال فلابد من التصريح الاكيد بمنعهم ولا يحصل ذلك مع اختلاف الكلمة.

٢ـ لو كان الثابت استقلالها لا يحسن التصريح الاكيد بذلك حذراً من متقشرة الشيعة ومن افراط هوى الشباب ومن سوء استفادة الشباب في حصول الرشد فيناسب اختلاف الكلمات ولذلك لم يصرّح باستقلالها.

٣ـ لو كانت البالغة الرشيدة ناقصة بحسب نفوذ عقودها وعهودها كانت سائر عقودها ايضاً كذلك، ولو قيل هي في امر نكاحها ناقصة ففيه انه ممنوع فان الآباء قد يكونون انقص فيتجرون ببناتهم ويهدمون بذلك حياتهن بل والبالغة الرشيدة نفسها اكمل من ابيها بحسب رعاية مستقبلها ولو ترددت تشاور كسائر الناس في سائر الامور. ولو قيل: هويهّن تُعميهّن، قيل في مقام تعشقهن وهويهن تكونون كالرجال البالغين فكل من هاتين الطائفتين، يعملون اعمالاً خلاف العقل والشرع لكن الفتيات تراعى موضع بكارتها لرعاية العار الاجتماعي نوعاً وهذا دليل عقلهنّ.

٤ـ لو كانت ناقصة فكيف ينفذ عملها في غيبة وليّها غيبة منقطعة وكذا في مورد العضل.

٥ـ كيف ينفذ عمل البالغة الرشيدة فلا أب ولا جد؟!

.....

٦ـ زواج البنات ذوات الآباء يقع في العادة تحت اشراف الاب سيما اذا كانت تحت نفوذه من الناحية الاقتصادية ايضاً ومن الحرج على الآباء ان يقال رايك غير نافذ مع وجود انفاقاتك فرعاية الآداب تناسب القول بانها اذا لم تكن مالكة لامرها تبيع وتشتري ان تكون تحت ولاية الاب سيما في اهم امورها اي النكاح فيناسب حمل روايات المنع على الآداب.

٧ـ الظاهر ان الاشهر القول باستقلالها وهذا يوجب تأييد فهم الاستقلال من الجمع بين الادلة.

٨ـ في مورد العضل لا اعتبار باذنه ولازمة عدم الاعتبار بتشخيصه الكفائة وإلاّ فيمكن له القول باني لا اعتقد كفائة هذا الرجل لها فيستفاد ان المطلوب صرف الاحترام ما امكن لا الولاية.

٩ـ الاصل عدم الولاية لا استصحاب الولاية الثابتة قبل البلوغ لاختلاف البالغ وغيره موضوعاً بحسب العرف وان كان عند الشك يرون الموضوع واحداً فلا وجه لقول الحائري المؤسس (قدس سره) بوحدة الموضوع عرفاً كما لا وجه لظاهر الخوئي (قدس سره) باختلاف الموضوع كلاً بل في غير الشك ولعله مراده (قدس سره).

١٠ـ ظواهر الآيات مشعرة باستقلال كل مؤمن ومؤمنة بعد بلوغه قيل ويستفاد من الكريمة في العضل آية ٢٣٢ البقره ان الملاك تراضي الزوجين، وفيه انها في المطلّقة المدخول بها، فلا تدل على مطلوبنا.

١١ـ الروايات المجوزة المقدمة على روايات المنع بوجوه الجمع نذكر بعضها، راجع الوسائل والكتب الفقهية لتمامها ونذكر خلاصة وجوه الجمع ونتيجة القول: فمن الروايات وهو العمدة مصحح الفضلاء ١/ ٣ عقد النكاح: «المرئة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز». فان المراد من المولى عليها ليس ولاية النكاح وإلاّ فهو دائر أو ضروري بشرط المحمول ولغو، بل المراد ولاية سائر الامور فالمراد المجنونة أو غير البالغة وقول الخوئي انها اعم من البكر، فيه: ان حملها على الثيب بعيد جداً بل خلاف طريقة التكلم اذ لا شك لاحد في عدم الولاية على الثيبة مع انه لو كان المراد الثيب لزم الالتفات اليه لا الى السفه وغير البلوغ

فلا اظن مكاناً للشك في المراد العرفي من هذا الدليل. نعم يمكن ان يقال: لعل المراد من المولى عليها الولاية العرفية اي انها لا تبيع ولا تشتري بل تكون تحت اشراف الاب اقتصادياً. فيناسب رواية زرارة ٩/٦ عقد النكاح: «اذا كانت المرئة مالكة امرها ...» الخ. وحينئذ فهل المراد التقييد أو الاشعار بحكمة استقلالها اي اذا كانت هي مستقلة في امورها المالية فكيف لا تستقل في نكاحها؟!.

ولعل المراد تفسير الرشد ولعله الأظهر. أو تفسير للرشد المعلوم اذ الرشد الواقعي لا يكفي في الحكم بالجواز ما لم يظهر بالقرائن، ولا طريق معمولاً الى الرشد في البكر الواقعة بين ابويها بخلاف المالكة امرها تبيع وتشتري فالاقرب ان امرها بيدها اذا كانت رشيدة لكن لا طريق الى رشدها معمولاً اذا كانت بين ابويها، واما التعارض في خصوص البكر بعنوانه فيحمل على الاستحباب لاعراض المشهور عن المانعة بعد التوجه الى ما ذكرنا من الشواهد.

ومنها رواية سعدان: «لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن ابيها» ٩/٤ عقد النكاح، وقد استدل بها القوم في كلماتهم فراجع فالسند منجبر وردّه الخوئي بالارسال لرواية الشيخ بطريق آخر واستظهر اتحادهما وفيه منع ذلك لإمكان كونها روايتين، وأيضا عباس بن معروف من اصحاب الاجماع فلا يعبأ بارسال بعده عند من يعتقد ذلك. ولا يبعد ذلك لعدم ردّ صريح من الاصحاب لكلام الشيخ في العدة وكلام الكشي، كما ان العاقل اللبيب لا يشك في ان مراد العدّة من: «... وغيره من الثقات» ما ذكره الكشي، لعدم ذكر لغير هؤلاء في كتب الفقه والرجال.

ورده ايضاً بمخالفتها للروايات الكثيرة الدالة على رضا الاب في الجملة استقلالاً أو اشتراكاً. وفيه انها متعارضة. وسعدان بن مسلم لعله ثقة على ما يظهر من القرائن فراجع منتهى المقال لابي علي واستند الخوئي الى كونه من رجال كامل الزيارة.

وفيه ما مرّ كراراً من ان توثيقات ابن قولويه مربوطة بالمشايخ بلا واسطة وإلاّ فهو لم ير الرواة فوقهم، والعجب من الخوئي (قدس سره) كيف تسلّم توثيقات ابن قولويه في الرواة فوق المشايخ ولم يقبل ذلك من الصدوق (قدس سره) حيث ان جزميّاته عين توثيقات الرواة.

.....

وروايات استقلالها في المتعة كما في٩ و٨/ ١١ المتعة وبازائهما روايات المنع لكن الشهرة ظاهراً على الاستقلال بل قال ابن ادريس الاجماع عليه.

وكيف كان فالجمع بين الادلة اما بالاشتراك في الاذن وهو لا يناسب قوله ﷺ: «لا امر لها مع ابيها»، وقوله: «وان كانت كارهة» واما باستقلال الاب وهو لا يناسب قوله ﷺ: «فان لها حظا» واما باستقلالها وهو لا يناسب قوله ﷺ: «لا امر لها مع ابيها» وفي خصوص المتعة: «لا تتزوج متعة إلّا باذن ابيها» فلابد ان يحمل الحمل بعضها على بعض والاظهر في النظر كون قوله ﷺ: «بين ابويها»، «ولم يكن مالكة لامرها»، اشارة الى عدم الرشد، وحمل قوله ﷺ: «ليس لها مع ابيها امر» ونظائر ذلك على صورة اقدام الاب رعاية لمصلحتها الكاشفة عن المصلحة الواقعية لا الجبر لقوله ﷺ في ٦/ ٣: «هو انظر لها». وهو المراد من قوله ﷺ في ٣/ ٤: «يستامرها كل احد ما عدا الاب» سيما مع التوجه الى معتبر منصور ١٠/ ٣: «تستامر البكر وغيرها ولا تنكح إلّا بامرها» فاذا لم تكن راضية باقدام الاب لا تنكح طبق الحديث. ولا اقول في مقام الجمع ما قاله آقا ضياء (قدس سره) من ان الناهية مربوطة بالاستقباحات العرفية فقط. لكن اقول: اصرار الروايات على ان لها حظاً وتستامر ولا تنكح إلّا بامرها ينتج عدم دخالة نظر الاب إلّا احتراماً او لكشف المصلحة فيصير كسائر موارد اطاعة الوالدين فلا يجوز مخالفتهما أو عقوقهما أو يجب اطاعتهما وهذا كلها تكليفية لا وضعية.

نعم للأب ان ينقض النكاح لصحيح ١ و٥/ ٤. وظاهر النقض وقوع الابرام قبله وليس خلاف الاجماع اذا حمل على بعد العقد اذا اطلع الاب قبل الدخول، لكن الاظهر حمل تلك الجملة على التكليف ايضاً اي يجب على الولد رفع اليد عن النكاح اطاعة من باب التكليف لشمول الحديث للابن والثيب ايضاً.

كما ان جهة التكليف تختلف بحسب المجتمعات المختلفة من جهة عدّ ذلك عاراً وعدمه سيما في الحفظ على البكارة، ولعل ذلك في مثل مجتمعنا حرام حتماً وان صح العقد وضعاً وبحسب حرج المرئة وعدمه في الصبر مجردة. بقي امر وهو انه قد يقال ذلك ينجر الى سوء استفادة الافراد وايجاد الروابط الغريزية مع الفتيات والجواب

بالاستيذان منهما ولو تزوجت من دون إذن الاب او زوّجها الاب من دون إذنها وجب إما إجازة الآخر او الفراق بالطلاق نعم إذا عضلها الوليّ اي منعها من التزويج بالكفو مع ميلها سقط اعتبار إذنه واما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون عضلاً بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفاً ممّن في تزويجه غضاضة وعار عليهم وإن كان كفواً شرعياً وكذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود

انه اذا كان جائزاً فما المانع؟ وليس سوء مع ان سوء استفادة الآباء من بناتهم المجردة التابعة لاذنهم اكثر بمراتب وكم له من شاهد وشواهد في المجتمع. ثم المراد بالرشد في المقام مقابل السّفه ولا يفرق عن سائر الموارد كالآية: ﴿... آنستم رشدا﴾ وما يقال ان الفتاة في مقام الغريزة لا يبقى لها عقل فيه عدم الفرق مع الفتى فانه اذا قام... ذهب العقل.

وكيف كان فاذا بلغ عقلها بحيث يميّز مصالحها فهي املك بنفسها وتختلف الافراد في ذلك سناً. ثم ان في المقام روايات أخر يمكن ان يستفاد نظرنا منها ايضاً اعرضنا عنها خوف الاطناب).

من دون اذنها وجب اما: لو اريد الاحتياط.

سقط اعتبار اذنه: (لكون ولاية الاب ثابتة لها لا عليها كما يستفاد من قوله ﷺ: «هو انظر لها» ٣/٦ وأما الكريمة: ﴿فلا تعضلوهن﴾ آية٢٣٢ البقرة فمربوطة بالمطلقات المدخول بهنّ... ، وللتعليل الوارد في بعض الروايات: «لا تبقى معطلة ولا تترك بلا زوج» لكنه لا يدل إلاّ على سلب ولايته اذا منعها من كل الاكفاء لا من مورد خاص. وللتعليل في ٧٨/٢ ما يكتسب به في مال الولد: ﴿ان الله لا يحب الفساد﴾ وايضاً دليل نفي الحرج فانه يقيد ادلة رعاية رضى الاب على فرض اطلاقه و ١١/٢ عقد النكاح: «مالم يكن مضاراً» لكنه في الجد ولا فرق على القطع).

بغير الكفو شرعاً: (وهو ما ورد النهي عن التزويج بهم كشارب الخمر ومتجاهر الفسق وأما الكافر فالتزويج باطل من الاصل، فلا يرد اشكال بعض اهل العصر بعدم الصحة حينئذ وأما غير الكفو عرفاً من لا يعدّه العرف مناسبا لها بحسب المكانة).

بغير الكفر عرفاً: اذا لم يكن حرجاً عليها وإلاّ فولايته ممنوعة (لشمول ما مرّ من الادلة للمقام).

بكفو معين: فيه اشكال اذا لم يكن جهة موجهة لمنعه بل اعتبار ولايته حينئذ ممنوع. (لشمول دليل الحرج ونفي الفساد ومفهوم تعليل: «هو انظر لها» مما مرّ خلافاً للمحشين).

كفو آخر وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غايباً لا يمكن الاستيذان منه مع حاجتها إلى التزويج.

المسالة ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطي من وثبة ونحوها فحكمها حكم البكر وامّا إذا ذهبت بالزنا او الشبهة ففيه إشكال ولا يبعد الالحاق بدعوى انّ المتبادر من البكر من لم تتزوّج وعليه فاذا تزوّجت ومات عنها او طلّقها قبل ان يدخل بها لا يلحقها حكم البكر ومراعاة الاحتياط اولى.

المسالة ٣: لا يشترط في ولاية الجدّ حياة الاب ولا موته والقول بتوقّف ولايته على بقاء الاب كما اختاره جماعة ضعيف واضعف منه القول بتوقّفها على موته كما اختاره بعض العامّة.

غائباً: او بحكمه كما اذا لم يمكن للبنت اظهار الامر للاب للخوف منه (شمول ما مر من الادلة له بلا فرق وان لم يذكره المحشون. لكن جواز ذلك فيما احرز الرشد للبنت كما هو واضح).

المسالة ٢: حكم البكر: (لصحيح ٨/٩ اولياء العقد: «... إلّا ان تكون امرئة قد دخل بها»، فالملاك هو الدخول بل يمكن ان يكون مفهوم البكر ايضاً ذلك في العرف ولا يبعد استفادة ذلك من جمع كريمة آية ٣٦ الواقعة: ﴿فجعلناهنّ ابكاراً﴾ وآية ٥٦ الرحمن: ﴿لم يطمثهن انس...الخ﴾).

ففيه اشكال: اظهره الحاقها بالثيب (فان الملاك على ما مرّ نفس الدخول وذكر التزوج في ٣/٩ و ٤ و ١٢/٣ عقد النكاح محمول على الغالب من وقوع الدخول بعده مع ان بعض تلك الروايات ضعيفة السند والمعتبر صحيح الحلبي المذكور فيها (نكحت) والظاهر انه تاكيد الموضوع اي بيان الثيب لا ذكر القيد ويمكن كونه بمعنى الدخول لا التزويج. ويمكن استفادة ان المهم هو البكارة بمعنى حفظ حجابها الداخلي في الفرج فانها التي ذهابها عار فاذا ذهبت فلا فرق حتى في الوثبة، لكن الاحوط لولا الاظهر اعتبار الدخول وفاقاً لغير واحد).

المسالة ٣: لا يشترط: (للاطلاقات بل المصرّحة بولاية الجد مع حضور الاب بل وتقديمها على الاب مثل ١١/١ عقد النكاح صحيح ابن مسلم. وكذا معتبر عبيد بن زرارة ١١/٧ وكذا ١١/٨. المصرحة بانها واباها للجد وللاستصحاب على فرض عدم الدليل فيما كان حالة سابقة بخلاف ما كانت حملاً عند حياة الاب. وردّه الخوئي بما يردّ دائماً من منع جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية. واما التمسك بصحيح الفضيل ١١/٤: «وكان ابوها حياً» على اعتبار ولاية الجد حين بقاء الاب فقط،

المسالة ٤: لا خيار للصغيرة إذا زوّجها الاب او الجدّ بعد بلوغها ورشدها بل هو لازم عليها وكذا الصغير على الاقوى والقول بخياره في الفسخ والامضاء ضعيف وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.

المسالة ٥: يشترط في صحّة تزويج الاب والجدّ ونفوذه عدم المفسدة وإلاّ يكون العقد فضولياً كالاجنبيّ ويحتمل عدم الصحة بالاجازة ايضاً بل الاحوط مراعاة المصلحة بل يشكل الصحة إذا كان هناك

ففيه: ان مرام الحديث تقديم ولاية الجد على الاب فراجع. كما ان اعتقاد بعض العامة بلا وجه بعد صراحة الادلة بالولاية حين وجود الاب).

المسالة ٤: **لا خيار**: وينبغي الاحتياط فيما كان بين الصغير والصغيرة فأرادا أو احدهما الفسخ فيحتاط بالطلاق (الحديث ٦/٨ عقد النكاح صحيح ابن بزيع: «... يجوز عليها تزويج ابيها» وكذا صحيح ١١/١ ميراث الازواج: «... يجوز عليها تزويج الاب...». لو كان المراد من الوليين في صدر الحديث الشرعيان لكنه ممنوع بشهادة ذيل الحديث الدال على عدم الخيار اذا زوجهما الاب.

لكن الاعراض محقق في الصغيرة بل لعل الاجماع على خلافه والشهرة ايضاً على خلافه في الصغير فلا يلزم الاحتياط خلافاً للخوئي (قدس سره) فاحتاط، واما الاشكال بانه كيف ينفذ عمل الغير على الشخص، ففيه انه مرهون برعاية المصلحة فاذا كان الزواج مصلحة فلا طريق اليه إلاّ بعمل الولي ولو لم يكن لازماً لزم هدم اساس البيئة كسائر الموارد. مثل المجنون وما لم يكن رشد لها. ولا وجه لحاشية بعض اهل العصر «بانه لا مصلحة في مثل زماننا» فان المصالح لا تنحصر بزمان خاص، نعم لابد من رعاية المصلحة الدائمة لا الآنية. ومبنى امثال هذه الانظار دخالة الزمان بنفسه في الاحكام وهو فاسد جداً).

المسالة ٥: **ويحتمل**: لكنه غير وجيه (لعدم دليل على لزوم كون المجيز اهلاً للاجازة حين العقد بل كونه كذلك بعداً كاف).

بل الأحوط: بل لا يخلو عن قوة (لظهور صحيح ١١/٤ عقد النكاح: «... كان الجدّ مرضياً»، في ذلك وكذا ٣/٦: «هو انظر لها». ويمكن الاستدلال بآية: ﴿لا تقربوا... إلاّ بالتي هي أحسن﴾ بتنقيح المناط فيشمل النفس كالمال بل بالاولوية، نعم هي في الجد واما الاب فلا يكون الطفل حينئذ يتيماً، إلاّ ان يقال: اليتيم هو الصغير كما لا يبعد خلافاً للخوئي (قدس سره) حيث قبل عدم كونه يتيماً وببالي ان الاستاذ

خاطبان احدهما اصلح من الآخر بحسب الشرف او من اجل كثرة المهر او قلّته بالنسبة إلى الصغير فاختار الاب غير الاصلح لتشهّي نفسه.

المسالة ٦: لوزوّجها الوليّ بدون مهر المثل او زوّج الصغير بازيد منه فان كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صحّ العقد والمهر ولزم وإلاّ ففي صحة العقد وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل او بطلان العقد ايضاً قولان اقواهما الثاني والمراد من البطلان عدم النفوذ بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ ويحتمل البطلان ولو مع الاجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في الحال.

المسالة ٧: لا يصحّ نكاح السفيه المبذّر إلاّ بإذن الوليّ وعليه ان يعين المهر والمرءة ولو تزوّج بدون

ايضاً كان سابقاً يقول في مجلس درسه بانه من لا اب له، ويمكن منع ذلك بحسب استعمال العرب فتأمل سيما في كريمة: ﴿وابتلوا اليتامى...﴾الخ.

وقال الخوئي(قدس سره) لو فرض دلالة الآية فاطلاقات ادلة الباب كاف لعدم ورود اعتبار المصلحة فيها، وفيه ما ذكرنا مع انّ الآية كافية في التقييد حينئذ. نعم في بعض الادلة اعتبار نفي المفسدة فقط مثل صحيح ٢/ ١١: «... مالم يكن مضاراً». وصحيح ابي حمزة حاكياً آية القرآن الكريم: ﴿ان الله لا يحب الفساد﴾ لكنها مقيدة بما ذكرنا).

بل يشكل الصحة: بل عدمها اقوى (للآية كما مرّ ولصدق الخيانة حينئذ وفاقاً للآقا ضياء (قدس سره). وأدلة الولاية منصرفة عنها).

المسالة ٦: اقويهما الثامن: لكنه في الصغير اذا كان المهر عليه لا على الوليّ لعدم الضرر حينئذ (والبطلان في غيره لتقيد الانشاء فمع صحة العقد لا تطابق بين الايجاب والقبول. فلا وجه لقول الشيخ الاعظم من صحة العقد وبطلان المهر فقط نظراً الى انحلال العقد اليهما والضرر في المهر فقط، لفرق المقام عن مثل البيع).

ويحتمل: لكنه ضعيف كما مرّ.

المسالة ٧: السفيه المبذر: ولو لم يحجر عليه ولم يكن سفهه متصلاً بالبلوغ (لظهور صحيح الفضلاء ١/ ٣: «غير السفيهة» ولا اختصاص له بالمتصل سفهها بالبلوغ هذا في المرئة، وأما الرجل فبتنقيح المناط ولاستفادة الملاك من ٥/ ٢ الحجر ان قلنا بظهوره في المتصل وإلاّ فهو بظاهره: «اذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز امره إلاّ ان يكون سفيهاً او ضعيفاً». ثم ان قيد المبذّر بيان لكون سفهه مالياً وفي النكاح ايضاً مال

إذنه وقف على إجازته فان رأى المصلحة وأجاز صحّ ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة لانه ليس كالمجنون والصبيّ مسلوب العبارة ولذا يصحّ وكالته عن الغير في إجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد إذن الوليّ.

المسالة ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى امر التزويج وخصوصياته من تعيين الزوجة وكيفية الإمهار ونحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة إلى اذن الوليّ وإن لم أر من تعرّض له.

المسالة ٩: كلٌّ من الاب والجدّ مستقلٌّ في الولاية فلا يلزم الاشتراك ولا الاستيذان من الآخر فأيّهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محلٌّ للآخر ولو زوّج كلٌّ منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدّم ولغي الآخر وإن علم التقارن قدّم عقد الجدّ وكذا إن جهل التاريخان وامّا إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر فان كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدّم ايضاً وإن كان المعلوم تاريخ عقد الاب

ولو في الذمة لعدم الفرق بين المعين وما في الذمة في صدق السفه فيشمله ما مرّ من الدليل وبما ذكرنا ظهر الاشكال في التفصيل في حاشية الاستاذ (قدّس سرّه).

والمرئة: اذا كان سفهاً في تعيين المرئة ايضاً (فانه حينئذ مقتضى الولاية، واستشكل النجفي (قدّس سرّه) في تعيين المرئة ويأتي في المسالة الآتية عدم الفرق بين السفه المالي وسائر شؤون النكاح).

مسلوب العبارة: مرّ عدم كون الصبي كذلك اذا كان مميزاً.

المسالة ٩: مستقل: (لظهور الادلة في ولاية كل منهما بلا اشتراط بالآخر).

جهل التاريخان: (بناءً على جريان الاصل في مجهول التاريخ بل مطلقاً اذ التاريخ هنا معلوم على الاجمال فانه مثلاً بين الشهر الماضي الى هنا بل نقول السبق أو اللحوق بعنوانه ليس دخيلاً في المسالة ولذا يصح عقد الجد مع عدم وقوع عقد من الاب اصلاً مع عدم تحقق عنوان اللحوق لعقد الجد هنا بل المراد صحة عقد الجدّ اذا لم يتحقق عقد الاب في عمود الزمان قبله لا بعنوان القبلية وهذا الامر الوجودي قابل للاستصحاب وان لم يجر الاستصحاب بعنوان القبلية لعدم تيقن عدم وقوعه قبل الجد بعنوان القبلية خلافاً للاستاذ والبروجردي والگلپايگاني (قدّس سرّهم) والظاهر عدم صحة نظرهم مع اعتقاد صحة عقد الجدّ مع التقارن اذ لو فرض ان مراد الحديث (اذا لم يكن زوّجها الاب قبلاً) اهلية المورد للزواج فلا تأهل حينئذ لورود العقدين معاً أو يقال بصحتهما معاً، فلا يمكن حمل الحديث على بيان الثبوت فقط بل امر اثباتي

احتمل تقدّمه لكن الاظهر تقديم عقد الجدّ لانّ المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجدّ ما لم يكن الاب زوّجها قبله فشرط تقديم عقد الاب كونه سابقاً وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجدّ اولى فتحصّل انّ اللازم تقديم عقد الجدّ في جميع الصور إلاّ في صورة معلوميّة سبق عقد الاب ولو تشاحّ الاب والجدّ فاختار كلٌّ منهما واحداً قدّم اختيار الجدّ ولو بادر الاب فعقد فهل يكون باطلا أو يصحّ وجهان بل قولان من كونه سابقا فيجب تقديمه ومن انّ لازم أولوية اختيار الجدّ عدم صحة خلافه والاحوط مراعاة الاحتياط ولو تشاحّ الجدّ الاسفل والاعلى هل يجري عليهما حكم الاب والجدّ اولا وجهان أوجههما الثاني لانهما ليسا أباً وجداً بل كلاهما جدٌّ فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجدّ على الاب.

المسالة ١٠ : لا يجوز للوليّ تزويج المولّى عليه بمن به عيب سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ أولا لانه خلاف المصلحة نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز وحينئذٍ لا خيار له ولا للمولّى عليه

ايضاً اخذ بعنوان الواقع ولذا يحكم بصحة عقد الجد مع التقارن).

احتمل تقدمه: (لكنه ضعيف لما مرّ المستفاد من خبر عبيد ٢/ ١١ عقد النكاح تقدم عقد الجد اذا لم يتحقق زواج من الاب قبلاً).

قدّم اختيار الجد: (لصحيح ١/ ١١ وكذا ٧/ ١١ عقد النكاح).

قولان: اقويهما الثاني (لاستفادة ثبوت الولاية للجد حينئذ لا الاب مما مرّ من الصحيحين).

وجهان: أوجههما الاول اذا فرض رعاية المصلحة، وقد مرّ منّا ان اصل ولاية الاب والجد انما هو في الصغيرة او السفيهة أو التي لم يثبت رشدها وإلاّ فلا ولاية عليها من احد (لاقتضاء التعليل الوارد في رواية عبيد ٥/ ١١ و ٨/ ١١ بقوله ﷺ: «انت ومالك لابيك» واستشكل الخوئي (قدس سره) بأن المستفاد منهما تقديم هوى الجد الاعلى لا عقده بل المستفاد من الاول صرف ولاية الجد وان له ان يفعل كل ما يفعله الاب مع ضعف سنده بسهل بن زياد، وفيه: ان المستفاد من الحديثين سيما بلحاظ التعليل عدم ثبوت الولاية للاسفل مع وجود الاعلى. وقد مرّ لزوم رعاية المصلحة في المقام ايضاً لابد ان يكون اختيار الجد مع رعاية المصلحة كما مرّ عدم الولاية من احد على البالغة الرشيدة. وأما سهل فامره سهل كما مرّ).

المسالة ١٠: خلاف المصلحة: (بل فيه مفسدة وفي كلامه هنا اشعار بلزوم المصلحة وهو خلاف ما تقدم منه حيث احتاط ثم اللازم رعاية المصلحة فانها مقتضى

إن لم يكن من العيوب المجوّزة للفسخ وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولّى عليه بعد بلوغه أو إفاقته وعدمه لانّ المفروض إقدام الوليّ مع علمه به وجهان أوجههما الاول لإطلاق ادلّة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله وعلم الوليّ ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّى عليه وغاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد فتبقى ادلّة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للوليّ ايضاً من باب استيفاء ما للمولّى عليه من الحقّ وهل له إسقاطه أم لا مشكل إلاّ ان يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك وأما إذا كان الوليّ جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلاّ بعد العقد فان كان من العيوب المجوّزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له وللمولّى عليه إن لم يفسخ وللمولّى عليه فقط إذا لم يعلم به الوليّ إلى أن بلغ او افاق وإن كان من العيوب الأخر فلا خيار للوليّ وفي ثبوته للمولّى عليه وعدمه وجهان أوجههما ذلك لانه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج بل يمكن أن يقال إنّ العقد فضوليّ حينئذٍ لا انه صحيح وله الخيار.

المسألة ١١ : مملوك المملوك كالمملوك في كون امر تزويجه بيد المولى.

المسألة ١٢ : للوصيّ ان يزوّج المجنون المحتاج إلى الزواج بل الصغير ايضاً لكن بشرط نصّ الموصي

قوله ﷺ: «هو انظر لها»، لا المصلحة الواقعية ولا يمكن اشتراط واقعها في المعاوضات وإلاّ لوقع الهرج).

قصوره بمنزلة جهله: لكن دليل الولاية مقدم، وحينئذ فالملاك رعاية علم الولي اذا كان مع مراعاة المصلحة.

مشكل: بل ممنوع مع عدم المصلحة كما هو مفروض المتن.

ثبوت الخيار له: (اي نيابة).

يمكن ان يقال: الملاك رعاية المصلحة كما مرّ لا المصلحة الواقعية فان راعاها فلا خيار وإلاّ فالعقد فضولي.

المسألة ١٢ : للوصيّ: (لعموم دليل الوصاية مثل ذيل كريمة آية ١٨٢ البقره: ﴿فمن خاف من موص﴾ فصدر الكريمة في الوصية المالية لكن الذيل عام فتأمل فانه يحتمل كون الذيل في بيان نقض الوصية لا تعميمها وبذلك يظهر النظر في توضيح الخوئي (قدس سره). فتأمل. ولتعليل صحيح ١/٩٢ الوصايا وكذا ٢/٩٢: «ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي» فيستفاد ولاية الولي على الوصاية. وقد ذكر بعض روايات تفسير كريمة: ﴿بيده عقدة النكاح﴾. الوصي ايضاً نعم ولاية الوصي تابعة لولاية الاب والجد سعة وضيقاً وحيث اعتقدنا عمومها للجنون المنفصل عن البلوغ ايضاً فالوصي كذلك).

بشرط نص الموصى عليه: بل ومع عدم النص على الزواج ايضاً اذا كانت الوصاية

عليه سواء عين الزوجة أو الزوج أو اطلق ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الاب أو من قبل الجدّ لكن بشرط عدم وجود الآخر وإلاّ فالامر إليه.

المسألة ١٣ : للحاكم الشرعيّ تزويج من لا وليّ له من الاب والجدّ والوصيّ بشرط الحاجة إليه أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة.

المسألة ١٤ : يستحبّ للمرءة المالكة امرها أن تستاذن اباها او جدّها وإن لم يكونا فتوكّل اخاها وإن تعدّد اختارت الاكبر.

المسألة ١٥ : ورد في الاخبار أنّ إذن البكر سكوتها عند العرض عليها وافتى به العلماء لكنّها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك.

مربوطة بجميع شؤون الطفل لكن لا يترك الاحتياط حينئذ بالترك اذا لم تكن مصلحة ملزمة وضرورة وان كان كفاية المصلحة وجيهاً. (لما مرّ في المجنون واما ٨/١ عقد النكاح الدالة على كون الاختيار بيد الجارية فهو محمول على مالم تكن الوصاية في الزواج. واما ١٢/١ عقد النكاح: «اذا كان ابواهما ...» الخ. فلا يدل على اخراج الوصي فانه بمنزلتهما، واما مع عدم النص على خصوص الزواج ومع اطلاق الوصاية فلكون الوصي حينئذ ايضاً بمنزلتهما فيشمله ما مرّ من الادلة، نعم الزواج حينئذ مرهون بالمصلحة ليكن اذا لم يصرح الولي فالاحوط الاقتصار على مورد قضاء الضرورة للطفل لعدم تيقن كون الوصي حينئذ بمنزلة الولي وان كان لا يبعد ذلك واما الحاكم فلا دليل على ولايته في ذلك إلاّ فيما لم يكن ولي في البين كما مرّ فيما سبق خلافاً للماتن (قدس سره) وللمشهور على ما قيل. لكن ولاية الحاكم في الامور الخاصة يحتاج الى دليل مع كونها خلاف متعارف العقلاء فيما كان وليّ او وصي في البين).

المسألة ١٣ : أو قضاء المصلحة: ولو لغير الحاجة، والاحوط الاقتصار على الضرورة. (كاحتياج امها الى من يعينها في الامور ولا يصلح المعين لتزوج الام بجهة كما يقع كثيراً. والدليل ان الحاكم يتصدى لامور الناس الكلية، أو الخاصة التي تعطلت لعدم الولاية الخاصة).

المسألة ١٤ : يستحب: ظاهره الاستحباب في الثيب لاعتقاده (قدس سره) الوجوب في البكر مع عدم دليل على الثيب اصلاً. نعم، على ما قلنا يستحب في البكر ذلك حملاً لروايات استيذان الولي على الاستحباب لما مرّ من استقلالها.

المسألة ١٥ : ظهر رضاها: ولو بالدلالة العامة وسكوت البكر كذلك إلاّ فيما كان

المسالة ١٦ : يشترط في ولاية الاولياء المذكورين البلوغ والعقل والحرية والاسلام إذا كان المولّى عليه مسلماً فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد أو امة بل الولاية حينئذٍ لوليّهما وكذا مع فساد عقلهما بجنون او إغماء أو نحوه وكذا لا ولاية للأب والجدّ مع جنونهما ونحوه وإن جنّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر وكذا لا ولاية للمملوك ولو مبعّضاً على ولده حرّاً كان أو عبداً بل الولاية في الاول للحاكم وفي الثاني لمولاه وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم فتكون للجدّ إذا كان مسلماً وللحاكم إذا كان كافراً ايضاً والاقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر ولا يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو إحرام المولّى عليه سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل نعم لا باس بالتوكيل حال الاحرام ليوقع العقد بعد الاحلال.

قرينة على خلاف ذلك (كما يظهر من ادلة الباب فان سكوتها بمنزلة اللفظ واللفظ دال إلاّ فيما كان قرينة على الخلاف، نعم لا ينبغي ترك الاحتياط).

المسالة ١٦ : مع فساد عقلهما: اي فساد عقل الكبيرين.

اغماء: طويل يوجب انتظار العافية تلف مورد الولاية أو الضرر (وإلاّ فلا دليل على انتقال الولاية حينئذ الى الغير. اذ ليس صرف نفي الشعور الفعلي دليل الانتقال وإلاّ لجرى الكلام في النائم ايضاً).

مع جنونهما: لكن لو قلنا بعدم استقلال البكر يجب عليها انتظار العافية ان كانت متوقعة غير بعيدة.

للحاكم: ان اقتضت الضرورة كما مرّ.

وفي الثاني لمولاه: والأحوط الاستيذان من الوالد ايضاً رعاية لملكه.

للأب الكافر: (لانصراف الادلة لعدم الحرمة له ولقاعدة الالزام فيما يعتقد عدم الولاية بحسب مذهبه، قال الخوئي (قدس سره): لا يعتقدون الولاية لكن الظاهر اختلاف الفرق، وأما آية نفي السبيل وحديث علوّ الاسلام ١١/١ موانع الارث. فلعلهما في نفي الحجة على الاسلام كما قاله الشيخ الاعظم (قدس سره) ولذلك يصح استيجار الكافر للمسلم ويتسلط عليه لاخذ العمل).

للحاكم: فيما اقتضت الضرورة.

على ولده الكافر: فيه منع ولو كان له جد مسلم فالولاية له (لما ذكر من انصراف الدليل وقاعدة الالزام. وأما ثبوت الولاية للجد المسلم فلإطلاق الادلة).

أو بالتوكيل: ولو كان التوكيل حال احلال الولي لكن وقع العقد من الوكيل حين

المسألة ١٧ : يجب على الوكيل في التزويج ان لا يتعدّى عمّا عيّنه الموكّل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات وإلاّ كان فضولياً موقوفاً على الاجازة ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكّل من سائر الجهات ومع التعدّي يصير فضولياً ولو وكلت المرءة رجلاً في تزويجها لا يجوز له ان يزوّجها من نفسه للانصراف عنه نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه ايضاً بالعموم او الاطلاق جاز ومع التصريح فاولى بالجواز ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق والجواز مع العموم بل قد يقال بعدمه حتّى مع التصريح بتزويجها من نفسه لرواية عمّار المحمولة على الكراهة او غيرها من المحامل.

المسألة ١٨ : الاقوى صحّة النكاح الواقع فضولاً مع الاجازة سواء كان فضولياً من احد الطرفين او كليهما كان المعقود له صغيراً أو كبيراً حرّاً او عبداً والمراد بالفضوليّ العقد الصادر من غير الوليّ والوكيل سواء كان قريباً كالاخ والعمّ والخال وغيرهم او اجنبياً وكذا الصادر من العبد او الامة لنفسه بغير إذن الوليّ ومنه العقد الصادر من الوليّ او الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله او من الموكّل كما إذا اوقع الوليّ العقد على خلاف المصلحة او تعدّى الوكيل عمّا عيّنه الموكّل ولا يعتبر في الاجازة الفورية

احرام الولي (لعدم امكان العمل مباشرة من الولي حينئذ فلا يصح توكيله حينئذ ايضاً).

المسألة ١٧ : المحمولة على الكراهة: والاحسن حملها على استحباب الاشهاد في النكاح او تعدد الموجب والقابل. (فراجع ٤/ ١٠ عقد النكاح).

المسألة ١٨ : فضولاً: (فيما عدّ عند العقلاء انشاءً معتبراً وهو فيما كان توقع الاجازة وإلاّ فلا يعتبر انشاء عند العقلاء ويكون كالهزل كعقد اجنبي في احد ارجاء العالم بنت ملك من الملوك لابن الآخر. ولعل مراد ابن حمزة (قدس سره) من حصر الفضولي في تسعة موارد ذلك فانها متوقعة الاجازة نوعاً. والدليل على عدم الانحصار بناء العقلاء وعموم القاعدة ولاصل صحة الفضولي وعمومها ١/ ١١ ميراث الازواج، والمراد بالوليين في صدر الحديث العرفيان لا الشرعيان ولذلك جعل الخيار لهما وصرح بعدم الخيار اذا زوّجهما الاب).

من غير الولي: (والتعبير الاحسن: من غير من له السلطنة على العقد).

الفورية: (لعدم دخالتها في استناد العقد فلا يلزم التعجيل، ولبناء العقلاء سيما في المعاملات التي يتوسطها الدلال. وصحيح محمد بن قيس في وليدة باعها ابن سيدها ١/ ٨٨ نكاح العبيد والنكاح. ولا فرق في عدم لزوم الفورية بين الموارد حتى فيما كان احد الطرفين اصيلاً كما لو زوجت المرئة نفسها من رجل فضولة لعدم تحقق

سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به وإرادة التروّي او عدمها ايضاً نعم لا تصحّ الاجازة بعد الردّ كما لا يجوز الردّ بعد الاجازة فمعها يلزم العقد.

المسالة ١٩ : لا يشترط في الاجازة لفظ خاصٌ بل تقع بكلّ ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد بل تقع بالفعل الدالّ عليه.

المسالة ٢٠ : يشترط في المجيز علمه بأنّ له ان لا يلتزم بذلك العقد فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به لم يكف في الاجازة نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فاجاز فان كان على وجه التقييد لم يكف وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً.

العقد حتى يلزم الوفاء بالنسبة الى الاصيل ولا يجوز له النقض فيتضرر بالصبر والتعطل، وايضاً تضرر المرئة مثلاً حينئذ ليس مربوطاً بالرجل كما ليس مربوطاً بالشرع. كما ان الخيار في الغبن ليس لدليل الضرر لان الضرر معلول اصل المعاملة لا لزومها. فلا وجه لما عن الشيخ الاعظم من الاستدلال بحديث الضرر والضرار).

الاجازة بعد الرّد: فيه منع فلا اشكال فيها إلّا فيما رجع الطرف المقابل فلا التزام حينئذ ولا عقد حتى يجاز (كما يظهر من صحيح محمد بن قيس الماضي الدال على صحة الاجازة بعد الرّد وقد مر انه مقتضى بناء العقلاء سيما فيما له الدّلال. خلافاً للنائيني (قدس سره) والمصنف هنا خلافاً لقوله في الوصية في المسالة الرابعة حيث قال: مشكل ان لم يكن اجماع. وفيه عدم تعرض القدماء للمسالة وعدم امكان اثبات عدم كون الاجماع مدركياً على فرضه كما ان الردّ لا يمنع من استناد العقد الى المجيز اذا اجاز كما ان الامر في القبول ايضاً كذلك مالم يرفع الموجب التزامه، وكذا سائر الوجوه فلا نذكرها فلا يعبأ بها. نعم عكس المسالة واضح لان العقد صار تماماً بالاجازة فلا يمكن الرد لمنافاته لوجوب الوفاء).

المسالة ١٩ : بالفعل: (اذ المراد حصول كاشف الرضا واما القول بلزوم اللفظ نظراً الى كون الاجازة بمنزلة العقد الجديد او ان الاستقرار يقتضي اعتبار اللفظ فيما يقتضي اللزوم ففيه ان الاجازة لا نسلم كونها بمنزلة العقد الجديد والمعاطاة مقتضية للزوم ولا تكون لفظاً. هذا مع ان روايات سكوت البكر اقرارها وروايات سكوت المولى اقراره دليل المسالة فراجع ٢٦ نكاح العبيد وروايات اذن الباكرة بسكوتها ٥ عقد النكاح).

المسالة ٢٠ : لم يكف في الاجازة: اي اذا كان صرف التسليم لاعتقاد ذلك واما

المسالة ٢١ : الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه.

المسالة ٢٢ : الرضى الباطنيُّ التقديريُّ لا يكفي في الخروج عن الفضوليّة فلو لم يكنْ ملتفتاً حال العقد الى انه كان بحيث لو كان حاضراً وملتفتاً كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الاجازة بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به إلاّ انه لم يصدر منه قول ولا فعل يدلُّ على رضاه فالظاهر انه من الفضوليّ فله ان لا يجيز.

المسالة ٢٣ : إذا كان كارهاً حال العقد إلاّانه لم يصدر منه ردٌّ له فالظاهر صحته بالاجازة نعم لو استوذن فنهى ولم يأذن ومع ذلك اوقع الفضوليُّ العقد يشكل صحته بالاجازة لانه بمنزلة الردِّ بعده ويحتمل صحته بدعوى الفرق بينه وبين الردِّ بعد العقد فليس بأدون من عقد المكره الذي نقول بصحّته إذا

اذا رضى وأظهر رضاه كفى (فان التسليم الصرف مع الكراهة يفرق عن اظهار الرضا الكاشف عنه واقعاً ولو كان مقترناً بالعلم باللزوم بل كان مسبباً عنه ولكن غير مقيد به).

المسالة ٢١ : كاشفة: مرّ نكاح العبيد والاماء مفصّلاً. واحتاط الاستاذ في المسالة والظاهر انه لا وجه له.

المسالة ٢٢ : لا يكفي: (لعدم الاستناد حينئذ).

فضولي: (للزوم اظهار الرضا في الاستناد لا صرف الرضا خلافاً للشيخ(قدس سره) نظراً الى تعابير الفقهاء في السكوت بانه اعم من الرضا والروايات الدالة على ان سكوت البكر رضاها فيعلم كون الملاك هو الرضا. وفيه: ان مراد الفقهاء الرضا المظهر وإلاّ فلا وجه له وروايات البكر تصرح بان سكوتها اقرارها لا رضاها. وقد استند (قدس سره) ايضاً الى تعبير روايات صحة عقد العبد اذ الحقه اذن المولى معللاً بانه لم يعص اللّه وانما عصى سيده نظراً الى عدم كونه معصية اذا كان مع الرضا، وفيه: ان المراد ليس العصيان التكليفي اي ارتكاب المحرم بل المراد صدور العقد بلا اذن من المولى، وان شئت قلت: المراد العصيان المظهر ومقابله الاطاعة المظهرة ولا تكون إلاّ باظهار الرضا من المولى مع ان التعبير في آية ٢٥ النساء يصرح بالاذن: ﴿فانكحوهن باذن اهلهن﴾ فيعلم اعتبار الرضا المظهر).

المسالة ٢٣ : فالظاهر صحته: حتى اذا صدر منه ردّ ايضاً على ما مرّ.

ويحتمل صحته: بل الاقوى ذلك (لما مرّ من عدم منع الرد عن الاستناد بالاجازة بعده. فلا وجه لحاشية الاستاذ(قدس سره)).

لحقه الرضا وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال.

المسألة ٢٤: لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة ولا الالتفات إلى ذلك فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً وأوقع العقد فتبين خلافه يكون من الفضوليّ ويصحّ بالاجازة.

المسألة ٢٥: لو قال في مقام إجراء الصيغة زوّجت موكّلتي فلانة مثلاً مع انه لم يكن وكيلاً عنها فهل يصحّ ويقبل الاجازة أم لا الظاهر الصحّة نعم لو لم يذكر لفظ فلانة ونحوه كان يقول زوّجت موكّلتي وكان من قصده امراة معيّنة مع عدم كونه وكيلاً عنها يشكل صحته بالاجازة.

المسألة ٢٦: لو أوقع الفضوليّ العقد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد دون المهر أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس او من حيث القلّة والكثرة فيه إشكال بل الاظهر عدم الصحة في الصورة الثانية وهي ما إذا عيّن المهر على وجه آخر كما انه لا تصحّ الاجازة مع شرط لم يذكر في العقد أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط.

المسألة ٢٧: إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبيّن كونه وكيلاً فالظاهر صحّته ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً بل وكذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال فيه وامّا لو

اشكال: لكنه ضعيف (فان العقد تام من غير جهة الرضا فاذ الحقه الرضا تمّ، واما آية التجارة عن تراض فلا يرده اذ التجارة هو المسبب الباقي اعتباراً فاذا لحقها الرضا كانت عن تراض، فلا يقال: يلزم صدور التجارة عن التراضي. كما ان حديث الرفع لا يدفع صحة المورد فانه امتناني لا يشمل المقام نظير بيع المضطر).

المسألة ٢٤: من الفضولي: (كما هو الغالب في الاولياء العرفيين مع عدم شرعية في ولايتهم. وقد مرّ صحيح ١/ ١١ ميراث الازواج في عدم العبرة بالوليّ غير الشرعي).

المسألة ٢٥: يشكل: لا اشكال فيه اذا كانت المرئة معيّنة.

المسألة ٢: في الصورة الثانية: وكذا الاولى (لعدم تطابق الايجاب والقبول في جميع صور المسألة وقد مرّ الفرق بين النكاح والبيع لامكان تعدد المطلوب في البيع مثلاً).

المسألة ٢٧: على اشكال: الظاهر انه فضولي حينئذ (اذ الوكالة عقد ولم يحصل لعدم تحقق القبول بخلاف الصورة الاولى لتحقق الوكالة فيها على الفرض فهو قبلها ولكنه نسى فلا يرد اشكال بعضهم نظراً الى انصراف ادلة الوكالة وكذا الولاية على رأيه الى صورة العلم، فانه علم لكنه نسى. مع ان الانصراف ممنوع. والاشكال كما مرّ انما هو في عدم تحقق الوكالة لا من جهة الانصراف الى العلم).

أوقعه بعنوان الفضولية فتبيّن كونه ولياً ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولّى عليه إشكال.

المسألة ٢٨ : إذا كان عالماً بانه وكيل أو وليٌّ ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية فهل يصحّ ويلزم أو يتوقّف على الاجازة أو لا يصحّ وجوه أقواها عدم الصحة لانه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليّه جائزاً فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الامر بيده في الابقاء والعدم وبعبارة أخرى أوقع العقد متزلزلاً.

المسألة ٢٩ : إذا زوّج الصغيرين وليّهما فقد مرّ أنّ العقد لازم عليهما ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه وعلى هذا فاذا مات احدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر واما إذا زوّجهما الفضوليان فيتوقّف على إجازتهما بعد البلوغ أو إجازة وليّهما قبله فان بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ويترتب عليها احكامها من حين العقد لما مرّ من كون الاجازة كاشفة وإن ردّا أوردّ أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الاجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور وإن بلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية فان بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الارث فان حلف يدفع إليه وإن لم يجز أو اجاز ولم يحلف لم يدفع بل يردّ إلى الورثة وكذا لو مات بعد الاجازة وقبل الحلف هذا إذا كان متّهماً بانّ إجازته للرغبة في الارث وأما إذا لم يكن متّهماً بذلك كما إذا أجاز قبل ان يعلم موته أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف.

المسألة ٣٠ : يترتّب على تقدير الاجازة والحلف جميع الآثار المرتّبة على الزوجية من المهر وحرمة الامّ والبنت

اشكال: لا اشكال في الصحة واللزوم اذا راعى وظيفة الولاية.

المسألة ٢٨ : اقويها عدم الصحة: ان رجع الى تقييد الانشاء بقيد غير واقعي أو الى التعليق المبطل على ما مرّ.

المسألة ٢٩ : عدم الحاجة الى الحلف: (لظهور حديث ١/ ١١ ميراث الازواج في ان الحلف المذكور في الحديث كان لصرف دفع التهمة، ثم ان اصل المسالة لا اشكال فيه بعد ورود الدليل المعمول به عند الاصحاب وليس خلافاً للقاعدة من حيث عدم وجود المجيز الاول عند اجازة المجيز الثاني لبقاء عقده اعتباراً، نعم تنصيف المهر بالموت خلاف ظاهر الادلة المعمول بها عند الاصحاب في حصر ذلك بالطلاق لكن بعد ورود الدليل لا اشكال فيه فلا وجه لتفصيل اشكال بعض اهل العصر تبعاً للجواهر في تنصيف المهر وبعضهم في عدم وجود الطرف الآخر حين الاجازة).

المسألة ٣٠ : والبنت: من سهو القلم (لعدم الدخول فلا ولد لها. وباقي المطالب

وحرمتها ـ إن كانت هي الباقية ـ على الاب والابن ونحو ذلك بل الظاهر ترتّب هذه الآثار بمجرّد الاجازة من غير حاجة إلى الحلف فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متّهماً لا يرث ولكن يرتّب سائر الاحكام.

المسالة ٣١: الاقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين بل الظاهر التعدّي إلى سائر الصور كما إذا كان أحد الطرفين الوليّ والطرف الآخر الفضوليّ او كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير أو كانا بالغين كاملين او احدهما بالغاً والآخر صغيراً او مجنوناً او نحو ذلك ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الاجازة أو لإجازته بعد بلوغه او رشده وبقي الآخر فانه يعزل حصّة الباقي من الميراث إلى أن يردّ او يجيز بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور لإختصاص الموجب له من الاخبار بالصغيرين ولكن الاحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة إلى الارث بل بالنسبة إلى سائر الاحكام ايضاً.

المسالة ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه اصيلاً او مجيزاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقّق إجازة ولا ردّ فهل يثبت على الطرف اللاّزم تحريم المصاهرات فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أمّ المرءة وبنتها وأختها والخامسة وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟ وبعبارة أخرى هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر اولا؟ قولان اقواهما الثاني إلاّ مع فرض العلم بحصول الاجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحقّقها من حين العقد نعم الاحوط الاول لكونه في معرض ذلك بمجيء الاجازة نعم إذا تزوّج الامّ أو البنت مثلاً ثمّ حصلت الاجازة كشفت عن بطلان ذلك.

واضح، واشكال بعضهم في تفكيك الآثار نظراً الى كون الحكم خلاف القاعدة فيه ما مرّ والاستاذ حيث استظهر دخالة الحلف في ترتب جميع الاحكام. لكن الظاهر ما ذكرنا سيما وان غير واحد من تلك الاحكام يكفيه الاقرار فقط لكونها عليه لا له).

المسالة ٣١: في غير الصغيرين: بل الظاهر ثبوت الحلف للميراث وكذا في اخذ المهر بخلاف سائر الاحكام مما تكون عليه لا له فان الملاك هو الاحتياط في المال للوارث ففي كل ما يفيده الحلف احوط بل وأظهر.

المسالة ٣٢: إلاّ مع فرض: في الاستثناء منع (لعدم اثر للعلم لجواز ايجاد المانع عن تحقق العقد لعدم تمامية العقد قبل قبول الطرف الآخر فلا احتياط ايضاً خلافاً للبروجردي حيث احتاط. وصرف المعرضية لا ينفع في المقام وللبهبهاني حيث استقوى الاول لكون الاجازة عنده كاشفة حقيقة، وفيه: انه بعد ورود الكاشف على المتأهل لذلك).

كشف عن بطلان ذلك: بل التزوج بالام او البنت موجب لعدم بقاء تأهل انشاء

المسالة ٣٣ : إذا ردَّ المعقود او المعقودة فضولاً العقد ولم يجزه لا يترتّب عليه شيء من احكام المصاهرة سواء أجاز الطرف الآخر او كان اصيلاً أم لا لعدم حصول الزوجيّة بهذا العقد الغير الجاز وتبيّن كونه كان لم يكن وربما يستشكل في خصوص نكاح أمّ المعقود عليها وهو في غير محلّه بعد ان لم يتحقّق نكاح ومجرّد العقد لا يوجب شيئاً مع انه لا فرق بينه وبين نكاح البنت وكون الحرمة في الاول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق.

المسالة ٣٤ : إذا زوّجت امرءة فضولاً من رجل ولم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر ثمّ علمت بذلك العقد ليس لها ان تجيز لفوات محلّ الاجازة وكذا إذا زوّج رجل فضولاً بامرءة وقبل ان يطلع على ذلك تزوّج أمّها او بنتها او أختها ثمّ علم ودعوى انّ الاجازة حيث إنها كاشفة إذا حصلت تكشّف عن بطلان العقد الثاني كما ترى.

المسالة ٣٥ : إذا زوّجها احد الوكيلين من رجل وزوّجها الوكيل الآخر من آخر فان علم السابق من العقدين فهو الصحيح وإن علم الاقتران بطلا معاً وإن شكّ في السبق والاقتران فكذلك لعدم العلم

الطرف الاصيل للتعقب بالاجازة. (واعتقاد الكشف لا ينفع في المقام فانه بعد ورود الاجازة على مورد يكون متاهلاً لورود الاجازة).

المسالة ٣٣ : مع انه لا فرق: (وفرق الخوئي (قدس سرّه) غير واضح فراجع)

المسالة ٣٤ : كما ترى: (لكون ذلك فرع سلطنة الشخص على الاجازة).

المسالة ٣٥ : فكذلك: بناءً على جريان الاصل في مجهول التاريخ وإلاّ فلو كان احدهما معلوم التاريخ لم يجر الاصل فيه بالنسبة الى عمود الزمان واصالة عدم تحقق المجهول الى زمان المعلوم تنفي صحة مجهول التاريخ فيصح المعلوم بلا معارض (وفاقاً للاكثر، وقال الگلپايگاني: لا تفيد هذا الاصل هنا ولو على ذلك المبنى اذ لا اثر شرعي للاقتران فان اثره الى البطلان حكم عقلي لعدم الترجيح بلا مرجح لا حكم شرعي بخلاف المسبوق بمثله فان بطلانه شرعي. لكن الظاهر عدم صحة حاشيته(مدظله) اذ لا نريد اثبات الاقتران ولا اثره بل بالاصل ينفي صحة محتمل السبق اذا كان مجهول التاريخ فيثبت صحة الآخر بلا معارض. فان صحة المعلوم معلول عدم سبق الآخر وعدم التقارن. لا يقال: وحينئذ فاصالة عدم تحقق المجهول الى بعد تحقق المعلوم ذو اثر بالنسبة الى احتمال السبق، وأما بالنسبة الى احتمال التقارن فلا لان اثره عقلي، لانا نقول لا يلزم في الاصل كونه ذا اثر بالنسبة الى جميع محتملاته ومصاديقه).

يتحقّق عقد صحيح والاصل عدم تاثير واحد منهما وإن علم السبق واللّحوق ولم يعلم السابق من اللاحق فان علم تاريخ أحدهما حكم بصحّته دون الآخر وإن جهل التاريخان ففي المسالة وجوه. احدها: التوقيف حتّى يحصل العلم. الثاني: خيار الفسخ للزوجة. الثالث: انّ الحاكم يفسخ. الرابع: القرعة والاوفق بالقواعد هو الوجه الاخير وكذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأُخرى او زوّجه أحدهما بامرءة والآخر ببنتها او أمّها او أختها وكذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجل وزوّجها وكيلها من آخر او تزوّج بامرءة وزوّجه وكيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما ولو ادّعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق وقال الآخر لا ادري من السابق وصدّقت المرءة المدّعي للسبق حكم بالزوجية بينهما لتصادقهما عليها.

(هذا آخر ما برز منه دام ظله من النكاح)

حكم بصحة دون الآخر: بناءً على عدم جريان الاصل في المعلوم تاريخه بالنسبة الى الحديث الآخر الزماني كما لا يجري بالنسبة الى عمود الزمان لمعلومية ذلك (وفاقاً للاكثر، لكن الخوئي(مدظله) يعتقد الجريان فان الملاك على رأيه احتمال السبق بالنسبة الى اي حادث زماناً كان او زمانياً، ولا يبعد ان يقال: ان ظاهر ادلة الاستصحاب لحاظ الشيء المحتمل الى المتيقن الخارجي وهو ما كان خارجيته معلوماً بحسب العرف وهو بحسب معلومية الزمان لا الذهني اي ايّ زمان كان لا نعلمه، وان شئت قلت: في العرف يلاحظ زمان التيقن بالنسبة الى عمود الزمان لا اصل الوقوع المجهول زمانه والاستاذ يصطلح على انه حينئذ انتزاعي والادلة منصرفة عنه تبعاً للبروجردي (قدس سره) والبحث في محله).

وان جهل التاريخان: ولم يحتمل الاقتران لما مرّ من البطلان حينئذ.

هو الوجه الاخير: ولا ينبغي ترك الاحتياط بالطلاق والزواج الجديد (لكن القاعدة ما في المتن من القرعة لعدم ضرر في اصل الزواج حتى ينجبر بالفسخ، والقرعة لكل مشكل).

ببنتها: ان اعتقدنا حرمة جمع البنت والام، واما لو قلنا باختصاص حرمة البنت بصورة الدخول بالام فلا يبطل عقد البنت حينئذ لعدم الدخول وهو الاوجه (رعاية لظاهر الكريمة: ﴿وربائبكم اللاّتي ...﴾ الخ).

لتصادقهما: (بناءً على ما مرّ من كفاية ذلك اي قبول الطرفين لعدم تجاوز الحق عنهما).

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الوصية)

وهي إمّا مصدر وصى يصي بمعنى الوصل حيث إنّ الموصي يصل تصرّفه بعد الموت بتصرّفه حال الحياة وإمّا اسم مصدر بمعنى العهد من وصّى يوصّي توصية او اوصى يوصي إيصاء وهي إمّا تمليكية او عهدية وبعبارة أخرى إمّا تمليك عين او منفعة او تسليط على حقّ او فكّ ملك او عهد متعلّق بالغير او عهد متعلّق بنفسه كالوصيّة بما يتعلّق بتجهيزه وتنقسم انقسام الاحكام الخمسة.

كتاب الوصية

اسم مصدر بمعنى العهد: هذا هو المتعين بحسب استعمالات القرآن وعرف المتشرعة، لكن الاظهر ان تكون وصفاً على فعيل والتاء لرعاية الكلمات او على خلاف القاعدة، وكيف كان فالاحتمال الاول غير صحيح بحسب موارد الاستعمال كما ان مصدر وصى بمعنى الوصل هو الوصي لا الوصية، وان ذكر العلامة والمحقق الثاني وبعض آخر.

تمليكية: ويدخل فيها سائر الاعتباريات وان كان مقابل التمليك كالتدبير وابراء المديون فالمراد من التمليكيّة ما تتعلق بالاعتباريات ولو لم يكن للتمليك بل مقابلاً له كالفك والابراء والمراد من العهدية بالفعل الخارجي. (واما الفكّ فليس داخلاً في العهد ان كان بمعنى التدبير حتى يقول الاستاذ العهد له معنى عام حينئذ فيشمل التمليك ايضاً، نعم بمعنى فك الوصي داخل في العهدية. وكما ان المذكورات في كلام الگلپايگاني (قدس سره) ترجع الى احد القسمين عند الدقة).

بعبارة اخرى: كونه عبارة اخرى عما ذكره غير واضح والامر سهل، والمراد من التسليط على حق، على التصرف في متعلق الحق، فاشكال الخوئي (قدس سره) في التسليط على الحق غير وارد على ما هو المتفاهم عرفاً.

المسألة ١: الوصيّة العهدية لا تحتاج إلى القبول وكذا الوصيّة بالفكّ كالعتق وامّا التمليكية فالمشهور على انه يعتبر فيها القبول جزءاً وعليه تكون من العقود او شرطاً على وجه الكشف او النقل فيكون من الايقاعات ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الردّ مانعاً وعليه تكون من الايقاع الصريح ودعوى انه يستلزم الملك القهريّ وهو باطل في غير مثل الارث مدفوعة بانه لا مانع منه عقلاً ومقتضى عمومات الوصيّة ذلك مع انّ الملك القهريّ موجود في مثل الوقف.

المسألة ١: الى القبول: بالنسبة الى الموصى اليه وان كان له الرّد في حياة الموصي بشرط ابلاغ الرد وبالنسبة الى الموصى له اذا كانت الوصية بمثل العتق والوقف دون الوصية بالاجارة والبيع مثلاً. (وفاقاً للخوئي (قدس سره) ولم افهم وجه تقييد البروجردي والسيد عبدالله الشيرازي (قدس سرهما) بالموصي له، قال الاخير تبعاً للبروجردي (قدس سره): «واما الموصى اليه فيحتاج الى قبوله غالباً او قد في بعض احكامها». فلو كان مرادهم صورة الرد فهو غير اعتبار القبول. فان الروايات في ٢٣ و٣٠ دليلة على عدم جواز الرّد بعد الموت، او قبله بلا ابلاغ فالظاهر ما ذكرنا وسيأتي الكلام في ذلك).

كالعتق: ومثل الابراء كما لا يحتاجان الى القبول حال الحياة.

من العقود: الظاهر ان الوصية ايقاع مطلقاً ويترتب عليها بعض الاحكام كحرمة تبديل الوصية لكن ترتب الاثر متوقف احياناً على شرط آخر كالقبول في التمليكية وهو شرط بنحو الكشف لا جزء وكالايجاب والقبول في العهدية بالاجارة مثلاً (اما كونها ايقاعاً فلإطلاقات الادلة كالآية ١٨٠ـ ١٨٢ البقره وظواهر الروايات في ٢٣ و٣٠ الوصية وليست عقداً للفصل الطويل احياناً بين الايجاب والقبول بل ولا التزام بين الموجب بعد الموت بحسب هذه النشأة وهي مورد النظر في المعاملات فلا يرتبط التزام القابل بالتزام الموجب ولا يكون عقد بلا ارتباط الالتزامين. واما دخالة القبول فلإرتكاز العقلاء والمتشرعة في عدم لزوم التملك بلا قبول إلّا فيما استثنى كالوقف والارث، واما دليل الوصية فلا يدل على ذلك بل على اصل الوصية وحرمة التبديل لا ترتب جميع الآثار، وان شئت قلت كما قال البروجردي (قدس سره): انها تدل على سلطان الشخص على ما كان زمن حياته لا اكثر وجواب بعضهم عنه تمسكاً باطلاقات دليل الوصية فيه ما مرّ من عدم ظهور في ذلك ولا اقول مقالة الگلپايگاني (قدس سره)

المسألة ٢: بناء على اعتبار القبول في الوصيّة يصحّ إيقاعه بعد وفات الموصي بلا إشكال وقبل وفاته على الاقوى ولا وجه لما عن جماعة من عدم صحّته حال الحياة لانها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيّة فلا محلّ له ولانه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفيان حال الحياة إذ تمنع عدم المحلّ له إذ الانشاء المعلّق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقّق المعلّق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً.

«التمليك والتملك عقد بحسب الارتكاز» لعدم دليل على عموم ذلك. واما قول الخوئي (قدس سره) بأن مانعية الرد كاف في عدم التملك بلا قبول في الارتكاز تبعا للماتن (قدس سره) ففيه ان الارتكاز على عدم لزوم التملك بلا قبول لا ردّ التملك والاخراج عن الملك بعد حصوله فهو نظير تجويز ادخال شخص شيئاً في ملك زيد نظراً الى امكان اخراج زيد اياه!

وما قال من كفاية عدم استقرار الملك في ذلك ممنوع بالارتكاز، ثم لو شك فالاصل ايضاً يقتضي اعتبار القبول ولايدفعه الاطلاقات على ما قاله الخوئي والماتن (قدس سرهما)، فالحق مع الاستاذ والبروجردي (قدس سره) في كونها ايقاعاً يترتب عليه حرمة التبديل مثلاً ولكن التملك يتوقف على القبول. ثم القبول كاشف لا ناقل حتى يتغاير المنشأ للموصي مع الممضى شرعاً. والنجفي (قدس سره) وبعض آخر يعتقدون كونها عقداً لعدم دلالة الادلة على ازيد من السلطان حال الحياة وهو كون التمليك عقداً. وفيه ما ذكرنا من امكان التفكيك فان التملك مشروط بالقبول لكن حرمة التبديل مترتبة على اصل الوصية فهي ايقاع من هذه الجهة. وكيف تكون عقداً مع هذا الفصل وتخلل الموت بين الايجاب والقبول. وقال الگلپايگاني (قدس سره): لا دليل على عدم اشتراط القبول وعدم كونها عقداً سوى ما دل على انه اذا مات الموصى له قام وارثه مقامه والمتيقن منه ما اذا قبل الموصى له قبلاً. وفيه اطلاق تلك الادلة اولاً ولا ينحصر بها ثانياً كما مر).

المسألة ٢: على الاقوى: (لإطلاقات ادلة نفوذ الوصية خرج التقيد بالقبول لما ذكر من الارتكاز على دخالة القبول في التملك ونحو ذلك واما التقيد بحسب الزمان فلا دليل، ولو قلنا بكونها عقداً فاطلاق ادلة العقود ايضاً حاكم بذلك، واما التعليق فقد مرّ عدم مانعيته اذا كان المورد متقوماً بذلك واما اشكال ملازمة تأثير القبول ومانعية

المسالة ٣: تتضيّق الواجبات الموسّعة بظهور امارات الموت مثل قضاء الصلوات والصيام والنذور المطلقة والكفّارات ونحوها فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الامكان ومع عدمه يجب الوصيّة بها سواء فاتت لعذر أو لا لعذر لوجوب تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة وإن لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجري فيها يجب التفريغ بها بالايصاء وكذا يجب ردُّ أعيان أموال الناس الّتي كانت عنده كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها ومع عدم الامكان يجب الوصيّة بها وكذا يجب أداء ديون الناس الحالّة ومع عدم الامكان أو مع كونها مؤجّلة يجب الوصية بها إلّا إذا كانت معلومة أو موثّقة بالاسناد المعتبرة وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك فانه يجب عليه أداؤها أو الوصية بها ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتمل وجود متبرّع أو اداؤها من بيت المال.

المسالة ٤: ردُّ الموصى له للوصيّة مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها فعلى هذا إذا كان الردُّ منه بعد الموت وقبل القبول أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصي مع كون الردُّ أيضاً كذلك يكون مبطلاً لها لعدم حصول الملكية بعد وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلاً سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله وسواء كان قبل القبض أو بعده بناء على الاقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها لعدم الدليل على اعتباره وذلك لحصول الملكية حينئذ له فلا تزول بالردّ

الردّ نظراً الى ان الردّ مانع بعد الموت لا قبل الموت لعدم تحقق شيء حتى يرده فالقبول ايضاً اذا كان بعد الموت يؤثر، ففيه: ان معنى عدم مانعية الرد قبل الموت ان الرّد حينئذ لا يرفع الوصية كلاً حتى لا تقبل القبول بعد ذلك وإلّا فالرد قبل الموت يؤثر اذا بلغ الموصي وسياتي البحث عنه في المسالة ٤).

المسالة ٣: بظهور امارات الموت: بل باحتمال الموت عقلائياً وكما ان باحتمال فوت الحقوق ولو بغير الموت يجب تسبيب الاسباب لاداتها. (فان جواز تأخير الحقوق منوط بالوثوق بامكان ادائها واحتمال الفوت عقلائياً يبطل الوثوق).

ردّ اعيان: ان لم تحفظ بدون ذلك.

الحالة: ان كان مطالباً بها وحينئذ فيجب الاداء ولو بلا احتمال الموت.

المسالة ٤: او بعد القبول: فيه منع، نعم في الصورة الاولى الرّد مبطل (فان في الصورة الاولى لم يتحقق القبول الذي هو شرط لتحقق التملك على ما مرّ، واما الثانية فقد تحقق القبول وتم الامر فلا وجه للابطال ولا اجماع فيها).

لحصول الملكية: بل لتمامية جهات الوصية.

ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي حيث إنه يجوز له الرجوع في وصيّته كما سيأتي وظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالردّ عدم صحّة القبول بعده لأنه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصي كما انّ الامر كذلك في سائر العقود حيث إنّ الردّ بعد الايجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تاخير وكما في إجازة الفضوليّ حيث إنها لا تصحّ بعد الردّ لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقياً على إيجابه بل في سائر العقود أيضاً مشكل إن لم يكن إجماع خصوصاً في الفضوليّ حيث إنّ مقتضى بعض الاخبار صحّتها ولو بعد الردّ ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً إذا كان القبول بعد الردّ ممنوعة ثمّ إنهم ذكروا انه لو كان القبول بعد الردّ الواقع حال الحياة صحّ وهو أيضاً مشكل على ما ذكروه من كونه مبطلاً للايجاب إذ لا فرق حينئذٍ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت إلّا إذا قلنا إنّ الردّ والقبول لا اثر لهما حال الحياة وإنّ محلّهما إنّما هو بعد الموت وهو محلّ منع.

المسالة ٥: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل الموصى له احدهما دون الآخر صحّ فيما قبل وبطل فيما ردّ وكذا لو اوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً وردّ بعضه الآخر وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه بدعوى عدم التطابق حينئذٍ بين الايجاب والقبول لانّ مقتضى القاعدة الصحّة في البيع ايضاً إن لم يكن إجماع ودعوى عدم التطابق ممنوعة نعم لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصحّ التبعيض.

لا يخلو عن اشكال: كلامه مشعر بكون محل الكلام حال حياة الموصي، والظاهر حينئذ صحة القبول لكن ذلك لا يفيد بالنسبة الى بعد الموت فان القبول بعد الرد وبعد الموت ليس بصحيح على الاظهر، واما في سائر العقود فحيث كان الموجب باقياً على ايجابه يصحّ القبول ويتم العقد. نعم، لو قلنا بكون الوصية ايقاعاً محضاً تم ذلك (فلو قلنا بكونها عقداً، لا معنى لصحة القبول بعد الرد بعد الموت لعدم التزام للميت حينئذ وكذا لو قلنا بكونها ايقاعاً مشروطاً في تاثيرها بالقبول لعدم بقاء للوصية حينئذ فلا مشروط بخلاف سائر العقود لحياة الموجب فلا يفيد للمقام الاستدلال بصحيح محمد بن قيس ١/٨٨ نكاح العبيد والاماء في تصحيح الاجازة بعد الرّد. وظاهر الاستاذ الصحة في الوصية ايضاً وهو بعيد على الاشتراط).

المسالة ٥: الصحة في البيع ايضاً: اذا كان المقصود تمليك كل مستقلاً بخلاف مصراعي الباب والحذاء وكذلك الوصية اذا لم تكن مشروطة بعدم التبعيض (فلا فرق حينئذ والفرق بحسب الموارد).

المسالة ٦: لا يجوز للورثة التصرّف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له أحد الامرين من القبول أو الردّ وليس لهم إجباره على اختيار احدهما معجّلاً إلاّ إذا كان تاخيره موجباً للضرر عليهم فيجبره الحاكم حينئذٍ على اختيار أحدهما.

المسالة ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول او الردّ فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيّته من غير فرق بين كون موته في حياة الموصي او بعد موته وبين علم الموصي بموته وعدمه وقيل بالبطلان بموته قبل القبول وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم انّ غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته والقول الاوّل وإن كان على خلاف القاعدة مطلقاً بناء على اعتبار القبول في صحّتها لانّ المفروض انّ الايجاب مختصٌّ بالموصى له وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع كما انّ دعوى انتقال حقّ القبول إلى الوارث أيضاً محلّ منع صغرى وكبرى لمنع كونه حقّاً ومنع كون كلّ حقّ منتقلاً إلى الوارث حتّى مثل ما نحن فيه من الحقّ الخاصّ به الذي لا يصدق كونه من تركته وعلى ما قوّينا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الردّ مانعاً ايضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له لعدم ملكيّته في حياة الموصي لكن الاقوى مع ذلك هو إطلاق

المسالة ٦: **فيجبره الحاكم**: لكن التعليل عليل (فالوجه ليس هو الاضرار حتى يقول الخوئي (قدس سره) لا ضرر لعدم كونه ملكاً لهم بل عدم الانتفاع بل الوجه ان ذلك نوع من تبديل الوصية لعدم كون التعطيل او الفترة الطويلة محط نظر الموصي بل خلافه. ولا فرق في ذلك بين كون القبول شرطاً كاشفاً أو الرّد مانعاً).

المسالة ٧: **على خلاف القاعدة**: لا يبعد كونه على القاعدة (لتمام الوصية بنفس الايضاء والقبول شرط لدخول المال في ملك الموصى له فهو امر له نظير حق التحجير، وأما استدلال الگلپايگاني لعدم الحقّيّة بعدم قبول للاسقاط ففيه ان الرّد كالاسقاط ومعلوم ان الرّد يبطل الوصية كما مرّ وحينئذ فيمكن كونه على القاعدة حتى في صورة موت الموصي له قبل الموصي لتمامية الامر من ناحية الموصي وان كان له الرجوع في الوصية.

وكيف كان فالصحيحة ١/ ٣٠ احكام الوصايا مقدمة على معارضها اي ٤ و ٥/ ٣٠ احكام الوصايا: «عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس بشيء» للمخالفة للعامة ثم التعارض انما هو على فرض رجوع ضمير «ليس بشيء» الى الايصاء لا الموت وإلاّ فمؤيد).

الصحة كما هو المشهور وذلك لصحيحة محمّد بن قيس الصريحة في ذلك حتّى في صورة موته في حياة الموصي المؤيّدة بخبر الساباطيّ وصحيح المثنّى ولا يعارضها صحيحتا محمّد بن مسلم ومنصور بن حازم بعد إعراض المشهور عنهما وإمكان حملهما على محامل منها التقيّة لانّ المعروف بينهم عدم الصحة نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عمّا إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد بل ربما يقال إنّ محلّ الخلاف غير هذه الصورة لكن الانصراف ممنوع وعلى فرضه يختصّ الاشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصي وإلاّ فبناء على عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكاً بعد فرض عدم ردّه فينتقل إلى ورثته.

بقي هنا أمور. احدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث كما إذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه ايضاً قبل القبول فهل الوصيّة لوارث الوارث أو لا؟ وجوه الشمول وعدمه لكون الحكم على خلاف القاعدة والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حقّ القبول فتشمل وكونه الاخبار فلا. الثاني: إذا قبل بعض الورثة وردّ بعضهم فهل تبطل أو تصحّ ويرث الرادّ أيضاً مقدار حصّته أو تصحّ بمقدار حصّة القابل فقطّ أو تصحّ وتمامه للقابل أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل أو بعده فتصحّ بالنسبة إلى مقدار حصّة القابل وجوه. الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثمّ إليه أو

لكن الانصراف ممنوع: فيه منع اذا كان على نحو التقييد في الانشاء لا الداعي فقط (لعدم صراحة بل وظهور للحديث في هذه الصورة كما ان الانتقال حينئذ على خلاف القاعدة، وقد تمسك الگلپايگاني هنا برواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام وتفحصت في الابواب المناسبة فلم اجدها فراجع).

الشمول: وهو الاقوى (لشمول الصحيحة ولو ملاكاً ولكون الحكم على القاعدة كما مرّ. فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدس سره) بعدم الشمول على كون الملاك هو الاخبار. نعم ان قلنا بكون القبول ناقلاً وكون الوصية عقداً فمن المعلوم عدم الشمول ان كان الدليل هو القاعدة. واستدل الخوئي (قدس سره) على المطلب بان الوصية للوارث تحققت شرعاً كما انها للموصى له بوساطة الموصي والحكم في الدليل على الوصية سواء تحققت شرعاً أو بالايضاء من الموصي، وفيه: ان الصحيحة لا تدل على تحقق وصية للوارث).

وجوه: اظهرها ثالثها إلاّ فيما لو علم التقييد في الانشاء فتبطل (لاشتراط الملكية بالقبول، وتحليل الوصية، إلاّ فيما علم التقييد).

إليه ابتداء من الموصي وجهان أوجههما الثاني وربما يبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني الثاني وعلى الأوّل الأوّل وفيه انه على الثاني ايضاً يمكن ان يقال بانتقاله إلى الميت آناً مّا ثمّ إلى وارثه بل على الأوّل يمكن ان يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصي لانه كانه هو القابل فيكون منتقلاً إليه من الأوّل. الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصي أو الوارث حين موت الموصي أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثمّ إليه او كونه موجباً للانتقال إليه أوّلاً من الموصي فعلى الأوّل الأوّل وعلى الثاني الثاني وجوه. الخامس: إذا أوصى له بارض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أو لا وجهان مبنيّان على الوجهين في المسألة المتقدّمة فعلى الانتقال إلى الميت ثمّ إلى الوارث لا ترث وعلى الانتقال إليه أوّلا لا مانع من الانتقال إليها لانّ المفروض انّها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج بل وصيّة من الموصي كما انه يبنى على الوجهين إخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه اما إذا كانت مما يكون من الحبوة ففي اختصاص الولد الاكبر به بناء على الانتقال إلى الميت أوّلا

أوجههما الثاني: لكن التقسيم بين الورثة على حسب السهام في الميراث. (وفاقاً للاكثر لاشتراط التملك بالقبول فقبل القبول لا ملكية لكن حيث كان ذلك من جهة الارث فالتقسيم على حسب السهام في الميراث).

الرابع: ... **وجوه**: أوجهها الاول (وفاقاً للاكثر لما مرّ من الانتقال الى الوارث من الموصى اليه بطريق الارث ولو بنى على استفادة الحكم من التعبد فظاهر صحيحة محمد بن قيس: «الوصية للوارث الذي اوصى له» ايضاً ذلك. خلافاً للگلپايگاني (قدس سره) حيث قال: «يستفاد من الخبر الوجه الثاني» وفيه منع واضح).

الخامس: ... **وجهان**: والثاني اوجه (لما مرّ من الانتقال من الموصي اليه. ولانصراف البعض الى التسهيم على حسب قواعد الارث على الفرض الآخر ايضاً).

يبني على الوجهين: والاخراج اوجه ويتولى وصي الميت في اموره وإلا الحاكم القبول بمقدار الدين والوصية وان كان الأحوط ضم الورثة ايضاً (وفاقاً في تولي القبول للبروجردي والاستاذ والسيد عبدالله (قدس سرهم) اذ بناءً على تقدم الدين والوصية على الارث كما هو ظاهر الآية فالمال بمقدارهما باق على ملك الميت ولا حق للورثة عليهما فالقبول ايضاً من الميت وحيث لا يكون فمن وليه من الوصي أو الحاكم. واما اصل الاخراج فلتقدم الوجه والدين على الارث).

فمشكل لإنصراف الأدلّة عن مثل هذا. السادس: إذا كان الموصى به ممّن ينعتق على الموصى له فان قلنا بالانتقال إليه أوّلاً بعد قبول الوارث فان قلنا به كشفاً وكان موته بعد موت الموصي انعتق عليه وشارك الوارث ممّن في طبقته ويقدّم عليهم مع تقدّم طبقته فالوارث يقوم مقامه في القبول ثمّ يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدّم عليه وإن كان موته قبل موت الموصي او قلنا بالنقل وانه حين قبول الوارث ينتقل إليه آناماً فينعتق لكن لا يرث إلّا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة وذلك لانه على هذا التقدير انعتق بعد سبق سائر الورثة بالارث نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدّد الورثة شاركهم وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له فلا ينعتق عليه لعدم ملكه بل يكون للورثة إلّا إذا كان ممّن ينعتق عليهم او على بعضهم فحينئذٍ ينعتق ولكن لا يرث إلّا إذا كان ذلك مع تعدّد الورثة وقبل قسمتهم «السابع» لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكية والعهدية.

فمشكل: لكن الأوجه الاختصاص والمتولى للقبول حينئذ الولد الاكبر (لمنع الانصراف أو للملاك، فراجع الباب ٣ ميراث الابوين والاولاد، فليس في الادلة قيد: «ما اعدّه لنفسه» كما في كلام الخوئي).

السادس: بعد موت الموصي: لا فرق على ما تقدم من بقاء الوصية مالم يرجع الموصي فيها وحينئذ فاذا كان القبول شرطاً في التملك شارك من في طبقته لما مر من كونه شرطاً كاشفاً (والظاهر ان الكشف حكمي اي يحكم بكونه كاشفاً حقيقياً، والظاهر انه لا لغوية على الكشف الحقيقي على ما اشار بعضهم كالاستاذ نظراً الى الكشف عن كونهم غير الورثة من اول الامر فيلزم من تاثير قبولهم حينئذ عدم تاثير قبولهم كما قال الاستاذ، اذ يختلف التقادير فان الكاشف قبول الوارث لولا الوصية والمكشوف الوارثية بالوصية وعدمها. ثم تقدمه حينئذ على سائر الطبقات لا يوجب اجبار الورثة على القبول لو امتنعوا اذ الحق لهم، سيما اذا اوجب القبول حرمانهم).

مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم: (فانه مع عدم التعدد لا قسمة بل يملك الوارث الواحد فلا يبقى مورد للقسمة ودل الدليل على الشركة اذا كان قبل القسمة).

السابع: ... التمليكية والعهدية: (خلافاً لبعض المحشين مثل الشيرازي والسيد جمال(قدس سرّهما) نظراً الى كون الحكم خلاف القاعدة واختصاص صحيحة محمد بن قيس بالتمليكية ولعله لمكان اللام: «اوصى لآخر»، وفيه صحة اللام في العهدية ايضاً،

المسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختصٌ بالتمليكية كما عرفت فلا يعتبر في العهدية ويختصُّ بما إذا كان لشخص معين أو اشخاص معيّنين وأما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصية للفقراء والعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات وإن احتمل ذلك أو قيل ودعوى انّ الوصية لها ليست من التمليكية بل هي عهدية وإلاّ فلا يصحُّ تمليك النوع أو الجهات كما ترى وقد عرفت سابقاً قوّة عدم اعتبار القبول مطلقاً وإنما يكون الرّد مانعاً وهو ايضاً لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل بردّ بعض الفقراء مثلاً بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فردّ لا تبطل.

المسألة ٩: الاقوى في تحقّق الوصية كفاية كلّ ما دلّ عليها من الالفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاصّ بل يكفي كلّ فعل دالّ عليها حتّى الاشارة والكتابة ولو في حال الاختيار إذا كانت صريحة في الدلالة بل

وفاقاً للاكثر وقد عرفت ان الحكم على القاعدة وليس الدليل صرف خبر عمار حتى يقول النجفي (قدس سره): «ان لم يضعف خبر عمار» وان كان روايات عمار لا تخلو من اشكال في اكثر ابواب الفقه إلاّ ما قبله المشهور كالرواية المعروفة: «كل شيء نظيف حتى تعلم انه قذر» التي قال بعض العلماء: تدخل النجاسات في حلق الخلق بلحاظ هذه الرواية كثيراً).

المسألة ٨: فلا يعتبر في العهدية: من الموصى اليه وان كان الرد في حياة الموصي بشرط الابلاغ، ومن الموصي له لعدم تملك فيها، نعم اذا رجع الامر الى ما يشبه التمليك فالقبول معتبر كما اذا أوصى باعطاء شيء لشخص كما انه قد يكون الايصاء بهبة داره لشخص او بيعها له فهو ايضاً يحتاج الى القبول لخصوصية الموصى به بخلاف الايصاء بتفريغ ذمة شخص وحينئذ فاذا لم يقبل الموصى له يصرف في وجوه البر، الاقرب فالاقرب، وفي التمليكية يرجع الى الورثة. (وقال الگلپايگاني (قدس سره): الظاهر تحقق الاجماع على اعتبار القبول في التمليكية من الموصى له وفي العهدية من الموصى اليه ولكن يكفي فيها القبول الفعلي. وفيه انه خلاف اطلاق ادلة الوصية ولا يعلم اجماع فراجع الكلمات).

أو قبول الحاكم: لا يبعد اعتبار ذلك كما ان له الرد اذا اقتضت المصلحة (وفي كلام الاستاذ ان كون الرد له مقتض لاعتبار قبوله ايضاً ولو معاطاة، فلو اوصى ملك الكفار او المستعمرين شيئاً للعلماء، للفقيه الاعلم ان يردّه).

المسألة ٩: في حال الاختيار: لا يترك الاحتياط في قصر الاشارة على الضرورة

أو ظاهرة فانَّ ظاهر الافعال معتبر كظاهر الاقوال فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الاشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له بل يكفي وجود مكتوب منه بخطّه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية ويمكن ان يستدلّ عليه بقوله ﷺ لا ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلة إلاّ ووصيّته تحت راسه بل يدلُّ عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمّد الهمداني قال كتبت إليه كتب رجل كتاباً بخطّه ولم يقل لورثته هذه وصيّتي ولم يقل إنّي قد اوصيت إلاّ انه كتب كتاباً فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ولم يامرهم بذلك؟ فكتب إن كان له ولد ينفذون كلّ شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البرّ وغيره.

المسالة ١٠ : يشترط في الموصي أمور «الاوّل» البلوغ فلا تصحّ وصية غير البالغ نعم الاقوى وفاقاً للمشهور صحّة وصية البالغ عشراً إذا كان عاقلاً في وجوه المعروف للأرحام او غيرهم لجملة من الاخبار المعتبرة خلافاً لابن إدريس وتبعه جماعة «الثاني» العقل فلا تصحّ وصية المجنون، نعم تصحُّ وصيّة الادواريّ

وأما الكتابة فالاقوى كفايتها اذا علم كتابتها بقصد الوصية لا مقدمة للايصاء وكذلك في سائر العقود. (لبناء العقلاء على الكتابة في العقود بل هي آكد من اللفظ، ويظهر ذلك من امر الرسول ﷺ باحضار القلم للكتابة في آخر عمره الشريف فلا وجه لاشكال الگلپايگاني، ويظهر من البروجردي (قدس سره) ايضاً. كما لا وجه لقول بعضهم: يظهر من الروايات الكثيرة...، فان ٤٨/١ مربوط بالضرورة وكذا ٤٨/٢ هذه التي ذكرها الماتن وكذا٥ و١/٧ فالمهم صدق الايصاء فيشمله العمومات والاطلاقات. وقال البروجردي (قدس سره): العادة في الامور المهمة النطق بعد الكتابة فعدم النطق قرينة صارفة، وفيه: ان خصوصية الوصية توجب احياناً عدم التصريح للورثة مادام الحياة. وقال (قدس سره): في الاستدلال بالخبرين مناقشة وكذا قال الخوئي: الاول مربوط بالاصرار بالوصية. وفيه: ان تعبير: «تحت راسه» لا معنى له سوى الكتابة).

يستدل: لكن في سندهما ضعف مع تفاوت الجواب والسؤال في الثاني.

المسالة ١٠ : او غيرهم: وان كان الاحوط الاقتصار على الارحام كما ان الاحوط لا يترك انفاذ وصية ابن سبع سنين باليسير من ماله (نظراً الى صحيح ابن مسلم ٤٤/١ الوصايا الحاصر بذوي الارحام وان كان الظاهر اعراض المشهور ولكن لم يثبت الاعراض عن صحيح ابي بصير بالنسبة الى اليسير من مال ابن سبع سنين).

منه إذا كانت في دور إفاقته وكذا لا تصحّ وصية السكران حال سكره ولا يعتبر استمرار العقل فلو اوصى ثمّ جنّ لم تبطل كما انه لو أغمي عليه او سكر لا تبطل وصيّته فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية «الثالث» الاختيار «الرابع» الرشد فلا تصحّ وصيّة السفيه وإن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم او بعده واما المفلس فلا مانع من وصيّته وإن كانت بعد حجر الحاكم لعدم الضرر بها على الغرماء لتقدّم الدين على الوصية. الخامس: الحرّية فلا تصحّ وصية المملوك بناء على عدم ملكه وإن اجاز مولاه بل وكذا بناء على ما هو الاقوى من ملكه لعموم ادلّة الحجر وقوله ﷺ لا وصيّة لمملوك بناء على إرادة نفي وصيته لغيره لا نفي الوصية له نعم لو أجاز مولاه صحّ على البناء المذكور ولو اوصى بماله ثمّ انعتق وكان المال باقياً في يده صحّت

حال سكره: البالغ حدّ فقد الشعور.

لا تبطل وصيته: (لا يقال: الوصية جائزة وهي تبطل بالجنون المتاخر، لانا نقول: ذلك في الوكالة والاباحة حيث يلزم بقاء الاذن).

وصية السفيه: اذا حجر عليه أو كان سفهه متصلاً بصغره في المال اذا كان سفهه مالياً وكذا في غير المال (وفاقاً للعلامة واكثر المتاخرين لفهم الملاك من كريمة: ﴿فان آنستم منهم رشداً﴾ ... الخ. آية ٦ النساء، قال الخوئي: هذه في حياة الشخص بالنسبة الى امواله ومنصرفة عن الوصية، وفيه: ان الملاك منع هدر المال بسفهه في تصرفاته وهذا منه وفي حال حياته لكن لبعد مماته وهذا غير فارق وادلة الحجر ايضاً غير قاصرة لكن الكريمة في المتصل بصغره وادلة الحجر مربوطة بالحجر، قال الخوئي: يستفاد من ٥/ ٢ الحجر، ان حجر السفيه فيما كان عليه لا له وبخلاف المورد لعدم الامتنان، وفيه ان ذلك الحديث صدره: متى يجوز امره؟ فالمراد من الذيل: «جاز عليه امره» صرف التكليف والقانون لا الحصر فيما عليه. ونقل النفوذ عن مشهور القدماء لكن التحقيق ما ذكر).

الحرية ... وان اجاز مولاه: وان كان الاحوط الانفاذ حينئذ (نظراً الى كون المانع عدم الاستقلال وفاقاً لبعض المحشين لكن الاظهر عدم النفوذ نظراً الى كون الوصية فيها التعليق والمتقين ان ذلك فيما علق على وفاة المالك لا غيره وان كان هو الموصي).

بناءً على ارادة: كما هو الظاهر.

في يده صحت: والاقوى الفساد (لاطلاق الدليل الحاكم بعدم صحة وصية العبد مثل صحيحة محمد بن قيس ١/ ٨١ الوصايا وكذا رواية جميل: «لا وصية لمملوك»).

على إشكال نعم لو علّقها على الحرّية فالاقوى صحّتها ولا يضرّ التعليق المفروض كما لا يضرّ إذا قال هذا لزيد إن متُّ في سفري ولو أوصى بدفنه في مكان خاصّ لا يحتاج إلى صرف مال فالاقوى الصحة وكذا ما كان من هذا القبيل السادس: ان لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه مع جرح او شرب سمّ او نحو ذلك فانه لا تصحّ وصيته على المشهور المدّعى عليه الاجماع للنصّ الصحيح الصريح خلافاً لابن إدريس وتبعه بعض والقدر المتصرف إليه الاطلاق الوصية بالمال واما الوصيّة بما يتعلّق بالتجهيز ونحوه ممّا لا تعلّق له بالمال فالظاهر صحتها كما ان الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً لا سهواً او خطأ وبرجاء ان يموت لا لغرض آخر وعلى وجه العصيان لا مثل الجهاد في سبيل الله وبما لو مات من ذلك واما إذا عوفي ثمّ أوصى صحّت وصيته بلا إشكال وهل تصحّ وصيته قبل المعافاة إشكال ولا يلحق التنجيز بالوصية هذا ولو أوصى قبل ان يحدث في نفسه ذلك ثمّ احدث صحت وصيته وإن كان حين الوصية بانياً على ان يحدث ذلك بعدها للصحيح المتقدّم مضافاً إلى العمومات.

فالاقوى صحتها: فيه اشكال، والاظهر الفساد (للتعليق، ولا يقال بالتعليق على الموت فانه في كون مفهوم الوصية ولو اريد التنجيز فعلاً واخذت الحرية شرطاً متاخراً فهو خلاف صحيح محمد بن قيس وغيره).

فالاقوى الصحة: بل الفساد اقوى (اذ حجره غير مربوط بالمال كالسفه فالدليل مطلق كما في ١/٧٨ الوصايا و ١/٤٥ مقدمات الطلاق).

السادس: ... فالظاهر صحتها: فيه اشكال بل منع (لاطلاق ذيل الصحيح وهو الدليل في المسالة ١/٥٢ الوصايا وفاقاً للگلپايگاني (قدس سره) في الاشكال. والانصراف الى المال ممنوع فان قيد الثلث في صدر كلامه عليه السلام وهو مورد النفوذ لا البطلان).

وبرجاء ان يموت: نظراً الى قوله عليه السلام: لعله يموت، لكن يحتمل كونه قيداً لقوله عليه السلام: «جراحة او قتل» اي احدث حدثاً يحتمل قوياً موته بذلك لا قيد لفعل «احدث» نعم الظاهر ورود الكلام في مورد العمد كما ان ملاك الحكم بحسب الاعتبار ايضاً ذلك.

اشكال: والصحة اوجه (فان فرض الصحيح انما هو في فرض تحقق القتل والموت).

المسألة ١١ : يصحُّ لكل من الاب والجدّ الوصية بالولاية على الاطفال مع فقد الآخر ولا تصحّ مع وجوده كما لا يصحّ ذلك لغيرهما حتّى الحاكم الشرعيّ فانه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حيّاً وليس له أن يوصي بها لغيره بعد موته فيرجع الامر بعد موته إلى الحاكم الآخر فحاله حال كلّ من الاب والجدّ مع وجود الآخر ولا ولاية في ذلك للأمّ خلافاً لابن الجنيد حيث جعل لها بعد الاب إذا كانت رشيدة وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل امره إلى غير الاب والجدّ وغير الحاكم لم يصحّ بل يكون للاب والجدّ مع وجود احدهما وللحاكم مع فقدهما نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصيّ ثمّ يملّكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملّكهم يمكن أن يقال بصحته وعدم رجوع امره إلى الاب والجدّ أو الحاكم.

المسألة ١١ : يصح : (بلا خلاف والدليل مثل ١/٩٢ الوصايا في الوصية بالمضاربة بمال ولده... : «لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حيّ» وغيره من الروايات، وأما الاستدلال بدليل تفسير «عقدة النكاح» بالاب والجد فثبت في غير النكاح بالاولوية كما استدل الخوئي (قدس سره) ففيه عدم الولاية على الرشيدة الباكرة في الاموال مع ثبوتها في النكاح عند غير واحد من المتاخرين منهم هو نفسه).

ولا تصح مع وجوده : (خلافاً لبعض اهل العصر نظراً الى اطلاق دليل الوصاية، وفيه مع ان الحكم متسالم عليه، عدم اطلاق لدليل الولاية يشمل الوصاية في هذا المورد وايضاً اطلاق دليل الولاية بحيث لا معارض له إلّا بالدليل وهو شخص المقابل لا وصيّه).

حتى الحاكم : (لعدم مقتض لولاية سوى الحكومة وقد بطلت بموته وايضاً المتيقن من دليل ولايته وهو كون الفعل مما لابد منه ويحتاج الى من يقوم به والمتيقن هو الحاكم الشرعي، حال حياته).

لم يصح : (لعدم كون دليل الوصاية مشرعاً لامر جديد. فحيث لا ولاية لغير الاب والجد والحاكم فلا يمكن جعل غيرهم ولياً).

بصحته : لا يترك الاحتياط بالاستيذان من المجتهد الاعلم (فان الصرف على الطفل نوع تصرف فيه يحتاج الى اذن الولي إلّا فيما جرت السيرة مما يكون الجواز متيقناً كموارد الضرورة وايضاً الاعطاء يشبه التمليك ويحتاج الى قبول الولي).

(فصل في الموصى به)

تصحّ الوصية بكلّ ما يكون فيه غرض عقلائي محلّل من عين او منفعة او حقّ قابل للنقل ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً او قوّة فتصحّ بما تحمله الجارية او الدابة او الشجرة وتصحّ بالعبد الآبق منفرداً ولو لم يصحّ بيعه إلّا بالضميمة ولا تصحّ بالمحرّمات كالخمر والخنزير ونحوهما ولا بآلات اللّهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي كالحشرات وكلب الهراش وامّا كلب الصيد فلا مانع منه وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدى كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائدة فيها ولا تصحّ بما لا يقبل النقل من الحقوق كحقّ القذف ونحوه وتصحّ بالخمر المتّخذ للتخليل ولا فرق في عدم صحّة الوصية بالخمر والخنزير بين كون الموصي والموصى له مسلمين او كافرين او مختلفين لانّ الكفار ايضاً مكلّفون بالفروع نعم هم يقرّون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً ولا تصحّ الوصية بمال الغير ولو اجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه نعم لو اوصى فضولاً عن الغير احتمل صحّته إذا اجاز.

في الموصى به

منفرداً: (لاطلاق دليل الوصية وعدم الدليل على التقييد مثل ما في البيع).

بالمحرمات: ان لم يكن فيها حق الاختصاص باعتبار بعض الفوائد المحلّلة (وإلّا فيصدق عنوان ما ترك وترك خيراً).

مكلفون بالفروع: بل وان قلنا بخلاف ذلك، كما ان الحق التفصيل بحسب التكاليف (اذ عملهم هذا غير صحيح وان كان الشارع لا يزاحمهم كما هو مفاد قاعدة الالزام لعدم استفادة الصحة من قاعدة الالزام ومن هنا يعلم الخدشة في تعليقة بعض المعاصرين حيث اعتقد الصحة لقاعدة الالزام. كما اشار الماتن: يقرّون على مذهبهم وان لم يكن عملهم صحيحاً، وقال بعض اهل العصر: ايّ معنى لإقرارهم اذا لم يكن عملهم صحيحاً، وفيه ما عرفت. وكيف كان فالتكليف بالفروع ليس مبنى المسالة كما في وصية غير البالغ لمثله بالخمر، وتأمل الاستاذ في صحة وصيتهم. والظاهر وضوح المسالة).

اذا أوصى لنفسه: (للزوم تعليق الوصية على موت العامة وهو غير المالك والمتيقن من صحة التعليق في الوصية التعليق على موت المالك، فلا وجه لاشكال السيد جمال تبعاً للنائيني (قدس سرهما) بعدم الفرق بين الصورتين اذا اجزنا الوصية بمال الغير.

المسالة ١: يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو باقلّ منه فلو كانت بازيد بطلت في الزائد إلّا مع إجازة الورثة بلا إشكال وما عن عليّ بن بابويه من نفوذها مطلقاً على تقدير ثبوت النسبة شاذٌّ ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة ولو كانت زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصّة المجيز فقط ولا يضرّ التبعيض كما في سائر العقود فلو خلف ابناً وبنتاً وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة إلّا ثلث من ستّة ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستّة.

المسالة ٢: لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الّذي جعله الشارع له فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو اقلّ صحّت ولو قصد كونها من الاصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيّته بالثلث سابقاً او لاحقاً بطلت مع عدم إجازة الورثة بل وكذا إن اتّفق انه لم

وقال آقا ضياء (قدس سره): يمكن الصحة بالغاء قيد لنفسه، وفيه: ان الوصية امر واحد ولا يمكن تحليلها باصل الوصية مبهمة ولنفسه أو لغيره، وقال ايضاً: يمكن تحققها بنفس الاجازة لكفاية ذلك في تحقق الوصية وتبعه النجفي (قدس سره): ولكن انشاء اجازة الوصية غير انشاء الوصية).

احتمل: بل الصحة لا تخلو عن قوة (لكون الفضولي على القاعدة ولا فرق بين العقد والايقاع والسيرة ايضاً على ذلك كما ترى من كتابة علماء البلاد الوصية للناس وامضائهم لها).

المسالة ١: شاذ: (مع ان بعض ما استدل له ضعيف السند وهو ١٦و١٩/١١ الوصايا وبعضه لا يدل وهو ١١/١١ الوصايا فانه في مورد اجازة الورثة، فالحق هو البطلان مع عدم اجازة الورثة للنصوص الكثيرة في الابواب١١، ٦٦، ٦٧ الوصايا).

المسالة ٢: بطلت: الامر ليس كذلك فيما قصد كونها من الاصل لصحة الوصية حينئذ بالنسبة الى الثلث وتنطبق الوصية بالثلث سابقة أو لاحقة على ذلك وكذلك اذا لم يوص بالثلث اصلاً. إلّا فيما كان قصد الاصل أو الثلثين ماخوذاً على نحو القيدية في انشاء الوصية فحينئذ تبطل، فان الميزان في احتساب الثلث انما هو حين الموت لا حين الايصاء ولذا يصح الوصية بالثلث حين مالم يكن له مال اصلاً اذا كان له مال حين الموت، وحين الموت ينطبق احدى الوصيتين على الاخرى. واما قصد الاصل أو الثلثين فهو لا يضرّ إلّا اذا كان تحت الانشاء وقيداً فيه. وإلّا فصرف

يوص بالثلث أصلاً لانَّ الوصية المفروضة مخالف للشرع وإن لم تكن حينئذٍ زائدة على الثلث نعم لو كانت في واجب نفذت لأنه يخرج من الاصل إلاّ مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

المسألة ٣: إذا اوصى بالأزيد او بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتّى تنفذ او لا حتّى يتوقّف الزائد على إجازة الورثة فهل الاصل النفوذ إلاّ إذا ثبت عدم كونها بالواجب او عدمه إلاّ إذا ثبت كونها بالواجب وجهان ربما يقال بالاوّل ويحمل عليه ما دلّ من الاخبار على أنه إذا اوصى بماله كلّه فهو جائز وأنه أحقُّ بماله مادام فيه الروح لكنّ الاظهر الثاني لانّ مقتضى ما دلَّ على عدم صحّتها إذا كانت ازيد من ذلك والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم نعم إذا اقرَّ بكون ما اوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل بل وكذا إذا قال اعطوا مقدار كذا خمساً او زكاة او نذراً او نحو ذلك وشكّ في أنها

القصد لا يضر فلو اوصى بمال معين بجميعه مع اعتقاده انه جميع المال فانكشف الزائد وانه بقدر الثلث او اقل نفذ وهذا مراد آقا ضياء (قدس سره): مالم يكن ذلك بنحو التشريع في التطبيق وإلاّ فهو صحيح.

مخالف للشرع: فيما كان بنحو القيدية في الانشاء.

واجب: مالي كالديون والحج.

المسألة ٣: **الاظهر الثاني**: لكن التعليل عليل (فانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية. للمخصّص كما ان التمسك بالجهل ايضاً مبني على اخذ العلم في موضوع الحكم وهو مدفوع وتمسك بعضهم باطلاق ادلة نفي الزائد عن الثلث مع كثرة الابتلاء بالدين وفيه مالايخفى من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص ايضاً وتمسك الگلپايگاني (قدس سره) باصالة عدم نفوذ الوصية في الزائد عن الثلث إلاّ بالامضاء وهو ايضاً مخدوش بما ذكر وكذا الاشكال فيما جعله النجفي (قدس سره) مبنى المسالة: «على القول بانتقال المال الى الورثة مع تعلق حق الغرماء يجوز التصرف لاصالة عدم تعلق حق الغرماء بالمال وعلى القول بعدم الانتقال إلاّ في الزائد عن الدين لا يجوز التصرف» فان فيه ايضاً ذلك الاشكال اذ لعل المورد من المال الزائد عن الدين. لكن الامر اسهل من ذلك كله فان الاصل عدم كون الميت مدنياً، ثم الروايات التى اشار اليها هي التي تمسك بها والد الصدوق (قدس سره) وقد مرت الاشارة اليه في مسالة١).

اقرّ: (وليس اقراراً على الورثة لان المال ماله مادام حياً ويؤخذ به فيلزم بدفع المال

واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبيّ فانها أيضاً تخرج من الاصل لانّ الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما والظاهر من كلامه اشتغال ذمّته بهما.

المسالة ٤: إذا أجاز الوارث بعد وفات الموصي فلا إشكال في نفوذها ولا يجوز له الرجوع في إجازته وامّا إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان اقواهما الاوّل كما هو المشهور للاخبار المؤيّدة باحتمال كونه ذا حقّ في الثلثين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقّه كما لا يبعد استفادته من الاخبار الدالّة على ان ليس للميّت من ماله إلّا الثلث هذا والاجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي وليست ابتداء عطيّة من الوارث فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بان ينتقل إليه بموت الموصي اوّلاً ثمّ ينتقل إلى الموصى له بل ولا بتقدير ملكه بل ينتقل إليه من الموصي من الاوّل.

المسالة ٥: ذكر بعضهم انه لو اوصى بنصف ماله مثلاً فاجاز الورثة ثمّ قالوا ظننا انه قليل قضي عليهم بما ظنّوه وعليهم الحلف على الزائد فلو قالوا ظننا انه الف درهم فبان انه الف دينار قضي عليهم

ونحوه، ويستفاد من النصوص الدالة على اخراج الحج من الأصل اذا اوصى الميت به مع ان الاشكال وارد فيه ايضاً).

المسالة ٤: **قولان**: (بل اقوال منها التفصيل بين الوصية حال المرض فتنفذ الاجازة وإلّا فلا، والتفصيل بين استدعاء الموصى او فقر الوارث فلا تنفذ وغير ذلك فتنفذ).

للاخبار: (وهي العمدة منها ١ و٢/ ١٣ الوصايا، وأما التأييد فالظاهر انه لا بأس به بكون المراد كون الوارث ذا حق في الثلثين بحسب ما بعد الموت فيمكن له الاجازة باعتبار حق ما بعد الموت وبهذا التناسب يمكن الاستفادة من الاخبار المشار اليها خلافاً للخوئي وغير واحد من المحشين نظراً الى كون الوصية تتعلق بما بعد الموت فلا معنى للاجازة فعلاً إلّا على التمسك بالروايات).

تنفيذ: (فان الاجازة تتعلق باعتبار ما بعد الموت لكن عمل الايصاء حيث يكون الآن يكون في متعلقات الميت مع صحة الاجازة حال حياة الموصي فبعد الممات بالاولوية والتعبير هو الاجازة اي التنفيذ، والنصوص شاهد وان ابيت عما ذكرنا فهي الدليلة حيث يظهر من ١/ ١١ الوصايا ان عملهم الامضاء، بل وكذا من ١٧/ ١١ الوصايا، واما ثمرة الخلاف ففيما مات الوارث او الموصى له قبل القبض لكن الخوئي (قدس سره) يعتقد ان الحكم على خلاف القاعدة كما مر).

المسالة ٥: **هو الاقوى**: بل الأقوى القول الاول لكن المراد من الايصاء بالنصف

بصحّة الاجازة في خمسماة درهم واحلفوا على نفي ظنّ الزائد فللموصى له نصف الف درهم من التركة وثلث البقيّة وذلك لاصالة عدم تعلّق الاجازة بالزائد واصالة عدم علمهم بالزائد بخلاف مَا إذا أوصى بعين معيّنة كدار او عبد فاجازوا ثمّ ادّعوا انّهم ظنّوا انّ ذلك ازيد من الثلث بقليل فبان انه ازيد بكثير فانه لا يسمع منهم ذلك لانّ إجازتهم تعلّقت بمعلوم وهو الدار أو العبد ومنهم من سوّى بين المسئلتين في القبول ومنهم من سوّى بينهما في عدم القبول وهذا هو الاقوى اخذاً بظاهر كلامهم في الاجازة كما في سائر المقامات كما إذا اقرّ بشيء ثمّ ادّعى انه ظنّ كذا او وهب او صالح او نحو ذلك ثمّ ادّعى انه ظنّ كذا فانه لا يسمع منه بل الاقوى عدم السماع حتّى مع العلم بصدقهم في دعواهم إلّا إذا علم كون إجازتهم مقيّدة بكونه بمقدار كذا فيرجع إلى عدم الاجازة ومعه يشكل السماع فيما ظنّوه ايضاً.

هو من جهة المالية لا النصف المشاع من العين فانه كالايصاء بالعين والحلف على نفي الاجازة بالاكثر لا نفي الظن والعلم. وللموصى له حينئذ في مفروض المسالة ثلث الف دينار بالوصية وسدس الالف درهم بالاجازة وهو الزائد عن الثلث (وفاقاً للبروجردي والخوئي و... (قدس سرهم) والوجه واضح فان الايصاء كان بالعين والمشاع منه ايصاء بالمعين وتخيل انه كذا من باب الداعي فقط فلا يضرّ بخلاف النصف المشاع بحسب المالية تخيلاً ان مجموع المالية الف مثلاً اذ الظاهر تعلق الايصاء حينئذ بخمسماة، نظير تخلف الوصف والاشارة. ولا يفيد الحلف على نفي الظن والعلم بل على نفي الاجازة كما هو واضح. والتعبير الصحيح في مفروض المسالة ما ذكرنا تبعاً للحكيم (قدس سره) وتامل النجفي في ثلث البقية، وقال آقا ضياء (قدس سره) اذا كان النصف زائداً على الثلث وإلّا فالثلث منظور فيه الى الايصاء بالنصف يشمل الثلث ايضاً، وفيه: ان المراد نصف الف درهم وثلث باقي الارث والصحيح ما ذكرنا اي سدس الف درهم وثلث الف دينار).

حتى مع العلم: بل يقبل قولهم مع العلم بلا احتياج الى الحلف ومع الشك يحلفون (في مقام الاثبات لما ذكرنا وثبوت الامر على ما ذكر).

معه يشكل السماع: الظاهر صحة العبارة، والمراد انه اذا كانت الاجازة مقيدة والمفروض انه خلاف الواقع فلا اعتبار بالاجازة اصلاً للتقيد بما ليس بواقع. (فلا يرد اشكال الخوئي (قدس سره). وبعضهم بنى اصل المسالة على التقييد والداعي، وفيه: ان مورد التقيد مذكور في آخر الكلام في المتن وليس امراً على حدة).

المسألة ٦: المدار في اعتبار الثلث على حال وفات الموصي لا حال الوصية بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة فلو أوصى بحصّة مشاعة كالربع او الثلث وكان ماله بمقدار ثمّ نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصي ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وإن كانت كثيرة جداً وقد يقيّد بما إذا لم تكن كثيرة إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدّدة والاصل عدم تعلّق الوصيّة بها ولكن لا وجه له للزوم العمل بإطلاق الوصيّة نعم لو كان هناك قرينة قطعية على عدم إرادته الزيادة المتجدّدة صحّ ما ذكر لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقلّتها ولو أوصى بعين معيّنة كانت بقدر الثلث أو اقلّ ثمّ حصل نقص في المال او زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصية ثمّ زادت التركة او نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث او اقلّ صحّت الوصية فيها وكذا الحال إذا اوصى بمقدار معين كلّي كمائة دينار مثلاً.

المسألة ٧: ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنة أو بكلّي كمائة دينار مثلاً انه إذا أُتلف من التركة بعد موت الموصي يرد النقص عليهما ايضاً بالنسبة كما في الحصّة المشاعة وإن كان الثلث وافياً وذلك بدعوى انّ الوصيّة بهما ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها فيرجع إلى الوصية بحصّة مشاعة والاقوى عدم ورود النقص عليهما مادام الثلث وافياً ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث او في التركة لا وجه له خصوصاً في الوصية بالعين المعيّنة.

المسألة ٨: إذا حصل للموصي مال بعد الموت كما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون فلو كان اوصى بالثلث او الربع أُخذ ثلث ذلك المال ايضاً مثلاً

المسألة ٦: حال وفاة الموصى: إلّا اذا قيّد بحال الوصية. (اذ الكلام في المطلق وحينئذ فالملاك صدق «ما ترك». للآية ولظاهر ١١/١٩ الوصايا: «مادام فيه الروح». وصريح ١٤/٢ الوصايا في شمول الوصية لدية الموصي المقتول حظاً بعد الوصية ايضاً. فلا يرد اشكال بعضهم التابع لما ذكره الگلپايگاني (قدّس سرّه) وجعله مبنى المسألة من كون الملاك حال الوصية أو حال الموت. اذ الكلام في المطلق. كما لا وجه لاشكال البعض في دخالة القبض فقال: هذا خلاف قواعد الارث والملاك مال الميت حين الموت، وفيه: انه قد يكون القبض دخيلاً في حصول المالية وهذا هو المراد).

المسألة ٧: والاقوى عدم ورود: (لظاهر الوصية ودليلها ويشهد له صورة زيادة التركة).

المسألة ٨: يخرج منه الوصية: حتى فيما كان الموصى به عيناً معينة أو كان وقوع

وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضمّ ذلك المال نفذت فيها وكذا إذا اوصى بكلّي كمائة دينار مثلا بل لو أوصى ثمّ قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ بل وإن كان عمداً وصالحوا على الدية للنصوص الخاصّة مضافاً إلى الاعتبار وهو كونه احقّ بعوض نفسه من غيره وكذا إذا اخذ دية جرحه خطأ بل أو عمداً.

(تم كتاب الوصية)

الصيد بعد تقسيم الاموال. (ولا يرد عليه ان الصيد ملك جديد للوارث لكونه نتاجاً لملك الوارث او انه يلزم في الحيازة القصد ولا قصد للميت حينئذ كما قال بالبعض، لكون الصيد تابعاً للصائد لا لآلة الصيد والصائد هو الميت بنصبه الشبكة، وأيضاً هو بنصبه الشبكة قصد الحيازة اجمالاً وهو كاف ويجري ما ذكرنا من تبعية عمل الصيد للصائد وما شابهه في عكس المسألة كما لو رمى فاصاب شخصاً سهواً بل وكذا عمداً فمات ثم مات المصاب تخرج دية المصاب من اصل التركة).

وان كان عمداً: (كما يستفاد حكم الدين من معتبر ١/ ٢٤ ابواب الدين والقرض، ولذا صرح في ١/ ٥٩ ابواب قصاص النفس بعدم جواز هبة اولياء المقتول هبة الدم لقاتله اذا كان للمقتول غرماء إلا ان يضمنوا لهم ولم يرد نص بخصوصه في الوصية في دية العمد، لكن يستفاد حكم المسألة من صحيح ١/ ١٤ موانع الارث حيث قال(قدس سره): «اذا قبلت دية العمد فصارت مالاً فهي ميراث كسائر الاموال»، وكذا من صحيح ٣/ ١٤ الوصايا المتمسك به في قتل الخطأ لعدم قيد فيه يخصّه بالخطأ وان كان ١/ ١٤ وارداً في خصوص الخطأ لكن المورد غير مخصّص، وقال الخوئي (قدس سره) بل جواب الامام عليه السلام فيه ايضاً عام والقيد في كلام السائل، وفيه منع فراجع. كما ان ٢/ ١٤ الوصايا ايضاً مخصوص بالخطأ. فلا يرد ان الدية في قتل العمد نتيجة مصالحة الوارث مع القاتل فهي من عملهم. هذا مع ان ملاك الحكم في الوصية هو الملاك في الدين وهو ان مال الوارث حينئذ له من الميت لا استقلالاً، وقد صرح في ١/ ١٤ موانع الارث بأن دية العمد من اموال الميت).

دية جرحه: لكنها من امواله قبل الموت، وأما الجرح الواقع عليه بعد الموت فلا تدخل ديته في الميراث.

.....

.....

والحمد لله على اتمام هذه التعاليق وقد وقع الفراغ منها يوم الجمعة المصادف للثاني عشر من صفر الخير من عام ١٤١٢ الهجري القمري واهديها الى الساحة المقدسة لمولانا صاحب الزمان عجل الله فرجه الشريف.

وقد تم النظر الثانوي الاجمالي فيها ليلة الخميس ٢/٢٤ ربيع الثاني /١٤١٨ القمرية المطابق لـ ٧٦/٦/٦ الشمسية. وارجو منه تعالى ان يكون آرائنا في هذه التعاليق موافقة لما رآه الشارع المقدس ونستمد منه تعالى لاتمام تعاليقي على تتمة العروة وعلى تحرير الاستاذ(قدس سره) والتمس منه تعالى البركة في العمر والغفران للزلآت وسهولة الانتقال الى البرزخ والآخرة في نهاية العمر، وشمول رحمته الواسعة لنا في جميع الحالات وان لا يكلنا الى انفسنا طرفة عين ولا الى غيره تعالى ويرزقنا المرافقة مع اهل بيت العصمة عليهم السلام في الدنيا والآخرة انه تعالى ولي النعم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فهرس المحتويات

كتاب الحج ٥
مقدمة ٧
فصل في الحج الواجب بالنذر ١١٥
فصل في النيابة ١٣٩
فصل في الوصية بالحج ١٥٨
فصل في الحج المندوب ١٧٢
فصل في اقسام العمرة ١٧٤
فصل في أقسام الحج ١٧٧
فصل صورة حج التمتع ١٨٦
فصل في المواقيت ٢٠٤
فصل في احكام المواقيت ٢١٦
فصل في مقدمات الاحرام ٢٢٢
فصل في كيفية الاحرام ٢٢٧

كتاب الاجارة ٢٤٥
فصل في التنازع ٣١١
خاتمة ٣١٧

كتاب المضاربة ٣٢٩
مسائل ٣٩٧

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

فصل في احكام الشركة ٤١٢

كتاب المزارعة ٤٢٣

مسائل متفرقة ٤٤٨

كتاب المساقات ٤٥١

كتاب الضمان ٤٧٩

تتمة ٥٠٨

كتاب الحوالة ٥١٣

كتاب النكاح ٥٢٧

فصل في احكام الدخول ٥٥٨

فصل في المحرمات بالمصاهرة ٥٩٢

فصل في نكاح العبيد والاماء ٦٢١

فصل في الطواري ٦٤٠

فصل في العقد واحكامه ٦٤٤

فصل في مسائل متفرقة ٦٥٦

فصل في اولياء العقد ٦٦٤

كتاب الوصية ٦٨٩

في الموصى به ٧٠٣

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى