

تتمت بحمد الله تعالى في شهر ربيع الثاني سنة 1344

تعليمات
العمروه الواسع

المجلد الثاني

من باب الحج الى اخر ابواب الواسع

أيدته مكارم شيرازي



Princeton University Library



32101 060160973

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

--	--

Makarim al-Shirazi

تعليقات

على العروة الوثقى

«الجزء الثاني»

من كتاب الحج الى آخرا ابواب الوصية

وتليها رسالة حول مسألة الانشاء بالكتابة في جميع العقود والايقاعات

«تعليقات»

«تعليقات»

«تعليقات»

«تعليقات»

«تعليقات»

(REGAD)

BP174

.M34

mujallad 2

تأليف

مؤلفهات

المجلد الثاني

مؤلفهات

«اسم الكتاب» : تعليقات على العروة الوثقى - المجلد الثاني

«المؤلف» : آية الله ناصر مكارم الشيرازي

«الناشر» : مدرسة الامام امير المؤمنين «قم المقدسة»

«الطبعة» : الاولى سنة ١٣٠٩ هـ - ق

«المطبعة» : المطبعة العلمية - قم المقدسة

«العدد» : ١٥٠٠ نسخة



الفهرس

رقم الصفحة

العنوان

«كتاب الحج»

٩	المقدمة
١١	الفصل ١ - في وجوب الحج
١٢	الفصل ٢ - في شرائط حجة الاسلام
٤٩	الفصل ٣ - الحج الواجب بالئذر
٦٧	الفصل ٤ - في النيابة في الحج
٨٠	الفصل ٥ - في الوصية بالحج
٨٩	الفصل ٦ - في الحج المندوب
٩٠	الفصل ٧ - في اقسام العمرة
٩١	الفصل ٨ - في اقسام الحج
٩٦	الفصل ٩ - في صورة حج التمتع
١٠٣	الفصل ١٠ - في المواقيت
١٠٩	الفصل ١١ - في احكام المواقيت
١١٣	الفصل ١٢ - في مقدمات الاحرام
١١٦	الفصل ١٣ - في كيفية الاحرام

العنوان

رقم الصفحة

«كتاب الاجارة»

- ١٢٧ حقيقة الاجارة
١٢٧ الفصل ١ - في اركانها
١٣٤ الفصل ٢ - الاجارة من العقود اللازمة (واحكامها)
١٣٦ الفصل ٣ - يملك المستأجر المنفعة (واحكامها)
١٤٣ الفصل ٤ - العين المستأجرة في يد المستأجر امانة (واحكامها)
١٤٦ الفصل ٥ - يكفي في صحة الاجارة كون المستأجر مالكا للمنفعة
١٥٠ الفصل ٦ - لا يجوز اجارة الارض . . . بما يحصل منها
١٥٧ الفصل ٧ - في التنازع
١٦١ خاتمة (فيها عشرون مسألة متفرقة)

«كتاب المضاربة»

- ١٦٨ حقيقتها وشروطها واحكامها
١٩٥ خاتمة (في عشر مسائل متفرقة)

«كتاب الشركة»

- ٢٠٤ حقيقتها واقسامها واحكامها

«كتاب المزارعة»

- ٢١٠ حقيقتها وشروطها واحكامها
٢٢٦ مسائل متفرقة

«كتاب المساقات»

- ٢٢٩ حقيقتها وشروطها واحكامها

«كتاب الضمان»

- ٢٤٢ حقيقتها وشروطها واحكامها

العنوان	رقم الصفحة
«تمة» فيها مسائل متفرقة	٢٥٩
«كتاب الحوالة»	
حقيقتها وشرائطها واحكامها	٢٦٤
«كتاب النكاح»	
مستحبات النكاح ومكروهاته	٢٧٦
الفصل ١ - فيما يتعلق باحكام الدخول	٢٩١
الفصل ٢ - لايجوز وطى الزوجة قبل اكمال التسع	٢٩٣
الفصل ٣ - احكام العقد الدائم	٢٩٨
الفصل ٤ - احكام التزويج فى عدة الغير	٢٩٩
الفصل ٥ - فى المحرمات الابدية	٣٠٩
الفصل ٧ - فى المحرمات بالمصاهرة	٣١٢
الفصل ٨ - ٩ و ١٠ فى نكاح العبيد والاماء	-
الفصل ١١ - فى العقد واحكامه	٣٢٢
مسائل متفرقة	٣٣٠
الفصل ١٢ - فى اولياء العقد	٣٣٦
«كتاب الوصية»	
حقيقة الوصية واقسامها وشرائطها	٣٥٢
فصل فى الموصى به	٣٦٣
* * *	
«رسالة» فى جواز الانشاء بالكتابة «فى العقود والايقاعات»	٣٧٠

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي انعم علينا بفضله ، وهدانا بمنه وكرمه ، وعرفنا مواقف احسانه وفقهنا في دينه ، حتى اكمل لنا ديننا واتم نعمته علينا ، وما كنا لنهتدى لولا ان هدانا الله ، وصلى الله على اشرف بريته وخاتم رسله . محمد (ص) وعلى الاوصياء من ذريته ، ائمة الهدى ، ومصابيح الدجى ، واعلام التقى وذوى النهى ، لاسيما الامام الثانى عشر ، المهدي المنتظر ، عليه آلاف التحية والثناء .

ومما تجب الاشارة اليه في مقدمة هذا الكتاب ، ان الفقه ومعرفة احكام الاسلام عن ادلتها التفصيلية من الكتاب والسنة وغيرهما ، هو من اغنى العلوم الاسلامية واوسعها ، واتمها واكملها ، وليس هذا الامن اجل ان الكبار من علماء الاسلام في كل عصر وزمان قد بذلوا بكل ما في وسعهم من طاقة ، وبكل ما اعطوا من حذاقة ودقة ، في كشف مباني هذا العلم ، واخذ الفروع من الاصول ، ورد الفروع الى الاصول ، وقد تروا لنا نتيجة جهودهم المتواصلة آثاراً قيّمة وكتباً ثمينة ، لاتضاهيها في العظمة والسعة ما دون في ساير العلوم الاسلامية من الاسفار . وان دل هذا على شيء فانما يدل على اهمية هذا العلم ومدى ارتباطه بشؤون حياة الانسان في جميع ادوارها ، فشكر الله سعيهم وجزاهم عن الاسلام واهله خير الجزاء ولكن ليس هذا بمعنى انهم بلغوا بالفقه اقصاه ، ووصلوا بجهودهم الجبارة منتهاه ، واستولوا على قلله الرفيعة ، لانه على الرغم من ذلك كله ، لاتزال هناك

مباحث معقدة ونقاط غامضة تحتاج الى المزيد من البحث والتنقيب وسبر الاغوار للجيل الآتى ، كما يقف عليها المتتبع فى طبيّات تلك المباحث ، هذا « اولا »
« وثانيا » ثمة مسائل عند فقهاءنا (رضوان الله تعالى عليهم) تلقوها بحسن القبول ولذلك مضوا عنها بسهولة ، واليوم لانجدها دليلا كافيا ، بل نجد علامات الاستفهام تكتنفها من كل جانب ، مما يتطلب منا مزيدا من الجهد والعناية فى استنباط ادلتها وكشف مبانيها .

« وثالثا » ان الالم من ذلك كله انما هى المسائل المستحدثة والفروع المستجدة التى ظهرت وتظهر على مسرح حياة الانسان ، اثر التوسعة التى حصلت وتحصل باستمرار من الناحية الثقافية والاجماعية والاقتصادية والسياسية للجوامع البشرية ، اصف الى ذلك ما نعلمه من ابدية احكام الاسلام وعدم اختصاصه بزمان دون زمان ، ولا قوم دون قوم ، وان رسول الله ﷺ هو خاتم الانبياء ، ومبعوث الى الاسود والابيض ، وحينئذ كان لزاما علينا استنباط احكام جميع هذه المستحدثات من الكتاب والسنة وسائر الادلة المعروفة ، والافسوف يكون الطريق للتمسك بالاراء الظنية والاقيسة ، والاستحسانات ، والتشبث بالاهواء وغير ذلك من الطرق السقيمة مفتوحا .

واسوء من ذلك خطر احتلال القوانين التى صاغها الغرب والشرق مكان القوانين الاسلامية فى المستجدات من المسائل .

« ورابعا » لزوم المحافظة على التراث الفقهى الاصيل يستوجب ان يكون هناك دائما عدد كبير من العلماء والمفكرين فى الحوزة العلمية يهتمون بشئون هذا العلم ، ويسعون جادين الى تكامله يوماً بعد يوم ، وعصر أبعد عصر ، ويحولونه الى الاجيال القادمة بكل امانة .

ويجب ان ندعن لهذه الحقيقة ايضا ، ان علمائنا الافذان فى كل عصر وزمان وفى اصعب الظروف ، وحتى خلف ابواب السجون ، لم يألوا جهدا فى المحافظة على هذا التراث وتكامله ، والالم نكن قد ورثنا هذا التراث العظيم الذى هو اليوم بايدينا .

فالمسئولية تحتم علينا ان لانشغل انفسنا بامور تحول بيننا و بين اشتغالنا بهذا التراث الفقهي العظيم و تكامله حتى لا يطرأ عليه - لاسمع الله - اى ضعف وفتور من هذه الناحية - ومن الضروري ايضاً التركيز على نقطة هامة وهى ان كثيراً من علمائنا المعاصرين وغيرهم - مع الاسف - لم يبينوا فى كتبهم نتيجة بحوثهم ومطالعاتهم الفقهية الاستدلالية الابصورة الفتاوى المجردة ، فى عبارات قصيرة، دون ان يشيروا اجمالاً الى ادلتها ، فمثلاً نراهم قد اقتنعوا بتعابير امثال «الاقوى كذا» او «الاشبه او الاحوط كذا» (وهذا ما نلاحظه غالباً فى التعاليق والهوامش) فى حين نعلم انهم فى بعض تلك الموارد لم يتمكنوا من اصدار فتاواهم دون ان يتحملوا اعباء البحث والتنقيب عن الادلة اياماً طويلة .

فياحبذا لو كانوا قد اشاروا فى تعليقاتهم وغيرها فى جانب كل مسألة الى ادلتها بصورة اجمالية ، واذا ما لاحظنا تعاليق بعض الفقهاء الكبار الذين ادرجوا خلاصة تتبعهم (ولو فى بعض تعاليقهم) سوف نجدها ملهمة ومفيدة جداً ، فباليت كانت جميعاً كذلك .

ونحن قد حاولنا بتوفيق من الله سبحانه مع قصور الباع وضيق المجال لرفع هذه النقيصة وفتح باب على هذا النمط من التعليق ، حيث عمدنا فى هذا الكتاب ضمن بيان الفتوى فى كل مسألة الى اشارة اجمالية لمدار كهها ، وربما الى كيفية الاستدلال على اصل المسألة ، وربما الى نقاط ضعف الادلة الاخرى ، وبذلك كنا قد وضعنا عصارة جهودنا فى متناول القراء الكرام .

ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان ولا تجعل فى قلوبنا غلا
للذين آمنوا ربنا انك رؤوف رحيم .

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

قم المشرفة - ناصر مكارم الشيرازى

٢١ من المحرم الحرام سنة ١٤٠٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحج

هو احد از كان الدين ومن اوكد فرائض المسلمين

* وقد اشار في المتن الى بعض مثوباته ، وبعض عقوبات التارك له وينبغي ان يلاحظ الى جنب هذه المثوبات العظيمة الجليلة العلل التي لاجلها شرع الحج ثم العمل بما يقرب الحاج الى تحصيلها ، والوصول الى مغزاها فقد قال الله تعالى «ليشهدوا منافع لهم» فما هذه المنافع ؟ وهي كثيرة اشير اليها في روايات المعصومين عليهم السلام : منها تربية النفوس ، وتهذيب الاخلاق وتحكيم مباني التقوى والخلوص ، والخروج عن الذنوب كيوم ولدته امه ، والتهيأ لتركها في مستقبل ايامه ، وهذا من اعظم منافع الحج ، واهم فوائده وبركاته ، ولا يحصل ذلك الا بذكرى اسرار هذا التشريع العظيم وفق ما ورد في روايات المعصومين عليهم السلام : ويشهده تاريخ شيخ الانبياء ، ابراهيم الخليل (ع) فانه المؤسس له بامر من الله تعالى ، وكثير من افعال الحج حاكية عن وقفات حياته ، ومسيره الى ربه ، والان دفاع الى طاعته ، وقبول بلائه .

فلوان عبداً خرج الى الحج عالماً بهذه الاسرار الخفية ، ملازماً لما يقتضيها

مجاهداً مخلصاً ، وافداً الى الله ، لائر الحج في نفسه اثرأ لايزول الى آخر عمره
وطيلة حياته ، ويطهره طهارة تبقى الى يوم يلقي ربه .

والى جانب تأثير الحج فى طهارة النفوس وتزكية الارواح اثره السياسى
القوى فى تحكيم الدين ، وعز المسلمين ، ومزيد شوكتهم ، وتوحيد كلمتهم ،
وجعلهم فى مقابل الاعداء صفأ واحداً كأنهم بنيان مرصوص .

مع ما فيه من النظر فى مشا كل المسلمين ، وما ابتلوا به من الاعداء وكشف
طرق دفعهم ، وتحصيل العدة والعدة فى مقابلهم ، فان الحج موقف كبير لانظير
له فى الدنيا ، وقد كان نبينا ﷺ يغتنم هذه الفرصة الكريمة لدفع الشرك والضلال
وقسم ظهر اهل النفاق والشقاق .

ومن المؤسف جداً ان المسلمين لاينتفعون من الحج من هذه الناحية ،
بل ولا من الناحية الاخلاقية ، بل يكتفون بظواهر منه ، وبقي الحج بين كثير منهم
كجسد لاروح فيه ، وبنيان لاهل له ، وكفك فى ذلك ما قاله مولانا امير المؤمنين
عليه السلام عند بيان اسرار الاحكام :

فرض الله الايمان تطهيراً من الشرك والصلاة تنزيهاً عن الكبر . . .
والحج تقربة للدين (او تقوية للدين) (١)

وقد قال الامام على بن موسى الرضا عليه السلام فيما رواه عنه الفضل بن شاذان
فى حديث قال :

انما امرؤ بالحج لعله الوفادة الى الله عزوجل ، وطلب الزيادة ،
والخروج من كل ما اقتترف العبد ، تائباً مما مضى ، مستأنفاً لما يستقبل ...
مع الخضوع والاستكانة والتعدل .

مع ما فى ذلك لجميع الخلق من المنافع لجميع من فى شرق الارض وغربها
ومن فى البر والبحر ممن يحج ومن لم يحج ، من بين تاجر وجالب وبائع ومشتري

وكاسب ومسكين ومكابر وفقير، وقضاء حوائج اهل الاطراف ، فى المواضع الممكن لهم الاجتماع فيه .

مع ما فيه من التفقه ونقل اخبار الائمة الى كل صقع وناحية ، كما قال الله عز وجل فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون ، وليشهدوا منافع لهم ، (١) .

وقال الصادق عليه السلام فيما رواه هشام بن الحكم عنه فى جواب السؤال عن علة تكليف العباد بالحج .

«ان الله خلق الخلق . . . وامرهم بما يكون من امر الطاعة فى الدين ، ومصالحتهم من امر دنياهم ، فجعل فيه الاجتماع من الشرق والغرب ليتعارفوا ولينزع كل قوم من التجارات من بلد الى بلد . . . ولتعرف آثار رسول الله صلى الله عليه وسلم وتعرف اخباره ، ويذكر ، ولا ينسى ، ولو كان كل قوم انما يتكلمون على بلادهم وما فيها هلكوا وخربت البلاد وسقطت الجلب والارباح وعميت الاخيار ولم تفقوا على ذلك فذلك علة الحج (٢) .

فعلة وجوب الحج تركز على جهات اربع ، اخلاقية ، وسياسية ، واقتصادية وثقافية وفقاً لما روى عن اهل بيت العصمة عليهم السلام .

الفصل - ١

ومسكروه (مسكرو وجوبه) فى سلك الكافرين

* «اذا رجع انكاره الى انكار النبى صلى الله عليه وسلم وذلك لا يكون الا بعد العلم بكونه ثابتاً قطعاً من شرع الاسلام وكذا ما ذكره فى حكم التارك له مستخفاً به

المسألة ١ - لاختلاف فى ان وجوب الحج بعد تحقق الشرائط فورى .

(١) وسائل الشيعة ج ٨ كتاب الحج ابواب وجوب الحج الباب ١ الحديث ١٥

(٢) نفس المصدر الحديث ١٨

* والاصل فيه قوله تعالى « لله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »
لانه في حكم الامر والامر دال على الوجوب فوراً على المختار ، بل دلالة آكد
من الامر ، لانه يدل على ان الحج دين الهى ، والدين واجب الاداء فوراً الا
مادل دليل على جواز تأخيره ، مضافاً الى الاخبار الخاصة الدالة على فورية الحج
المسألة ٢ - لو توقف ادراك الحج بعد حصول الاستطاعة على مقدمات...

على وجه يدرك الحج في تلك السنة .

* «بل ولو ادركه في السنين الآتية كما في زماننا هذا بالنسبة الى كثير من الناس»

المسألة ٢ - ولو تعددت الرفقة ... اختار او ثقهم سلامة وادراكا .

* «بل الاقوى كفاية الوثوق ، واما وجوب اختيار الاوثق فلا دليل عليه وان كان
احوط واولى» والوجه فيه ظاهر .

المسألة ٢ - وان لم يكن آثماً بالتأخير

* «عدم الاثم انما هو في فرض الوثوق بوجودان الرفقة والتمكن من المسير والافلا
يبعد الاثم» .

الفصل - ٢

ولاعلى المجنون وان كان ادواريا اذالم يف دورا فاقته باتيان الاعمال

* واذا وقت لنفس الاعمال ولكن لم تف بمقدماته فهل يجب على الولى الامر بمن يبعثه
الى فعل المقدمات كالذهاب الى الميقات ليحج بعد الافافة فيه اشكال

المسألة ١ - انه (حج الصبى) مشروط باذنه (باذن الولى) لاستتباعه المال

فى بعض الاحوال .

* هذا الدليل غير تام ، لالما ذكره الماتن فقط من انه ليس تصرفاً مالياً وان
كان ربما يستتبع المال ، بل لانه اذالم يكن للصبى مال او كان له ولم يأذن
وليه فهو كالعاجز عن الهدى والكفارة فلا يكون هذا مانعاً من حج الصبى ، هذا

مضافاً الى انه قديكون هناك باذل للمال فالدليل اخص من المدعى .

المسألة ٢ - وكذا المجنون (يستحب على الولي ان يحرمه) وان كان

لا يخلو عن اشكال .

* «الأحوط ان يؤتى به رجاءاً ويؤتى عن المجنون ما يؤتى عن الصبي المميز او غير المميز» .

المسألة ٣ - ولا بد من ان يكون طاهراً او متوضئاً ولو بصورة الوضوء

* «صورة الوضوء لا يوجب الطهارة فلا يصح الطواف به واشكل منه الوضوء عن الصبي ، فانه لا يوجب طهارته وحيث ان الطواف مشروط بالوضوء فلا محيص الا من طواف الولي عنه» .

المسألة ٣ - لا يلزم كون الولي محرماً في الاحرام بالصبي .

* «لا يخلو من اشكال» لان النصوص قاصرة عنه .

المسألة ٤ - ممن يتولى امر الصبي ويتكفله وان لم يكن ولياً شرعياً

* « لكن لا بد ان يكون ذلك باذن الولي الشرعي » فان الحج بالصبي مثل ساير الافعال القائمة به يحتاج الى اذنه ، فاذا اذن جاز لغيره تكفل امره ولعله مراد المشهور وكذلك الامر في المميز

المسألة ٥ - النفقة الزائدة على نفقة الحضر على الولي . . . او يكون

السفر مصلحة له .

* «او يكون نفس الحج - لا السفر - مصلحة له من ناحية التربية الدينية وغيرها»

المسألة ٦ - الهدى على الولي .

* «الا ان يكون للصبي مال ، وكان الحج مصلحة له ولو مع صرف مال فيحتمل

حينئذ ان يكون في مال الصبي» وشمول النص لمثل هذا غير معلوم فتأمل

المسألة ٦ - بل هو الاقوى (يعنى تكفل الولي للكفارة في غير الصيد)

* «لا قوة فيه» وانصراف النصوص عنه قوى وقياسه على الصيد مع الفارق كما لا يخفى .

المسألة ٧ - وكذا اذا حج المجنون ندباً ثم كمل قبل المشعر .

* «قد عرفت الاشكال فى اصل حج المجنون» وانه يؤتى به رجاء .

المسألة ٨ - اذا مشى الصبى الى الحج فبلغ قبل ان يحرم من الميقات وكان مستطيعاً .

* ويكفى فى استطاعته كونه مستطيعاً من ذلك الموضع كما لا يخفى .

المسألة ٩ - اذا حج باعتقاد انه غير بالغ ندباً فبان بعد الحج انه كان بالغاً

* «فى المسألة اشكال» وهى مبنية على ان عنوان حجة الاسلام من العناوين القصدية فهذا الحج غير كاف ، لان المفروض انه لم يقصدها ، او هو اول حج يأتى به المستطيع فيكفيه ذلك الحج وان لم ينو هذا العنوان ، كما فى عنوانى القصر والاطماف على المختار ، ولا يترك الاحتياط ، لاحتمال اعتبار القيد المذكور نعم اذا قصد المأمور به الواقعى اجمالاً بعنوانه ، فلا اشكال فى كفايته وان اخطأ فى التطبيق ، وسيأتى من المصنف هذا التفصيل فى المسألة ٢٥ والعجب انه لم يذكره هنا .

الثانى - من الشروط ، الحرية

* «وحيث ان مسائل العبيد والاماء خارجة عن محل الابتلاء اغمضنا عن البحث فيها» .

الثالث الاستطاعة

المسألة ١ - بل يشترط فيه (فى وجوب الحج) الاستطاعة الشرعية

* «يمكن ان يقال الاستطاعة المعتبرة فى الحج هى الاستطاعة العرفية لا العقلية ولا الشرعية التعبدية ، ولا العرفية بالقوة ، فاعتبار الزاد والراحلة وغيرهما انما

هو في صورة الحاجة اليها لاغير» ويدل على ذلك امور:
اولها : ظهور اطلاق الآية الشريفة والروايات ، وعدم الصارف عنها ، واما
اعتبار الاستطاعة الشرعية سواء كان بمعنى الشرط التعبدى ، او ثبوت الحقيقة
الشرعية لها ، لادليل عليه ابدأ ، لاسيما الثانى ، الا باخراج الادلة عن ظهورها و
الجمود على اعتبار الزاد والراحلة من غير الاعتناء بما يفهمه العرف منها .
ثانيها : استمرار السيرة من لدن زمن النبى ﷺ الى يومنا هذا على حج
المشاة ، او طى بعض الطريق راكباً وبعضه ماشياً ، ولم يرد الانكار عليه في روايات
المعصومين عليهم السلام وهذا ايضا يكشف عما ذكرنا .
ثالثها : الروايات المصرحة بما عرفت ، التى لم يثبت اعراض الاصحاب عنها
ولا يمكن حملها على الحج المندوب كما لا يخفى على من راجعها ، فلا تغتر اذاً
باطلاق ظاهر الفتاوى باعتبار الراحلة فى الاستطاعة ، فانها كالتصوص ناظرة الى
المعنى العرفى .

المسألة ٢ - لافرق فى اشتراط وجود الراحلة بين القريب والبعيد

* «قد مر» عدم اعتبار الراحلة الا عند الحاجة اليها» لاسيما بالنسبة الى اهل
مكة ، وسيرة المسلمين من لدن زمن النبى ﷺ الى زماننا هذا قد استقرت على
خلافه ، لوجود المشاة فى الحاج دائماً من دون فرق بين الواجب والمستحب
واما بالنسبة الى اهل مكة فالامر اظهر ، لان الاستطاعة بمقتضى الآية الشريفة
انما هو للوصول اليها ، وهذا امر حاصل بالنسبة اليهم ، ولعمري ان الجمود
الذى يرى من بعض الاعاظم (رحمهم الله جميعاً) فى هذا المقام عجيب ، لا يساعد
عليه الادلة ، ولا يفهم العرف .

المسألة ٣ - من غير فرق بين علف الدابة وغيره .

* ومن غير فرق بين زاد نفسه وزاد من يعينه على الحج عند الحاجة اليه .

المسألة ٤ - بل الظاهر اعتباره (اعتبار المركب) من حيث الضعة والشرف كما وكيفاً .

* «لكن المراد بالضعفة والشرف ليس الاعتبار الوهمية الموجودة عند كثير من الناس بل يختص بما يعد عيباً ونقصاً ومهانة وذلة» .

المسألة ٥ - وان كانت الآية والايخار مطلقة .

* «اطلاق الآية والايخار من هذه الجهة غير معلوم» بل هي منصرفه الى ما لا يوجب المهانة والذل والعسر والحرج ، ولا اقل من الشك في اطلاقها ، فاناً لانحتاج الى دليل للتقييد او التخصيص ، كدليل الحرج والضرر حتى يقال قد لاتصل المهانة الى هذا الحد ، واما ماورد في روايات عديدة من «وجوبه ولو على حمار اجدع» او شبهه ، فهي ناظرة الى ما لا يلزم منه ما ذكر .

المسألة ٥ - اذا لم يكن عنده الزاد ولكن كان كسوباً ...

* «ولكن لا يكفيه عن حجة الاسلام» بعد ما عرفت من ان الاقوى عدم وجوبه عليه .

المسألة ٦ - انما يعتبر الاستطاعة من مكانه لا من بلده .

* نعم صرح بعضهم كالشهيد الثاني فيما حكى عنه باعتبار كون الحج من بلده الذى توطنه ، ولكن لا دليل عليه بعد اطلاق الادلة ووجوب الحج البلدى عن الميت على القول به لا ربط له بما نحن فيه ، وسيأتى عدم وجوبه ايضاً ان شاء الله .

المسألة ٧ - اذا كان من شأنه ركوب المحمل .

* قد عرفت معنى الشأن فى هذه الموارد فى المسألة الرابعة فلا نعيد .

المسألة ٨ - بل لو توقف على بيع املاكه بأقل من ثمن المثل (لا يجوز

له تأخير الحج) .

* «فى اطلاقه تأمل بل المدار فى ذلك كله على الاستطاعة العرفية ، ومن الواضح انه لو لم يكن عنده مال واضطر الى بيع بعض املاكه بعشر قيمتها مثلاً لا يعد

مستطيعاً عرفاً» ، وان كان له املاك كثيرة وكذا ما اشبهه ، فلانحتاج الى ادلة نفي الضرر والخرج وان كانت منطبقة على ما نحن فيه احياناً .

المسألة ٩ - اذا لم يكن (البلد الاخر) ابعد من وطنه .

* «الاولى ان يقال اذا لم يكن اكثر مؤونة من وطنه» فان مجرد الابعدية لا يكون موجبا لكثرة المؤونة دائما ، بل قديكون الابعد اقل مؤونة من الاقرب .

المسألة ١٠ - ولا كتب العلم لاهله التي لا بدله منها .

* «تقييد الكتب العلمية بكونها مما لا بد منها بل وكذا كون العلم مما يجب تحصيله لاموجب له، بل يكفي كونهما لائقين بحاله كما في اللباس والحلى وغيرها»

المسألة ١٠ - لا ستلزام التكليف بصرفها (اي صرف ما يحتاج اليه في

حياته) في الحج العسر والخرج

* «المدار دائما على الاستطاعة العرفية وليس مدارها على ما لايلزم منه العسر» بل هي امر عرفي مستقل عنه ودائرتها العسر والخرج جداً ، فكثيراً ما لايلزم من بيع بعض الثياب او تبديل الدار بدار اقل قيمة او بيع الحلى وغيرها العسر والخرج ، مع ان الاستطاعة العرفية غير موجودة فلايجبر المكلف ببيعها وتحصيل الاستطاعة وهكذا الكلام في المركب والسلاح، وآلات الصناعة وشبهها ، دليلنا ظهور لفظ الاستطاعة في الاية الشريفة وروايات الباب فيما ذكرنا ، بل وجريان السيرة المستمرة عليه .

المسألة ١١ - لو كان بيده دار موقوفة تكفيه لسكناه وكان عنده دار مملوكة

فالظاهر وجوب بيع المملوكة .

* «الظهور ممنوع ، لان المتعارف في غالب الناس كون دار مملوك لهم من شؤونهم» سواء في حياتهم او لاطفالهم الصغار بعد وفاتهم ، وان امكنهم رفع الحاجة بدار موقوفة ، ولذا كل من يقدر على ذلك ينتقل من الموقوفة الى المملوكة ، فما ذكره مجرد فرض غالباً ، لاسيما اذا كان الوقف عاماً ينتفع منه غيره ايضا ،

والحاصل انه ليس المدار على العسر والخرج كما ذكره ، بل عنوان الاستطاعة عنوان مستقل برأسه كما عرفت .

المسألة ١٢ - نعم لو كانت الزيادة قليلة جداً (زيادة المستثنيات كالدار والثياب) بحيث لا يعتنى بها امكن دعوى عدم الوجوب (عدم وجوب التبديل بأقل) .

* « وهكذا اذا كانت الزيادة كثيرة ولكن لا يعد اسرافاً في حقه وزائداً عن شأنه » وان شئت قلت ان الشأن قد يكون ذو مراتب ، منه ما يكون فى الحد الاقل بحيث يكون الانقص منه عيباً ومهانة ، وقد يكون فى الحد الاعلى بحيث يكون ازيد منه اسرافاً وخر وجا عن زيته ، فيجوز بين الحدين ، وان كان الفرق كثيراً وذلك لان بيع الدار مثلاً خارج عن موضوع الاستطاعة (والدور مختلفة جداً) مضافاً الى استقرار السيرة على ما ذكرنا .

المسألة ١٣ - ففي جواز شرائها (الدار وشبهه من المستثنيات) وترك الحج اشكال بل الاقوى عدم جوازه .

* « الاقوى جواز ابتياع الدار الذى مورد الحاجة وترك الحج » لانه لا يعد مستطاعاً عرفاً وقد عرفت ، ان المعتبر فى الاستطاعة هو الاستطاعة العرفية ولا يشترط فيها الجرح كما عرفت ، ولا فرق عند العرف بين الدار الموجود وبين ثمنه اذا صرفه فيه .

المسألة ١٣ - ولو باعها (الدار وشبهه) لا يقصد التبديل وجب بعد البيع صرف ثمنها فى الحج الامع الضرورة اليها على حد الجرح .

* « هذا اذا كان بائياً على عدم اشتراء الدار وشبهه » كمن كان بائياً على القناعة بالدار الاستيجارى طول حياته فمثله يعد مستطاعاً مع النقد الموجود .

المسألة ١٤ - والاقوى وفاقاً لجماعة اخرى عدم وجوبه (اي الحج) مع كون ترك التزويج حرجاً عليه .

* «قد عرفت انه لا يعتبر الحرج في امثال المقام بل اذا عد التزويج من حاجاته العرفية يجوز له صرف المال فيه وترك الحج» الا اذا اعرض عنه وبنى على عدمه، والعجب انه جعل المدار في ذيل كلامه على الاستطاعة العرفية ، وفي صدره على الحرج والمرض والخوف من الوقوع في الزنا ، مع ان مدار المسألة واحد .

المسألة ١٥ - وكذا لو كان الدين مؤجلاً وكان المديون باذلاً قبل الاجل لو طالبه (يعدم مستطيعاً)

* بحيث عد في نظر العرف كالمال الموجود لا كتحصيل المال ، والمقامات مختلفة ، ففي الفرض الاول يعد مستطيعاً عرفاً دون الثاني .

المسألة ١٥ - بل الظاهر عدم الوجوب لو لم يكن واثقاً ببذله مع المطالبة * «لا يبعد وجوب المطالبة اذا احتمل البذل» مع الشرط الذي ذكرناه في المسألة السابقة ، لانه يكون كالمحاسبة والاختبار لكشف الحال وكونه مستطيعاً ام لا التي لا اشكال في وجوبها .

المسألة ١٦ - لانه (اي الاستقراض) تحصيل للاستطاعة وهو غير واجب * «بل لا يكون تحصيلاً للاستطاعة ، لان المال الموجود بالاقتراض لا يجعل الانسان مستطيعاً عرفاً ، وان صار مستطيعاً عقلاً» .

المسألة ١٦ - نعم لو كان له مال غائب لا يمكن صرفه في الحج فعلاً ... وامكنه الاستقراض ... فالظاهر وجوبه .

* « اذا لم يكن فيه ذل ومهانة » بل كل الاستقراض في مثله متعارفاً في ساير الحوائج، هذا بالنسبة الى ما قبل الاقتراض واما بعده فلا اشكال في صدق الاستطاعة عليه مطلقاً .

المسألة ١٧ - واما صحيح معاوية بن عمار ... وخبر عبدالرحمن ... (الذين يدلان على وجوب حجة الاسلام على من اطاق المشى) فمحمولان على الصورة التي ذكرنا .

* يمكن ان يقال ظاهر الرواية الاولى وجوب الحج عليه اذا اطاق المشى ولم يحتج الى مصارف زائدة ، فلا يحمل على الاستحباب ، بناءً على ما عرفت من ان اشتراط وجود الراحلة انما هو في فرض الحاجة ، ويحتمل حمل الثاني ايضاً عليه ، واما حملهما على الاستحباب او على من استقر عليه الحج فكلاهما بعيدان .

المسألة ١٧ - لا يوجد للتخيير . ولالتعيين تقديم الحج . . . بعد كون الوجوب . . . مشروطاً بالاستطاعة .

* وخلاصة الكلام انه اذا تعارض واجبان احدهما مطلق والاخر مشروط ، والعمل بالمطلق يوجب انتفاء الشرط ، فاللازم تقديم المطلق لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه والمقام من هذا القبيل .

المسألة ١٧ - فانه (اي الحج) مشروط بالاستطاعة الشرعية .

* «قد عرفت ان المعبر الاستطاعة العرفية» هذا مضافاً الى انه لا اثر لهذا القيد هنا لان الاستطاعة بكلا المعنيين منتفية هنا .

المسألة ١٧ - لاهمية حق الناس من حق الله ، لكنه ممنوع .

* وهو جيد لان ما اشتهر من ان حق الناس مقدم على حق الله مطلقاً غير ثابت ، بل قد يكون بالعكس ولا بد ان يقدم حق الله ، وقد يستويان ، والمقامات مختلفة كما لا يخفى على من لاحظ ابواب الفقه ، وعلى كل حال الاخذ بالتخيير هنا قوى الا اذا قدر على الجمع فانه يجمع بينهما .

المسألة ١٨ - فحاله (اي حال من حصل له دين) حال تلف المال من

دون دين .

* يعنى تلف ماله الذي يحج به ، فان الدين يكون بمنزلة تلف هذا المال .

المسألة ١٩ - التخيير او تقديم حق الناس او تقديم السابق .

* «قد عرفت ان الاقوى هو التخيير لعدم دليل على تقديم شيء منها» .

المسألة ٢٠ - اذا كان عليه دين مؤجل بأجل طويل جداً .

* قد عرفت ان الامد الطويل غير لازم ، بل المدار على عدم كونه مطالباً فعلاً مع انه يقدر على ادائه بعداً .

المسألة ٢٠ - وكالدين ممن بنائه على البراء (فانه لا يمنع من الاستطاعة)

* «اذا لم يكن في قبول البراء مهانة وذلة وكان ممن وعده موثوق به» .

المسألة ٢١ - اذا شك في مقدار ماله . . . هل يجب عليه الفحص . . .

وجهان: احوطهما ذلك .

* «بل الاقوى وجوب الفحص فيما لا يعلم عادة الاب» لبناء العقلاء على ذلك وامضاء الشارع له ومثله مستثنى من عدم وجوب الفحص في الشبهات الموضوعية الذي دليله الاجماع او الاطلاقات كما حققناه في محله .

المسألة ٢٢ - استصحاباً لبقاء الغائب .

* قد يقال ان استصحاب المال الغائب لا يثبت كونه في يده بعد الرجوع ، فانه من الاصل المثبت ، ولكن يمكن ان يجاب عنه بان مجرد وجوده بحكم الاستصحاب في موطن يمكن الوصول اليه كاف في صدق الاستطاعة ولا يحتاج الى امر آخر .

المسألة ٢٣ - اذا حصل عنده ما يكفيه للحج يجوز له قبل ان يتمكن من المسير ان يتصرف فيه بما يخرج عنه الاستطاعة .

* «اذا علم انه يتمكن من المسير في اوانه بحسب العادة او اذا لم يحصل مانع غير مترقب يشكل صرف ماله فيما لا يحتاج اليه» لصدق الاستطاعة عليه عرفاً لان التمكن من المسير انما يجب في ظرفه ، والمفروض انه حاصل ، والمال موجود حالاً ولا اقل من الاحتياط .

المسألة ٢٣ - نعم لو كان قصده في ذلك التصرف الفرار من الحج . . .

امكن ان يقال بعدم الصحة .

* «مجرد قصد الفرار عن الحج لا يوجب فساد الهبة» هذا مضافاً الى ان المعروف ان

النهي المتعلق بالمعاملة لا يوجب فسادها ، سواء تعلق بامر خارج او داخل فتعليقه الذي ذكره في المتن غير تام .

المسألة ٢٣- فلو تلف في الصورة الاولى (اي اذا كان متمكناً من التصرف في المال) بقي وجوب الحج مستقراً عليه .
* الاحسن ان يقال فلو تلفه او قصر في حفظه استقر الحج عليه ، والا فمجرد التلف الخارج عن الاختيار يخرج عن الاستطاعة .

المسألة ٢٤- اذا وصل ماله الى حد الاستطاعة لكنه كان جاهلاً به . . .
* «صدق الاستطاعة مع الجهل او الغفلة لاعن تفسير مشكل جداً» فان العلم والالتفات من مقوماتها ، اللهم الا ان يقال ان موضوع الاستطاعة هو الزاد والراحلة وشبههما وهي حاصلة على الفرض ولكن المسألة لا تخلو عن اشكال ، والاحتياط سبيل النجاة .

المسألة ٢٥- وان قصد الامر الندي على وجه التقييد لم يجز عنها .
* «الاقوى هو الاجزاء» لما ذكرناه مراراً من انه يكفي في صحة العبادة الحسن الفعلي والفاعلي ، وهما حاصلان هنا ، والتقييد لا يضرهما ، نعم بناءً على لزوم قصد امره لا يصح .

المسألة ٢٦- وان كان حجه صحيحاً .

* يعني ندباً ولكنه منوط بصحة صدور الحج الندي عن المستطيع .

المسألة ٢٧- هل تكفي في الاستطاعة، الملكية المتزلزلة . . . وجهان:
اقواهما العدم .

* «بل الاقوى هو الكفاية» لاستصحاب عدم الفسخ الا ان يثق بالفسخ ، اما مجرد الاحتمال لا يمنع العقلاء عن الجرى نحو مراداتهم فيصدق الاستطاعة عرفاً .

المسألة ٢٨- يشترط في وجوب الحج ... بقاء المال الى تمام الاعمال

* «هذا اذا احتاج الى الزاد والراحلة في اعماله كما اشرنا اليه سابقاً» .

المسألة ٢٩ - اذا تلف بعد تمام الاعمال مؤنة عوده الى وطنه . . .

فهو يكفيه عن حجة الاسلام او لا وجهان : لايبعد الاجزاء .

* والاحسن ان يستدل له بانه كان مستطيعاً عند الاثيان بالحج ، وكان

عنده مؤنة الرجوع ، ثم تبدل الموضوع بعد الاثيان بالحج ، ومن الواضح ان

تبدل الموضوع لا يؤثر في صحة عمله السابق .

المسألة ٢٩ - بل يمكن ان يقال بذلك اذا تلف في اثناء الحج .

* «لا يخلو عن اشكال» الا اذا كان عنده ما يتم الحج ، ولولم تكن عنده مؤنة الرجوع

الى وطنه .

المسألة ٣٠ - فلو حصل (اي الزاد والراحلة) بالاباحة اللازمة كفي في

الوجوب لصدق الاستطاعة .

* وقد يتوهم لزوم الملك استناداً الى ماورد في قوله إِن يَبْلُغِ ان يكون له زاد وراحلة

وشبه ذلك ، ولكن قد عرفت انه ليس للاستطاعة حقيقة شرعية بل المراد معناها

العرفي ، ومن الواضح انه اعم وحمل اللام على الاعم من الملكية قريب جداً ،

وقد ذكرنا ايضاً ان المعترف فيها كونها بالفعل فالنقض عليه بلزوم حصولها باباحة

المعادن وغيرها شرعاً لكل انسان عجيب .

المسألة ٣٠ - فلو شرط احد المتعاملين على الاخر في ضمن عقد لازم

ان يكون له التصرف في ماله وجب عليه الحج .

* «كون العقد لازماً غير لازم» ، لما عرفت في المسألة ٢٦ عدم اعتبار اللزوم في

صدق الاستطاعة .

المسألة ٣١ - لو اوصى له بما يكفيه للحج فالظاهر وجوب الحج . . .

خصوصاً اذا لم يعتبر القبول .

* «بل يمكن القول بوجوب الحج عليه حتى على القول باعتبار القبول ايضاً» لصدق

الاستطاعة عرفاً ، ومجرد توقفه على القبول لما لم يكن فيه مؤنة كثيرة غير مانع

المسألة ٣٢ - اذا نذر قبل حصول الاستطاعة ان يزور الحسين عليه

السلام في كل عرفة ثم حصلت لم يجب عليه الحج .

* «بل يجب عليه الحج ولا يبقى مجال للنذر لان موضوعه العمل الراجح في ظرفه»

وهنا ليس كذلك والقول بان الحج ايضاً مشروط بالاستطاعة ، والنذر رافع

لموضوعه ، ممنوع ، بان الاستطاعة ليست الا وجود الزاد والراحلة وشبههما

واما مانعية واجب آخر منه فهي من باب الاخذ بالاهم لا انها داخلية فسي مفهوم

الاستطاعة عرفاً .

المسألة ٣٢ - وان لم يكن ذلك الواجب اهم من الحج .

* «بل اللازم كونه اهم» لما عرفت آنفاً ، وقوله لان العذر الشرعي كالعقلى في

المنع من الوجوب كما ترى .

المسألة ٣٢ - وحينئذ فان بقيت الاستطاعة الى العام القابل وجب الحج

فيه والافلا .

* «لا يخلو عن اشكال» يظهر وجهه مما مر قريباً .

المسألة ٣٣ - وتارة يكون على نحو الواجب المعلق .

* «قد حققنا في الاصول انه لا معنى محصل للواجب المعلق» فحينئذ لا يبقى

مجال لهذا البحث على المختار .

المسألة ٣٣ - والسر في ذلك ان وجوب الحج مشروط والنذر مطلق

فوجوبه يمنع من تحقق الاستطاعة .

* «قد عرفت في المسألة السابقة الاشكال في ذلك وان الامر بالعكس فالنذر مشروط

بالرجحان ، واما حقيقة الاستطاعة ليست الا وجودان الزاد والراحلة وشبههما فاذا

حصلت منعت من رجحان النذر» ولزم العمل به دون النذر فالواجب هو الحج في

جميع صور المسألة .

المسألة ٣٣ - ولا (فرق) بين كون البازل موثوقاً به أولاً على الأقوى

* «المدار على صدق الاستطاعة فلو كانت متزلزلة اشكل الحكم والروايات الدالة على حكم البذل ليست دليلاً على حكم تعبدى» بل هي بيان لمصدق قوله تعالى «لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً» وقد عرفت ان الاستطاعة امر عرفي وليست لها حقيقة شرعية .

المسألة ٣٥ - لو كان (الدين) حالاً . . . مع فرض تمكنه من ادائه لولم

يُحج . . . ففي كونه مانعاً أولاً وجهان .

* «لا يبعد تقديم أداء الدين» لانه يمنع عن الاستطاعة، لما عرفت من انها حاصلة، بل لان الحج هنا مزاحم بواجب آخر لعله اقوى ملا كما منه كما لا يخفى .

المسألة ٣٦ - لا يشترط الرجوع الى كفاية في الاستطاعة البذلية .

* ويدل عليه صدق الاستطاعة هنا مضافاً الى اطلاق الروايات الواردة في مسألة البذل .

المسألة ٣٧ - اما لو وهبه ولم يذكر الحج فالظاهر عدم وجوب القبول

كما عن المشهور .

* «الشهرة غير ثابتة ولو ثبتت لم تكن حجة ووجوب القبول هو الاقوى اذا لم يكن فيها محذور» ولعل القائلين بعدم وجوب القبول ذهبوا الى ان حكم البذل حكم تعبدى خاص ، مع ان الظاهر كونه تفسيراً عرفياً للاية الشريفة ، والقبول وان كان اكتساباً ولكن مثل هذا الاكتساب اسهل الهيبء غير مانع من صدق الاستطاعة عرفاً .

المسألة ٣٨ - لو وقف شخص لمن يحج ، او وصى او نذر كذلك . . .

وجب عليه ، لصدق الاستطاعة بل اطلاق الاخبار .

* فانه من اوضح مصاديق قوله «من عرض عليه الحج...» الوارد فيما رواه «محمد بن مسلم» «وابو بصير» .

المسألة ٣٩ - لو اعطاه ما يكفيه للحج خمسا او زكاة وشرط عليه ان يحج

به فالظاهر الصحة

* «لادليل على صحة هذا الشرط من ناحية المالك ، نعم لو اعطاء الحاكم الشرعي وشرط عليه هذا المعنى لمصلحة امكن القول بصحته» اما لو اعطاء من باب سهم سبيل الله ولم ينطبق هذا العنوان عليه الامن جهة الحج وجب عليه الحج به ولو بدون هذا الشرط .

المسألة ٤٠ - الحج البدلي مجز عن حجة الاسلام .

* لصراحة بعض رواياتها ، وظهور بعض آخر في ذلك

المسألة ٤١ - وفي جواز رجوعه عنه بعده (رجوع البازل عن بذله

بعد الاحرام) وجهان .

* «والاحوط لولا الاقوى عدم جواز الرجوع» بناءً على وجوب الاتمام عليه بعد الاحرام .

المسألة ٤١ - او بعد تصرف الموهوب له .

* «الاقوى ان مجرد التصرف في مال الهبة لا يمنع عن الرجوع الا اذا لم تكن الهبة قائمة بعينها» كما في صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام الذي هو الاصل في المسألة (راجع ٨/١ من احكام الهبات) وبه يخصص اصالة اللزوم في المسألة ، ولعل مراد المشهور من التصرف المانع عن الرجوع ايضاً ذلك فتأمل .

المسألة ٤٢ - اذا رجع البازل في اثناء الطريق ففي وجوب نفقة العود

عليه او لا وجهان .

* «الاحوط لولا الاقوى هو الوجوب» لان البازل هو السبب في ذلك ولقاعدة الغرور فتأمل .

المسألة ٤٣ - اذا بذل لاحد اثنين او ثلاثة فالظاهر الوجوب عليهم

كفاية .

* قد يقال بعدم شمول ادلة الاستطاعة ولا دلة الحج البدلي له ، ولكن قد عرفت

ان الاستطاعة العرفية هي الملاك في المقام ، وهي حاصلة هنا نعم استقرار الحج على جميعهم لو تر كوا محل اشكال للعلم بعدم استطاعتهم جميعاً ، ولكن استقرار الحج على واحد بنحو الواجب الكفائي ايضاً غير معهود ، والاحوط اتيان الجميع

المسألة ٣٣ - الظاهر ان ثمن الهدى على البازل .

* «اذا كان ملزماً شرعاً بالبذل للحج والا فلا يجب عليه» .

المسألة ٣٥ - لو بذل . . . لعمرة مفردة لا يجب عليه .

* «الاحوط في العمرة المفردة الوجوب لما سيأتي» .

المسألة ٣٥ - لو كان عليه حجة النذر او نحوه ولم يتمكن فبذل له

بازل وجب عليه .

* شمول الاخبار الواردة في الحج البذلي لما نحن فيه مشكل ، والعمدة ان البذل هنا يستلزم القدرة على الوفاء بالنذر فيجب عليه .

مسئلة ٣٦ - اذا قال له بذلت لك هذا المال مخيراً . . . وجب عليه الحج

* واستشكل بعض في شمول اخبار الحج البذلي له ، الا ان العمدة حصول الاستطاعة بذلك عرفاً وقد عرفت ان الاخبار ايضاً ناظر اليه .

المسألة ٣٧ - لو بذل له ما لا يحجج ... فسرق ... سقط الوجوب .

* كما في ساير موارد الاستطاعة

المسألة ٣٩ - لافرق في البازل بين ان يكون واحداً او متعدداً .

* وعدم شمول اخبار الحج البذلي له بالفاظه - لو قلنا به - لا يمنع بعدم عموم الملاك والتعليل والغاء الخصوصية .

المسألة ٥٠ - لو عين له مقداراً ليحجج ... وجب عليه الاتمام .

* «لادليل على وجوب اتمام البازل لبذله ، اذا بان عدم الكفاية ، الا اذا دخل في عنوان الغرور» وليس مجرد تعيين مقدار له ليحجج داخلاً في هذا العنوان .

المسألة ٥١ - لو قال اقترض لي وحج به وجب مع وجود المقرض

كذلك .

* «وجوبه محل اشكال» لعدم صدق الاستطاعة ، وعدم شمول ادلة البذل له ، كالصورة السابقة نعم لو كان المقرض حاضراً والاستقراض منه سهلاً جداً ، او كان مصرأً على الاقراض وشبه ذلكا ممكن صدق الاستطاعة فلا يترك الاحتياط حينئذ

المسألة ٥٢ - لو بذل له مالا ليحج به فتبين بعد الحج انه كان مغصوباً

* «الاقوى صحة حجه» لحصول الاستطاعة بالمال المغصوب مع الجهل به ، وجواز التصرف فيه ظاهراً بحكم الشرع ، وكون الحكم الواقعي غير منجز عليه كما في اشباهه من ماء الوضوء ومكان المصلى ، وتوهم ان الاستطاعة يتوقف على الملكية او الاباحة الواقعية كما ترى ، ثم انه لافرق بين هذه الصورة والتي ذكرها بعدها ، بعد تعيين الكلي في المصداق المغصوب ، والعجب ممن حكم بالفساد في الصورتين .

المسألة ٥٣ - لو آجر نفسه للخدمة في طريق الحج ... وجب عليه الحج

* «ومنه يظهر وجوب الحج على المكاري والخادم والمحافظ وغيرهم اذا حصل لهم الاستطاعة على الحج ولو عند الوصول الى الميقات» .

المسألة ٥٤ - اذا استوجر اى طلب منه اجارة نفسه للخدمة ... لا يجب

عليه القبول .

* «بل قد يجب ويكون مستطاعاً وذلك فيما اذا كان القبول والعمل عليه سهلاً بحيث يصدق عليه الاستطاعة الفعلية عرفاً لاتحصيلا لها» كما عرفت من اشباهه قبل ذلك ، وما قد يقال في دليل هذا الحكم انه مالك لمنافع نفسه كملكه لمنافع عبده كما ترى ، فانه قياس مع الفارق .

المسألة ٥٥ - يجوز لقبير المستطيع ان يوجر نفسه للنيابة ... وان حصلت

الاستطاعة بمال الاجارة قدم الحج النيابة .

* «انما يجب تقديمه اذا كان مقيداً بالسنة الاولى» كما هو ظاهر .

المسألة ٥٦ - اذا حج ... مع عدم كونه مستطيعاً لا يكفي عن حجة الاسلام

... وما في بعض الاخبار من اجزائه عنها محمول على الاجزاء مادام فقيراً

* هذا الحمل بعيد جداً لظهور بعضها او صراحتة بالاجزاء بالنسبة الى ما بعد الاستطاعة ايضاً ، وهذه الاخبار قوية الاسناد والدلالة ، الا ان اعراض الاصحاب عنها يسقطها عن الحجية ، ولا حاجة الى ارتكاب التوجيهات البعيدة .

المسألة ٥٧ - فالمدار على العيال العرفي (اي في حصول الاستطاعة)

* لما عرفت من ان المدار على الاستطاعة العرفية ، وما ورد في روايات الباب من عنوان العيال ايضاً ناظر اليه .

المسألة ٥٨ - الاقوى وفاقاً لاكثر القدماء اعتبار الرجوع الى كفاية .

* والعمدة فيه عدم صدق الاستطاعة بدونه ، مضافاً الى روايات خاصة ، وهي وان كانت قاصرة سنداً ، ولكن الظاهر انها منجبرة بعمل الاصحاب ، ومنه يظهر انه لا ينحصر بموارد لزوم العسر والحرج ، بل هو اوسع منه .

المسألة ٥٨ - وكذا الفقير الذي عادته وشغله اخذ الوجود .

* «لا يخلو عن اشكال» لانه مع وجود مال لهم لا يجوز لهم الاخذ من الزكاة او غيرها مما يكون ملاك الفقر (والاخذ من سهم سبيل الله امر آخر) نعم اذا كان المال الموجود لا يمكن التصرف فيه الا بالحج وجب عليه حجة الاسلام ، وان شئت قلت يجوز لهم صرف هذه النفقة في الحج حتى يعودون فقراء ويأخذون من سهمهم .

المسألة ٥٩ - ففضى (رسول الله ص) ان المال والولد للوالد .

* «واشكلك من تملك الوالد للمال تملكه للولد ، فانه لم يقل به احد ، فلا بد من حمله على نوع من المجاز ، فليحمل المال عليه ايضاً» .

المسألة ٦٠ - اذا حصلت الاستطاعة لايجب ان يحج من ماله .

* والعمدة فيه ان اطلاقات الادلة يقتضى صحتها ، والظاهر ان الاجماع المدعى ايضا يرجع اليه .

المسألة ٦١ - وكذا اذا كان ثمن هديه غصبا .

* «على الاحوط فى جميع ذلك» وقد اشرنا اليه فى ابواب مكان المصلى ولباسه

المسألة ٦٢ - فلو كان مريضاً لا يقدر على الركوب او كان حرجاً عليه ...

لم يجب (الحج) .

* وكذا اذا كان بعض اعمال الحج الذى لا تقبل النيابة حرجاً عليه كالوقوف بالموقفين .

المسألة ٦٣ - ويشترط ايضا الاستطاعة الزمانية

اقول : كل ذلك داخل فى قوله تعالى من استطاع اليه سبيلا ، وذكرها

بالخصوص فى الحقيقة من باب التوضيح وشرح المصديق .

مسئلة ٦٤ - وكذا اذا كان هناك مانع شرعى من استلزامه ترك واجب

فورى سابق .

* «قد عرفت انه لافرق بين السابق واللاحق فى اعتبار كونه اهم من الحج» ومن

توهم ان الواجب المطلق مقدم على الحج مطلقا ، لانتفاء الاستطاعة معه ، لا يفرق

ايضا بين السابق واللاحق فما ذكره من التفصيل لا وجه له .

المسألة ٦٥ - وعدم استلزامه الضرر او ترك واجب او فعل حرام

* «بشرط كونهما اهم» قد عرفت ان الواجب والحرام لا يترجمان الحج الا اذا كانا

اهم منه .

المسألة ٦٥ - مع بقاء الشرائط الى ذى الحجة .

* «بل المعتبر بقاء الشرائط الى تمام الاعمال مع الاستطاعة للعود» .

المسألة ٦٥ - وان اعتقد كونه مستطيعا ... فبان الخلاق بعد الحج ففي اجزائه عن حجة الاسلام وعدمه وجهان .

* «الظاهر عدم اجزائه عنه» وما ذكره من ان القدر المسلم من عدم اجزاء حج غير المستطيع ما عدى هذه الصورة ممنوع ، لان الاجزاء يحتاج الى الدليل ، ولا يكفي عدم الدليل مع ان ظاهر ادلة الاستطاعة اعتبار وجودها الواقعي .

المسألة ٦٥ - فالظاهر الاستقرار عليه

* قد عرفت في المسألة ٢٥ الاشكال فيه .

المسألة ٦٥ - وان اعتقد وجوده (وجود المانع) فترك فبان الخلاق

فالظاهر الاستقرار

* «فيه اشكال» لاحتمال عدم صدق الاستطاعة في حقه مع العلم بوجود المانع الشرعي ، وان لم يكن في الواقع كذلك لانه مكلف بحكم العقل بالعمل بعلمه ولا يصح له مخالفته فتأمل .

المسألة ٦٥ - مع بقائها الى ذى الحجة

* «الظاهر ان مراده بقائه الى وقت اداء الاعمال».

المسألة ٦٥ - وان حج مع عدم الاستطاعة المالية فظاهرهم مسلمية

عدم الاجزاء ولادليل عليه الا الاجماع .

* لا ينحصر الدليل في الاجماع ، بل المصرح به في رواية مسمع بن عبد الملك (١ / ١٩ من ابواب وجوب الحج) عدم كفاية الحج من غير المستطيع وضعف سنده مجبور بعمل الاصحاب ، كما ان ظاهر غيره مما يدل على اعتبار الاستطاعة عدم كفاية الحج عن غير المستطيع .

المسألة ٦٥ - فبلغ في اثناء الوقت

* قد ذكرنا في محله من احكام اوقات الصلاة انه لا ينبغي له ترك الاحتياط بالاعادة .

المسألة ٦٥ - وان حج مع عدم أمن الطريق او مع عدم صحة البدن ... فالمشهور بينهم عدم اجزائه عن الواجب .

* «وهو الاقوى» وما افاده في الدروس وفي المتن من الاجزاء كلها اجتهادات في مقابل النص ، فقد عرفت التصريح في رواية مسمع بن عبد الملك بانه «لوان عبداً حج عشر حجج كانت عليه حجة الاسلام اذا استطاع اليه سبيلاً ، وليس المراد من «العبد» هنا «المملوك» للتصريح بحكم المملوك في ذيلها .

المسألة ٦٥ - نعم لو كان الحرج او الضرر في المشى الى الميقات فقط تم ما ذكره (في الدروس) .

* «هذا محل اشكال» لظهور ادلة الاستطاعة في لزومها من البلد ومن تكلف المصير الى الميقات لا يكون واجداً للشرط ، فلا يكفي عن حجة الاسلام ، ودعوى الاجماع عليه ممنوعة فلا يترك الاحتياط بالاعادة .

المسألة ٦٥ - بل لان الضرر والحرج اذا لم يصل الى حد الحرمة انما يرفعان الوجوب والالزام لاصل الطلب

* «هذا التعليق غير تام» لما قد ذكرنا في محله من ان الاقوى رفع الطلب ايضاً لانه ليس هناك دليلان دليل الالزام ودليل الطلب ، حتى تكون ادلة نفي الحرج حاكمة على الاول دون الثاني .

المسألة ٦٦ - اذا حج مع استلزامه لتترك واجب اوار تكاب محرم لم يجزه عن حجة الاسلام .

* «الاقوى هو الاجزاء» بناءً على ان اعتبار عدم مزاحمة الواجب الاهم فسي وجوب الحج ليس من ناحية مسألة الاستطاعة بل من جهة المزاحمة والتضاد ، وقد ذكرنا في محله صحة الامر بالمتضادين على سبيل الترتب مضافاً الى كفاية قصد الملاك .

المسألة ٦٦ - لان النهي متعلق بامر خارج .

* هذا التعليل ضعيف لان النهى المتعلق بالصد على القول به انما تعلق به عينا لا غير .

المسألة ٦٧ - اذا كان فى الطريق عدو لا يندفع الا بالمال فهل يجب الحج او لا اقوال

* «الاقوى ان يفصل بين ما يصدق معه الاستطاعة العرفية وما لا يصدق فان المقامات مختلفة جداً» .

المسألة ٦٨ - لو توقف الحج على قتال العدو لم يجب .

* «الا اذا كان الغلبة عليه سهلاً يصدق معها الاستطاعة عرفاً» .

المسألة ٦٩ - لو انحصر الطريق فى البحر وجب ركوبه الامع . . . استلزامه الاخلال بصلاته .

* «المراد الاخلال بالصلاة التى تجب على مسافر البحر» والافالصلاة فى السفينة غالباً فاقدة لبعض شرائط حال الاختيار ، ولا يمكن منع السفر بالسفينة الا اذا اقتضت الضرورة ، فانه مخالف للسيرة المستمرة الى زمان الشارع المقدس ، مضافاً الى ما ورد فى بعض الروايات من حكم صلاة جالس السفينة مما يظهر منه امضاء السفر بالسفائن (١) .

المسألة ٦٩ - او ايجابه لاكل النجس .

* قد عرفت المدار على كون ترك الحرام اهم وهو فى المقام غير ثابت .

المسألة ٧٠ - ولا يجوز له المشى الى الحج قبلها (اي قبل اداء الحقوق الواجبة المالية) .

* «اذا قلنا بكون ادائها اهم من الحج وهو غير معلوم بالنسبة الى جميع موارد» .

المسألة ٧٠ - وكذا اذا كان (ثوب احرامه وئمن هديه) مما تعلق به الحق من الخمس والزكات الا انه بقي مقدار مافيه منه .

* «بقاء هذا المقدار غير كاف بل الواجب ادائها فوراً» وان قلنا بان تعلقها بالمال من قبيل تعلق الكلى فى المعين ، لانه واجب فورى مضافاً الى ضعف هذا المبني كما ذكر فى بحث الزكاة .

المسألة ٧٢ - ان كان موسراً من حيث المال ولم يتمكن من المباشرة ... ففى وجوب الاستنابة وعدمه قولان لا يخلو اولهما عن قوة .

* «لاقوة فيه بعد ظهور الادلة فى اعتبار السلامة وشيبيها فى موضوع الاستنابة» فان ظاهرها عدم الوجوب عند فقدها ، كفقده الزاد والراحلة فاطلاق الاخبار مقيد بها .

المسألة ٧٢ - وان اتفق ارتفاع العذر بعد ذلك فالمشهور انه يجب عليه مباشرة ... لكن الاقوى عدم الوجوب .

* لما ذكرنا فى مبحث الاجزاء ان مقتضى الاوامر الشرعية كلها الاجزاء حتى الاوامر الظاهرية ، فكيف بالاوامر الواقعية الاضطرارية .

المسألة ٧٢ - بل يمكن ان يقال اذا ارتفع العذر فى اثناء عمل النائب ... يجب عليه الاتمام ويكفى عن المنوب عنه .

* «لا يخلو عن اشكال وكذا ما بعده» للشك فى شمول الاطلاقات له بل البطلان فى الاخير اظهر .

المسألة ٧٢ - ودعوى ان جواز النيابة مادامى كما ترى ... وكون الاجارة لازمة لادليل على انفساخها .

* «الدليل على انفساخها هو عدم قابلية العمل للاستيجار والنيابة» وهو حاكم على اصالة اللزوم ، واما عدم امكان ابلاغ النائب يوجب اجرة المثل له ولا دخل له بصحة الاجارة .

المسألة ٧٢ - والقول بعدم الوجوب في الثاني (اي من كان معذوراً خلقه) ... ضعيف .

* «قد عرفت انه الاقوى لظهور ادلة الاستطاعة البدنية في عدم الوجوب عليه»
وبه يرفع اليد عن بعض الاطلاقات لولم تكن منصرفه بنفسها .

المسألة ٧٢ - وهل يختص الحكم بحجة الاسلام او يجري في الحج النذرى والافسادى ايضاً قولان .

* «لا يترك الاحتياط في الحج الافسادى» اما الحج النذرى فالظاهر عدم شمول اخبار الباب له لصراحة كثير منها في حجة الاسلام وانصراف بعضها الاخر (راجع الباب ٢٤ من ابواب وجوب الحج) واما الافسادى فان قلنا انه حجة الاسلام فلا شك في كونه مشمولاً له، وان قلنا انه عقوبة فلا، لكن الاحتمال الاول اظهر فلا يترك الاحتياط فيه .

المسألة ٧٢ - ولو استناب مع رجاء الزوال وحصل اليأس بعد عمل النائب، فالظاهر الكفاية .

* لان اليأس والرجاء طريقان الى الواقع في هذه الموارد، وليس لهما موضوعية
المسألة ٧٢ - والظاهر كفاية حج المتبرع عنه في صورة وجوب الاستنابة .

* «اذا كان بامر منه حتى يصدق حججه بالتسبيب» واما بدونه فهو مشكل .

المسألة ٧٢ - وهل يكفي الاستنابة من الميقات ... وجهان، لا يبعد الجواز ... ولكن الاحوط خلافه .

* «هذا الاحتياط ضعيف بعد كون الحج واجباً من الميقات وعدم دخل السير من البلد فيه» مضافاً الى ان اخبار الاستنابة مطلقة (راجع الباب ٢٤ من ابواب وجوب الحج) والاحتياط الثانى ايضاً ضعيف لظهور الاخبار في وجوب الاستنابة لا وجوب الاستيجار .

المسألة ٧٣ - وقد يقال بعدم الفرق ايضاً بين كون الموت في الحل
او الحرم بعد كونه بعد الاحرام ودخول الحرم وهو مشكل .

* «لا اشكال في اجزاء حجه على كل تقدير» لظهور غير واحد من روايات الباب
في التفصيل بين موته في الطريق قبل دخوله في الحرم ، وبين موته بعد دخوله
فيه ، وهو مطلق من جهة كون الموت في الحرم او في خارجه .

المسألة ٧٣ - اما بالتزام وجوب القضاء في خصوص هذا المورد من
الموت في الطريق .

* «وهذا هو المتعين» ظاهر اطلاق روايات الباب وعدم الاستفصال فيها هو هذا
وما ذكره من عدم استقرار الحج عليه لعدم الاستطاعة الزمانية وشبهها اجتهاد في مقابل
النص ، ويمكن ان تكون هذه الروايات دليلاً على التوسعة في امر الاستطاعة
هنا ، وعلى كل حال العدول عن ظاهر النصوص مشكل جداً والحكم باستحباب
القضاء فيمن لم يستقر عليه الحج لوجه له .

المسألة ٧٣ - فالاقوى جريان الحكم المذكور فيمن لم يستقر عليه ايضاً
فيحكم بالاجزاء . . . و استحباب القضاء عنه اذا مات قبل ذلك .

* «كيف يحكم باستحباب القضاء من ماله ، مع عدم تقييده برضى الورثة لاسيما
اذا كان فيهم صغار» وهذا ايضاً يؤيد ما ذكرناه في التعليقة السابقة .

المسألة ٧٤ - لان الاسلام يجب ما قبله كقضاء الصلوات والصيام .

* لكن فرق بين القضاء واداء الحج بعد زوال الاستطاعة ، فان الاول مضى وقته ،
وهذا باق ، ولكن مع ذلك ظاهر قاعدة الجب هو العموم ، لاسيما مع انه لم يسمع
امره ﷺ احدى بالحج بعد دخوله في الاسلام بسبب استطاعته سابقاً وكذا الأئمة
الهادين ﷺ لم يأمر او احدى فيما نعلم بذلك .

المسألة ٧٤ - على نحو الامر المعلق (يعني الكافر مأمور بقضاء صلواته
في الوقت بهذا النحو) .

« قد ذكرنا في محله ان الواجب المعلق باطل من رأس ، مع ان هذا التوجيه مخالف لظواهر الادلة ، لان ظاهرها ان وجوب القضاء من قبيل الواجب المشروط ، فالاولى ان يقال بسقوط الامر ، بمعنى البعث الى القضاء عن الكافر ، ولكن لما كان ملاك وجوداً يعاقب عليه ، لتفويته الملاك ، اذا لم يسلم .

المسألة ٧٥ - ولو لم يتمكن (الكافر بعد اسلامه) من العود الى الميقات احرم من موضعه .

* بناءً على شمول ادلة المعذور له و فيه كلام سيأتي في محله ان شاء الله .

المسألة ٧٦ - المرتد يجب عليه الحج سواء كانت استطاعته حال اسلامه السابق او حال ارتداده .

* « على الاحوط » لاحتمال شمول قاعدة الجب له .

المسألة ٧٧ - لو احرم مسلماً ثم ارتد ثم تاب لم يبطل احرامه على الاصح .

* « والاولى ان يقال انه لا يخرج عن احرامه لعدم كون الكفر من اسباب الاحلال ، و ليس الاحرام كالصيام عبادة مستمرة تحتاج الى القرية في كل آن حتى يقال يبطلانه بالكفر .

المسألة ٧٧ - وكذا لو ارتد في اثناء الصلوة ثم تاب قبل ان يأتي بشيء .

* « لا يخلو عن اشكال في شمول الاطلاقات لمثل هذا الفرد و كذا بالنسبة الى ما قبله من الوضوء والاذان والاقامة » .

المسألة ٧٨ - اذا حج المخالف ثم استبصر لا يجب عليه الاعادة بشرط ان يكون صحيحاً في مذهبه .

* « او يكون صحيحاً في مذهبنا وان كان فاسداً في مذهبه اذا حصل منه قصد القرية للاولوية » .

المسألة ٧٩ - لا يشترط اذن الزوج... و كذا في الحج الواجب بالانذار..

اما في الحج المندوب فيشترط اذنه

* «الاقوى عدم اعتبار اذنه الا اذا كان منافياً لحقه وحينئذ لافرق بين المنذور والمندوب ، لاعتبار الرجحان فى متعلق النذر حال العمل» .

المسألة ٨٠ - ومع عدم أمنها (اي المرأة) يجب عليها استصحاب المحرم
* «بل الواجب عليها تحصيل الامن ، وقد يكون ذلك بالمحرم ، واخرى بغير
المحرم المأمون او بغير ذلك من الاسباب والطرق» .

المسألة ٨٠ - وهل يجب عليها التزويج تحصيلاً للمحرم ؟ وجهان

* «هذا من اوضح مصاديق تحصيل الاستطاعة وهى غير واجبة» .

المسألة ٨٠ - ولو كانت ذات زوج وادعى عدم الامن عليها وانكرت قدم

قولها

* «للامعنى لدعوى الزوج عدم الامن ، ولالتقديم قولها ، الا اذا رجع الى تفويت
حق» ، فالاصح ان يقال تعمل المرأة بعلمها عند وقوع الخلف بينهما .

المسألة ٨١ - ان استقر عليه الحج بان استكملت الشرائط واهمل . . .

صار ديناً عليه . . . والاقوى اعتبار بقائها الى زمان يمكن فيه العود .

* «هذا هو الحق ولكنه مخالف لما ذكره فى المسألة ٦٥ من كفاية بقاء الشرائط
الى ذى الحجه فقط» وانه يستقر عليه الحج حينئذ ، وكذلك مخالف لما ذكره
فى المسألة ٢٨ من اشتراط بقاء المال الى تمام الاعمال اللهم الا ان يكون مراده
نفي ما ذكره بعضهم من احتمال كفاية بقاء المال الى تمام الاركان ، فلا ينافى
لزوم بقاء الاستطاعة بالنسبة الى العود ايضاً ، هذا ولكن فى صحيحة ضريس (١/٢٦) من
ابواب وجوب الحج) وصحيحة بريد العجلي (٢/٢٦) منه) ما يدل على كفاية الاستطاعة
البدنية الى ما قبل الاحرام ، وانه لو مات قبل ان يحرم جعل جملة وزاده ونفقته
فى حجة الاسلام ، ولكنه حكم وارد فى مورد خاص لا يمكن التعدى من مورد
الى ما نحن فيه ، وليس من قبيل منصوص العلة ، بل قد يقال باعراض الاصحاب
عنه فى مورده ، مع كونه مخالفاً للقواعد الثابتة فى باب الاستطاعة ، وما ورد فى

باب الصوم من قوله **إِلَيْهَا** « كيف تقضى عنها شيئاً لم يجعله الله عليها » (٢٣/١٢) من ابواب احكام شهر رمضان).

فتلخص من جميع ذلك انه لا يمكن العدول مما يستفاد من الادلة العامة الواردة فى الاستطاعة ، نعم لو زال العقل بحيث كان قادراً على العود ولكن لم يكن قادراً على العمل ، و كان ذلك بعد تمام الاعمال لم يضره .

المسألة ٨١ - اما لو كان واجداً للشرائط حين المسير فسار ثم زال ... كفى عن حجة الاسلام .

* « قد مر فى المسألة ٦٥ انه لا يكفى عن حجة الاسلام ، لاعتبار الاستطاعة فيها واشتراطها بها .

المسألة ٨٣ - والاقوى ان حج النذر ايضا كذلك (تقضى عن الاصل) * « سيأتى الكلام فيه انشاء الله فى المسألة ٨ من الفصل الآتى .

المسألة ٨٣ - وقد يقال بتقديم الحج على غيره وان كان دين الناس لخبر معاوية بن عمار .

* « صحیحة معاوية بن عمار واردة فى خصوص الحج والزكاة والتعدى منها الى غيرهما من الديون مشكل جداً .

المسألة ٨٣ - لكنهما (خبرى معاوية بن عمار) موهونان باعراض الاصحاب .

* « الاعراض محل تأمل فالاحوط فى مورد الخبر العمل بالاحتياط ، بان يجعل الزكيات فى الاحجاج ، وبالجملة اداء الحج من مصارف الزكيات فينطبق عليه العنوانان ، واما ساير الديون ليست كذلك فالعمل بالرواية فى موردها منطبق على القواعد .

المسألة ٨٣ - والاحوط تقديم الحج .

* « لا يترك هذا الاحتياط » لان مجرد احتمال الاهمية كاف فى المنع عن الحكم

بالتخيير كما حرر في محله .

المسألة ٨٣ - لا يجوز للورثة التصرف في التركة قبل استيجار الحج اذا كان مصرفه مستغرقاً لها ، بل مطلقاً على الاحوط .

* «الاقوى جواز تصرفهم في التركة مع بنائهم على الاستيجار للحج وكون بنائهم موقوفاً به» لعدم الدليل على الازيد منه ، مع جريان السيرة ظاهراً على تصرف الورث في التركة بعد بنائهم على اداء الديون ، سواء كان الدين مستغرقاً اولاً ، الامع حجر المورث في امواله قبل موته ، وهو خارج عن محل الكلام وقد مضى ما ينفع في المقام في المسألة ١٤ و ١٥ من مكان المصلى ، وللمصنف كلام في المسألتين هناك لعله ينافى ما ذكره هنا فراجع .

المسألة ٨٥ - اذا اقر بعض الورثة بوجوب الحج على المورث . . . وان لم يف ذلك بالحج . . .

* «اذا لم تف حصة المقر بالحج لادليل على وجوب اداء حصته ، لان المفروض سقوط الحج حينئذ ، والمال يعود الى الورثة» .

المسألة ٨٥ - ولا ينزل اقراره على الاشاعة على خلاف القاعدة للنص * «الظاهر ان يقال لا ينزل اقراره على الكلى في المعين ، فان الاشاعة لا تقتضى دفع الزائد عن حصته» ومقتضى القاعدة هنا كون جميع المال مرهوناً في مقابل الدين ، ومعنى ذلك كون كل جزء منه رهناً في مقابل كل جزء من الدين .

المسألة ٨٦ - اذا كان على الميت الحج ولم يكن تركته وافية به . . . لا يجب صرفها في وجوه البر ، لكن الاحوط التصديق عنه للخبر .

* «الخبر مشتمل على عدة مجاهيل فيشكل الاعتماد عليه» وكون الراوى ابن ابي عمير غير كاف كما ذكرنا في محله ، هذا مضافاً الى ان مورده الوصية ، ويشكل التجاوز عنه الى غير مورد الوصية ، لانه يمكن ان تكون الوصية من قبيل تعدد المطلوب ، فاذا لم يقدر على خصوص الحج يصرف في مصرف آخر من الخيرات ،

وقد يشكل على الرواية مضافاً الى ما ذكر بانها من باب الوصية بتمام التركة ، وهي غير نافذة شرعاً فيما عدا الثلث ، ولكن الانصاف ان ظاهر الرواية كون صحة الوصية مفروضاً عنها ، اما لكونها حجاباً واجباً او اجازة الوارثة لو كان حجاباً مستحباً فهذا الاشكال قابل للدفع .

المسألة ٨٧ - اذا تبرع متبرع بالحج عن الميت رجعت اجرة الاستيجار

الى الورثة ، سواء عينها الميت او لا

* واحتياط غير واحد منهم بوجوب صرفها فى وجوه الخير اذا عينها ، ولكن الانصاف عدم وجوبه والنص المتقدم فى المسألة السابقة خاص بالوصية ، وقد عرفت امكان كونه من قبيل تعدد المطلوب ، فلا يمكن قياس غير مورد الوصية عليها .

المسألة ٨٨ - هل الواجب الاستيجار عن الميت من الميقات او البلد ؟

المشهور وجوبه من اقرب المواقيت الى مكة ان امكن ، و الاقرب اليها فالاقرب .

* المراد من الاقرب فالاقرب ما كان اقرب الى الميقات القريب ، فان المتيقن من الواجب ما هو من اقرب المواقيت ، و الزائد عليه لادليل له ، هذا ولو كان الاقرب من حيث المسافة اكثر قيمة ، فالظاهر اختيار ما كان اقل قيمة ، مثلاً اذا كان الحج من مسجد الشجرة رخيصة لكثرة الحاج و كثرة المراكب هناك مثلاً ، ولكن كان الحج من الجحفة غالباً لعدم الطالب له ، فالظاهر وجوب الحج من الميقات البعيد ، وهو مسجد الشجرة لقلّة مصارفه ، كما اشار اليه فى كشف اللثام ، والظاهر ان منصرف كلمات القوم ايضاً ذلك ، فالقرب والبعد عندهم امانة على قلة المصارف و كثرتها .

المسألة ٨٨ - ولو اوصى و لم يعين شيئاً كفت الميقاتية ، الا اذا كان

هناك انصراف .

* فعلى هذا لو شك ولم يكن للوصية ظهور فى شىء فالواجب هو الحج من اقرب

المواقيت ، وفي الحقيقة يكون من قبيل الشك بين الاقل والاكثر ، وما يظهر من بعض الحواشي من وجوب الحج عن البلد لم نجد له وجهاً .

المسألة ٩٠ - اذا اوصى بالبلدية . . . فخوف . . . برئت ذمته .

* «ولكن كان الولي او الوصي عاصياً بذلك» لتفويته الواجب عليه بمقتضى الوصية.

المسألة ٩١ - الظاهر ان المراد من البلد هو البلد الذى مات فيه كما

يشعر به خبر زكريا بن آدم .

* « بل الاقوى بلد الاستيطان ، لو قلنا بوجوب البلدى » لانه المنساق من

النص والفتوى ، والايراد عليه بقوله « كما ترى » لوجه له ، واما خبر زكريا

بن آدم فلا دلالة له ولا اشعار فيه ، بل هو على خلاف المطلوب ادل ، كما مر

الاستدلال به لنفى وجوب الحج البلدى ، ولعل المراد بالاشعار هنا ما يفهم من

ارتكاز ذهن الراى ، ولكن هذا الارتكاز ظاهر فى اجزاء بلد الموت لاتعيينه ،

ومن الواضح ان بلد الموت غالباً هو بلد الاستيطان ، لاسيما فى تلك الازمنة ،

فلا فائدة فى الاستناد اليه .

المسألة ٩١ - وان كان الاحتمال الاخير ، وهو التخخير ، قوياً جداً .

* «لاقوة فيه» لما عرفت من ظهور النص والفتوى فى بلد الاستيطان والتخخير

ثابت اذا لم يكن هناك دليل ثم تردد الامر بين جهات مختلفة .

المسألة ٩٥ - اذا لم تف التركة بالاستيجار من الميقات لكن امكن

الاستيجار من الميقات الاضطرارى كمكة او ادنى الحل وجب .

* «لا يخلو عن اشكال» لان عمومات البدلية لوقلنا بها لاشتمل الصورة التى يكون

العجز مستنداً الى قلة المال ، نعم رواية زيد النرسى لا تخلو عن دلالة على المطلوب ،

بناءً على الغاء الخصوصية عن موردها ، وهو الوصية ، فلو تم سندها لا يبعد القول

به ، ولكن الكلام بعد فى اعتبار سندها ، وقد يقال انه لو وجد من يكون

وظيفته الحج من مكة فلا يترك الاحتياط باستيجاره ، ولا بأس به .

المسألة ٩٨ - اذا اهمل الوصى او الوارث الاستيجار فتلفت التركة ،

او نقصت قيمتها فلم تف بالاستيجار ضمن .

* «بل وان وفّت بالاستيجار كان ايضاً ضامناً» والاصل في ذلك ان اليد بعد الاهمال ليست يداً امينة ، فتكون ضامنة ، وهذا بالنسبة الى تلف العين ظاهر ، واما فى نقصان القيمة السوقية فقد يتوهم انه لاضمان لعدم صدق التلف والاتلاف فيه ، ولكن الانصاف انه ايضاً ضامن فى كثير من موارد صدق التلف والاتلاف فيه ، يصدق الضرر ، وهو كاف فى المطلوب ، الا ترى لو اتى انسان باغنام الى بيت الله الحرام ليبيعها يوم النحر ، فغصبها غاصب فلم يردها الا بعد ايام الحج وسقوط القيمة جداً ، فهل يمكن الحكم بنفى الضمان عن مثل هذا الغاصب ، فلا شك فى صدق عنوان الاضرار ، بل يشمله ملاك ادلة الاتلاف ايضاً ، ولذا حكموا بالضمان فيما اذا كانت العين موجودة مع سقوطها عن القيمة بالمرة ، كما اذا اتى بالماء الى الشاطى ، والثلج الى فصل الشتاء ، فكما انه ضامن لسقوط القيمة كلها فلم لا يكون ضامناً لسقوطها فى الجملة .

المسألة ٩٩ - اذا كان له وطنان الظاهر وجوب اختيار الاقرب

الى مكة .

* «مراده اختيار الاقرب اذا كان اقل قيمة بشهادة ما ذكره فى آخر هذه المسألة» .

المسألة ١٠٠ - بناءً على البلدية الظاهر عدم الفرق بين اقسام الحج

الواجب .

* «لا يخلو عن اشكال» لان الحكم مخالف للقاعدة فانها تقتضى كفاية الميقاتية ، فليس هناك الاطلاق الروايات الدالة على وجوب البلدى (بناءً على القول به) والقدر المتيقن منها حجة الاسلام والوصية ، واما غيرهما فلا يخلو عن اشكال ، ولكن هذا كله اذا لم يكن فى النذر ظهور وانصراف الى شىء والا كان الواجب تبعية قصد الناذر او الموصى .

المسألة ١٠١ - اذا اختلف تقليد الميت و الوارث في اعتبار البلدية اوالميقاتية فالمدار على تقليد الميت .

* «بل المدارعلى تقليد مباشر العمل ، سواء كان الوصى اوالوارث اوالمتبرع»
وذلك لما ذكرنا في ابواب التقليد (المسألة ٥٤) وفي مباحث استيجارالعبادة في(المسألة ١٥) ومنه يظهر حكم ما رتب عليه في المتن .

المسألة ١٠١ - ويحتمل الرجوع الى الحاكم .

* «الرجوع الى الحاكم انما يصح فيما اذا كان بينهم تنازع ، واما اذا كانوا خاضعين لحكم الشرع فالرجوع الى فتوى الحاكم لاوجه له ، بل الواجب الرجوع الى مرجع تقليدهم» .

المسألة ١٠١ - واذا اختلف تقليد الميت و الوارث فى اصل وجوب الحج . . . فالمدارعلى تقليد الميت .

* «قد عرفت ان المدار على تقليد الوارث لاالميت ، ولو اختلف الوارث بحسب تقليدهم فى وجوب الحج على الميت وعدمه فالواجب ان يعمل كل منهم على طبق فتوى مقلده فى حصته فان وفى للحج ولو من الميقات وجب العمل به ، والا لايجب عليه شىء كما تقدم» .

المسألة ١٠٢ - الاحوط فى صورة تعدد من يمكن استيجاره استيجار اقلهم اجرة .

* «بل الاقوى ذلك لعدم الدليل على الازيد منه ، ولايجوز التصرف فى حق الورثة ، لاسيما اذا كان فيهم صغار، والعجب منه قدس سره انه افتى بهذا الحكم فى المسألة ٣ من باب الوصية بالحج ولكن جعله هنا احوط» .

المسألة ١٠٢ - وان كان لايبعد جواز استيجار المناسب لحال الميت من حيث الفضل والاثنية .

* «هذا انما يتم اذا اوصى بالحج ، والا فلايخلو عن اشكال» لان المفروض اداء

الدين باقل منه ، والباقي ملك الورثة فلا يترك الاحتياط بتحصيل رضى الوراث ،
والعجب ايضاً انه قدس سره في المسألة ٤ من احكام الوصية بالحج جعل الاحوط
الاطهر اقل الناس اجرة ، من دون ملاحظة شأن الميت ، ولكنه افتى هنا بجواز
ملاحظة شأنه ، بقوله: لا يبعد جواز استيجار المناسب لحال الميت .

المسألة ١٠٤ - اذا علم انه كان مقلدا ولكن لم يعلم فتوى مجتهده ...

* «تقدم ان المدار في جميع هذه المسائل على فتوى الوارث او الوصى .

المسألة ١٠٥ - اذا علم باستطاعة الميت مالا ، و لم يعلم تحقق ساير

الشرايط في حقه فلا يجب القضاء عنه .

* «الا اذا كان هناك اصل عقلائي يدل على سائر الشرايط كاصالة السلامة او شبهها»

المسألة ١٠٦ - اذا علم استقرار الحج عليه ، ولم يعلم انه اتى به ام لا

فالظاهر وجوب القضاء عنه .

* «بل الظاهر عدم وجوب القضاء ، وذلك لاستقرار السيرة ظاهراً على عدم وجوب

تخميس اموال جميع المتمكنين بعد وفاتهم اذا لم يعلم منهم اداء الخمس ، و

هكذا بالنسبة الى الزكاة والحج ، ولعل السيرة ناشئة عن حمل فعل المسلم على

الصحة ، والعجب انه قدس سره افتى بعدم الوجوب في المسألة ٥ من مسائل ختام

الزكاة بينما افتى بوجوبه هنا .

المسألة ١٠٧ - ولو علم ان الاجير لم يؤد وجب الاستيجار ثانياً ويخرج

من الاصل .

* «هذا اذا لم تكن الورثة قصر ووا في امر الاستيجار من غير الاهل ، لانهم حينئذ

قد ضمنوا ، وتؤخذ الاجرة منهم، لامن التركة كما ستأتى الاشارة اليه في المسألة

٨ من احكام النيابة .

المسألة ١٠٩ - بل قد يقال بوجوبه (وجوب الحج عنه و ان لم يكن

للميت تركة) للامر به في بعض الاخبار .

* « لا يخلو عن اشكال » وكأنه ناظر الى روايتى ضريس ووزارة (١/٣٦٢) من ابواب وجوب الحج) ولكن الظاهر ان موردهما من كان له مال ومات فى الطريق ويشهد له رواية بريد العجلي (٢/٢٦٦) فراجع .

المسألة ١١٠ - من استقر عليه الحج . . . ليس له ان يحج عن غيره . . . ولو خالف فالمشهور البطلان . . . ودعوى انه يكفى فى عدم الصحة عدم الامر مدفوعة بكفاية المحبوبة .

* « بل يمكن دعوى وجود الامر من باب الترتب » لان المحقق فى محله جواز الامر بالضدين على هذا النحو، هذا وعن بعض الاعلام ان النائب يقصد امر المنوب عنه ، ولاتنافى بينه وبين امره بضده انتهى ، ويرد عليه ان المفروض كون العمل عملاً للنائب من جهة ، وكونه عملاً للمنوب عنه من جهة اخرى ، فالتنافى موجود على كل حال ، ولذا لو نذرنا ذرتك النيابة وقلنا بصحة هذا النذر لا يجوز له النيابة من غيره وان كان الامر متوجهاً الى الغير .

المسألة ١١٠ - وربما يتمسك للبطلان فى المقام بخبر سعد بن ابى خلف

* « الخبر لا يخلو عن تناقض بحسب الصدر والذيل » فان ظاهر صدره بحسب مفهوم الشرط عدم صحة الحج عن الميت للصورة ، اذا كان مستطيعاً بنفسه ، وظاهر ذيله خلاف ذلك ، وقد يقال بترجيح ظهور الذيل على الصدر لانه كالصريح فى ذلك .

المسألة ١١٠ - بل لا ينبغي الاشكال فى الصحة (صحة غير حجة الاسلام)

اذا كان لا يعلم بوجود الحج عليه .

* وذلك لان العمدة فى الفساد ، مضافاً الى الشهرة بل عدم ظهور فتوى صريح بالصحة ، الاشكال فى تمشى قصد القرابة فى امثال المقام ، كما ذكرناه فى محله ، وشيء منهما لا يشمل صورة الجهل ، لان القدر المتيقن من كلام المشهور هو صورة العلم وتمشى قصد القرابة مع الجهل واضح ، نعم لو كان الدليل على الصحة

هو الرايتان لم يكن هناك فرق بين صورتي العلم والجهل .

المسألة ١١٠ - ثم على فرض صحة الحجج عن الغير... فهل الاجارة صحيحة...

الظاهر بطلانها .

* «بل الظاهر صحتها، وذلك لما عرفت من امكان الامر بالضدين على نحو الترتب»
كما تقرر في الاصول ، وبهذا تصح الاجارة على المكاتب المختلفة ، كالخياطة
والزراعة وغيرهما، مع وجود واجبات فورية عليه كتعلم المسائل الشرعية ، واداء
الديون ، ولولا ما ذكرنا اشكل الامر في جميع ذلك للزوم الامر بالضدين وهو
محال ، ثم انه على فرض القول بالبطلان لا يبعد استحقاق اجرة المثل ، لاحترام
عمل المسلم وصدوره عن امر الامر ، وقد ذكر في محله ان الامر بالفعل يوجب
الضمان .

المسألة ١١٠ - ان قلت ما الفرق بين المقام وبين المخالفة للشرط في

ضمن العقد مع قولكم بالصحة هناك .

* «لانقول بالصحة هناك» (ولا اقل من الاشكال فيه) وذلك لان الشرط كما يكون
مبدءاً للحكم التكليفي من حيث حرمة المخالفة يكون مبدءاً للحكم الوضعي ،
فيكون المبيع مع انتقاله الى المشتري متعلقاً لحق البايع فتصرفه فيه فضولي ،
كتصرف الراهن في العين المرهونة ، وان هو الامن قبيل منظور التصديق حيث
صرح المصنف في كتاب الزكاة بعدم تعلقها به ، لعدم التمكن من التصرف فيه ،
اضف الى ذلك ان المسألة مشهورة كما حكى غير واحد والقول بالصحة شاذ .

المسألة ١١٠ - نعم لو لم يكن متمكناً من الحجج عن نفسه يجوز له ان

يوجز نفسه للحج عن غيره ، و ان تمكن بعد الاجارة عن الحج عن نفسه
لا تبطل اجارته .

* «بل تبطل اجارته الا اذا كان استطاعته من فاحية الاجارة» وذلك لان المعبر
في صحة الاجارة كون العمل مباحاً في ظرفه ، لافي ظرف الاجارة ، والمفروض

هنا كونه مستطيعا في ظرفه ، ولايجل للمستطيع ان يوجر نفسه للحج عن غيره ،
ولذا لو علم بالاستطاعة من قبل لم يجز له ، ومن المعلوم ان العلم هنا طريقي
لاموضوعي .

المسألة ١١٠ - لايبعد صحتها (الاجارة) لو لم يعلم باستطاعته .

* «اذا جهل بالاستطاعة الى ان فات محل استدراك الحج لاينبغي الشك في صحة
اجارته ، ووجه ، لان الجهل مانع عن تنجز التكليف بحج نفسه» .

المسألة ١١٠ - اولم يعلم بفورية الحج .

* : «هذا اذا كان الجهل عن قصور» حتى يكون مانعاً عن تنجز التكليف ، واما ان
كان عن تقصير فالبطلان هو الاقوى .

المسألة ١١٠ - اما باطل كما عن المشهور .

* : «لايترك الاحتياط في المسألة كما سبق» .

المسألة ١١٠ و كذا لو حج تطوعاً لايجزيه عن حجة الاسلام .

* «بل الاقوى اجزائه ونية التطوع غير مانعة وحقيقة الحج واحدة» وقد مر في
المسألة ٢٦ ان قصد الامر الندبي على وجه التقييد ايضاً غير مضر لان القرية المعتبرة
في العبادة حاصلة لكفاية الحسن الفعلي والفاعل فيها ، و هما هنا حاصلان .

المسألة ١١٠ - و الا لزم كفاية الحج عن الغير ايضاً عن حجة الاسلام .

* : «هذا النقض غير وارد لان النيابة عنوان قصدي مغاير للقصدي عن نفسه ، و اين
هذا مما نحن فيه» .

المسألة ١١٠ - ثم اذا كان الواجب عليه حجاً نذرياً .

* : «لايبعد كون النذر ايضاً من العناوين القصديّة فلو حج بدون قصد الوفاء بشكل
يرى النذر» كما انه لو نذر انفاق مقدار من المال على فقير فاعطاه لابهذا القصد بشكل
الاكتفاء به، هذا اذا كان نذره مقيداً بحج غير حجة الاسلام، واما لو كان مطلقاً فيكفيه

عن حجة الاسلام كما ستأتى الاشارة اليه فى المسائل الاتية .

* * *

الفصل ٣ - الحج الواجب بالنذر والعهد واليمين

الفصل ٣- والاقوى صحتها من الكافر .

* «اذا كان الكافر يعتقد بوجود الله، هذا فى النذر والعهد، واما اليمين فلا يشترط فيه ذلك ايضاً، وليعلم ان النذر وان كان يصح من الكافر المعتقد بالله ولكن حيث ان الواجب فى الوفاء بالنذر فعله تقرباً اليه ومن المعلوم ان الكافر لا يتقرب الى الله حال كفره فلو نذر فعله فى حال الكفر يشكل صحة نذره ، عبادة كان المنذور او غير عبادة .

الفصل ٣- وفيه اولان القربة لاتعتبر فى النذر .

* : «بل الظاهر اعتبارها فيه ، وذلك لاختها فى مفهوم النذر» لان معناه الوصول الى بعض الحوائج من طريق التقرب الى المعبود بفعل بعض ما يحبه ، هذا فى النذر المشروط ، واما المطلق فحال اوضح ، مضافاً الى بعض الروايات الظاهرة فى اعتبار كون النذر لله وعدم صحته بدونه (راجع الروايات الواردة فى الباب ٢ من ابواب النذر والعهد ج ١٦) .

الفصل ٣- بل هو مكروه .

* : «العبارة لاتخلو عن حزاة، والمراد منه ظاهر أكرهه النذر بدون قصد القربة ولكن لم يدل عليه دليل، بل ظاهر بعض الروايات (مثل ٨/١ من النذر) كراهة اصل النذر ولو مع قصد القربة، وكأنه لان التكاليف الالهية كثيرة، ولا ينبغي للانسان ان يضيف اليها شيئاً ليثقل عليه .

الفصل ٣- وثانياً ان متعلق اليمين ايضاً قد يكون من العبادات .

* : «الاشكالات الثلاثة ليست على نهج واحد بل بعضها ناظر الى عدم اعتبار القربة

في النذر ، وبعضها ناظر الى عدم اعتبارها في متعلقه» والاولى ان يقال ان كان المراد اعتبار القربة في نفس النذر فيرد عليه الاشكال الاول ، وان كان المراد اعتبارها في متعلقه فيرد عليه الثاني والثالث:

الفصل ٣- «ثالثاً» انه يمكن قصد القربة من الكافر ايضاً .

* : «ليس الاشكال في قصد القربة فقط ، بل في قابلية الكافر للتقرب الى الله لان صحة العبادة تتوقف على امرين: قصد القربة وكون العمل مقرباً الى مكان التقرب به للعامل»
الفصل ٣- بإمكان اسلامه (اي الكافر) ثم اتيانه (بالعبادة) فهو (الاتيان بالعبادة) مقدور .

* : «ولكن اذا لم يكن نذره مقيداً او منصرفاً بفعله في حال كفره كما هو الغالب» .
المسألة ١٠- وظاهرهم اعتبار الاذن السابق (اعتبار اذن المولى والوالد والزوج في انعقاد اليمين) .

* : «ظهور كلماتهم في ذلك محل اشكال ، والانصاف انه لا فرق بين المقام وسائر موارد الفضولي ودعوى الاجماع على بطلان الفضولي في الايقاعات محل منع كما ذكرناه في مباحث البيع .

المسألة ١ - ولا يبعد هذا القول (اي القول بعدم اعتبار الاذن بل مانعية النهي) .

* «القول الاول اعنى اعتبار الاذن او الاجازة في اصل الصحة اظهر واقرب» مضافاً الى ذكر عدم انعقاد اليمين في معصية الله في سياق الرواية (١١/١) من ابواب الايمان ج١٦) ومن الواضح عدم انعقاده فاذنهم شرط لان نهيهم مانع ، وهذا ويظهر من بعض عبارات المسالك في كتاب اليمين ان المشهور قالوا بمانعية النهي ، خلافاً لما ذكره بعض المحشين هنا ، ولا يهمنى ذلك بعد ما عرفت من ظهور الدليل في الشرطية لالمانعية

المسألة ١- اما النذر فالمشهور انه كاليمين في المملوك والزوجة والحق بعضهم بهما الولد ايضاً .

* «وهو الاقوى ولكن بشرط منافاته لحقهم» والوجه فيه ما عرفت من ان الاطلاقات منصرفة الى مورد منافات النذر لحقوق هؤلاء فالبطلان على القاعدة، لانه لا يجوز ابطال حق من طريق النذر واليمين، لاسيما مع اعتبار القرينة في نفس النذر، والرجحان في متعلقه، ومن هنا يظهر حال المسائل الآتية على كثرتها .

المسألة ١ - واشتمال الثاني (صحيح ابن سنان) على ما لا نقول به (من عدم صحة تصرفات الزوجة في مالها بغير اذن زوجها) لا يضر .

* : «بل هو مضر لما ذكرناه في مبحث حجية خبر الواحد من ان المدار على الوثوق بالرواية و اشتمال الرواية على ما لا نقول به سبب لعدم الوثوق بها، و حملها على الاستحباب يوجب عدم ظهور الباقي في الوجوب لوحدة السياق» .

المسألة ١ - ثم هل الزوجة تشمل المنقطعة او لوجهان .

* : «الظاهر شمولها لها عند منافات النذر لحق الزوج» وكذا الكلام في غيره .

المسألة ١ - وهل عليه (على المولى) تخلية سبيله (سبيل العبد) لتحصيلها (لتحصيل نفقة الحج) او لوجهان .

* «الاقوى عدم الوجوب» الا ان يكون لكلامه دلالة ظاهرة على قبول النفقات، اللهم الا ان يقال في هذا الفرض ايضاً لا يجب على المولى شيء لانه من قبيل الالتزام الابتدائي ولا يجب العمل به .

المسألة ١ - هل يجوز مع حلف الجماعة التماس المذكورين في حل حلفهم وجهان .

* «الاقوى جواز ذلك لانه التماس لامر مشروع من غير مانع» .

المسألة ٢ - اذا كان الوالد كافراً ففى شمول الحكم له وجهان او جههما العدم

* «بل الاوجه شمول الحكم، بناءً على اختصاصه بصورة مزاحمة حق الوالد لو كان له حق» والعجب انه اختار هذا المبنى في المسألة السابقة ولكن هنا الغنى جميع فروعه ومشى على وفق قول المشهور .

المسألة ٤ - لكن لاتلحق الام بالاب .

* «بل تلحق اذا كان النذر او اليمين منافيا لحقها» .

المسألة ٥ - لو نذرت المرأة وحلفت حال عدم الزوجية ثم تزوجت وجب عليها العمل به ، وان كان منافيا للاستمتاع بها .

* «الاقوى عدم وجوب العمل به حينئذ وانحلال نذرها» وذلك لان الرجحان المعتبر في النذر، وعدم مخالفة الشرط المعتبر في اليمين ، انما يكون بحسب وقت العمل ، لا وقت النذر، ومن الواضح ان العمل المنافي للاستمتاع حرام ، ومنه يظهر حال المسائل الاتية، والعجب ممن صرح بالبطلان في صورة تقييد نذرها بحال التزويج نظراً الى المنافات ولم يقل به هنا ومن المعلوم انه لافرق بين التصريح والاطلاق، ومن هنا يظهر الحكم فيما لو نذرت انها لو تزوجت صامت كل خميس مع حلف زوجها بخلافه ، وان النذر ينحل هنا ايضاً .

المسألة ٧ - ثم نذر نذراً آخر ان يكون ذلك الحجج من مكان كذا .

* «بشرط كون الحجج من ذلك المكان راجحاً» لان المفروض تعدد النذر ، فلا بد من الرجحان في متعلق كل منهما ، وهذا بخلاف ما اذا كان بعنوان نذرشيء واحد مثل ما ذكره في صدر المسألة، فان المعتبر رجحان اصل المندور لاجميع خصوصياته فانه لا يلزم ان يكون كل خصوصية راجحاً كما ذكره في باب النذر واليه اشير في بعض الروايات كرواية علي بن مهزيار ٩/١ من النذر (راجع الجواهر ج ٣٥ ص ٣٨١)

المسألة ٨ - اذا نذر ان يحج ولم يقيد به بزمان فالظاهر جواز التأخير .

* «وهو الحق وان قلنا بدلالة الامر على الفور كما هو المختار» وذلك لان وجوب الوفاء بالنذر فوراً ثابت ولكن النذر يتبع نظر الناذر، فان كان نذره مضيقاً وجب العمل به فوراً ، وان كان موسعاً فلا، وان كان مبهماً فالظاهر ايضاً جواز التأخير لان لتضييق هو الذي يحتاج الى الدليل .

المسألة ٨ - فلو اخر (اداء الحج النذري) عصي وعليه القضاء والكفارة

* اما الكفارة فواضح ، لتحقق الحنث ، و اما القضاء فهو وان كان بامر جديد الا انه المشهور في كلماتهم بل لعله اسند الى قطع الاصحاب والمستند فيه غير واضح ولكن لا يترك الاحتياط فيه .

المسألة ٨- وهل الواجب القضاء من اصل التركة او من الثلث قولان:

* الاحوط هو الاخراج من الاصل (مع احراز ضايسير الورثة اذا كانوا كباراً كما حكى عن اكثر الاصحاب بل نسب الى قطعهم (١) وقد يستدل على وجوبه من الاصل تارة بانه مقتضى القاعدة ، واخرى بانه مقتضى روايات الباب.

اما الاول فقد ذكر في المتن له طريقين : احدهما ان الحج من الواجبات المالية وكل واجب مالي يخرج من الاصل بالاجماع ، ولكنه يمكن الخدشة فيه صغرى وكبرى كما لا يخفى ، واخرى بانه دين وكل دين يجب ادائه من اصل التركة ، وهو وان كان صحيحاً بحسب الكبرى ، ولكن الكلام بعد في صغراه فانه لا دليل على ان كل التكاليف الشرعية ديون الهية او خصوص الحج والنذر من الديون اى الدين بمعناه الحقيقي ، لما في قوله تعالى «لله على الناس» ولما في صيغة النذر «لله على» وذلك لان اللام اعم من الملكية و مجرد اشتغال الذمة بالتكاليف لا يدل على كون الاشتغال من قبيل الدين ، والحاصل ان الواجبات تكاليف الهية ، وفرق بين اعتبار التكليف واعتبار الدين ، فتمام المسألة اعنى القول بان قضاء النذر من صلب المال من طريق القواعد مشكل جداً .

فالدليل عليه منحصر بما ورد في الاخبار من رواية « مسمع بن عبد الملك » قال قلت لابي عبدالله : كانت لى جارية حبلى فنذرت لله تعالى ان هى ولدت غلاماً ان احببه او احبب عنه ، فقال ان رجلاً نذر لله فى ابن له ان هو ادرك ان يحببه او يحبب عنه فمات الاب وادرك الغلام بعد فأتى رسول الله ﷺ فسأله عن ذلك فامر

(١) راجع الجواهر ج ١٧ ص ٣٤٠ ، حكاها عن «المدارك» و«كشف اللثام»

رسول الله ﷺ ان يحج عنه مما ترك ابوه (١) و الرواية معتمد عليها اما لعمل المشهور بها كما عرفت او لتوثيق مسمع كما عن الكشي و لكن المصرح به في كلمات كثير منهم ان الرواية غير معمول بها من جهة ذيلها فان الشرط و هو ادراك الغلام انما حصل بعد وفات الاب ، ومن المعلوم ان الوفاء بالندى انما يجب اذا حصل الشرط في حياة الانسان لا بعد مماته، فعلى هذا لا يجب الحج ولا الاحجاج اذا حصل الشرط بعد الموت ، فكيف يمكن الحكم بوجوب الحج على الغلام مما ترك ابوه، ويمكن حمله على الاستحباب ، وحينئذ يشكل الاعتماد على صدره ايضاً فيشكل الحكم في المسألة لعدم الدليل على وجوب القضاء من الاصل ولا من الثلث بحسب القواعد ولا بحسب الادلة الخاصة. الا اذا اوصى بذلك فيخرج من ثلثه و لكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط باخراجه من الاصل مع احراز رضا ساير الورثة و قد تعارض رواية « مسمع » بروايتي « ضريس » و ابن ابي يعفور (٢).

و لكن يرد عليهما ان ما اشتمل عليه هاتان الروايتان من الاخراج من الثلث بدون الوصية لا يوافق القواعد و الاروايات ابواب الوصية وحمله على النذر في حال مرض الموت مع القول بكون المنجزات من الثلث لاشاهد له اصلاً ، مضافاً الى تناقض صدر رواية ضريس مع ذيله ، لان ذيلها يصرح بانه مثل الدين ولازمه الخروج من الاصل مع حكمه باخراجه من الثلث في صدره.

المسألة ١٠ - اذا نذر الحج معلقاً على امر فمات قبل حصول المعلق

عليه هل يجب القضاء عنه؟

* « والظاهر عدم وجوب القضاء ، سواء قلنا ان الشرط راجع الى اصل النذر او المنذور ، و كان من قبيل الواجب المشروط على مبنى المشهور او من قبيل

(١) الوسائل ج ١٦ من ابواب النذر - الحديث ١ .

(٢) الوسائل ج ٨ الباب ٢٩ من ابواب وجوب الحج - الحديث ١ و ٣ .

الواجب المعلق ، و ذلك لان القدرة على المنذور لم تحصل له ابدأ بعد فرض موته قبل حصول الشرط ، الا ان يكون من قبيل الشرط المتأخر وهو كما ترى ، هذا مضافاً الى ان الواجب المعلق ليس له معنى معقول كما ذكرنا في محله ، و لكن يظهر من ذيل رواية مسمع بن عبد الملك (١ / ١٦ من ابواب النذر) وجوب القضاء ، ولكن الظاهر انه لم يعمل به احد كما عرفت الاشارة اليه في المسألة السابقة .

المسألة ١١ - اذا نذر الحج وهو متمكن منه فاستقر عليه (ثم لم يتمكن) فالظاهر وجوب استنابته حال حياته .

* «لا دليل على الوجوب بعد اختصاص اخبار الاستنابة بحجة الاسلام ، و عدم الدليل على الغاء الخصوصية منها»

المسألة ١١ - واذا مات وجب القضاء عنه .

* «قد عرفت الاشكال فيه في المسألة الثامنة وانه الاحوط»

المسألة ١١ - وان قلنا بالوجوب بالنسبة الى حجة الاسلام .

* «قد عرفت في المسألة ٧٢ عدم الوجوب فيها ايضاً» .

المسألة ١٢ - لو نذر ان يحج رجلاً في سنة معينة فخالف مع تمكنه يجب عليه القضاء والكفارة .

* الكفارة معلومة واما القضاء فهو موافق للاحتياط .

المسألة ١٢ - وان مات قبل اتيانهما يقضيان من اصل التركة لانهما واجبان ماليان بلا اشكال .

* «الحكم بوجوبهما مشكل وان كان احوط» اما القضاء فقد عرفت الكلام فيه في المسألة الثامنة واما الكفارة فكونها واجباً مالياً مثل الدين او الخمس والزكاة غير ثابت ، وقد عرفت الاشكال في صحيتها حتى ضريس وابن ابي يعفور في المسألة الثامنة

نعم اذا اوصى بالاخراج عن الثلث امكن.

المسألة ١٢ - وكذا اذا نذر الاحجاج . . . فانه يقضى عنه من اصل
التركة .

* «لا فرق بين نذر الحج ونذر الاحجاج في عدم الدليل الواضح على وجوب القضاء
والكفارة بعد مماته» ومنه يظهر الحال فيما اذا لم يتمكن ومات بطريق اولي .

المسألة ١٢ - ففرق بين ايجاب مال على نفسه ، او ايجاب عمل مباشرى
* « الكلام في نذر الاحجاج وهو غير نذر المال للحج فلا يعد ديناً وان استلزم
صرف المال » نعم لو نذر ما لا يصرف في الاحجاج احتمل عده ديناً فلا يترك الاحتياط
بادائه من صلب المال مع رضا الورثة.

المسألة ١٣ - لو نذر الاحجاج معلقا على شرط . . . فمات قبل حصول الشرط
مع فرض حصوله بعد ذلك . . . فالظاهر وجوب القضاء عنه .

* «بل الاقوى عدم وجوبه لما مر من انه لا دليل على وجوب قضاء الحج المنذور
و على فرض قبوله لاشك في كون مفروض المسألة مخالفاً للقاعدة ، لان شرط
النذر حصل بعد الموت، وهو حينئذ غير قادر ، واما قدرته على الحج قبل حصول
الشرط في زمن حياته غير كاف قطعاً فالمسألة مخالفة للقواعد، واما رواية مسمع
فالظاهر انه معرض عنها بحسب ذيلها ، و دعوى الماتن على انه قد عمل به جماعة
غير ثابت، والظاهر انه لم يعمل به الا صاحب الجواهر بظن عمل جماعة من الاصحاب
بها ، حال كونهم عاملين بصدورها ، الذي هو خارج عن محل الكلام دون ذيلها .
نعم يمكن توجيه ذيل رواية مسمع باحد وجهين .

احدهما: ما عرفت من حملته على الاستحباب (بشرط ان لا يكون بين الورثة
صغير او كان من خصوص سهم الكبار مع رضاهم).

ثانيهما: حملته على اشتراط ادراك الغلام بعنوان الشرط المتأخر ولا يخلو
عن بعد .

المسألة ١٤ - وإذا ترك حتى مات وجب القضاء عنه والكفارة .

* «القضاء ثابت لأنه راجع الى حجة الاسلام ، واما الكفارة الناشئة من النذر فقد عرفت الاشكال في اخراجها من التركة» .

المسألة ١٤ - وإذا قيد (الحج) بسنة معينة .

* مراده اول سنة الاستطاعة ، والا كان نذره باطلا ، لكون التأخير عصيانا ولا ينعقد النذر في معصية الله .

المسألة ١٥ - لا يعتبر في الحج النذري الاستطاعة الشرعية .

* قد عرفت فيما سبق ان الاستطاعة ليست لها حقيقة شرعية ، وانما المراد منها الاستطاعة العرفية ، وهي المعتبرة في حجة الاسلام ، ولكنها اخص من الاستطاعة العقلية المعتبرة في الحج المنذور كما لا يخفى .

المسألة ١٦ - ويحتمل الصحة مع الاطلاق (صحة نذره مع زوال استطاعته)

* « وهذا هو الاقوى اذا حصل منه قصد القرية بنذره » لالما ذكره من الحمل على الصحة فانه بالنسبة الى فعل الغير لا فعل النفس فتأمل ، مضافاً الى انه يجري في مقام الشك وليس هنا شك في مراد الناذر ، بل لان المنذور كان راجحاً في الواقع في ظرف حصوله ولم يعلم به الناذر الا بعد زوال استطاعته ، وهذا ولكن لابد ان يكون بحيث يقدر على قصد القرية بالنذر لما عرفت من اعتباره في اصل النذر .

المسألة ١٧ - وان كان (الحج المنذور) مضيقاً . . . او قيده بالفورية

قدمه (على حجة الاسلام) .

* « بل الاقوى تقديم حجة الاسلام و انحلال نذره لكشف الاستطاعة عنه فان الرجحان المعتبر في المنذور انما هو الرجحان في ظرف العمل لا في ظرف النذر » نعم قد مر ان وجوب حجة الاسلام لا يمنع عن غيره الامن باب اقتضاء

الامر بالشئ النهى عن ضده ، او عدم الامر به ، ولكن الامر بالضدين على سبيل الترتب جائز عندنا ، مضافاً الى صحة الملاك ، هذا ولكن لا يبعد عدم امكان التقرب بما يكون الضدان متحدان خارجاً متفادتان بحسب النية فتدبر جيداً .

المسألة ١٧ - ويحتمل وجوب تقديم النذر ولو مع كونه موسعاً لانه دين

* « هذا الاحتمال ضعيف جداً لان الدين الموسع غير مانع كما هو مختاره ايضاً (١) مضافاً الى ما قد عرفت من ان النذر كساير الواجبات الشرعية وظيفه على المكلف ، و ليس اعتبارها اعتبار الدين ، فادلة الاستطاعة واردة على ادلة النذر ، لانه اذا وجبت حجة الاسلام انتفى موضوع الرجحان المعترفى النذر .

المسألة ١٨ - اذا كان نذره في حال عدم الاستطاعة فورياً ، ثم استطاع

... وجب الاتيان به في العام القابل مقدماً على حجة الاسلام .

* « بل الاقوى وجوب حجة الاسلام عليه وتأخير الحج النذرى اذا لم يكن المنذور مقيداً بسنة الاستطاعة ، والا انحل نذره ، كل ذلك لما عرفت من ان المعترف فى صحة النذر الرجحان حين العمل وهنا غير حاصل ، وما قد يقال من ان الاستطاعة غير حاصلة بعد انعقاد النذر لان المانع الشرعى كالمانع العرفى فقد عرفت الجواب عنه فى المسألة ٣٢ من شرائط وجوب الحج : من ان الاستطاعة ليست الوجود الزاد والراحلة وشبهها ، اما عدم المزاحمة بواجب آخر فهذا حكم عقلى لادخل له بمسألة الاستطاعة ، وبالجملة وجوب الحج على المستطيع من قبيل العناوين الاولى ، وصحة النذرفيما هو راجح من قبيل العناوين الثانوية ، وادلة العناوين الاولى حاكمة على ادلة العناوين الثانوية كما هو ظاهر .

المسألة ١٨ - لوجوبه عليه فوراً فوراً .

* قد يقال لامعنى لنذر الاتيان بالحج فوراً فوراً الا ان يرجع الى نذور متعددة

بتعدد السنوات (كما فى بعض الحواشى) ولكنه عجب ، فان من نذر ان يحج او يتصدق او يزور الحسين عليه السلام فوراً وفى اول فرصة ممكنة ، لاشك فى انه بنظر العرف نذر واحد ، وان هو الاكداء الدين الواجب فوراً ففوراً فهل هو واجبات متعددة ، وهكذا امثاله .

المسألة ١٩ - اذا نذر الحج واطلق من غير تقييد بحجة الاسلام ولا بغيره وكان مستطيعاً او استطاع فهل يتداخلان ؟ ...

* ولا ينبغى الشك فى كون النذر تابعا لنظر الناذر فان كان النذر مطلقا فى نظره فلا بد من الحكم بالتداخل ، وان كان مقيداً بغير حجة الاسلام فاللازم عدم التداخل وان شك فى مقصوده او فى عبارته فالاصل البرائة من الزائد فيكفى حج واحد ولادخل لهذه المسألة ببحث تعدد المسبب بتعدد السبب وعدمه ، وكان فتوى الماتن قدس سره الشريف فى الواقع ايضا يوافق هذا المعنى كما يظهر من ذيل كلامه وان كان صدر كلامه يوهم غيره ، ومن هنا يظهر كفاية الحج النيابى عن المنذور ايضا لو كان النذر مطلقا من هذه الجهة .

المسألة ١٩ - وفيه ان ظاهرهما (ظاهرى صحيحتى رفاعة ومحمد بن

مسلم) كفاية الحج النذرى عن حجة الاسلام مع عدم الاستطاعة .

* «الانصاف انه لا ظهور لهما فى ذلك ، ولعلهما تنطبقان على القاعدة التى عرفت ، وهى كون النذر تابعا لنظر الناذر ، مع كون مفروض سؤال الراوى صورة اطلاق النذر ، وصورة حصول الاستطاعة» .

المسألة ١٩ - ويمكن حملهما على انه نذر المشى لالحج .

* « هذا الاحتمال بعيد جداً كما يظهر من ذيل رواية رفاعة » (فراجع باب ٢٧ من ابواب وجوب الحج الحديث ٣ وتأمل ، وليعلم ان رفاعة له روايتان ومورد الاستشهاد روايته الثانية) .

المسألة ٢٠ - اذا نذر الحج حال عدم استطاعته معلقا على شفاء ولده

مثلاً فاستطاع ... فالظاهر تقدم حجة الاسلام ويحتمل تقديم المنذور .
* « لا وجه لتقديم المنذور ولو كان من قبيل الواجب المعلق وذلك لما عرفت
من ان دليل وجوب الحج حاكم على دليل وجوب الوفاء بالنذر، مضافاً الى بطلان
الواجب المعلق كما ذكرنا فى محله ، ومضافاً الى ان النذر بعنوان الواجب
المعلق غير متعارف » .

المسألة ٢١ - اذا كان عليه حجة الاسلام و الحج النذرى و لم يمكنه
الانيان بهما ... وجوه ... احوطها الاخير (اى تقديم حجة الاسلام) .
* « بل الاقوى تقديم حجة الاسلام » ومحل الكلام ما اذا استقر عليهما الحجتان ،
وفى هذه الصورة لا ينبغى الشك فى تقديم حجة الاسلام ، لما ورد فيها من التأكيد
والاهتمام ، بل يكفى احتمال ترجيحه فى عدم الحكم بالتخيير ويظهر منه حكم
ما بعد موته .

المسألة ٢١ - و اما ان وقت التركة فاللازم استيجارهما و لو فى عام
واحد .

* « بل يجب ان يكون ذلك فى عام واحد لو امكن لان الحكم بالقضاء فيهما فوري »
المسألة ٢٣ - اذا نذر ان يحج او يحج انعقد ... و اذا تركهما حتى مات
يجب القضاء عنه مخيراً .

* « بناءً على القول بوجوب القضاء فى الحج النذرى ، وقد عرفت الاشكال فيه . »
المسألة ٢٣ - وربما يحتمل فى الصورة المفروضة (اى فى صورة عدم
القدرة على احدهما من اول الامر) عدم انعقاد النذر بالنسبة الى الفرد
الممكن ايضاً .

* « هذا الاحتمال ضعيف لان نذره انما هو بوجاء القدرة عليهما وعند عدم القدرة
الاعلى احدهما ينصرف نذره الى المقدور ، و لا يكون اعتبار القدرة فى النذر
شريعياً مثل اعتبار الرجحان ، بل اعتبارها عقلي كسائر التكليف ، و ما قد

يقال من انه من قبيل نذر المررد بين العبادة والبدعة او بين الاحسان والظلم قياس مع الفارق ، لما عرفت من اعتبار القربة فى نفس النذر ، و كونه بحيث يتقرب العبد به الى مولاه ، و من الواضح انه لا يمكن للعبد ان يتقرب اليه بما يتردد بين طاعته و معصيته ، بان يقول : ان شفيت ولدى اطيعك او اعصيك ، و الحاصل ان النذر منعقد فى المقدر فقط و يجب القضاء على القول به فيه لا غير .

المسألة ٢٣ - اذا نذر ان يحج او يزور الحسين من بلده ثم مات . . . ولو اختلف اجرتهما يجب الاقتصار على اقلهما اجرة .

* « لا يخلو عن اشكال وان كان احوط ، وذلك لان المفروض وجوبه عليه تخييراً فيجب القضاء عنه كذلك » و اذا قلنا انه من قبيل الدين كان مقدماً على حق الوارث ، فلا وجه لمزاحمة حقهم له والقول بان الاكثر اجرة من قبيل اللامقتضى ، والارث من قبيل المقتضى ، كما ترى ، فان النذر اذا كان من قبيل الدين و كان على نحو التخيير على الميت كان من قبيل المقتضى .

المسألة ٢٤ - فلا يجوز للوصى اختيار الازيد اجرة وان جعل الميت امر التعيين اليه .

* « لا ينبغي الشك فى جواز اختيار الازيد حينئذ ، ويكون الزائد من الثلث » فان الميت احق بثلث ماله اذا اوصى والمفروض انه جعل امر التعيين الى الوصى ، فالاشكال فى هذه الصورة فى غير محله .

المسألة ٢٥ - اذا علم ان على الميت حجاً ولم يعلم انه حجة الاسلام او حج النذر ، و جب قضاؤه من غير تعيين .

* « الاولى ان يقال و جب قضاؤه بقصد اداء ما فى ذمة الميت حتى يكون قصد العنوان حاصلًا اجمالاً ، ولكن هذا مبنى على وجوب قضاء حج النذر . »

المسألة ٢٥ - وحيث انها (اي الكفارة) مرددة بين كفارة النذر وكفارة اليمين فلا بد من الاحتياط .

* وذكر غير واحد من اعلام المحشين كفاية الاخذ بالاقل وهو اطعام عشرة مساكين لان المسألة من موارد الشك بين الاقل والاكثر ويشكل ان الاخذ بالاقل يكفى فى براءة ذمة الوصى والوارث واما براءة ذمة الميت فهى مشكلة لانه لو كان عالماً بما وجب عليه من الكفارة (كما هو المفروض) تشكل براءة ذمة الميت بذلك ، فلو كان مأموراً بالازيد لم يكفه الاقل وكان معاقباً لتقصيره ، وحيث انه يمكن ان يكون تكليف الوارث ابراء ذمة الميت حتى يأمن من العقاب «لا يترك الاحتياط بالاكثر» .

المسألة ٢٦ - اذا نذر المشى فى حجة الواجب عليه او المستحب انعقد مطلقاً ، حتى فى مورد يكون الركوب افضل .

* «مشكل جداً» لانه اذا كان الركوب افضل وكان مأموراً بالحج الواجب فلامحالة يدور امره بين امرين لاثالث لهما المشى والركوب فاذا كان الركوب افضل فلا بد ان يكون المشى مرجوحاً ، فلا ينعقد نذره ولا يمكن ان يتقرب الى المولى بامر غير افضل اذا دار امره بين امرين لاثالث لهما ، والاطلاقات الدالة على رجحان المشى ناظرة الى ما هو الغالب .

المسألة ٢٦ - فما عن بعضهم من عدم الانعقاد فى مورد يكون الركوب افضل لاوجه له .

* «الا ان يكون نذر الحج ماشياً من قبيل تعدد المطلوب ومنحلاً الى نذرين: نذر الحج ونذر المشى، والا كان الاقوى ما ذكره الماتن من عدم لزوم الرجحان فى الخصوصيات» ولا يزال الناس يندرون اموراً مع خصوصيات ليس فيها رجحان ولا يستشكل عليهم احد ، كمن نذر اطعام المؤمنين فى يوم الثلاثاء اوفى اول كل شهر ، اوفى مكان كذا ، او من طعام كذا ، اوفى وقت كذا من الغداء والعشاء ، ومن الواضح انعقاد هذه النذور، وما فى بعض الحواشى من ان المشى ليس من قيود الحج بل من مقدماته ممنوع ، لان الحج الواقع بعد المشى يتقيد بهذا القيد

ويتصف بهذه الصفة ، اى صفة وقوعه بعد المشى ، مضافاً الى ان بعض افعال الحج يمكن ان يقع ماشيا اورا كبا كالطواف والسعى .

المسألة ٢٧ - لو نذر الحج راكباً انعقد ووجب ولا يجوز حينئذ المشى وان كان افضل .

* وعن بعض اعلام المحشين انه لادليل على انعقاد النذر فى جميع القيود وانما ينعقد فى خصوصيات الفرد مثل ما لو نذر ركعتين فى داره واما اذا نذر الحج مثلاً راكباً مع مركب خاص فانعقاده مشكل ، ولكن يرد عليه انه اذا كان دواع عقلائية على ذلك لامانع من انعقاده مثلاً اذا كان المركب قد سرق ونذر لله انه لو وجدته واخذه حج عليه خاصة لامانع من انعقاد نذره ايضاً .

المسألة ٢٧ - وما فى صحبة الحذاء من امر النبى (ص) بركوب اخت عقبة بن عامر ناذرة ان تمشى ... قضية فى واقعة .

* رواها فى الوسائل فى الباب ٣٤ الحديث ٤ و حملها على ما ذكره من كشفها (اى كشف بعض بدنها عند المشى حافيا لعدم وجود الجواريب فى ذلك الزمان غالباً) يناسب الجواب عن ذيل الرواية ، مع ان الامام عليه السلام حكى هذه القضية لرجل نذر ان يمشى حافيا ، و حملها على فساد النذر اشكل لعدم وجود اية قرينة على ذلك ، فالاولى حملها على صورة عجزه او عجزها عن المشى ، ويشهد له ما فى رواية الحلبي (٣٤/٣) المفروض فيها العجز عن المشى ومارواه ذريح المحاربي (٣٤/٢) ومرسلة الصدوق فيمن نذر ان يمشى الى بيت الله حافيا قال مشى فاذا تعب ركب (٣٤/٥) الى غير ذلك مما روى فى هذا الباب ، هذا اذا كان المشى موجبا للضرر واما اذا كان موجبا للخرج فسيأتى الكلام فيه .

المسألة ٢٨ - يشترط فى انعقاد النذر ماشيا او حافيا تمكن الناذر ... نعم لامانع منه اذا كان حرجا لا يبلغ حد الضرر ، لان رفع الحرج من باب الرخصة لا العزيمة .

* «بل الاقوى كما ذكرنا في محله كون نفي الحرج من باب العزيمة لالرخصة»
كما اختاره الشيخ الاجل صاحب الجواهر ، والاولى ان يعلل الحكم في المقام
بان ادلة نفي الحرج منصرفه عما اذا اقدم على جعل الحرج على نفسه بالنذر
وشبهه ، هذا وما افاده الماتن من الدليل على جواز العمل بالنذر الحرجي من
ناحية كون رفع الحرج من باب الرخصة غير مفيد ، لان لازم الرخصة عدم وجوب
العمل بالنذر واذا لم يجب كشف عن عدم صحته لانه لامعنى لاستحباب العمل بالنذر
فتدبر .

المسألة ٢٩ - كما ان الاقوى ان منتهاه (منتهى المشى) مع عدم التعيين
رمى الجمار لجملة من الاخبار .

* رواها في الوسائل في الباب ٣٥ من ابواب وجوب الحج وشرائطه (المجلد ٨)
رواية ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٧ ، نعم في رواية ٦ من هذا الباب انه ينقطع مشى الماشي
اذا افاض من عرفات ، ولكن الظاهر انه لم يعرف العامل بها ، واما ما حكى عن
المشهور من ان آخره طواف النساء فهو غير ثابت ، ولعله لذا اسنده في الجواهر
الى قول بقوله : قيل : انه المشهور .

المسألة ٣٠ - لا يجوز لمن نذر الحج ما شيا ، او الحج في مشيه ، ان
يركب البحر ... وان اضطر اليه ... سقط نذره .

* «قد يقال بسقوط المشى لالنذر ولكنه انما يتم اذا كان نذره على سبيل تعدد
المطلوب ، والا فالاقوى هو السقوط ، فتشخيص مصداق ذلك انما هو بنظر الناظر»

المسألة ٣٠ - فالمشهور ان يقوم فيه (في المركب) لخبر السكوني والاقوى
عدم وجوبه لضعف الخبر .

* «بل الاقوى وجوبه لعدم ضعف في دلالة الخبر واما ضعف السند ، فلو كان
فهو منجبر بعمل المشهور» (راجع ١/٣٧ من ابواب وجوب الحج) .

المسألة ٣١ - اذا نذر المشى فخالف نذره فحج راكباً ... والحج صحيح

في جميع الصور .

* «اذكان المشى جزءاً للحج كما في السعى والطواف وخالف يشكل التقرب به الى الله ، وان كانا من قبيل المتضادين والامر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده ، بل لما ذكرنا في محله من ان التقرب بشىء لا ينفك عما هو مبغوض للمولى مشكل ، والحكم بالقضاء هنا فرع القول بوجوده في نذر الحج» .

المسألة ٣٢- لو ركب بعضاً ومشى بعضاً (اعاد) والقول بالاعادة والمشى

في موضع الركوب ضعيف لاوجه له .

* حكى هذا القول عن الشيخين وجماعة ويمكن ان يكون الوجه فيه انحلال نذره الى نذور متعددة ويكون المشى في جميع الطريق من باب تعدد المطلوب لما ورد في الروايات ان له بكل قدم كذا وكذا من الثواب ، ولكن الانصاف ان النذر بهذه الصورة غير متعارف ، نعم لو قصد ناذر وجب العمل به .

المسألة ٣٣ - الثالث سقوطه اذا كان الحج مقيداً بسنة معينة ... و توقع

الممكنة مع الاطلاق وعدم اليأس .

* يعنى اذا كان نذره مطلقاً ولم يكن مأبوساً عن القدرة في المستقبل ينتظر ذلك

المسألة ٣٣- ومقتضى القاعدة وان كان هو القول الثالث (السقوط بغير

سياق بدنة) الا ان الاقوى بملاحظة جملة من الاخبار هو القول الثاني (وجوب

الحج بلا سياق) .

* ثبوت الحج بلا سياق بدنة هو الموافق للقواعد ، والاخبار ايضاً واردة على طبق

القاعدة ، لان الغالب ان يكون النذر في هذه الموارد من قبيل تعدد المطلوب ،

فمن نذر زيارة الحسين عليه السلام ماشياً ثم عجز عن المشى يزوره بصرافة ذهنه بغير

مشى ، فانه يرى ان للزيارة فضلاً ، وللمشى فضلاً آخر ، فاذا عجز عن المقدمة

الخاصة اتى بذى المقدمة بدونها ، ولو فرض تقييد النذر في نظر الناذر بحيث كان

من قبيل وحدة المطلوب اشكل الحكم بوجود نفس الحج عليه تعبداً ، فان النذر

تابع لنظرناذره ، والظاهر ان الروايات ايضا منصرفة عن مثل هذا الفرض ، واما عدم وجوب السياق فهو ايضاً موافق للقاعدة ويدل عليه خبر «عنبسة» كما اشار اليه فى المتن (رواها فى الوسائل تارة عن ابن ادريس فى ابواب وجوب الحج الباب ٣٤ الحديث ٦ ، واخرى فى كتاب النذر عن الشيخ فى التهذيب الباب ٨ الحديث ٥) وليعلم ان عنبسة بن مصعب غير معروف بالتوثيق فى كتب الرجال ولكن رواية البنزطى عنه فى طريق ابن ادريس ورواية صفوان عنه فى طريق الشيخ ربما يؤيده فى الجملة .

المسألة ٣٣ - وان كان الاحوط فى صورة الاطلاق (اطلاق النذر) مع عدم اليأس من الممكنة وكونه قبل الشروع فى الذهاب الاعداد اذا حصلت الممكنة بعد ذلك .

* «هذا الاحتياط ضعيف» لظهور اخبار الباب فى وجوب الحج راكباً اذا عجز عن المشى من غير فرق بين صور المسألة اعنى توقع القدرة فى المستقبل وعدمه ، او كون ذلك قبل الشروع او بعده هذا مضافاً الى ان العمل بالنذر واجب فورى كما عرفت سابقاً .

المسألة ٣٣ - و الاحوط اعمال قاعدة الميسور ايضا و المشى بمقدار الممكنة بل لا يخلو عن قوة للقاعدة مضافاً الى الخبر .

* والعجب انه اجرى القاعدة بالنسبة الى اجزاء المشى ولكن لم يجرها بالنسبة الى كل الحج مع المشى ، وعلى كل حال لا ينبغى الشك فى اصل الحكم لان مقتضى الارتكاز انه من قبيل تعدد المطلوب مع دلالة كثير من الروايات عليه ، لا خصوص رواية واحدة اورايتان كما يظهر من كلام الماتن قدس سره (فراجع الباب ٣٤ من ابواب وجوب الحج) .

المسألة ٣٤ - اذا نذر الحج ماشياً فعرض مانع آخر ... وجهان .

* «الاقوى اللاحق بالعجز عن المشى مطلقاً» وقد عرفت ان الحكم موافق للقاعد

٤ - فصل فى النيابة

فصل : لاشكال فى صحة النيابة عن الميت ... وعن الحى

* اما بالنسبة الى الميت فهو من القطعيات بين اصحابنا ، ودلت عليه الروايات الكثيرة ، وبالنسبة الى الحى فى المندوب فيدل عليه ايضاً غير واحد من الروايات (راجع الباب ٣٤ من ابواب النيابة من المجلد ٨ والباب ٢٥ منه فى الوسائل) واما بالنسبة الى الواجب فقد مر الكلام فيه فى المسألة ٧٢ من شرائط وجوب الحج وانه تجب الاستنابة عند استقرار الحج على الحى مع عدم تمكنه بعد ذلك لمرض او حصر او هرم .

المسألة ١- فلا يصح نيابة الصبى عندهم وان كان مميزاً ، وهو الاحوط

«بل هو الاقوى» ، لما ذكره من انصراف الادلة وعدم شمولها له ، ومنع الانصراف كما فى الجواهر وغير واحد من الحواشى ممنوع ، ولا اقل من الشك فتبقى اصالة الاشتغال بحالها ولا فرق بين ان يكون ذلك باذن الولى او لا .

المسألة ١ - و لافرق بين ان يكون حجه بالاجارة او بالتبرع ، باذن

الولى او عدمه .

* لا يقال كيف يجوز له الحج بغير اذن الولى ؟ لانا نقول هذا فى التبرع لا فى الاجارة ، ولادليل على ان الصبى لا يجوز له الايمان بالمستحبات سواء كان لنفسه او لغيره حتى ان العبد يجوز له الايمان ببعض المستحبات التى لاتزاحم حق المولى ، كان يقرأ القرآن فى ساعات فراغه عن نفسه او ابيه وكونه عبداً مملوكاً لا يقدر على شىء ، منصرف قطعاً عن مثل هذه الامور .

المسألة ١ - «الثالث» الايمان ، لعدم صحة عمل غير المؤمن .

* «قد عرفت فى شرائط صحة الصوم ان شرطية الايمان لصحة العبادات غير ثابتة والقدر المعلوم من احاديث الباب وكلمات الاصحاب اعتباره فى قبول العمل

وترتب الثواب عليه ، والعجب من بعض من افتى بالصحة من المحشين في الصيام مع قبوله لفتوى الماتن هنا .

المسألة ١ - «الرابع العدالة او الوثوق بصحة عمله ، وهذا الشرط انما يعتبر في جواز الاستنابة .

* «جواز الاستنابة لا يتوقف عليه ، وانما يعتبر في قبول قوله والحكم ببرائة ذمة المنوب عنه» .

المسألة ١ - «السادس» عدم اشتغال ذمته بحج واجب عليه في ذلك العام .

* «مر الكلام فيه وان الحج والاجارة كلتاهما صحيحتان» (راجع المسألة ١١٠ من شرائط وجوب الحج) .

المسألة ١ - «السادس» - واما مع الجهل او الغفلة فلا (يمطل) .

* «هذا اذا كان الجهل والغفلة عن قصور لانقصير» ودليله ظاهر .

المسألة ٣ - يشترط في المنوب عنه ، الاسلام ، فلا تصح النيابة عن الكافر .

* لعدم انتفاعه بالعمل عنه بدليل قوله تعالى « ما كان للنبي والذين آمنوا ان يستغفروا للمشركين» وكذلك ما دل على نهى النبي عن الاستغفار لهم، وانه لا يغفر الله لهم وان استغفر لهم سبعين مرة ، والانصاف انه لا فرق بين الاستغفار والحج لان لحن الايات تدل على عدم انتفاعهم بالاعمال القريبة ، وما قد يقال من انه فرق بين الاستغفار والحج لانه كأداء الدين موجب لانتفاء موضوع العقاب وهذا غير الاستغفار ، كما في سائر موارد الدين ، مدفوع بانه فرق بين الدين الذي يكون امرأ توصلياً (كدين الدرهم والدينار) وبين ما يكون امرأ تعبدياً كالحج، فالاول يمكن ادائه عن الكافر الميت بل يجب ، ولكن الثاني غير ممكن لانه لا يتقرب الى الله واما الخمس والزكاة فقد مر في باب الزكاة ان لهما جهتين :

جهة تعبدية وجهة توصيلية ، وقد قام الدليل على ان الحاكم الشرعى يأخذهما ولوبعنف مع انه ليس فيه قصد القرية ، واما قصد القرية من الحاكم فمع انه غير مفيد لادليل عليه ، هذا ويظهر من غير واحد من روايات ابواب النيابة جواز الحج عن الناصبى اذا كان اباً ، مثل رواية وهب بن عبدربه قال قلت لابي عبدالله عليه السلام : أيجب الرجل عن الناصب ؟ فقال لا ، قلت : فان كان ابى ، قال ان كان اباك فنعم (٢٠/٢ من ابواب النيابة عن الحج) .

وما رواه اسحاق بن عمار عن ابى ابراهيم عليه السلام وفي ذيله قلت : وان كان ناصباً ينفعه ذلك قال نعم يخفف عنه (٢٥/٥ منها) .

وما رواه على بن ابى حمزة فى باب قضاء الصلاة وفي ذيله قلت : ان كان لا يرى ما ارى وهو ناصب ؟ قال : يخفف عنه بعض ما فيه (١٢/٨) من ابواب قضاء الصلاة من المجلد الخامس من الوسائل .

ولكن لعل المراد منها الناصب الذى لم يبلغ حد الكفر بقرينة قوله : « لا يرى ما ارى » والا لا يجوز الركون الى الروايات اذا خالف كتاب الله ولذا حكى المحقق فى المعتبر عن الشيخين انه لا ينوب عن مخالف فى الاعتقاد الا ان يكون اباه ثم قال : ونحن نقول : ليس كل مخالف للحق لا يصح منه العبادة «نطالبهم بالدليل عليه ... والا قرب ان يقال لا يصح النيابة عن الناصب ويعنى به من يظهر العداوة والشتمان لاهل البيت وينسبهم الى ما يقدح فى العدالة كالخوارج ومن ماثلهم .

ثم حكى فى ذيل كلامه انكار بعض المتأخرين النيابة عن الاب المخالف ايضاً مدعياً عليه الاجماع ولكن المحقق نفسه لم يقبل كلامه . (١)
اقول : لكن تخصيص الاية الشريفة مشكل جداً لان لسانها آت عن التخصيص كما يشهد له قوله تعالى : وما كان استغفار ابراهيم لبيه الا عن موعدة وعدها

اياه فلما تبين له انه عدو لله تبرأ منه ان ابراهيم لاواه حلیم (١) فالنبيابة عن الاب
الناصبى ايضا مشكل .

المسألة ٤ - تجوز النيابة عن الصبى المميز والمجنون .

* « الظاهر انه لادليل عليه الا اطلاق روايات النيابة و لكنه لا يخلو عن شبهة
فى الصبى المجنون الذى لم يستقر عليه الحجج » .

المسألة ٥ - نعم الاولى المماثلة (بين النائب والمنوب عنه فى الذكورة والانوثة) .

* هذا بالنسبة الى الرجل معلوم واما بالنسبة الى المرأة فقد يستشكل فيه لخبر
سليمان بن جعفر قال سألت الرضا عليه السلام عن المرأة الصرورة حجت عن امرأة صرورة
فقال عليه السلام لا ينبغى (٩/٣ من ابواب النيابة من المجلد ٨) اللهم الا ان يقال انها
فى خصوص الصرورة ، مضافاً الى ان فى سند الرواية بعض المجاهيل كعلی بن
احمد بن اشيم فراجع .

المسألة ٦ - نعم يكره ذلك (نيابة المرأة الصرورة) خصوصاً مع كون المنوب عنه رجلاً .

* والكرهية بالنسبة الى نيابتها عن الرجل معلومة واما بالنسبة الى المرأة فلا تخلو
عن اشكال ، اما الاول : لدلالة غير واحد من الروايات عليه (راجع الباب ٨ و ٩
من ابواب النيابة) واما بالنسبة الى نيابتها عن المرأة فلان خبر سليمان بن جعفر
(٩/٣) الدال عليه لا يخلو عن ضعف فى سنده نعم بناءً على المسامحة فى سند
المستحبات والمكرهات لا بأس بهذا القول ولكنها غير صحيحة كما ذكرنا فى محله

المسألة ٦- بل لا يبعد كراهة استيجار الصرورة ولو كان رجلاً عن رجل

* « فيه اشكال بل يظهر من بعض روايات الباب استجابته » (راجع مصححة معاوية
بن عمار ٢٨/١ من ابواب وجوب الحجج) .

المسألة ٧ - يشترط في صحة النيابة قصد النيابة .

* قد ذكرنا في مبحث صلاة القضاء ان قصد النيابة امر ظاهر عر في وهو في الحقيقة عبارة عن اداء ما على غيره ، مالا كان اوفعلا ، والتدقيق الكثير في هذه الامور كما يظهر من بعضهم ربما يوجب الخفاء والوسوسة .

المسألة ٧ - وان كان يستحب ذلك (اي ذكر اسم المنوب عنه) .

* راجع الباب ١٦ من ابواب النيابة .

المسألة ٩ - لا يجوز استئجار المعذور في ترك بعض الاعمال .

* « الاقوى جوازه فيما يتعارف من الاعذار لعامة الناس لاطلاق اخبار النيابة ، وعدم التعرض لهذا القيد في شيء منها ، لاسيما مع ان سفر الحج لا يخلو غالباً عن طر و بعض هذه الامور بالنسبة الى كثير من الناس و لو منع من ذلك اشكل الامر على كثير من النائبين كما لا يخفى على من زار بيت الله الحرام .

المسألة ١٠ - اذا مات النائب قبل الاتيان بالمناسك فان كان قبل الاحرام

لم يجوز عن المنوب عنه .

* «لولم تكن المسألة اجماعية امكن القول بالاجزاء اذا مات في الطريق مطلقاً ، لظهور غير واحد من روايات الباب فيه ، كرواية حسين بن يحيى فان قوله : «فان مات في منزله قبل ان يخرج فلا يجزى عنه وان مات في الطريق فقد اجزأ عنه» له ظهور تام في ان المدار على الموت في المنزل والموت في الطريق (١٥/٤ من ابواب النيابة) ولكنها مرسلة وان كان في السند «ابن ابي عمير» فتأمل

المسألة ١٠ - المقيدة بمرسلة المقنعة ... الشاملة للحاج عن غيره ايضاً .

* «شموله للحاج عن غيره مشكل جداً» فان قوله عنه في ذيل المرسلة «وليقض عنه وليه» ظاهر في كون الحج لنفسه (راجع ٢٦/٤) من ابواب وجوب الحج).

المسألة ١٠ - واما ان مات قبل دخول الحرم . . . الاقوى عدمه (اي

عدم الاجزاء) .

* «بل الاحوط ذلك» لان اطلاق موثقة اسحاق يدل على الاجزاء، بل يدل على الاجزاء قبل الاحرام، ولكنها مقيدة من هذه الناحية بالاجماع، فيبقى الاجزاء فيما بعد الاحرام بحاله، نعم بعد ما قلنا بعدم الاجزاء في الاصيل اذا مات بعد الاحرام وقبل دخول الحرم بشكل الفصل بينه وبين النائب وهذا هو دليل الاحتياط

المسألة ١١ - اذا مات الاجير بعد الاحرام ودخول الحرم يستحق تمام الاجرة اذا كان اجيراً على تفريغ الذمة .

* - قد يقال انه لا يمكن الاجارة على تفريغ الذمة - كما في بعض الحواشي - ولكنه عجيب، لان الاجارة على المسبب ممكن كلاجارة على السبب، لانه مقدور بالواسطة وما يكون مقدوراً بالواسطة تجوز الاجارة عليه، وكم له من نظير في ابواب الاجارات .

المسألة ١١ - فما ذهب اليه بعضهم من توزيع الاجرة (على المشى) ايضاً مطلقاً لاوجه له .

* قد يقال المرتكز في الازهان هو التوزيع بحسب القاعدة ولكنه ممنوع، بل المرتكز اداء ما يوجب فراغ الذمة سواء كان باتيان الاعمال او بقبول الشارع كما اذا مات بعد الاحرام ودخول الحرم واما اذا لم يحصل تفريغ الذمة لم يكن في المشى فايده فلا .

المسألة ١١ - وحينئذ فتفسخ الاجارة ... ويجب عليه الاتيان به اذا كانت مطلقة .

* «المفروض فوت الاجير بعد ذلك فكيف يأتي به» ؟!

المسألة ١٢ - يجب في الاجارة تعيين نوع الحج ... اذا كان مخيراً ... كما في الحج المستحبى .

* «سيأتي الكلام فيه ان شاء الله عند تعرض المصنف له ومنه يظهر حال النذر المطلق ايضاً» .

١٢ - اما اذا كان ماعليه من نوع خاص فلا ينفع رضاه .

* وما قد يقال ان الاجير يستحق الاجرة المسماة لو عدل باذنه ولو لم ينفع في براءة ذمة المستأجر - كما في بعض الحواشي - لا يخلو عن اشكال لان استحقاق اجرة المثل او الاجرة المسماة في عمل يكون كاللغو مع كونهما عالمين بذلك محل كلام وان كان بامر المستأجر او اذنه .

المسألة ١٢ - ان كان التعيين بعنوان الشرطية ... ان كان بعنوان القيدية

* « كون شيء شرطاً للمستأجر عليه او قيداً ليس بحسب الالفاظ المذكورة في العقد بل التفاوت بينهما انما هو بنظر العرف والعقلاء فما كان مأخوذاً في ذات الشيء كان قيداً وما كان خارجاً عن ذاته كان شرطاً من دون فرق بين الالفاظ والعبارات وحيث ان تفاوت انواع الحج انما هو بحسب ذاتها فما نحن فيه من قبيل القيد وان ذكر بلسان الشرط» .

المسألة ١٢ - جمعاً بينه (بين خبر ابي بصير وهو ١٢ / ١ من النيابة)

وبين خبر آخر (وهو خبر ابن محبوب ١٢ / ٢) .

* « لاحتاج الى الجمع بل الظاهر ان خبر ابي بصير بذاته منصرف الى ما اذا كان المستأجر راضياً بالافضل ولا اقل انه القدر المتقين منه» ولا اطلاق له فيما زاد على ذلك .

المسألة ١٢ - في صورة التعيين على وجه القيدية .

* « قد عرفت ان المقام (انواع الحج) من قبيل القيد دائماً وان ذكر بلسان الشرطية»

المسألة ١٣ - والاقوى انه يستحق من المسمى بالنسبة ويسقط منه

بمقدار المخالفة (اي يستحق الاجير بالنسبة الى ما اتى به من الحج)

* « الاقوى في جميع الصور صحتها واستحقاقه للمسمى بمقداره وحاصل

كلامه ان هنا صوراً ثلاثة :

احداها ما اذا قصد الطريق المعين في الحج بعنوان القيدية فلو خالف لا يستحق من المسمى شيئاً .

الثانية : ان يقصد الطريق بعنوان الجزئية ويستحق من المسمى بمقدار ما اتى من المستأجر عليه اعنى الحج بدون الطريق المعين .

الثالثة : ان يجعل سلوك الطريق المعين شرطاً فيستحق تمام الاجرة مع خيار المستأجر وحق فسخه ، ولكن قد عرفت ان الاقرب في جميع الصور صحته واستحقاقه للمسمى بمقداره وذلك لان المفروض ان اعتبار الطريق من باب تعدد المطلوب ولذا حكم ببرائة ذمة المنوب عنه ، ومن المعلوم انه اذا كان الواقع على نحو تعدد المطلوب لا يتغير عما هو عليه بتغيير الالفاظ والعبارات مع بناء العرف على تقييد المسمى في باب تعدد المطلوب ، ولذا افتمى الاصحاب بانه اذا باع ما يملك وما لا يملك يصح البيع فيما يملك بقسط من الثمن ، ولم يفرقوا بين العبارات المختلفة ، وكذلك في باب خيار العيب فلو اشترى انسان حيواناً للاضحية في الحج وكان فيه بعض العيوب فالظاهر ان له خيار العيب ولا يصغى الى انه قصد الصحة بعنوان القيدية لعدم الفائدة في المعيوب له ، ومن هذا كله يظهر ان المدار في هذه الموارد على كون شئ قيداً مقوماً او جزءاً غير مقوم او شرطاً بنظر اهل العرف من دون فرق بين العبارات المختلفة كما عرفت سابقاً ايضاً .

المسألة ١٣ - واما اذا آجر نفسه لتحصيله (اي الحج) فلا اشكال فيه

* التعبير بالتحصيل غير مناسب فالاولى ان يقال اذا آجر نفسه لافراغ ذمة فلان عن الحج او شبه ذلك .

المسألة ١٤ - ولو اقترنت الاجارتين (الاجارتان) في وقت واحد بطلتا

معاً مع اشتراط المباشرة فيهما .

* بمجرد اقتران الاجارتين لا يوجب البطلان بل البطلان انما يكون اذا كان وقت العمل واحد ايضاً والذي يظهر من بعض النسخ ان في العبارة هنا سقطت

والصحيح (ولو اقترنت الاجارتان - كما اذا آجر نفسه من شخص وآجره وكيله من آخر في سنة واحدة و كان وقوع الاجارتين في وقت واحد- بطلتا معا) ويشهد للسقط ذكر الاجارتين بدل الاجارتان» .

المسألة ١٥ - اذا آجر نفسه للحج في سنة معينة ... ولو اخر لالعدر

اثم و تنفسخ الاجارة .

* قد يقال بانه لا تنفسخ الاجارة لعدم الموجب للانفساخ القهرى بل يتخير المستأجرين فسخه وبين ابقائه واعطاء اجرته (اجرة المسمى) ثم مطالبته باجرة المثل وذلك لانه ملك في ذمته الحج في السنة المعينة ، هذا ولكن يرد عليه اولاً ان متعلق الاجارة لا بد ان يكون امراً ممكناً وبعد مضي تلك السنة يكون محالاً فتنفسخ لانه تبقى في ذمته ، ففي الحقيقة تبدل الامر الممكن بالمحال هنا ويؤيد ذلك بناء العرف في هذه الموارد على الانفساخ قهراً فلوان انساناً كان اجيراً على اجراء صيغة عقد فلم يعمل بوظيفته حتى وقع عقد النكاح باجراء الصيغة من ناحية غيره فالظاهر حكمهم بالبطلان حينئذ لبقاء الاجارة وتخيره بين اعطاء مال الاجارة واخذ اجرة المثل او فسخ الاجارة .

المسألة ١٥ - ويكون للمستأجر خيار الفسخ لو كان على وجه الشرطية

* «قد عرفت ان التقييد والاشترط لا يكونان بتغيير الالفاظ بل المدار على الواقع» فان كان من قبيل تعدد المطلوب كما هو مورد الكلام كان من قبيل الجزء او الشرط لامحالة ، ولا معنى للتقييد فيه ، وحيث ان المقام من قبيل الشرط فلولم يفسخ كان للاجيرا جرة المسمى وان فسخ كان له اجرة المثل .

المسألة - ١٥ وفي ثبوت الخيار للمستأجر حينئذ (اي حين الاهمال

مع القول بوجوب التعجيل) وجهان .

* «الاقوى كونه بمنزلة الاشتراط» لان التعجيل لو قلنا به انما يكون من جهة انصراف العقد اليه وحينئذ يكون من قبيل الاشتراط .

المسألة ١٦ - لاتصح (الاجارة) الثانية بالاجازة (من المستأجرا لاول) لانه لادخل للمستأجر بها .

* «على الاحوط» وقد يقال يمكن تصحيح الثانية باسقاط المستأجرا لاول حقه كاسقاط حق الرهانة فتكون الاجارة الثانية بلا مزاحم ، ولكن لا يخفى انه من قبيل من باع ثم ملك ثم اجاز وفيه اشكال معروف .

المسألة ١٧ - وظاهرهم استحقاق الاجرة بالنسبة الى ما اتى به من الاعمال وهو مشكل .

* «بل الاقوى عدم استحقاقه وقد تقدم حكم المسألة ودليلها في المسألة الحادية عشرة ايضا» .

المسألة ١٩ - اطلاق الاجارة يقتضى التعجيل ... والقول بوجوب التعجيل اذا لم يشترط الاجل ضعيف .

* «العبارة لاتخلو عن نهافت اللهم الا ان يكون التعجيل الثانى بمعنى الفورية ، وعلى كل حال الظاهر عند اطلاق الاجارة هو وجوب الاتيان بالعمل المستأجر عليه فوراً ففوراً» لان المفروض انه ملكه فى ذمته ولا يجوز التأخير فى اداء الدين وملك الغير ، فكما ان البيع اذا تم وجب القبض والقباض بلا حاجة الى دليل آخر فكذا فى الاجارة يجب قباض الثمن من المستأجر واداء العمل من الموجر ، وقدم الكلام فيه فى المسألة الرابعة عشر فى المقام وستأتى الاشارة اليه فى المسألة الخامسة من اركان الاجارة .

المسألة ٢١ - لو افسد الاجير حجه بالجماع . . . للتعبير فى الاخبار بالفساد الظاهر فى البطلان .

* وقد ورد هذا التعبير فيما رواه سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام بقوله «والرفث فساد الحج» (٨ / ٣ من ابواب كفارات الاستمتاع ج ٩) ويؤيده ما يظهر من بعض روايات العمرة من التعبير بالفساد فيمن غشى اهله فراجع (١ /

١٢ / ٢٥ / ١٢ / ٤٥ من ابواب كفارات الاستمتاع) .

المسألة ٢١ - والاقوى صحة الاول وكون الثاني عقوبة لبعض الاخبار الصريحة في ذلك للحاج عن نفسه .

* مثل ما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام عن رجل واقع امرأته وهو محرم قال عليه جزور كوما فقال : لا يقدر فقال ينبغي لاصحابه ان يجمعوا له ولا يفسدوا حجه (٣/٣ من ابواب كفارات الاستمتاع ج ٩) فانه ظاهر في صحة حجه اذا اتى بالكفارة .

المسألة ٢١ - ولخصوص خبرين في خصوص الاجير عن اسحاق بن عمار .

* راجع الحديث او ١٥/٢ من ابواب النيابة في الحج (ج ٨) .

المسألة ٢١ - ثم لا يخفى عدم تمامية ما ذكره ذلك القائل من عدم استحقاق الاجرة .

* القائل هو صاحب الجواهر فانه قال : لامحيص بنساءً على ذلك (بنساءً على ان الواجب هو الحج الثاني) عن القول بانفساخ الاجارة اذا فرض كونها معينة وعود الاجرة لاصحابها (انتهى) .

هذء، ولكن الانصاف استحقاق الاجير للاجرة لما يظهر من رواية اسحاق بن عمار : وفيه «قلت فان ابتلى بشيء يفسد عليه حجه حتى تصير عليه الحج من قابل ايجزى عن الاول؟ قال : نعم ، قلت : لان الاجير ضامن للحج قال نعم» (١/ ١٥ من ابواب النيابة) وذلك لان التعبير بضمان الاجير للحج دليل على استحقاقه للاجرة بل الظاهر انه دليل على عدم انفساخ الاجارة وبقائها على ما كان، فيكون العوض تعديداً وقدم في مبحث كفاية تفرغ ذمة الميت ما ينفع في المقام .

المسألة ٢١ - وفيه ايضاً ما عرفت من ان الثاني واجب بعنوان اعادة

* الاولى ان يقال ان الظاهر من ادلة النيابة - ولو بمقتضى الاطلاق المقامى كونها شبيهة بالعمل المباشري الا ما خرج بالدليل ، فاذا قلنا بكفاية احد الحجين فيما اذا افسد الاول بالجماع ونحوه بالنسبة الى الاصيل فكذلك الحكم فى النائب لانها يتوافقان من جميع الجهات الا فيما عرفت .

المسألة ٢٢ - يملك الاجير الاجرة بمجرد العقد لكن لا يجب تسليمها اذا لم يشترط التعجيل ولم تكن ... انصراف .

* «ولكن الانصراف حاصل غالباً الا ما وقع التصريح بخلافه ، فان النائب غالباً يأتي بالحج بنفس الاجرة لا بغيرها» .

المسألة ٢٢ - لكن اذا . . . سلمها قبله (سلم الاجرة قبل العمل) كان ضامناً لها .

* «اذا كان الاجير مأموناً وكان التسليم اليه معمولاً لوجه للضمان» لان الموصى والوكيل غير متعد ولا مفرط ، لاسيما اذا كان فيه نوع مصلحة للمنوب عنه والموصى

المسألة ٢٢ - ولا يجوز اشتراط التعجيل من دون اذن الموكل او الوارث

* «اذن الوارث انما يعتبر اذا كان الوارث وصياً للميت» .

المسألة ٢٢ - ولو لم يقدر الاجير على العمل مع عدم تسليم الاجرة كان له الفسخ .

* «بل الظاهر انه تنفسخ الاجارة بنفسها بعدم قدرة الاجير» .

المسألة ٢٣ - اطلاق الاجارة يقتضى المباشرة . . . والرواية الدالة على الجواز محمولة على صورة العلم بالرضا .

* «وهى رواية ١ / ١٤ من ابواب النيابة ج ٨ ولعله كان هناك قرائن حالية او مقالية او كان المتعارف فى ذلك الزمان كون الاطلاق ناظراً الى الاعم ، واما ما افاده فى المستمسك من «ان مجرد العلم بالرضا غير كاف الا اذا رجع الى

الاجارة على الاعم او الاذن الانشائي» الظاهر انه غير وجيه ، لان المقام من قبيل الوفاء بغير الجنس في باب الديون الذى يكفى فيه الرضا .

المسألة ٢٤- فهل يجوز له (اي لمن نوى التمتع وضاق وقته) العدول

ويجزى عن المنوب عنه اولاً؟ وجهان

* «الاقوى هو الاجزاء لاطلاق اخبار العدول» (راجع الباب ٢١ من ابواب اقسام الحج ج ٨) ودعوى الانصراف فيها الى الحاج عن نفسه ممنوع ، سلمنا ولكن الاطلاق المقامى يقتضى حمل عمل النائب على الحاج عن نفسه .

المسألة ٢٤ - وعلى تقديره (اي على شمول اخبار العدول للمقام)

فالاقوى عدم اجزائه عن الميت وعدم استحقاق الاجرة عليه .

* «بل الاقوى اجزائه عنه واستحقاقه الاجرة لدلالة اخبار العدول على الاجزاء بالدلالة الالتزامية واما استحقاق الاجرة فلانه وان كان غير ما على الميت الا انه يقوم مقامه بحكم الشرع فيوجب فراغ ذمة الميت كما مر نظيره فيما سبق فيمن مات بعد الاحرام ودخول الحرم» .

المسألة ٢٥ - فانه يجوز التبرع عنه ويسقط عنه وجوب الاستنابة

على الاقوى .

* «بل الاقوى عدم سقوط الاستنابة عنه لان الواجب اما المباشرة بنفسه او التسبيب بالاستنابة واما مجرد فعل المتبرع فلا يعد فعلاً له ولا يستند اليه» .

المسألة ٢٥ - بل التبرع عنه (عن الميت او المعذور) حينئذ (حين

التمكن من الاستيجار) ايضاً لا يخلو عن اشكال في الحج الواجب

* «قوله في الحج الواجب هنا زائد كما ذكره جماعة من اعلام المحشين رضوان الله عليهم كما ان قوله وان كان الاقوى الصحة في السطر التالى ايضاً لا يناسب ما قبله وما بعده بل المناسب تبديل محل العبارتين» .

المسألة ٢٦ - لا يجوز ان ينوب واحد عن اثنين او ازيد في عام واحد

وان كان الاقوى فيه الصحة .

* «قد مر في المسألة السابقة ان هذه العبارة لا تخلو عن اضطراب والظاهر انه من الناسخ وكيف يلائم تقوية الصحة مع الحكم بالبطلان وعدم الجواز قطعاً في اول المسألة؟ والظاهر ان العبارة كانت كذلك لا يجوز ان ينوب واحد او اثنين او ازيد في الحج الواجب واما حملها وان كان الاقوى فيه الصحة فهي من تنمة قوله لا يخلو عن اشكال في المسألة السابقة» .

المسألة ٢٦ - اجملة من الاخبار الظاهرة في جواز النياية

* راجع الباب ٢٨ و ٢٩ من ابواب النياية في الحج (المجلد ٨) والباب ١٢ من ابواب قضاء الصلوات (المجلد ٥) والباب ٢٨ من ابواب الاختصار (المجلد ٢) .

المسألة ٣٧ - يجوز ان ينوب جماعة عن الميت او الحي ... ولا يضر

سبق احدهما بوجوب الاخر

* «ولكن اذا سبق احدهما باتمام حجه قبل الاخر فقد سقط الوجوب عن المنوب عنه فكيف يصح للثاني نية الوجوب بل مطلق الامر لان المفروض سقوط ما نواه ولكن لما كان الحج لا يمكن تركه الا بالاتمام ولا يخرج من الاحرام الابداء مناسكه فعليه ان يتمه بقصد القرية المطلقة» والقول بان سبق احدهما بالاتمام يكشف عن بطلان الاخر كما في المستمسك كما ترى فان اطلاق ادلة الصحة يشمل كليهما ما لم يتم احدهما قبل الاخر .

٥ - فصل في الوصية بالحج

المسألة ١ - ولا فرق في الخروج من الاصل بين حجة الاسلام والحج

النذري والافسادى .

* «قد عرفت في المسألة ٨ من الحج النذري انه لا دليل على اخراج الحج النذري - فكيف بالافسادى - عن الاصل وان ما يقال بان كل واجب مالي يخرج من الاصل لا يخلو عن اشكال نعم لا ينبغي ترك الاحتياط على اخراج الحج النذري والافسادى

عن الاصل مع رضی الورثة» فراجع ما ذكرناه هناك مع تفصيله .

المسألة ١ - وحمل الخبر الدال بظاهره على ما عن الصدوق ...

* «الظاهر ان الفتوى بكون جميع الوصايا عن الاصل منقول عن والد الصدوق لاعن الصدوق نفسه».

المسألة ١ - بل الاقوى خروج كل واجب من الاصل وان كان بدنياً

* «لادليل على ذلك بل الظاهر انه من الثلث لو اوصى به» .

المسألة ١ - هذا وان الشبهة مصداقية والتمسك بالعمومات فيها محل

اشكال .

* «بل هو ممنوع» لما ذكرنا في محله من عدم حجية العام حينئذ بالنسبة الى المصداق المشكوك الا في بعض الفروض التي ليس مورد البحث منها .

المسألة ١ - نعم لو كانت الحالة السابقة فيه هو الوجوب كما اذا علم

وجوب الحج عليه سابقاً ولم يعلم انه اتى به او لا فالظاهر جريان الاستصحاب

والاخراج من الاصل .

* «بل الظاهر الاخراج من الثلث ، وكذا بالنسبة الى الخمس والزكاة المعلومين تعلقهما ، المشكوكين اخراجهما ، وهكذا بالنسبة الى ديون الناس وذلك لاستقرار السيرة عليه ، والاوجب على كل وارث اداء الزكاة او الخمس او الديون للناس حيث انه يعلم غالباً بتعلق بعض هذه الامور بالمورث ويحتمل عدم ادائها»
للعصيانه بل لانه قد لا يقدر عليه او يكون من قبيل الواجب الموسع كالدين غير المطالب وقدمضى شطر من الكلام في هذه المسألة عند الكلام في المسألة ١٠٦ من شرائط وجوب الحج ، والمسألة ٥ من مسائل ختام الزكاة ، والعجب ان الماتن قدس سره اختار هناك عدم الوجوب وهنا الوجوب !

المسألة ٣ - لكن اذا كان هناك من يرضى بالاقبل منها وجب استيجاره

* «ولكن ما ذكره من الدليل لا يناسب المراد ، والاولى ان يقال انه تضيع لحق

الورثة من غير دليل .

المسألة ٣- وهل يجب الفحص عنه (اي عن يرضى بالاقبل) لو احتمل وجوده الاحوط ذلك .

* «لا يترك فيما يكون المتعارف فيه الفحص» فانه ليس المتعارف استيجار اول من يدخل عليه بل المعمول الفحص منه في الجملة .

المسألة ٣- بل هو المتعين (اي الاكتفاء بفعل المتبرع بالحج).

* «لا يبعد ذلك في الحج الواجب الذي يخرج من الاصل دون غيره» فان ادلة جواز الاخراج من الاصل منصرفه عن هذه الصورة التي يتبرع فيها متبرع بالحج من دون استيجار ، ولا اقل من الشك في شمولها واما فسى الحج الندبي فيشكل ذلك اذا اوصى باستيجار للحج من ثلثه .

المسألة ٤- هل اللازم في تعيين اجرة المثل الاقتصار على اقل

الناس اجرة .

* «الاقوى فيه التفصيل بينما يكون اقل الناس اجرة سبباً لو هن الميت وما لا يوجب ذلك واللازم الثاني، واما الزائد عليه فلا دليل على جوازه ، وان كان مناسباً لشأنه فان الشأن ذو مراتب وقد مر منه قدس سره في المسألة ١٠٢ من شرائط وجوب الحج ما قد ينافي ما ذكره هنا ، واما الحكم في باب الكفن فقد مر في المسألة ٢٠ من احكام تكفين الميت انه يكفي الكفن على النحو المتعارف وذلك لاطلاق روايات الباب .

المسألة ٥- لاعراض المشهور عنها .

* «اعراضهم عن سند الرواية غير مسلم ولعل الاعراض عن دلالتها على مفروض المسألة ، فانه لا يفهم منها الوجوب مكرراً اذا كانت الوصية مبهمه ، بل لعل المراد منها ما اذا كانت الوصية مطلقة ودالة على التكرار ما بقي المال .

المسألة ٥- ولو اوصى ان يحج عنه مكرراً كفى مرتان

* «مشكل جداً بل قد يكون ظاهراً في التكرار مهما تحمل المال» واللازم الاخذ بظهور كلامه .

المسألة ٦ - لو اوصى بصرف مقدار معين فى الحج ... واتفق عدم كفاية ذلك المقدار لكل سنة صرف نصيب سنتين فى سنة .

* هذه المسألة مقطوع بها فى كلمات الاصحاب ظاهراً ، وتدل عليه قاعدة الميسور ، وهى - بخلاف ما ذكره الماتن - قاعدة عرفية عقلائية امضاها الشرع فى الجملة ، وهى جارية فى المقام بلا اشكال ، وملاكها فى الحقيقة الاخذ بتعدد المطلوب ، واما ما ذكره الماتن فهو فى الحقيقة راجع الى الخطاء فى التطبيق وهو وان كان صحيحاً فى بعض الموارد ولكنه بشكل دعواه فى جميع الفروض ، واما الروايتان فهما ظاهرتان فى المقصود ، معتبرتان بحسب السند او بعمل الاصحاب .

المسألة ٦ - فهل ترجع ميراثا اوفى وجوه البر ... وجوه .

* «لا يبعد وجوب صرفها فى وجوه البر» لانفهام تعدد المطلوب فى هذه المواضع ولما ورد فى الباب ٣٧ الحديث ٢ من رواية على بن مزيد (فرقد) وستأتى الاشارة اليها فى المسألة ٩ .

المسألة ٦ - ولو كان الموصى به الحج من البلد ودار الامر بين جعل

اجرة سنتين مثلاً لسنة وبين الاستيجار ... من الميقات ... وجهان .
* «الاقوى هو الثانى اى اختيار حجتين من الميقات على حجة واحدة من البلد» لافضلية الحج من الطريق ، واحتمال ذلك كاف فى المنع عن الحكم بالتخير ، واما الاستدلال برواية عبدالله بن بكير (الواردة فى الباب ٢ من ابواب النيابة) وشبهها ، كما يظهر من بعض المحشين ، فهو بعيد ، لعدم اطلاق لها شامل للمقام لانها ظاهرة فيما اذا كانت هناك حجة واحدة هذا واطلاق الخبرين السابقين الواردين فى الفرع السابق منصرف عن محل الكلام .

المسألة ٦ - هذا كله اذا لم يعلم من الموصى ارادة الحج بذلك المقدار على وجه التقييد .

* «لكن هذا الاحتمال مجرد فرض كما ذكره بعض الاعلام رضوان الله عليه» وكذلك ما يأتي في المسألة الاتية من مثل هذا الاحتمال .

المسألة ٨ - واستوجر غيره باجرة المثل في الواجب مطلقا .

* «قد مر ان اخراج الحج الواجب غير حجة الاسلام من الاصل مشكل»

المسألة ٨ - وكذا اذا لم يقبل اصلا (تبطل الوصية) .

* «الا ان استفاد من الوصية تعدد المطلوب كما هو الغالب فيكون اصل الحج مطلوباً للموصى وكون النائب شخصاً معيناً مطلوباً آخر» .

المسألة ٩ - اذا عين للحج اجرة لا يرغب فيها احد وكان الحج مستحبا بطلت الوصية .

* «ولكن لو وقت الاجرة بالحج الميقاتي كان الواجب العمل بها» لماسياتي من خبر علي بن مزيد وللقاعدة .

المسألة ٩ - اذا عين للحج اجرة لا يرغب فيها احد ... والاقوى هو

الصرف في وجوه البر، للقاعدة الميسور

* «بل لقاعدة الميسور ولما يأتي من الرواية ، لما قدرت انها قاعدة عقلائية قبل ان تكون شرعية وملاكها تعدد المطلوب ، والعجب انه رحمه الله صرح بكون المقام من قبيل تعدد المطلوب ولكن لم يقبل قاعدة الميسور» .

المسألة ٩ - ويؤيد ما ذكرنا ما ورد من الاخبار... بل يدل عليه خبر

علي بن سويد عن الصادق (ع)

* «حكاه في الوسائل في الباب ٣٧ من احكام الوصايا (ج ١٣ الحديث ٢) ولكن الراوي «علي بن مزيد صاحب السابري» والظاهر ان ما رواه في الوسائل اصح بقرينة رواية زيد النرسي، وبقريضة توصيفه بصاحب السابري كما يظهر بالمراجعة

الى جامع الرواة .

المسألة ١٠ - اذا صالحه داره مثلاً وشرط عليه ان يحج عنه بعد موته
صح ولزم وخرج من اصل التركة

* «الاولى ان يقال اذا صالحه داره كذلك لا يملك ذلك الحج الورثة بعد موته
بل يبقى على ملك المورث فهو مال لا يكون داخلاً في التركة» .

المسألة ١٠ - ويظهر من المحقق القمي قدس سره . . . اجراء حكم
الوصية عليه

* «وما ذكره المحقق القمي غير بعيد» نظراً الى ان المورث يملك العمل في
ذمة المصالح له ، وهذا العمل مع لونه الخاص (اي كونه نيابة عن شخص المورث)
ينتقل الى الورثة فلهم ابراء ذمته عنه لو كان نديباً ، كما ان لهم المصالحة معه
بمال آخر بأخذونه ويملكه الورثة كسائر الارث، واما اذا اصر المصالح له على نفس
الفعل لا غير يكون هذا من باب الوصية ، لان الوصية ليست الا ما اوصى به بالنسبة
الى بعد موته وهذا من مصاديقه ، فلا يحتاج الى وصية اخرى غير هذه المصالحة
مع هذا اللون ، فان فضل عن الثلث توقف على اذن الورثة ، والا صح بعنوان
الثلث ، ومن هنا يظهر الاشكال فيما ذكره الماتن من قوله : «هذا ليس مالا تملكه
الورثة» بل نقول انه مال ، لانه يبذل بازائه المال ، ويمكن مصالحته بمال آخر .

المسألة ١٠ - وكذا الحال اذا ملكه داره بمائة تومان مثلاً بشرط ان
يصرفها في الحج عنه (اي بعد موته)

* «هذا اظهر من سابقه لان هنا امرين اصل المال المصالح عليه وشرطه والتفكيك
بينهما اسهل» مضافاً الى ان الشرط ليس الا الوصية وهو اظهر من سابقه في
الانتقال الى الورثة ثم كونه من باب الوصية .

المسألة ١٠ - او ملكه اياها بشرط ان يبيعها ويصرف ثمنها في الحج

* «اذا لم نقل ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وفيه كلام في محله» .

المسألة ١١ - لو اوصى بان يحج عنه ماشياً او حافياً صح .

* اذا كان الحج كذلك امراً مشروعاً غير مشتمل على الاسراف او غيره من المحرمات ولكن بعض مصاديقه في عصرنا لا يخلو عن اشكال .

المسألة ١١ - وخروج الزائد عن اجرة الميقاتية عنه (الثلث)

* «المراد اجرة الميقاتية غير ماش لا اذا كان ما شياً» (اذا كان اجرته اكثر من الراكب) .

المسألة ١١ - لو نذر في حال حياته . . . وجب الاستيجار عنه من اصل

التركة .

* «قد عرفت الاشكال في وجوب اخراج الحج المنذور عن اصل التركة» .

المسألة ١١ - ففرق بين كون المباشرة قيداً للمأمور به او مورداً

* «المراد من كونه قيداً ان يكون قيداً مقوماً والا لاشك في ان المباشرة قيد في كل نذر متعلق بفعله ، وحينئذ يمكن ان يقال بانصراف ادلة القضاء عن الميت عن مثل هذا النذر فتأمل» .

المسألة ١٢ - نعم لو كان اقراره بالوجوب عليه في مرض الموت . . .

* «سيأتي الكلام فيه انشاء الله في محله» .

المسألة ١٣ - لو مات الوصي بعد ما قبض من التركة اجرة الاستيجار

وشك في اذنه استأجر . . . فالظاهر حمل امره على الصحة .

* «قاعده الصحة انما تجرى فيما اذا صدر فعل من فاعل وشك في صحته وفساده لاما اذا شك في اصل الفعل ولكن يمكن الحكم ببرائة ذمة الميت هنا لاستقرار السيرة عليه» والالوجب على الورثة العمل بكل وصية اوصى به المورث اذا شك بعدموت الوصي وهذا امر مشكل لعله لا يقول به احد .

المسألة ١٣ - وفي ضمانه لما قبض وعدمه . . . وجهان

* «والاقوى عدم الضمان لانه امين وليس على الأمين ضمان الا اذا ثبت التفريط وسيأتي من الماتن قدس سره اختيار هذا القول في المسألة الآتية» .

المسألة ١٣ - نعم لو كان المال المقبوض موجوداً اخذ حتى في الصورة

الاولى .

* «اخذ المال في هذه الصورة مشكل جداً، لما عرفت من براءة ذمة الميت حينئذ اما للسيرة او للحمل على الصحة ومعها يكون المال ظاهراً للوصي وبالجملة لا يمكن الجمع بين حمل امره على الصحة او الحكم ببراءة ذمة الميت والحكم ببقاء المال على ملك الميت ، ومع وجود الامارة لا يجوز التمسك باستصحاب بقاء المال على ملك الميت كما ذكره في المتن .

المسألة ١٥ - اذا اوصى بما عنده من المال للحج ندبا ولم يعلم انه يخرج

من الثلث او لا

* «حق العبارة ان يقال ولم يعلم انه لمقدار الثلث او اكثر»

المسألة ١٥ - ففي سماع دعواه وعدمه وجهان

* بل وجوه ، لاحتمال التفصيل بين الصورتين والقول بالصحة فيما لو ادعى ان امواله عند الورثة ضعف هذا، والقول بالفساد لو ادعى ان الورثة اجازوا ذلك في حال كونهم منكرين لها .

المسألة ١٦ - وكذا عن الحي (يعنى يجوز الطواف عنه) اذا كان غائباً

عن مكة او حاضراً وكان معذوراً

* ويدل عليه مضافاً الى عدم نقل الخلاف فيه ، ماورد في رواية ابن ابي نجران ممن حدثه عن ابي عبدالله عليه السلام (١٨/٣) من ابواب النيابة) وما رواه اسماعيل بن عبد الخالق عنه عليه السلام (٥١/١) من ابواب الطواف) هذا ولكن الذي يختلج بالبال ان المعروف ان صاحب الزمان (ارواحنا فداه) يكون بالموقف في كل سنة فهو حاضر في مكة مع ان المشهورين الشيعة جواز الحج والطواف عنه كما يظهر

من رواية ابي محمد الدعلجى الذى رواها فى البحار فى باب ذكر من رآه عليه السلام (ج ٥٢ ص ٥٩ الحديث ٤٢) ويظهر من رواية محمد بن عثمان العمرى ٨ / ٤٦ من ابواب وجوب الحج ايضا ان صاحب العصر عليه السلام يحضر الموسم كل سنة اللهم الا ان يقال ان المعصومين خارجون عن هذا الحكم وهو يحتاج الى مزيد تتبع وتأمل .

المسألة ١٢ - لو كان عند شخص وديعة ومات صاحبها وكان عليه حجة الاسلام . . . جاز بل وجب عليه ان يحج بها عنه .

* والعمدة هنا ما رواه بريد (١ / ١٣ من ابواب النيابة) ولو كان فى سنة الرواية كلام يجبره عمل الاصحاب به (وللرواية طريقان) .

المسألة ١٣ - الا ان الاصحاب قيدها بما اذا علم اوطن بعدم تأديتهم لوديعها اليهم .

* «الرواية مطلقة والقدر المتيقن من جواز دفع الوديعة الى الورثة ما اذا علم بقيامهم بامر الحج» ، واما غير هذا فلا دليل عليه والقاعدة التى على وجوب اعطاء الاموال الى الورثة قد خصصت بما عرفت من حديث بريد فاعطائها الى الورثة فى غير صورة العلم بادائهم للحج مشكل .

المسألة ١٤ - وهل يلحق بحجة الاسلام غيرها . . . وكذا هل يلحق بالوديعة غيرها

* «الاقوى اللاحق فى جميع فروض المسألة اذا علم ان الورثة لا يقومون بهذا الواجب المالى واما فى صورة الظن فلا يخلو عن اشكال» والوجه فيما ذكرنا ان الحكم مطابق للقاعدة ، لانه تدخل فى احكام الحسبة كما افاده فى المتن اوتدخل فى باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ، بل قد يكون مصداقا للخيانة فى الامانة ، فانه اذا اعطاها الورثة مع علمه بانهم لا يقومون بواجبهم فى هذا المال فقد خان فيه واعان على اتلافه وصرفه فى غير حقه ، واما القاء الخصوصية عن مورد الرواية وتنقيح المناط مع قطع النظر عما ذكرنا فلا يخلو عن اشكال فى بعض

فروض المسألة كما لا يخفى.

المسألة ١٧ - نعم لو لم يعلم ولم يظن عدم تأدية الوارث لا يجب الدفع

اليه .

* وهكذا في بعض النسخ ومن الواضح زيادة «لا» فيجب الدفع اليه، والدليل على ذلك كونهم اولى من غيرهم بهذه الامور، بل قد يقال ان المال اولا يدخل في ملكهم

المسألة ١٨ - يجوز للنائب بعد الفراغ عن الاعمال للمندوب عنه ان

يطوف عن نفسه .

* « بل يجوز ولو فسى ضمن الاعمال اذا لم يزاحم ما عليه من حق الاستيجار »
ويدل على ذلك مضافاً الى انه موافق للقاعدة ماورد في الباب ٢١ من ابواب
النيابة وتقييده في الرواية بما بعد الاعمال اشارة الى عدم المزاحمة .

المسألة ١٩ - يجوز لمن اعطاه رجل مالا لاستيجار الحج ان يحج بنفسه

* - ويدل عليه مضافاً الى موافقته للقاعدة اذا شمله اطلاق كلام المستأجر ،
ماورد في الباب ٣٦ من ابواب النيابة من جواز حج الموصى بنفسه عن الميت فراجع
وللمسألة نظائر في باب النكاح و الزكاة (راجع باب ٤٠ من ابواب المستحقين
للزكاة ٨٣ من ابواب ما يكتسب به).

المسألة ١٩ - واذا عين شخصاً تعين الا اذا علم عدم اهليته.

«ولكن في هذه الصورة تبطل الاجارة ويرجع المال الى المستأجر الا اذا
كانت الاجارة من باب تعدد المطلوب وكذا الكلام في المشتبه في الحج المندوب.

٦- «فصل في الحج المندوب»

المسألة ٦ - يجوز اعطاء الزكاة لمن لا يستطيع الحج ليحج بها .

* والاولى ان يكون ذلك في الضرورة والاحوط ان لا يكون هناك مستحق يكون
اعطاء الزكاة اليه اولى لاسيما اذا كان البيت غاصاً باهله .

المسألة ٨ - وفي بعض الاخبار ان الله يبغض الاسراف الا في الحج والعمرة

* ولكن يظهر من بعض الاخبار ان المراد بالاسراف ليس هو الاسراف المحرم بل المقابل للقصد المطلوب في غير الحج، ففي رواية ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله ما من نفقة احب الى الله عز وجل من نفقة قصد ويبغض الاسراف الا في الحج والعمرة .

المسألة ١٠ - لا يجوز الحج بالمال الحرام لكن لا يبطل الحج اذا كان

لباس احرامه وطوافه وثمان هديه من حلال .

* د و كذا محل وقوفه بالموقفين اذا كان بناءً او فراشاً و كذا الخيام ، حتى الحصاة التي يرمى بها اذا كانت محرمة على الاحوط في جميع ذلك، بل و كذا النعال والمركب الذي يسمى به وما اشبه ذلك .

المسألة ١١ - لكن لو عصى (و ترك الحج المضيق) وحج (حجاً مندوباً)

صح كما مر الكلام في المسألة ١١٠ من شرائط وجوب الحج .

٧- «فصل في اقسام العمرة»

المسألة ١- بل تكفي استطاعتها (اي العمرة) في وجوبها وان لم تتحقق

استطاعة الحج .

* «على الاحوط فيمن وظيفته التمتع ومن ليس كذلك» لاطلاق اخبار الوجوب وان كانت لا تخلو عن اشكال ، لامكان كونها في مقام بيان اصل وجوب العمرة في مقابل جماعة من العامة الذين حكموا بانها سنة مؤكدة كالشافعي في القديم ، ومالك و ابي حنيفة واصحابه وابن مسعود والشعبي على ما حكاه في الخلاف في كتاب الحج (في المسألة ٢٨) فما ورد في اخبارنا ناظر الى نفى هذا القول وليس في مقام البيان من جهة الوجوب اذا استطاع لخصوص العمرة دون الحج ولكن لا يترك الاحتياط كما مر .

المسألة ١ - كالقول باستقلال الحج في الوجوب دون العمرة .

* نسب هذا القول الى الشهيد في الدروس ولكن العبارة لا تخلو عن اشكال، فان الشهيد لم يقل باستقلال الحج في الوجوب دون العمرة بل قال فيما حكى عنه ولو استطاع لها خاصة لم تجب والفرق بينهما غير خفى على الخبير .

المسألة ٢- لكن الاحوط الاتيان بها (اي العمرة مستقلة اذا استطاع لها

خاصة كما في النائب ومن تمكن من العمرة دون الحج).

«لا يترك الاحتياط فيه كما مر» في المسألة السابقة، وذلك لاحتمال اطلاق

اخبار الوجوب وشمولها للمقام مع اشكال فيها قد عرفت .

المسألة ٣- لا يجوز دخولها (دخول مكة) الامحراماً الا بالنسبة الى من

يتكرر دخوله وخروجه.

* «وهكذا يستثنى منه من يدخل «مكة» في الشهر الذي خرج منها، أو خرج من احرامه او غير ذلك على خلاف في مبدأ الشهر يأتي في محله انشاء الله تعالى،

المسألة ٣- و اختلفوا في مقدار الفصل بين العمرتين . . . و الاقوى

عدم اعتبار فصل .

* «لا يخلو عن اشكال ولا يترك الاحتياط بالفصل بشهر»

٨- «فصل في اقسام الحج»

فصل . . . ثمانية واربعون ميلاً من جميع نواحي مكة دون عسفان

وذات عرق .

* «عسفان» كعثمان قرية على مرحلتين من مكة كما عن القاموس وكذا «ذات عرق» على مرحلتين من مكة كما عن التذكرة وهو ميقات اهل العراق «والمرحلة» هي ما يقطعها المسافر كل يوم وهي ثمانية فراسخ ومن هنا يظهر ان عسفان وذات عرق تكونان على رأس ثمانية واربعين ميلاً .

فصل - فان مقتضى جملة من الاخبار وجوب التمتع على كل احد .

* التمسك بعموم الاخبار بعد ورودها تفسيراً لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام مشكل ، فان الآية من قبيل العام المخصص بالمتصل المجمل، وقد ذكر في الاصول انه لا يجوز التمسك بعموم العام في الشبهات المفهومية حتى في الاقل والاكثر اذا كان التخصيص متصلاً ، ولو سلمنا ان الاصل ذلك لا بد من الخروج عنه بالرواية الصحيحة المعمول بها عند الاصحاب ، سواء قلنا انه المشهور او الاشهر ، والامر سهل بعد ما عرفت .

فصل - او دعوى ان الحاضر . . . امر عرفي . . . وهو ايضاً كما ترى

* لانهم من قبيل الاجتهاد في مقابل النص ، والرجوع الى العرف بعد ورود الدليل من الشرع على خلافه غير جائز .

فصل - كما لا عامل بصحيحتي حماد بن عثمان ، والجلبي الدالتين على ان الحاضر من كان دون المواقيت الى مكة .

* هاتان الروايتان مؤيدتان لما حكى عن المشهور (راجع ٥٥٤ / ٦ من اقسام الحج) فان ذات عرق وهي اقرب المواقيت على رأس مرحلتين كما عرفت فهي على رأس ثمانية واربعين ميلاً .

فصل - ومن كان على نفس الحد فالظاهر ان وظيفته التمتع .

* وما في صحيحة زرارة « كل من كان اهله وراء ذلك فعليه المتعة » المراد منه من كان على ثمانية واربعين او ما وراء ذلك بقريئة ما ورد في خبره الاخر من قوله دون عسفان ودون ذات عرق، من دون ذكر وراء، وقد عرفت انهما على ثمانية واربعين ميلاً .

فصل - ولو شك في كون منزله في الحد او في خارجه وجب عليه الفحص .

* والدليل عليه - مع كون القاعدة عدم وجوب الفحص في الشبهات الموضوعية ان المقام من قبيل دوران الامر بين المحذورين فان وجب عليه التمتع لا يصح

منه القران والافراد و كذا العكس ، هذا مضافاً الى ان بناء العقلاء في امثال المقام على الفحص في الشبهات الموضوعية و كذا عند الشك في اصل الاستطاعة وفي مقدار النصاب في الزكاة، وفي ارباح المكاسب ، فان بنائهم في جميع هذه الامور على الفحص ، لانه لا يعلم حقيقتها غالباً الا بالفحص ، وحيث لم يمنع الشارع عن هذه السيرة فقد امضاها، ويشكل التمسك باصالة البرائة في امثال المقام من الشبهات الموضوعية .

فصل - وان كان لا يبعد القول بانه يجرى عليه (على من لم يتمكن من الفحص) حكم الخارج (عن حد حاضري المسجد الحرام) فيجب عليه التمتع .

* « بل هو بعيد جداً لانه من اوضح مصاديق التمسك بعموم العام في الشبهات الموضوعية» وقد ثبت في محله عدم جوازه لاسيما في المخصص المتصل كما في المقام ، وقياسه على مسألة القصر في الصلاة قياس مع الفارق لوجود الاستصحاب هناك دون المقام (الا في بعض الموارد) .

المسألة ٢- من كان من اهل مكة وخرج الى بعض الامصار ثم رجع اليها فالمشهور جواز التمتع له .

* « وهو الاقوى » لما ذكره من الخبرين و لكنهما ناظران الى حال مروره بالميقات فيجوز له قصد التمتع منه، والقول بجواز حملها على الحج الندي بقرينة ذيل الخبر الثاني ممنوع ، لان ترك الاستفصال في صدرهما دليل على العموم ، وتكرار السؤال من الراوى في ذيل الخبر في مورد الحج الندي لاثاره ، بل يمكن ان يقال ان ذيله حكاية عن رواية اخرى ، وعلى كل حال مع وجود الخبرين لوجه للتمسك بالاصل ودوران الامر بين التعيين والتخيير .

المسألة ٣- الافاقي اذا صار مقيماً في مكة فان كان ذلك بعد استطاعته ووجوب التمتع عليه فلا اشكال في بقاء حكمه .

* « بل فيه اشكال قوى » كما عن صاحب المدارك والمحدث البحراني وبعض المحشين للعودة ، وذلك لاحتمال تبدل حكمه بتبدل الموضوع كما هو كذلك في باب صلاة المسافر والحاضر ، فانه اذا كان في اول الوقت حاضراً و لم يصل ثم صار مسافراً فعليه القصر ، وفي عكسه عليه التمام ، وكما في سائر موارد تبدل الموضوع في ابواب الصلاة والصيام وغيرها كل ذلك لاطلاق قوله تعالى ذلك لمن يكن اهله حاضري المسجد الحرام واطلاق الروايات الكثيرة الواردة في المسألة بل واطلاق روايات الباب كما سيأتي الاشارة اليها ان شاء الله ، و مجرد كونه مستطيعاً قبل ذلك فاستقر الحج عليه بعنوان التمتع لا ينافي ما ذكرنا بعدم ملاحظة تبدل الموضوع .

المسألة ٣ - فالاقوى ماهو المشهور من انه (تبدل الحكم من التمتع الى القران او الافراد) بعد الدخول في السنة الثالثة لصحيفة زرارة . . . وصحيفة عمر بن يزيد ...

* راجع الباب ٩ من اقسام الحج الحديث الاول والثاني ، وفي رواية الحلبي (٩/٣) كفاية الاقامة سنة او سنتين ولم يشر اليها الماتن ، ولكنه لاعامل به ظاهراً و قد حمله العلامة في المختلف على من قصد الاستيطان و لا يخلو عن اشكال والظاهر ان الموضوع يتبدل في نظر العرف ايضاً كما ذكرناه في باب صلوة القصر ايضاً .

المسألة ٣ - فلو كانت بقصد التوطن فينقلب (من الاستيطان في غير مكة الى الاستيطان في مكة) من الاول .

* بل اللازم مضي مقدار من الزمان حتى يصدق عليه المتوطن بمكة وهكذا في سائر الموارد من الاستيطان و كذلك في مسألة من شغله السفر فانه لا يصدق عليه ذلك بمجرد الشروع بل يعتبر مضي مقدار من الزمان مشتغلاً بالسفر .

المسألة ٣ - فلاوجه لما يظهر من صاحب الجواهر من اعتبار استطاعة

النائي في وجوبه لعموم ادلتها.

* الظاهر ان مراد صاحب الجواهر قدس سره كما يظهر من عبارته انه ناظر الى الاستطاعة للرجوع الى وطنه اذا لم يقصد التوطن في مكة مثل ما اذا قام سنتين ثم اراد الحج و بعد الحج الرجوع الى وطنه (١) فاللازم ان يكون مستطاعاً بالنسبة الى ذلك فحينئذ يكون لكلامه وجه، و ان كان الاقوى عدم اعتبار هذه الاستطاعة نظراً الى اطلاق الادلة الدالة على ان الواجب عليه هو القران او الافراد فالاستطاعة تعتبر بالنسبة الى هذا الحج ومن هنا يظهر النظر فيما ذكره الماتن ايضاً .

المسألة ٣ - هذا ولو حصلت الاستطاعة بعد الاقامة في مكة لكن قبل

مضى سنتين ...

* يأتي فيه ما مر في اول المسألة من الاشكال بل يمكن الفتوى هنا بان المدار على التوقف سنتين سواء حصلت الاستطاعة قبله او بعده لعدم الخوف من الاجماع هنا كما في اصل المسألة.

المسألة ٣- و اما المكي اذا خرج الى سائر الامصار مقيماً بها فلا يلحقه

حكمها في تعيين التمتع عليه.

* قد عرفت سابقاً ان المجاورة سنتين لا يبعد الحاقها بالتوطن عرفاً فعلى هذا يمكن الحكم بذلك في عكس المسألة اعني ما اذا خرج المكي الى سائر الامصار مقيماً بها ولا اقل من الاحتياط بان يتمتع لما عرفت في المسألة الثانية من كون المكي مخيراً اذا خرج الى بعض الامصار.

المسألة ٣ - الا اذا كانت الاقامة فيها بقصد التوطن وحصلت الاستطاعة

بعده.

* قد عرفت ان المدار في الواجب على حال العمل لاحال الاستطاعة.

المسألة ٣ - المقيم في مكة اذا وجب عليه التمتع... واختلفوا في تعيين ميقاته على اقوال احدها انه مهمل ارضه.

* لا ينبغي ترك الاحتياط فيه وان كان الاقوى جوازه من اى المواقيت والعمدة فيه ما ذكره من رواية سماعة ٨/١ من اقسام الحج المعتضدة بفتوى المشهور كما قيل واما روايات الناسى والجاهل الواردة فى الباب ١٤ من المواقيت فالظاهر انه لادخل لها بما نحن فيه لانها ناظرة الى من اتى الى مكة من الخارج، وقياس الداخل عليه قياس مع الفارق، نعم بناءً على القول بان النائي مخير بين المواقيت كما ستأتى الاشارة اليه يشكل وجوب خصوص ميقات اهل الارض على من جاور مكة، قبل تبدل فرضه. لانه من قبيل زيادة الفرع على الاصل، وسيأتى الكلام فى ذلك فى مباحث المواقيت ان شاء الله والاحتياط سبيل النجاة، وليعلم ان المراد بمهمل ارضه - بضم الميم وفتح الهاء اسم المفعول من الاهلال- هو الميقات الذى يهل منه بالحج اهل بلده .

المسألة ٣ - اما اذا تعذر فيكفى الرجوع الى ادنى التحل.

* ويدل عليه مضافاً الى انه مما قطع به الاصحاب كما قيل انه موافق لاصالة البرائة للشك، فى وجوب ازيد منه، اللهم الا ان يقال انه لا يقاوم قاعدة الميسور هذا مضافاً الى امكان الاستدلال له بما ورد فى الباب ١٤ من ابواب المواقيت فى من جهل او نسى فى الاحرام و دخل مكة وانه يخرج من الحرم ان قدر عليه والظاهر امكان الغاء الخصوصية منها فراجع .

٩ - «فصل صورة حج التمتع»

فصل - صورة حج التمتع على الاجمال... ثم يسعى لها بين الصفا والمروة سبعة ثم يطوف للنساء احتياطاً وان كان الاصح عدم وجوبه ويقصر * والظاهر ان الدليل على هذا الاحتياط هو خبر سليمان بن حفص المرزى،

ولكن ظاهره كون التقصير قبل طواف النساء ، ولا اقل انه القدر المتيقن منه فتأمل» وذلك لانه قال : اذا حج الرجل فدخل مكة متمتعاً فطاف بالبيت وصلى ركعتين خلف مقام ابراهيم ، وسعى بين الصفا والمروة وقصر فقد حل له كل شيء ما خلا النساء لان عليه - لتحلة النساء - طوافاً وصلاتاً (٨٢/٧ من ابواب الطواف) ولكن الماتن ذكر التقصير بعد طواف النساء و ان كان نسخ الحديث لا يخلو عن تشويش كما يظهر من بعض التعليقات على الوسائل فراجع .

فصل - ثم يهضى الى عرفات فيقف بها من الزوال الى الغروب .

* اى من زوال يوم عرفة الى غروبه ، ومنه يظهر ان مراده من الوقوف بمشعر بعد طلوع الفجر فجر يوم العيد الى طلوع الشمس منه .

فصل - وان كان الاقوى عدم حرمة (اى الصيد) عليه (على من حلق او

قصر فى منى) من حيث الاحرام .

* «لكن من الواضح حرمة عليه من حيث الحرم» وعليه يحمل ماورد فى رواية معاوية بن عمار (١٣/١ من ابواب الحلق) بقريظة ما ورد فى صدرها من انه اذا ذبح الرجل وحلق فقد احل من كل شيء احرم منه الا النساء والطيب ، فان عدم ذكر الصيد هنا دليل على ان تحريم الصيد فى ذيله من باب الحرم ويبدل عليه ايضا ما رواه عمر بن يزيد (١٣/٤ من ابواب الحلق) .

فصل - «الثانى» ان يكون مجموع عمرته و حجه فى اشهر الحج . . .

واشهر الحج شوال وذوالقعدة وذوالحجة .

* و ليس على غير هذا القول مما ذكره بعد ذلك دليل الا القول بان اشهر الحج هي شوال وذى القعدة والعشر من ذى الحجة ، فقد ورد بهرواية مقطوعة ، كما يظهر

(١) المذكور فى نسخة القديم والجديد من الوسائل طوافان وصلاة بدل طوافاً وصلاتاً

ولكن فى النسخة المطبوعة من الاستبصار طوافاً وصلاتاً (ج ٢ ص ٢٤٤ الحديث ٥) و هو

المناسب لسياق العبارة .

من الوسائل الحديث ٦ من الباب ١١ من ابواب اقسام الحج فلاوجه للمسير الى
شيء منها بعد ظهور كتاب الله والروايات المعتبرة .

المسألة ١ - اذا اتى بالعمرة قبل اشهر الحج قاصداً بها التمتع . . .
لكن هل تصح مفردة او تبطل من الاصل .

* ولايبعد الصحة بحسب القاعدة و لكن لايتترك الاحتياط بانمامها رجاء و عدم
الاكتفاء به عن العمرة الواجبة، والمسألة مبنية على كشف مقتضى القاعدة في المقام
لان الخبرين الذين ذكرهما الماتن لادلالة لهما على المدعى ، وهو صحة العمرة
مفردة ، و تحقيق مقتضى القاعدة يتوقف على تحقيق كون اقسام الحج مختلفة
بحسب القصد والنية او بالوجود الخارجي فان كان التفاوت بالنية فلاينبغي الاشكال
في البطلان لان ما قصده لم يقع ، وما وقع لم يقصد ، واما ان قلنا بعدم الدليل
على كونها عناوين قضائية (ولو شك فمقتضى اصل البرائة هو العدم) و ان هو الا
كتنوع الصلاة الى القصر والاتمام ولذا قلنا في محله لو قصد القصر في مقام الاتمام
او بالعكس لم يضره ما لم يخالف في العمل ، و حينئذ يصح ما نواه عمرة مفردة في
المقام ، و المسألة تحتاج الى مزيد تأمل ، و ان كان الارجح في النظر عاجلا
هو الثاني ويؤيده ما ورد من جواز العدول من احدهما الى الاخر في غير مورد .

المسألة - الثالث ان يكون الحج والعمرة في سنة واحدة .

* والعمدة فيه هي الشهرة القوية المضاهية للاجماع و انصراف الاطلاقات اليه ،
والا لايجوز التمسك بقاعدة توقيفية العبادات هنا لان الشك يعود الى الشك في
الشرطية ، والمرجع فيها البرائة ، واما رواية سعيد الاعرج (١٠/١) من ابواب
اقسام الحج)ففيه الاشكال من حيث السند والدلالة ، لان فيها محمد بن سنان
وفي وثاقته كلام في محله واختلاف بينهم .

المسألة ١ - الرابع ان يكون احرام حجه من بطن مكة ... وما في خبر

اسحق ... محمولا على محامل احسنها ان المراد بالحج عمرته .

* هذا الحمل بعيد جداً في خبر اسحاق (و هو الحديث ٢٢/٨ من اقسام الحج) لانه كالصريح في ان الاحرام كان للحج لا للعمرة كما يظهر بالتأمل في سؤال الراوى وجواب الامام عليه السلام نعم يمكن حمله على التقية او غير ذلك من المحامل .
المسألة ١ - الخامس ربما يقال انه يشترط فيه ان يكون مجموع عمرته وحجه من واحد وعن واحد .

* وهذا هو الاقوى لظهور روايات التمتع في كون العمرة والحج فيه امرأ واحد، فلا يصح جعلهما لشخصين، وعدم ظهور روايات النيابة في جواز نيابة شخصين عن واحد احدهما في عمرته والاخر في حجه و حيث لا اطلاق فيها فلا يجوز ذلك :

المسألة ١ - الخامس . . . بل ربما يظهر من خبر محمد بن مسلم عن ابي

جعفر (ع) صحة الثاني (اي جعل عمرته عن واحد وحجه عن آخر) .

* لادلالة للرواية لان قوله (ع) «المتع له والحج عن ابيه» لا يدل على ما اراده بل الظاهر ان المراد منه كون تفاوت ثواب التمتع وغيره له ، وثواب الحج لا ييه مضافاً الى عدم ظهور القول به من احد .

المسألة ٢ - و الاقوى عدم حرمة الخروج (اي الخروج من مكة بعد

الاحلال من عمرة التمتع) .

* بل الاحوط ترك الخروج الامع الضرورة فحينئذ يخرج محرماً والعمدة في ذلك هي صحيحة الحلبي (٢٢/٧ من اقسام الحج) وفيها التعبير بـ «ما احب ان يخرج منها الامحرما ولا يتجاوز الطائف ، انها قريبة من مكة» فان التعبير بقوله «لا احب» وقوله «انها قريبة من مكة» قرينة على الكراهة وان الحكم انما هو للتحفظ على الحج ، لكن لا يبعد ان يكون منصرفاً الى الحاجة ولولم تبلغ حد الضرورة ، لان السفر لاسيما في تلك الازمنة كان للحاجة غالباً واما غير هذه الصحيحة فهي مؤيدات للمقصود (راجع باب ٢٢ من ابواب اقسام الحج) ولكن مع ذلك لا يترك الاحتياط بترك الخروج لاطلاق الاخبار الناهية عن ذلك .

المسألة ٢- وعلى هذا فيمكن دعوى عدم الكراهة ايضاً مع علمه بفوات

الحج منه .

* لا يخلو عن اشكال ، لانه يمكن ان يكون هذا من قبيل الحكمة لالعلة ، فلا يدور الحكم مداره .

المسألة ٢- وحينئذ فيكون الحكم بالاحرام اذا رجع بعد شهر على

وجه الاستحباب لالوجوب ، لان العمرة التي هي وظيفة كل شهر ليست واجبة * قد عرفت في المسألة الثالثة من اقسام العمرة انه لا يجوز دخول مكة الامحراماً وانه يستثنى من ذلك من دخل في الشهر الذي خرج فيه ، فاستصحاب العمرة في ذاتها لا ينافي وجوبها من حيث دخول مكة ، ومنه يظهر ان قوله لَا يَلْبَسُ في رواية اسحاق بن عمار ان لكل شهر عمرة لا ينافي ما ذكرنا بل يؤكده .

المسألة ٢- فلا يترك الاحتياط بالاحرام اذا كان الدخول في غير

شهر الخروج .

* «والظاهر ان ما ذكره هنا من الحكم بالاحتياط مخالف لما ذكره في المسألة الثالثة من اقسام العمرة من الفتوى بوجوب دخول مكة محرماً» وقد ذكر هناك ان الاقوى عدم اعتبار فصل بين العمرتين فراجع وليعلم ان في نسخ العروة هنا اختلافاً كثيراً ، والصحيح من العبارة كما في بعض النسخ المعتبرة هو : «كونه قبل مضي شهر من حين الاهلال اى الشروع في احرام العمرة لالاحلال منها ولامن حين الخروج ، اذ الاحتمالات في الشهر ثلاثة : ثلاثون يوماً من حين الاهلال ، وثلاثون من حين الاحلال . . . وثلاثون من حين الخروج» .

المسألة ٣- الاولى مراعات الاحتياط من هذه الجهة (يعنى من جهة

احتمال كون الشهر اشارة الى الاشهر الاثني عشر المعروفة او كونه ثلاثين يوماً من حين الاهلال او من حين الاحلال)

* «لا يترك الاحتياط من هذه الجهة لابهام المراد من روايات الباب» .

المسألة ٢- وايضاً الظاهر اختصاص المنع على القول به بالخروج الى
المواضع البعيدة .

* ان كان المراد به مقابل الخروج الى فرسخ او فرسخين كما صرح به في عبارته
فلا اشكال فيه لاسيما في زماننا هذا لعدم خوف فوت الحج المصرح به في روايات
الباب ، بل قد يكون منازل الحجاج خارج مكة في موسم الحج فالذهاب اليها
والرجوع لا يضر قطعاً وكذا اشباهه.

المسألة ٢- واما من لم يكن سبق منه عمرة فيلحقه حكم من دخل مكة
في حرمة دخوله بغير الاحرام .

* وكذا من سبق منه عمرة بغير قصد التمتع بناءً على كون عنوان التمتع من
العناوين القصدية، واما على الاحتمال الذي ذكرناه سابقاً من كونه من الامور
الخارجية غير القصدية فلا .

المسألة ٢- وايضاً سقوطه ... على وجه الرخصة .

* « قد مر الاشكال فيه في المسألة ٣ من فصل اقسام العمرة ».

المسألة ٣- لا يجوز لمن وظيفته التمتع ان يعدل الى غيره، نعم ان ضاق
وقته ... جازله نقل النية ... ولا يبعد رجحان اولهما (يعنى حد الضيق
هو خوف فوات الاختيارى من وقوف عرفة من الزوال الى الغروب
يوم عرفة) .

* وهو كذلك وان كان لا يخلو عن تأمل « وذلك لترجيح الروايات الدالة عليه
(فراجع ابواب ٢٠ و ٢١ من اقسام الحج) مضافاً الى ان مقتضى القاعدة ذلك ،
اللهم الا ان يقال الامر هنا دائر بين المحذورين احدهما ترك تقديم العمرة على
الحج والثانى ترك الواجب من الوقوف بعرفات ، والاكتفاء بمقدار الركن و هو
المسمى، فان لم يقم دليل على ترجيح احدهما فيتخير بين العدول الى الافراد
فيقف بعرفات من اول الزوال، وبين الاتيان بالعمرة تاماً مع درك مسمى الوقوف

بعرفات ، الذى هو الركن، ولكن مع ذلك لايبعد ترجيح الاول والعدول لما فى الوقوف بعرفات من الاهمية الخاصة فى الحج فان عمدة الحج هى الوقوف بالموقفين ويمكن العمل بالاحتياط بان يأتى بالعمرة تامة ثم يدرك مسمى الوقوف وبعد تمام الحج، يأتى بالعمرة ايضاً فتأمل .

المسألة ٣- بل لايبعد دخول من اعتقد سعة الوقت فاتهم عمرته .

* «لا يخلو عن اشكال لان الكلام فى مشروعية هذه العمرة واقعاً وكون وظيفته التمتع او العدول ، ومجرد الاعتقاد غير مفيد هنا ،

المسألة ٣- والاقوى عدم وجوبها (اي العمرة المفردة بعد الحج الندبي

وان كان عدل من التمتع الى الافراد) .

* «بل ظاهر اخبار الباب وجوبه ولا اقل من عدم ترك الاحتياط فيه» لا طلاق اخبار الباب وعدم الفرق بين الحج الواجب والندبي (فراجع الباب ٢١ من ابواب اقسام الحج).

المسألة ٣- اختلفوا فى الحائض والنفساء اذا ضاق وقتها عن الطهر على

اقوال ... احدها ان عليهما العدول الى الافراد .

* «وهو الاقوى كما سيأتى اختياره من المصنف ايضاً ، لجملته من الاخبار الواردة فى الباب ٢١ من اقسام الحج (الاحاديث ١٣٥٢ و ١٤٥) مضافاً الى دعوى الشهرة العظيمة عليه من صاحب الجواهر ، بل عن المنتهى والتذكرة الاجماع عليه ، واما القول الثانى وان دلت عليه روايات كثيرة ، و لكن عدة منها تنتهى الى «عجلان» وروايته ضعيف سنداً ، ومشوش متنأً ، مضافاً الى كون الشهرة على خلافها ، واما رواية ابى بصير التى استدل بها على القول الرابع فالانصاف ان متنها قاصرة عن الدلالة على عدولها عن عمرة التمتع الى الافراد (راجع ٥ / ٨٤ من الطواف) واما ما قيل فى توجيه الفرق بين التى احرمت حائضاً والتى احرمت غير حائض فهو توجيه ضعيف لان الاحرام لا يعتبر فيها الطهارة من الحيض نعم ما

حكى عن المجلسى قدس سره فله وجه .

المسألة ٥- اذا حدث الحيض وهى فى اثناء طواف العمرة...

* هذه المسألة مشهورة شهرة عظيمة ويدل عليه ما ورد فى الباب ٨٥ و ٨٦ من الطواف وان كانت اسنادها ضعيفة، ولكنها منجبرة بعمل المشهور ، والمعارض الذى افتى به الصدوق وان كان صحيح الاسناد لا يقاوم مامر، ويدل عليه مع ذلك ماورد فى حكم الطواف على سبيل الاطلاق اذا حدث فيه حدث قبل اربعة اشواط وبعد اربعة (راجع الباب ٤٠ من ابواب الطواف) .

١٠- «فصل فى المواقيت»

فصل - و هى المواضع المعينة للاحرام اطلقت عليها مجازاً او حقيقة متشعبة .

* او حقيقة لغوية كما صرح به الراغب فى المفردات ، والجوهري فى صحاح اللغة ، اللهم الا ان يقال كلامهما ناظر الى ما يستفاد من الاحاديث فهى حقيقة متشعبة .

فصل - احدها ذوالحليفة.

* لكنها اليوم تعرف به «آبار على» بل بعض اهل المدينة لا يعرفونها الا بهذا الاسم .

فصل - وان شئت فقل المحاذات كافية ولو مع القرب من الميقات.

* وهذا هو العمدة، فان روايات الباب مختلفة ، ولو بنى على التقييد كان اللازم الاحرام من نفس المسجد، وان كان يظهر من رواية الحلبي (٤/١ من المواقيت) ان رسول الله ﷺ نوى الحج فى نفس المسجد ولكن احرم بعد الخروج منه ويدل عليه ايضاً ماورد فى الباب ٣٥ و ٣٦ من ابواب الاحرام ، والذى يدل على كفاية المحاذات مطلقاً من القريب والبعيد صحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام (٧/١)

المسألة ١- الاقوى عدم جواز التأخير من الجحفة.

* - العمدة فيها ما يدل على ان ذا الحليفة ميقات اهل المدينة (راجع الباب ١ من المواقيت) مضافاً الى ما دل على انه رخص للمريض والضعيف ان يحرم من الجحفة (راجع ٥٥٤ من الباب ٦ من المواقيت) ولكن يعارضها ما دل على ان ميقات اهل المدينة احد الميقاتين ذى الحليفة والجحفة (راجع ١/٥ من المواقيت) وحينئذ يدور الامر بين التصرف في اطلاق الطائفة الاولى وحملها على احد فردي التخيير ، او التصرف في اطلاق الطائفة الثانية وحملها على حال الضرورة، ولعل الثاني اولى ويؤيده الشهرة العظيمة في المسألة.

المسألة ٢- وما في خبر ابراهيم بن عبد الحميد... منزل على الكراهة.

* «والاولى ان يقال ان المراد منه من دخل المدينة ثم توجه نحو مكة من الطريق المعروف فان هذا هو الغالب»

المسألة ٣- و ان لم يمكن (يعنى للمرأة الحائض الاحرام في حال

الاجتياز عن مسجد الشجرة) احرمت خارج المسجد و جددت في الجحفة او محاذاتها .

* «هذا هو الاحوط بناءً على هذا القول والا فالظاهر صحة احرامها قرب المسجد في خارجه .

المسألة ٤- الثاني العتيق . . . وادله المسلخ و اوسطه غمرة و آخره

ذات عرق .

* والعمدة في ذلك رواية ابي بصير (٢/٧ من المواقيت) واسحاق بن عمار (٢٢٨ من اقسام الحج) ومرسلة الصدوق (٢/٩) من المواقيت وهذه الروايات وان كانت معارضة بما هي اصح منها سنداً ولكن عمل المشهور بها يوجب ترجيحها لولم نقل بالجمع الدلالي بينهما بحمل الثانية على الفرد الافضل.

المسألة ٥- الثاني ويجوز في حال التقية الاحرام من اوله قبل ذات عرق

سراً من غير نزع ما عليه من الثياب.

* « لا يخلو عن اشكال بناءً على القول بجواز الاحرام في حال الاختيار من ذات عرق ولو قلنا بالجواز فالاحوط وجوب الفدية لما لبس من المخيط وذلك لعدم الملزم له على الاحرام من قبل مع ارتكاب الخلاف » نعم في رواية الاحتجاج جواز ذلك ٢/١٠ من المواقيت ولكن في سنده اشكال .

المسألة ٤ - السابع وان كان الاحوط احرامه (اي المجاور) من الجعرانة

وهي احد مواضع ادنى الحل للصحيحين الواردين فيه .

* وهو اشارة الى ما رواه عبدالرحمن بن حجاج (٩/٥ من ابواب اقسام الحج) وما رواه ابو الفضل ، سالم الحنط (٩/٦ من ابواب اقسام الحج) ولكن اشتمال الروايتين على المستحبات اولا ، والتصريح فيها بانه ميقات رسول الله ﷺ عند رجوعه عن فتح حنين وغيره ثانياً ، وعدم فتوى المشهور بهما ثالثاً ، مما يضعف الاعتماد عليهما بعنوان دليل على الوجوب ، وان كان العمل بهما اولى .

المسألة ٤ - الثامن - فسخ (وهو مكان قريب من مكة بعدة كيلومترات)

وهو ميقات الصبيان . . . ولكن الاحوط . . . وجوب كون احرامهم من الميقات لكن لا يجردون الامن فسخ .

* « لا يترك هذا الاحتياط » كما هو المستفاد من المتن ايضا فانه نقل الحكم بكون فسخ ميقاتاً عن جماعة من دون الفتوى به ولعله لان العمدة في هذا الحكم صحيحاً ايوب بن حر (١٨/١ من ابواب المواقيت) وعلي بن جعفر (١٨/٢ من المواقيت) وليس فيهما الا الامر بالتجريد من فسخ وان كان يمكن ان يقال ان التجريد كناية عن الاحرام ولكن الاعتماد على هذا الاحتمال مشكل ، فالاحوط ما ذكر كما ان الاحوط حينئذ الفدية للبس المخيط وان كان ظاهر الاصحاب عدم وجوبه .

المسألة ٤ - التاسع - محاذاة احد المواقيت الخمسة .

* والعمدة هنا صحيحة ابن سنان (وليس هنا صحيحتان كما ذكره في المتن بل هي رواية واحدة رويت بطريقتين مع اختلاف يسير في التعبير كما لا يخفى على من تأمل فيهما حق التأمل) ومقتضاها هو وجوب الاحرام من الابدع ، لان ظاهر الامر هو الوجوب التعييني والعجب ممن صرح بوجوب الاحرام من الاقرب مع عدم دليل عليه .

المسألة ٤ - التاسع - الى موضع يكون بينه وبين مكة باب وهي بين ذلك الميقات ومكة .

* العبارة معروفة بلا اشكال وحق العبارة ان يقال: «الى موضع يكون بينه وبين مكة بقدر ما بين ذلك الميقات و مكة» كما يظهر لمن راجع الجواهر فانه قال : «معنى غلبة الظن بمحاذاة اقرب المواقيت حينئذ بلوغ محل بينه وبين مكة بقدر ما بين مكة واقرب المواقيت اليها وهو مرحلتان» (١) وليعلم ان المراد بمرحلتين هو ميقات «قرن المنازل» او «يلملم» لانهم صرحوا بانهما على مرحلتين من مكة

المسألة ٤ - التاسع - ويجوز لمثل هذا الشخص ان ينذر الاحرام قبل الميقات .

* «بل هذا هو الاحوط» لما وقع من الاشكال في العمل بالاحتياط من ناحية بعضهم وسيأتي الكلام في حكم نذر الاحرام قبل الميقات في احكام المواقيت مشروحاً ان شاء الله .

المسألة ٤ - التاسع : واللازم حصول العلم بالمحاذات ان امكن والافالظن الحاصل من قول اهل الخبرة .

* - بل يمكن ان يقال ان قول اهل الخبرة حجة حتى مع امكان تحصيل العلم لاسيما اذا كان عدلاً لحجية قول اهل الخبرة في امثال المقام اولاً ، وحجية خبر

العدل الواحد فى الموضوعات ثانياً ، كما ذكرناه فى محله .

المسألة ٣ - التاسع : وان تبين كونه قبله (كون الاحرام قبل الميقات) وقد تجاوزا وتبين كونه بعده ، فان امكن العود والتجديد تعيين والافيكفى فى الصورة الثانية ويجدد فى الاولى .

* «بل لايترك الاحتياط بتجديد الاحرام فى الصورة الثانية ايضاً ، لان احرامه الاول كان فى زمان يمكنه العود الى الميقات فاحرامه مما بعده لم يكن جائزاً فى الواقع الا اذا فرض عدم قدرته على ذلك فى الاحرام الاول ايضاً .

المسألة ٤ - التاسع : ولا فرق فى جواز الاحرام فى المحاذاة بين البر والبحر .

* «بل وكذا الجو اذا سافر بالطائرة فلو كان هناك مطار بعد المواقيت اوداخل الحرم فلا يجوز لركاب الطائرات العبور عن محاذاة الميقات الامحراماً ويكفيهم احرامهم فى الجو واما مسألة الاستظلال فى تلك الحالة فهو امر آخر سيأتى الكلام فيه ان شاء الله تعالى» .

المسألة ٤ - التاسع : اذ المواقيت محيطة بالحرم من الجوانب .

* «لايترك الاحتياط بالر جوع الى احد المواقيت لو امكن والافيحرم فى محل يظن اويحتمل المحاذات ثم يجده فى ادنى الحل» وقال سيدنا الاستاذ المحقق البروجردى فى بعض حواشيه فى المقام : ليس كذلك فان ذا الحليفة والجحفة كليهما فى شمال الحرم على خط واحد تقريبا ، وقرن المنازل فى المشرق منه ، والعقيق بين الشمال والمشرق ، فتبقى يلملم وحدها لثلاثة ارباع الدورة المحيطة بالحرم وبينها وبين قرن المنازل اكثر من ثلاثة اثمان الدورة ، ومنها الى الجحفة قريب من ذلك (انتهى) ويظهر فيما حكى عن كثير من الاعلام كالعلامة فى القواعد وصاحب الحدائق فى حدائقه وصاحب المدارك فى مداركه وغيرهم المفروغية من وجود طرق لانتهى الى شىء من المواقيت ومحاذاتها مضافاً الى ان الشك

في ذلك كاف ومقتضى اصالة البرائة عدم وجوب الاحرام في امثاله الامن ادنى الحل ، ولكن مع ذلك لا يترك الاحتياط عند ما يحتمل محاذاة بعض المواقيت ثم تجديد الاحرام في أدنى الحل هذا اذا لم يقدر على المرور على بعض المواقيت والا فلا يترك الاحتياط بالمرور على الميقات لما عرفت وذلك لما يظهر من بعض الروايات ان المواقيت التي حددها رسول الله ﷺ محدودة معدودة لا يحرم الامنها اوما يحاذيها (مثل ٣ و ١/٢٧ من المواقيت) وسيأتى تنمة الكلام في ذلك في احكام الاحرام .

المسألة ٤ - العاشر : ادنى الحل .

* والعمدة فيه ما رواه عمر بن يزيد عن ابي عبدالله عليه السلام من اراد ان يخرج من مكة ليعتمر احرم من الجعرانة او الحديبية او ما اشبهها (٢٢/١ من المواقيت) وتخصيص صدرها بمن كان في مكة غير قادم بعد ملاحظة ذيله من فعل رسول الله ﷺ في عمرة القضاء وعمرته عند رجوعه من الطائف من غزوة حنين ، وغيرها مضافاً الى ذهاب المشهور اليه .

المسألة ٥ - وميقات عمرته (عمرة التمتع) احد المواقيت الخمسة .

* «قد عرفت سابقاً ان من كان منزله دون الميقات الى مكة ، ميقاته ديرة اهله فلا يجب عليه الرجوع الى المواقيت الخمسة» .

المسألة ٦ - واذا لم يكن في مكة فيتمتعين احدها (اي احد المواقيت الخمسة) .

* «الا اذا كان منزله دون الميقات فميقاته ديرة اهله كما مر» .

المسألة ٦ - وان نذر الاحرام من ميقات معين تعين .

* «هذا اذا كان نذره للميقات في ضمن نذر الحج والعمرة حتى يكون الرجحان في جنس المنذور كافياً وان لم يكن في خصوصيات فرده ، واما اذا نذر بانى اذا

حججت او اعتمرت كان حجي او عمرتي من ميقات كذا فنذره مشكل الا اذا كان في تلك الميقات رجحان شرعاً .

١١ - « فصل - في احكام المواقيت »

المسألة ١ - ... اذا نذر الاحرام قبل الميقات فانه يجوز . . . ولا يضر عدم رجحان ذلك بل مرجوحيته قبل النذر ...

* وقد يقال لا يبعد استفادة رجحان الاحرام حتى قبل الميقات ذاتا والمرجوحية بالعرض لكونه رداً لهديفة الله تعالى على عباده بترخيص الترك الى الميقات لغير الناذر ، واما للناذر فساق على رجحانه الذاتي ، ولكن يرد عليه ان رد الهدية قبيح حتى اذا نذر الانسان ردها ، بل لعل نذر ردها اقبح ، فالاولى ان يقال ان النذرها ملازم لظرو عنوان راجح ويستكشف ذلك من الاخبار الواردة في الباب ، هذا وقد يقال ايضاً ان ادلة اعتبار الرجحان في النذر مطلقة قابلة للتقييد بروايات الباب ، وای فرق بينه وبين ساير المطلقات ؟ ولكن يرد عليه ان ماهية النذر قربي ومعناه التقرب الى الله بشيء مطلوب له يتنعم على عبده نعمة او ليكون شكراً لنعمته التي انعمها عليه ، ولا يمكن التقرب والشكر بما ليس محبوباً له ، وان شئت قلت قول الناذر لله على « فرع كونه محبوباً له وهذا امر لا يقبل التخصيص ابداً

المسألة ١ - لا يبعد الاول (اي الحاق العهد واليمين بالنذر) .

* « لا يخلو عن اشكال بل الاقوى عدم اللاحاق وان كان الاحوط العمل به ثم التجديد في الميقات » لان الحكم على خلاف القاعدة والدليل انما دل على خصوص النذر واللاحاق غيره يحتاج الى دليل نعم قول المانن « الاحوط الثاني » ايضاً غير تام ، بل مقتضى الاحتياط ما عرفت من العمل بالعهد واليمين بقصد الرجاء والاحرام قبل الميقات ثم تجديده في الميقات ولكن هذا الاحتياط غير واجب .

المسألة ١ - و الظاهر اعتبار تعيين المكان (اي المكان الذي يحرم

قبل الميقات) .

* « على الاحوط » نظراً الى ما ذكره في المتن من كونه القدر المتيقن ومن احتمال الغاء الخصوصية .

المسألة ١ - نعم لا يبعد التردد بين المكانين .

* « لا يترك الاحتياط فيه ايضاً » لعين مامر .

المسألة ١ - ثم لو نذر وخالف نذره ... لم يبطل احرامه .

* « ولكن لا يبعد وجوب الرجوع الى ذلك المكان والاحرام منه لو كان نذره مطلقاً من هذه الجهة » .

المسألة ١ - بل هو الاولى (يعنى الاحرام قبل ضيق الوقت من رجب)

حيث انه يقع باقى اعمالها فى رجب .

* « مفروض المسألة انه لا يقع باقى اعمالها فى رجب فكيف يصح هذا التعليل »
ولذا قال بعض الاعاظم قدس سره انه لم يفهم لهذا التعليل معنى محصلاً ، ويمكن ان يكون مراده انه يكون له فضل وقوع باقى اعماله فى رجب ، وعلى كل حال الاولى ان يقال حيث انه يقع احرامه فى رجب فى زمن اطول .

المسألة ١ - والظاهر عدم الفرق بين العمرة المندوبة والواجبة بالاصل

* « قد مر الكلام فيه فى فصل اقسام العمرة فى المسألة الاولى » .

المسألة ٢ - فانه يجزيه الاحرام منها (من الميقات الثانى) و ان اثم

بترك الاحرام من الميقات الاول .

* « ائمه غير واضح » ، لان ما يدل على وجوب الاحرام من الميقات طائفتان من الاخبار: طائفة منها تدل على ذلك للحاج والمعتمر فالوجوب فيه شرطى لامولوى (راجع الباب الاول من المواقيت) والطائفة الثانية ما دل على انه لا يجوز دخول مكة الامحراماً الا للمرضى (راجع الباب ٥٠ من الاحرام) وظاهرها وجوب

مولوى ، ولكن لم يرد فيها النهى عن التجاوز عن الميقات الا محرماً فلولم يحرم من الميقات الاول واحرم من الميقات الثانى كفى ، فالحكم بانه آثم غير معلوم

المسألة ٢ - والاحوط العود اليها مع الامكان مطلقاً .

* « لا ينبغي ترك هذا الاحتياط » بل لا يترك بناءً على القول بانه آثم اذا تجاوز فان الاثم انما يكون اذا انتهى بهذا التجاوز الى مكة واما اذا رجع فلا يكون مجاوزاً عن الميقات الى مكة فلا يآثم .

المسألة ٢ - بان كان له شغل خارج مكة ولو كان فى الحرم فلا يجب

الاحرام .

* « لا يترك الاحتياط بالاحرام اذا اراد دخول الحرم » لاطلاق غير واحد من الروايات المعتمدة (١ و ٢ من الباب ٥٠ من ابواب الاحرام) واما دعوى الاجماع على عدم وجوبه فالظاهر ان المراد منه هو الاجماع الذى ادعاه صاحب المدارك حيث قال « قد اجمع العلماء على ان من مر على الميقات وهو لا يريد دخول مكة بل يريد حاجة فيما سواها لا يلزم الاحرام » ولكن الظاهر ان مراده عدم دخول الحرم لاستدلاله فى ذيل هذه العبارة بفعل رسول الله ﷺ حيث جاوز ذا الحليفة وورد « بدر » مرتين بدون الاحرام ومن الواضح ان « بدر » خارج الحرم فى وسط طريق مكة والمدينة .

المسألة ٣ - ووجب عليه قضائه .

* « التعبير بالقضاء لا يخلو عن مسامحة والمراد ادائه فى العام المستقبل » .

المسألة ٣ - خصوصاً اذا لم يدخل مكة .

* « بل الحرم ايضاً على الاحوط كما مر فى المسألة السابقة » .

المسألة ٣ - وفيه ان البدلية (اى بدلية الاحرام من مكانه للاحرام من

الميقات) فى المقام (فى العالم العامد) لم تثبت .

* قد يتمسك له بصحيفة الحلبي (١٤ / ٧ من المواقيت) فقد ورد فيها سألت

ابا عبدالله عن رجل ترك الاحرام حتى دخل الحرم - وليس فيها اشارة الى الجهل او النسيان - فمقتضى اطلاقه شمول الجميع اللهم الا ان يقال بانصرافه الى الجاهل والناسى لاسيما مع ماورد في رواية على بن جعفر (١٤/١٠) من التقييد بكونه جاهلاً .

المسألة ٤ - وان كان الاحوط مع ذلك العود الى الميقات .

* «لا يترك لما مرفى المسألة الثانية هنا» .

المسألة ٥ - لو كان مريضاً . . . يجزيه النية والتلبية فاذا زال عندها

نزع ولبسهما ولا يجب حينئذ عليه العود الى الميقات .

* «بل الاحوط ان امكن ان يلبس الثوبين عند النية والتلبية ثم ينزعهما ويلبس لباسه ، والا عاد الى الميقات» ولا يخفى ما في عبارة المتن من قوله «زال عندها» لعدم معنى صحيح لقوله «عندها» والاولى ان يقال : فاذا زال عنه (اي زال المرض عنه) وسيأتى تنمة كلام في المسألة في فصل كيفية الاحرام في الامر الثالث من واجبات الاحرام .

المسألة ٥ - وان تمكن العود في الجملة وجب .

* «سيأتى الكلام فيه ان شاء الله في المسألة الآتية» .

المسألة ٦ - اذا ترك الاحرام من الميقات ناسياً او جاهلاً بالحكم او

الموضوع وجب العود اليها مع الامكان ومع عدمه فالى ما يمكن .

* «الذى يظهر من غير واحد من روايات الباب انه يخرج من الحرم فيحرم واما الزائد عليه فلا دليل عليه» الامارواه معاوية بن عمار (١٤/٤ من المواقيت) ولكن حملها على الاستحباب اولى من تقييد الروايات المتعددة الواردة مورد الحاجة مع امكان العود غالباً ولو بمقدار يسير ، مضافاً الى ان العامل بها بين القدماء غير معلوم .

المسألة ٧- من كان مقيماً في مكة و اراد حج التمتع وجب عليه الاحرام لعمرته من الميقات .

* وقد مر البحث عنه في الفصل الثامن في اقسام الحج في المسألة الرابعة ايضاً
المسألة ٨ - لو نسي المتمتع الاحرام للحج بمكة ثم ذكر . . . ولو كان في عرفات بل المشعر .

* « بل ولو كان في منى ايضاً قبل الرمي والاضحية » والعمدة في ذلك هي قاعدة الميسور والقاء الخصوصية من رواية علي بن جعفر عليه السلام (٨/١٤ من ابواب المواقيت) وليس الكلام في صحة حجه لان الصحة ثابتة ولو ترك الاحرام ناسياً الى آخر الاعمال وانما الكلام في وجوب الاحرام له مهما امكن .

المسألة ٩- لو نسي الاحرام ولم يذكر حتى اتى بجميع الاعمال ...

* والعمدة فيه هي مرسله جميل المنجبرة بعمل المشهور وفتوى المعظم ، وقد يستشكل بالنسبة الى العمرة المفردة لعدم شمولها له ولكن الانصاف انها اذا شملت الحج وعمرة التمتع فشمولها للعمرة المفردة بطريق اولي .

١٢ - « فصل في مقدمات الاحرام »

فصل - الثاني قص الشارب و ازالة شعر الابط والعانة . . . والافضل الاول (الطلي) ثم الثاني (الحلق) .

* « يأتي بذلك رجاء لعدم وضوح مأخذه وكذا ما بعده من استحباب الاعادة » .

المسألة ١ - الثالث : الغسل للاحرام في الميقات ومع العذر عنه التيمم

* « يأتي بالتيمم رجاء لعدم وضوح شمول ادلة بدلية التيمم للاغسال المستحبة كلها وكذا بالنسبة الى الفروع الآتية للغسل واعادته فانه يأتي به رجاءاً » .

المسألة ١ - الثالث . . . والاحوط الاعادة (اعادة الغسل) في الميقات .

* « بل الأفضل ايضاً » لما ورد من التصريح بالاعادة في بعض الروايات المعتمدة

مثل مارواه هشام بن صالح على ما في طريق الصدوق حيث قال : لاعليكم ان تغتسلوا اذا وجدتم ماءً اذا بلغتكم ذا الحليفة (٢/٤٨٧ من ابواب الاحرام) والقول بانه لا يستفاد منه سوى الاباحة مدفوع بان الغسل عبادة وجوازها دليل على رجحانها .

المسألة ١ - الثالث : ولو احرم بغير غسل اتى به واعاد صورة الاحرام * «رجاءاً والوجه في ذلك ان الخروج عن الاحرام لم يثبت في الشرع الا بالانيان بمناسكه ثم التقصير» ، نعم ظاهر رواية حسين بن سعيد عن اخيه الحسن اعادة الاحرام الملازم للخروج عنه بمجرد النية ، والرواية وان كانت معتبرة ولكنها شاذ فيما يستفاد منه والاعتماد عليها في مثل هذا الحكم مشكل جداً ، ولذا لم يوافق احد من المحشين على العروة فيما رأيناه على ذلك بل على اعادة صورة الاحرام .

المسألة ١- الثالث ويستحب ان يقول عند الغسل او بعده بسم الله وبالله... * «رجاءاً او بقصد الدعاء المطلق لانه ورد في كلام الصدوق من غير اسناد الى المعصومين ، نعم من البعيد ان يكون موجوداً في رواية ولكن حيث لم تصل الينا لا يكون سندها معتبرة عندنا وقد ذكرنا غير مرة ان التسامح في ادلة السنن غير ثابتة عندنا» .

المسألة ١- الرابع ان يكون الاحرام عقيب صلاة فريضة او نافلة وقيل بوجوب ذلك .

* القائل هو الاسكافي فيما حكى عنه ، ولم نر قولاً بالوجوب لغيره ، الا ان غير واحد من اعلام المحشين نصوا على عدم ترك الاحتياط هنا وان كان اكثرهم وافقوا المشهور في الاستحباب ، والعمدة في القول بالوجوب او الاحتياط المطلق هو صحيحة معاوية بن عمار (١/١٨٨ من ابواب الاحرام ٥/١٨٨ منه) ولكن له رواية اخرى مشتملة على مستحبات كثيرة (١/١٦٦ من ابواب الاحرام) ومن المحتمل

قريباً كون الجميع رواية واحدة ولا اقل من انه لا ظهور لها فى التعدد ومعه
يشكل الاخذ بظهور الاولى فى الاستقلال ويؤيده فهم المشهور .

المسألة ١ - الرابع - وان لم يكن (وقت الفريضة) فمقضية .

* «لادليل على كفاية صلوة القضاء الاطلاق الفريضة او المكتوبة الوارد فى روايات
الباب ولكن شمولها للقضاء مشكل جداً كما يظهر بمراجعة (رواية ١٨/٥ من
ابواب الاحرام) فالاولى الاكتفاء بالنافلة حينئذ .

المسألة ١ - الخامس - صلاة ست ركعات ... والاولى الاتيان بهامقدا على الفريضة .

* «الجمع بينها وبين الفريضة لا يخلو عن اشكال بل لعل ظاهر الاخبار التخيير
بين كون الاحرام عقيب الفريضة او عقيب النافلة» فراجع ما رواه عمر بن يزيد
(١٨/٣ من ابواب الاحرام) وما رواه معاوية بن عمارة بن الصادق عليه السلام قال : لا يكون
الاحرام الا فى دبر صلاة مكتوبة او نافلة فان كانت مكتوبة احرمت فى دبرها بعد
التسليم وان كانت نافلة صليت ركعتين واحرمت فى دبرهما (١٦/١ منه) .

المسألة ١ - الخامس - والاولى ان يقرء فى الركعة الاولى بعد الحمد ...

* « يأتى بذلك ايضا رجاءاً » .

المسألة ٢ - يكره للمرأة اذا ارادت الاحرام ان تستعمل الحناء اذا كان

يبقى اثره .

* « الحكم بالكراهة لا يخلو عن اشكال » لتعارض روايات الباب ولضعف رواية
الكراهة بمحمد بن فضيل فراجع الباب ٢٣ من ابواب تروك الاحرام واشكل منه
الحاق الرجل بالمرأة لقاعدة الاشتراك ، لان الاشتراك فرع وحدة المورد وهنا
غير ثابت .

١٣ - « فصل في كيفية الاحرام »

فصل - فلو احرم من غير قصد اصلا بطل .

* « قد يقال كيف يمكن الاحرام من غير قصد مع انه من العناوين القصدية ولكن يمكن تصويره في ما اذا اتى بصورة الاحرام للتعليم او غرض آخر » .

فصل - واما مع السهو والجهل فلا يبطل .

* كما مر بيانه تفصيلا آنفا في المسألة ٦ من فصل احكام المواقيت .

المسألة ٢ - يجب ان تكون مقارنة للشروع فيه . . .

* « حقيقة الاحرام كما يظهر من معناه اللغوي هو التحريم (قال في الصحاح الاحرام والتحريم بمعنى واحد) والمراد منه هنا تحريم الافعال التي تحرم على المحرم ، فهو في الحقيقة التزام بتركها ، او انشاء تحريم هذه الامور على نفسه انشاءً يستتبع تحريماً الهيا ، كما يظهر من (رواية ١ / ٢٥ / ١٦ من ابواب الاحرام) وفيهما : « احرم لك شعري وبشري . . . من النساء والطيب والثياب » و على الاول ينافيه قصد ارتكاب بعض المحرمات عند النية ، ولكن على الثاني لا ينافيه بل تلزمه الكفارة عند ارتكابها فقط .

و على كل حال لا ينافي ذلك ما ورد في الباب ١٧ من ان المحرم عند احرامه ينوى التمتع بالعمرة الى الحج او غير ذلك ، لان هذه الروايات ناظرة الى نية مجموع العمل وهو حج التمتع او غيره ، واما الروايات السابقة ناظرة الى نية جزئه الاول وهو الاحرام فما في كلام بعضهم من ان حقيقة الاحرام هو الدخول في الحج والعمرة خطأ لان الدخول لا يتصور الا بفعل بعض اجزائه فما هو هذا الجزء وما هو حقيقته ؟

المسألة ٢ - و ثانياً اعتبارها فيه (في الاحرام) على حد اعتبارها في

سائر العبادات في كون اللازم تحققها حين الشروع فيها .

* لانفهم محصلاً للجواب الثاني فانه لو قلنا بان الاحرام مجرد التروك لم يكن كسائر العبادات ، اللهم الا ان يكون مراده هو الالتزام بترك المحرمات والكف عنها ولكن العبارة قاصرة عن اداء هذا المعنى .

المسألة ٣ - يعتبر في النية تعيين كون الاحرام لحج او عمرة .

* «لادليل على وجوب التعيين بل يكفي قصد الاحرام للنسك وانما يكون جزءاً للعمرة او الحج باعتبار ما يأتي به بعد ذلك وان هو الامثل البسمة على ما ذكرنا في محله من انه لا يجب قصد التعيين فيها لاي سورة ، بل تتعين بما يأتي به بعدها» ويدل على ذلك بعض ماورد في نية الاحرام مثل ما رواه ابان بن تغلب قال قلت لابي عبدالله عليه السلام باي شيء أهل؟ فقال لا نسّم حجاً ولا عمرة» واضمر في نفسك المتعة وان ادركت متمتعاً والا كنت حاجاً (٢١/٤ من ابواب الاحرام) فان الظاهر منها انه لا يجب التعيين ، والمراد بالاضمار في النفس هو مجرد الاخطار من دون ان يكون داخل في النية كما يظهر من ذيل الرواية ، ويدل عليه ايضاً ما رواه يعقوب بن شعيب ٢١/٦ الى غير ذلك .

المسألة ٣- نعم الاقوى كفاية التعيين الاجمالي حتى بان ينوى الاحرام

لما سيعينه من حج او عمرة .

* «وفيه ما لا يخفى» فان التعيين لو كان لازماً بمقتضى ادلة الجزئية لم يكن هذا المقدار كافياً وان لم يكن واجباً كما هو المختار فهو في غنى عنه .

المسألة ٤ - لا يعتبر فيها نية الوجه ... الا اذا توقف التعيين عليها .

* قد عرفت عدم وجوب التعيين عند نية الاحرام وانما يتعين الاحرام بما يأتي بعده من اعمال العمرة والحج .

المسألة ٥ - لا يعتبر في الاحرام استمرار العزم على ترك محرّماته بل

المعتبر العزم على تركها مستمراً (يعنى في اول الامر) .

* «هذا على القول بان حقيقة الاحرام هو الالتزام بترك هذه الامور واما ان قلنا

بانها عبارة عن انشاء تحريمها على نفسه ، فهو لا ينافي العزم على ارتكاب بعضها ولا يترك الاحتياط بالاول ، ومما ذكر ظهر الفرق الواضح بين ترك الصائم و ترك الاحرام .

المسألة ٦ - لو نسي ما عينه من حج او عمرة وجب عليه التجديد (اى تجديد النية للاحرام) .

* «بناءً على المختار من عدم وجوب التعيين لايجب تجديد النية ، وهو ظاهر ، واما لو قلنا بوجوب التعيين وكان كل منهما صحيحا فقد تحقق احرامه ولا يكفيه تجديد النية لان الاحرام لا يرتفع بقصد الخلاف بل باتيان النسك والتقشير فاللازم عليه العمل بمقتضى العلم الاجمالي مهما امكن » ، واما لو تعين عليه احدهما وكانت الصحة مختصة باحدهما (كما اذا اتى بالعمرة ولم يمض عليه شهر حتى تصح عمرة اخرى على القول باعتبار مضي الشهر فانه لا تصح منه العمرة وانما يصح منه الحج فى اوانه) فحينئذ يجب عليه الاحتياط بتجديد النية لانه لو نوى الصحيح منهما لم يضره التجديد ولو نوى الباطل كانت هذه النية صحيحة .

المسألة ٧ - كالتقول بانه لو كان فى اشهر الحج بطل . . . وان كان فى غيرها صح عمرة مفردة .

* «لا يعبد هذا القول لو كان ظاهر حاله العمل بمقتضى وظيفته» والايشكل الاعتماد عليه .

المسألة ٨ - لو نوى كاحرام فلان ... قيل بالصحة . . . لما عن على (ع) والاقوى الصحة لانه نوع تعيين .

* «بناءً على المختار من عدم وجوب التعيين ، الامر الواضح واما على مبنى القائلين بوجوب التعيين فالعمل بالروايات غير بعيد مع وضوح اسنادها وقوة دلالتها فى الجملة» (والروايات واردة فى الباب ٢ من ابواب اقسام الحج) لكن قد يستشكل عليها بانه كيف يصح حج القران بدون سوق الهدى بناءً على ان عليا لم يسق الهدى

اذا جاء من اليمن ناويا للحج ، فاشركه رسول الله ﷺ في هديه ، وكان ﷺ قد ساق مائة بدنة ، اواقل ولكنه من قبيل الاجتهاد في مقابل النص ، وقد يستشكل عليها ايضاً بتعارضها مع ماورد من طريق «أعلام الوري» الدال على ان علياً عليه السلام ايضاً ساق الهدى لما اتى من اليمن (٢/٣٢ من اقسام الحج) اللهم الا ان يقال التعارض في بعض المضمون غير مانع عن الاخذ بالباقي ، ولعله لذلك لم يعتمد في المتن على الروايات بل اعتمد على القاعدة وقال انه نوع تعيين .

المسألة ٨ - نعم لو لم يحرم فلان او بقى على الاشتباه فالظاهر البطلان

* «الحكم بالبطلان مشكل في الصورة الثانية بل الاذوق بالقواعد العمل بالاحتياط كما مر نظيره في المسألة ٦ هنا» .

المسألة ٩ - لو وجب عليه نوع من الحج او العمرة فنوى غيره بطل .

* «اي لا يقع عما نوى ولكن قد يكون صحيحاً في نفسه في بعض فروض المسألة» .

المسألة ١١ - لو كان في اثناء نوع وشك في انه نواه او نوى غيره بنى

على انه نواه .

* «اذا كان ظاهر حاله ذلك ظهوراً معتداً به عند العقلاء والافهوه مشكل لعدم

احراز تحقق العنوان منه وقاعدة التجاوز لا تجرى في امثال المقام» .

المسألة ١٢ - يستفاد من جملة من الاخبار استحباب التلطف بالنية .

* هذه الروايات رواها في الوسائل في الباب ١٦ من ابواب الاحرام ولكن في

الابواب التي تليه (الباب ١٧ والباب ٢١) روايات تدل على رجحان الاضمار ،

ولكن الظاهر انها محمولة على حال التقية كما لا يخفى على من راجعها .

المسألة ١٢ - والاولى ان يكون بما في صحيحة ابن عمار .

* «ما ذكره في المتن لا يوافق صحيحة معاوية بن عمار ولا ما رواه ابن سنان

ويختلف مع كل منهما اختلافاً يسيراً كما لا يخفى على من راجعها» ثم ان قوله

«الاولى ان يكون بما في صحيحة ابن عمار» قابل للاشكال لعدم دليل على اولويته بالخصوص بل له العمل بكل من الروايتين والامر سهل بعد استحباب الحكم .

المسألة ١٣ - يستحب ان يشترط عند احرامه . . . و قيل ان فائدته (الاشتراط) ادراك الثواب فهو مستحب تعبدى .

* «لا يخلو عن اشكال» لان ظاهر روايات الاشتراط (الواردة في الباب ٢٢ من ابواب الاحرام ج ٩) كونه مؤثراً في الحل واما الروايات الدالة على انه حل حيث حبسه ، اشترطه اولم يشترط (الواردة في الباب ٢٥ من هذه الابواب) فهي ظاهرة في عدم الاثر للاشتراط فهي كالمعارضين و الظاهر كون الطائفة الاولى اقوى و اظهر في بادى النظر ولكن تمام الكلام فيه يأتي ان شاء الله في المصدر و المحصور

المسألة ١٣ - «الثاني» من واجبات الاحرام التلبيات الاربع ... و الاقوى هو الاول .

* «لا يترك الاحتياط بالثاني وهو ان يقول لبيك اللهم لبيك ، لبيك لاشريك لك لبيك ، ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك» وذلك لما ورد في رواية حسان المدائني من ان تلبية النبي ﷺ هي التلبية التي يلبي بها الناس (٣٦/٧) من ابواب الاحرام) ومن المعلوم ان هذا هو المتعارف بينهم ، وقد ورد هذا ايضا في صحيحة معاوية بن عمار في ذيل التلبيات الاربع ، و قبل التلبية الخامسة ، و اما التلبية الخامسة فهي مخالفة لما صرح به في صحيحة معاوية بن عمار (٦/٢-٦٠/٢٩) من ابواب الاحرام) (بناءً على ان يكون قوله «واعلم ...» من كلام الامام عليه السلام كما هو الظاهر) و مما يؤيد قويا ما ذكرنا من صورة التلبية ما ورد في صحيحة «عاصم بن حميد» وفيها : فلما انبعثت به لبي بالاربع فقال : لبيك اللهم لبيك الى آخر ما ذكرناه (١) هذا مضافاً الى ان التلبية الخامسة فقد ادعى الاجماع على نفيه

(١) هذا ما هو المذكور في قرب الاسناد المطبوع ص ٥٩ ولكن المذكور في نسخة الوسائل غير هذا ، و الظاهر ان الغلط في النسخة ، لانه لا ينطبق على الاربع ، وفي متن الجواهر بل وفي نسخة الوسائل المسمى بـ (امير بهادر) نقل الرواية كما ذكرناه .

كما عن المنتهى والتذكرة .

المسألة ١٣ - وكذا لاتجزى الترجمة مع التمكن ومع عدمه فالاحوط الجمع بينهما وبين الاستنابة .

* الصحيح هو الجمع بينها وبين الاستنابة (ضمير التأنيث راجعة الى الترجمة)
ولامعنى لثنوية الضمير .

المسألة ١٣ - ويلبى من الصبى الغير المميز ومن المغمى عليه .

* - الحكم فى الاول مما لاشكال فيه واما فى الثانى فتدل عليه مارواه جميل بن دراج (رواية ٢٠/١ من ابواب المواقيت) ولكنها مرسله وان كان المرسل مثل «جميل» وقد يستدل له بما رواه «ياسين الضير» عن جريز عن زرارة ولكنها واردة فيمن لا يحسن ان يلبي ، مضافاً الى كون ياسين مجهولاً ولكن هذه الفتوى مع ملاحظة جميع ما سبق لاسيما مع كون رواية جميل معمولاً بها بين الاصحاب بالنسبة الى صدرها كما مر فى المسألة ٩ من الفصل ١١ وغير ذلك من القرائن ، قوية

المسألة ١٣- وفى قوله ان الحمد ... يصح أن يقرأ بكسرة الهمزة ورفعها

* لا يترك الاحتياط بقراءته بالكسر فان الظاهر انه فى مبتدأ الجملة .

المسألة ١٥ - نعم الظاهر وجوب التلبية على القارن (اى الوجوب

الشرطى لالتكليفى) .

* «بل الاقوى عدم الوجوب» لان ظاهر الادامر هنا الوجوب الشرطى فاذا انتفى بادلة كفاية الاشعار اذ التقليد الحاكمة عليها لا يبقى مجال للوجوب التكليفى ، وما ورد فى خصوص بعض الروايات من الامر بالتلبية بعد الاشعار فهو محمول على الاستحباب لما مر .

المسألة ١٥- ويستحب الجمع بين التلبية وحد الامرين و بايهما بدأ

كان واجباً .

* «الاحوط ان يؤخر التلبية فى حج القران كما لا يخفى» .

المسألة ١٥ - ثم ان الاشعار عبارة عن شق سنام الايمن بان يقوم

الرجل . . .

* «ظاهر هذه العبارة وجوب جميع هذه القيود ولكن المستفاد من الروايات هو وجوب شق السنام الايمن فقط وغيره من الاداب المستحبة بل يمكن ان يقال بان الواجب هو ان يجعل على الهدى علامة ، اى شىء كان ، بقصد الاحرام لكن لا يخلو عن تأمل» وعلى هذا فالشعار او التقليد من قبيل ذكر المصداق و لا يجب تعبداً بل قد يشعر به او يدل عليه ما رواه زرارة (٩ / ١٢ من اقسام الحج) ولكن المسألة من هذه الجهة تحتاج الى مزيد تأمل.

المسألة ١٥ - ويلطخ صفحته بدمه .

* « هذا محكى عن الاصحاب لكن لم نجد عليه دليلاً » وقد علله بعضهم بان يعرف انه صدقة ، وفيه اشكال ظاهر فان معرفة كونه صدقة لا تتوقف عليه .

المسألة ١٦ - لا تجب مقارنة النية لتلبية الاحرام .

* «بل لا تنفك التلبية عنها، فان النية مستمرة من اول العمل الى آخره بناء على انها هي الداعى ، والمعجب انه جعل المقارنة احوط»

المسألة ١٧ - لا تحرم عليه محرمات الاحرام قبل التلبية وان دخل فيه

بالنية ولبس الثوبين .

* والمسألة اجماعية، تدل عليها ماورد فى الباب ١٤ من ابواب الاحرام والمراد من الدخول فيه هو الشروع فى بعض مقدماته بلبس الثوبين وانشاء النية، لاسيما بالالفاظ الواردة فى الروايات (راجع الحديث ٢٥١ / ١٦ من ابواب الاحرام) ولا ينافى ذلك كون حقيقة الاحرام امرأ بسيطاً ناشياً من هذه الامور كما لا يخفى.

المسألة ١٨ - اذا نسي التلبية وجب عليه العود الى الميقات .

* وقد تقدم الكلام فيه فى الفصل ١١ من احكام الميقات المسألة ٨٥٦.

المسألة ١٩ - الواجب من التلبية مرة واحدة نعم يستحب . . . وعند المنام .

* والحكم باستحبابه بالخصوص مشكل، وقد صرح في الجواهر بعدم وجدانه فيما وصل اليه من النصوص التعرض للنوم و كذا في المدارك فالحكم باستحبابه بالخصوص لا يخلوا عن اشكال اذ منع وان كانت العمومات تشملها بعنوان عام.

المسألة ٢٠ - لكن الظاهر بعد عدم الاشكال في عدم وجوب مقارنتها

للنية ولبس الثوبين ، استحباب التعجيل بها مطلقا .
* ولادليل على استحباب التعجيل بل ظاهر الروايات الكثيرة استحباب التأخير ولا بأس بالعمل بها مع فتوى الاصحاب بها ايضاً ولا ينافي ذلك عدم جواز تأخير الاحرام عن الميقات فان الظاهر كون البيداء وغيرها على جنب الميقات او محاذياً له وقد عرفت جواز الاحرام في مثله (راجع الباب ٣٥ و ٣٦ و ٤٦ و ٥٢ من ابواب الاحرام) .

المسألة ٢١ - وظاهرهم ان القطع في الموارد المذكورة (يعني قطع

التلبية عند مشاهدة بيوت مكة في عمرة المتمتع الى آخر ما ذكره) على سبيل الوجوب وهو الاحوط .

* بل هو الاقوى لظهور الامر في الوجوب ، ولخصوص بعض الروايات المصرحة به مثل صحيحة ابان ، قال كنت مع ابي جعفر عليه السلام في ناحية من المسجد و قوم يلبسون حول الكعبة فقال اترى هؤلاء الذين يلبسون؟ والله لاصواتهم ابغض الى الله من اصوات الحمير (٣ / ٤٣ من ابواب الاحرام) ولا يبعد ظهورها في الحرمة لانها دليل على شدة المذمة ولو كانت مكروهة قليل الثواب لم يناسب ذلك.

المسألة ٢٥ - الثالث من واجبات الاحرام لبس الثوبين... والاقوى عدم

كون لبسهما شرطاً في تحقق الاحرام .
* ولا يترك الاحتياط فيمن تعمد بترك ثوبي الاحرام عند انشاء الاحرام بتجديد احرامه بعد لبس ثوبي الاحرام ، نعم الناسي والجاهل لا حرج عليهما كما يظهر من النصوص اجمالاً (راجع الباب ٤٥ من ابواب ترك الاحرام) ثم

اعلم انه قد يقال بوجوب ثوبى الاحرام للمرأة ايضاً نظراً الى ما ورد في باب الحائض وانها تحتشى تحت ثوب احرامها (راجع الباب ٤٨ من ابواب الاحرام) لكن الظاهر انه ليس المراد من ثوب الاحرام بالنسبة اليها الرداء والازار اللذان يعتبران في حق الرجال مضافاً الى ان سيرة المسلمين على خلافه .

المسألة ٢٥ - الثالث - لكن الاحوط لبسهما على الطريق المألوف وكذا الاحوط عدم عقد الازار .

* «لا يترك الاحتياط فيهما حذراً من مخالفة السيرة المستمرة»

المسألة ٢٥ - الثالث - وان كان الاولى بل الاحوط ايضاً ان يكون الازار مما يستر السرة والركبة والرداء مما يستر المنكبين .

* «لا يترك الاحتياط فيهما بل مجرد ستر المنكبين ايضاً غير كاف واللازم ما يصدق عليه الرداء والازار على النحو المألوف على الاحوط ، لما عرفت من السيرة المستمرة بين المسلمين عليه ومعها يشكل الرجوع الى اصالة البرائة لنفى الشرطية في امثال المقام والقول بان السيرة اعم من الوجوب غير كاف في امثال المورد .

المسألة ٢٥ - الثالث - والاحوط كون اللبس قبل النية والتلبية ، فلو قدمهما عليه أعادهما بعده .

* «هذا الاحتياط ينافي ما ذكره في اول المسألة من عدم شرطية لبس الثوبين في الاحرام ولكن هذا الاحتياط يوافق ما ذكرناه هناك» .

المسألة ٢٦ - لو احرم في قميص عالماً عامداً اعاد

* على الاحوط استجباً بما سياتى عن قريب

المسألة ٢٦ - اللهم الا ان يمنع كون الاحرام هو العزم على ترك المحرمات بل هو البناء على تحريمها على نفسه .

* «ويؤيد الثاني بل يدل عليه ما ورد في باب كيفية الاحرام في ضمن دعاء النية من قوله **اللهم** احرم لك شعري و بشري ... من النساء والثياب والطيب في مارواه

معاوية بن عمار وعبدالله بن سنان (١) فان ظاهرهما كون حقيقة الاحرام انشاء
تحريم هذه الامور على نفسه كانشاء نذر ترك بعض الامور المرجوحة فليس الاحرام
مجرد العزم على تركها بل الالتزام بتركها وجعلها على نفسه حراماً هذا وقد
يتوهم ان مقتضى صحیحة معاوية بن عمار الدالة على ان من احرم وعليه قميصه ينزعه
ولا يشقه (٢) صحة الاحرام و لو قلنا بالقول الاول ولازمه عدم منافاة لبس
القميص حال الاحرام لصحته وفيه ان الصحیحة ناظرة الى صورة الجهل بلاشكال
كما يظهر من غيرها .

باب الاحرام

كتاب الاجارة

كتاب الاجارة

كتاب الاجارة - وهي تمليك عمل او منفعة بعوض .

* هذا التعريف غير متين ، فان تمليك المنفعة او العمل من آثار الاجارة ، وليس نفسها بل هي تسليط خاص يستتبع تمليك المنفعة او العمل بعوض ، وما في كلمات بعض الاعلام من انها اضافة خاصة بين العين والمستأجر مستتبعة لتمليك المنفعة او العمل بعوض و ان كان صحيحاً في الجملة لكن الاضافة جنس بعيد ، يشمل امور كثيرة من انواع المعاملات ، بخلاف التسليط فانه جنس قريب ، هذا مضافاً الى ان الاجارة ليست اضافة بين العين و المستأجر فقط ، بل بين الموجهر والمستأجر والعين ، وهذا المعنى غير موجود في تعريف بعض الاعلام ، ولكنه مأخوذ في مفهوم التسليط ، هذا و يحتمل القول بان ماهية الاجارة في الاعيان هو ذلك و اما في الابدان يكون تمليك العمل في ذمة الاجير كما في موارد الاستيجار للحج وغيره .

١ - فصل

فصل - ويجرى فيها المعاطاة .

* و يكفى فيها تسليم العين للمستأجر او الاجير نفسه للعمل وان لم تؤخذ الاجرة كما انه يكفى اعطاء الاجرة واخذها وان لم يتسلم العين ، والدليل عليه كونها

متعارفة بين العقلاء بهاتين الصورتين فيشملة عموم المؤمنون عند شروطهم وشبهه

فصل - ولا يصح ان يقول في الايجاب بعتك .

* «لا يعتبر في الفاظ العقود وانشائها الصراحة بل المعتبر الظهور العرفي حتى ولو كان مجازاً مع القرينة» لصدق العمومات والاطلاقات عليه ، واما كفاية التملك في مورد الاجارة مع القرينة فليست بعيدة اذا تعلق بالمنافع لبالعين.

فصل - ويشترط فيهما البلوغ .

* «وكذا يشترط القصد - اى قصد الجدد - ولا وجه لتركه هنا» .

فصل - الاول المعلوماتية .

* «ويدخل فيه التعيين في مقابل التريد كأن يقول بعتك احد الدارين فانه ايضا قسم من المعلوماتية ولاوجه لعددهما شرطين مختلفين كما في تحرير الوسيلة ولاسيما مع وحدة الدليل» .

فصل - وحيث لا يكون فيها غرر .

* «والقدر المتيقن منه الثابت من كلمات ارباب اللغة وموارد استعمال هذا اللفظ هو ما كان فيه خدعة وغفلة وضرر ، وهذا لا ينطبق الاعلى موارد تكون المعاملة او الاجارة فيها سفهية غير عقلانية مظنة لذلك» اصف الى ذلك انه ورد في غير واحد من الروايات جواز الاجارة في مقابل مقدار الخراج قل او اكثر وظاهرها كون مال الاجارة مجهولا وان كان هناك مناط لرفع الجهل (راجع الباب ١٧ من ابواب المزارعة من المجلد ١٣ من الوسائل) .

ان قلت : الوارد في منابع حديثنا هو النهى عن بيع الفرر فقط (راجع

الحديث ٣ من الباب ٤٠ من ابواب التجارة) واما النهى عن مطلق الفرر لم نجده لافى منابع حديث الخاصة ولا العامة ، وان ذكر بعنوان الحديث في بعض كتب الفقه مثل المسالك .

قلنا لكن لا يبعد الغاء الخصوصية منه عرفاً وتناسب حكم الفرر وموضوعه

يؤيده ، وفهم عامة الفقهاء في ابواب الاجارة و مثلها مع عدم ورود الحديث فيها مؤيد آخر ، مضافاً الى ماورد في مسند احمد عنه رضي الله عنه انه قال : لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر و هو قياس منصوص العلة ، و كل واحد مما ذكر و ان كان قابلاً للكلام ولكن المجموع كاف في اثبات العموم .

فصل - الثاني ان يكونا مقدوري التسليم

* ويأتى فيه ما مر في معلومية العوضين فانه لادليل عليه الاقاعدة نفى الغرر فما ليس سفهياً عند العقلاء جائز ، وقد جرت سيرة العقلاء على البيع او اجارة بعض ما يكون مصداقاً لعدم القدرة على التسليم مثل ما اذا قدر المشتري او المستأجر عليه وشبهه ، فلادليل على بطلان امثال ذلك .

فصل - فلا تصح اجارة الحائض لكنس المسجد

* « وهذا الشرط مندرج في امكان الانتفاع به فان المحرم شرعاً كالممتنع عقلاً ، هذا وفي بعض الحواشي ان الكنس بنفسه حلال انما الحرام المكث في المسجد ، و من المعلوم ان حرمة المقدمة لا تسرى الى ذى المقدمة ، و لكن يرد عليه : ان هذا العقد مما لا يمكن الوفاء به شرعاً فان الوفاء بالاجارة يتوقف على المكث الحرام ، فهو غير ممكن ، فلانتمله عموم او فوا بالعقود و اشباهه كما لا يخفى . و هل يمكن تصحيحه من باب الترتب بناءً على القول به كما هو المختار ، الظاهر عدمه ، لان الترتب وان اوجب صحة الامر بالمهم مع وجود الاهم ولكن هذا الامر مشروط دائماً بترك الاهم و مثل هذا الشرط في باب المعاملات موجب للفساد .

المسألة ٢ - لا تصح اجارة المفلس بعد الحجر

* الا في المستثنيات من الدين على اشكال فيها ،

المسألة ٣ - نعم تصح اجارته نفسه لعمل .

* «هذا بالنسبة الى معيشته الواجبة، اما فيما زاد عليها فالاحوط ان يكون باجازه الديان» لانها متعلق حقهم على احتمال فلا تصح الاجارة بغير رضاهم .

المسألة ٢ - واما السفية فهل هو كذلك .

* « يمكن ان يقال السفاهة ذات مراتب و قد يكون الانسان سفياً بالنسبة الى امواله لا بالنسبة الى عمله فحينئذ يصح اجارة نفسه وان لم تصح عقوده على امواله و قد يكون بالعكس كما انه قد يكون سفياً في الجميع و كذلك بالنسبة الى الزواج واخذ المهر او اعطائه و في كل مقام يلحقه حكمه» فان حجر السفية ليس امراً تعدياً بل هو مبنى على بناء العقلاء امضاء الشارع المقدس .

المسألة ٣ - لا بد من تعيين العين المستأجرة .

* «لادليل على لزوم التعيين اذا كانت الاجارة عقلائية غير سفية» كما اذا تقارب صفات العينين مثل ما اذا استأجر احد الفرسين متقاربي الصفات ، وشبه ذلك لان عمدة الدليل فيه هو النهى عن الفرر بناءً على شموله في المقام، وقد عرفت ان الفرر هو الامر الضررى الخطرى الذى لا يخلو عن غفلة و خديعة، وهذا غير موجود فيما قلناه ، وقد جرت سيرة العقلاء عليه وهكذا الكلام بالنسبة الى تعيين نوع المنافع اذا كان للعين منافع مختلفة .

المسألة ٤ - معلومية المنفعة .

* « يأتى فى معلومية المنفعة ما مر فى تعيين العين و ان الجهل انما يوجب الفساد اذا كانت الاجارة مجهولة سفية» لامادار عليه بناء العقلاء وليعلم ان المعلومية فى كل شىء بحسبه، وقد يكون بالزمان ، واخرى بالعمل، وثالثة بالعدد، او بغير ذلك وقد يكون بامر ين او امور معاً ، والامر مو كول الى العرف .

المسألة ٥ - وان احتتمل الامران ففيه قولان .

* « بل الاقوى هو البطلان» لان الاصل فى المعاملات الفساد ، فما لم يعلم سعة الزمان للعمل فكيف تصح الاجارة، مع انه من شرائطه و ليس هنا مورد للاستصحاب كما لا يخفى .

المسألة ٦ - لابد من تعيين ما يحتمل عليها .

* « يأتي في تعيين ما يحتمل على الدابة مأمور في غيره وان تعيين الخصوصيات من الوزن والجنس والراكب والدابة وغيرها انما يلزم فيما يراه العرف لازماً وتركه موجب للغرر والضرر .

المسألة ٧ - لابد من مشاهدة الارض او وصفها .

* « الا اذا كان له متعارف فحينئذ ينصرف الاطلاق اليه ، وان كان بين افراد المتعارف ايضاً تفاوت ولكنه لا يوجب الغرر .

المسألة ٨ - لابد من بيان زمان السير .

* « وكذلك فصول السنة اذا كان بينها تفاوت من ناحية السير الذي يعتنى به العقلاء ويكون تركه غرراً .

المسألة ٩ - ولا تكفي المشاهدة .

* « عدم كفاية المشاهدة في جميع الموارد غير ثابت والمعياري فيه ما عرفت في معنى الغرر .

المسألة ١٠ - لو قال آجرتك كل شهر بدرهم .

* « الاقوى فيه البطلان ، وفاقاً للمشهور ، لان مبدأ الاجارة غير معلوم لانصرافها الى المتصل بزمن الحال ، بل لان زمانها غير معلوم ومبهم جداً ، فيشمله ادلة نفى الغرر باى معنى كان ، ، هذا مضافاً الى ان نتيجة الاجارة تمليك منفعة في مقابل تملك اجرة وتمليك المجهول ذهنياً وخارجاً لا معنى له ، نعم تصح الاباحة بالعوض لا بمعنى عقد يشتمل على الاباحة المعوضة فان الجهل فيه ايضاً مانع ، بل بمعنى الاباحة التكليفية وكون رضا المالك مشروطاً بعوض معين ، وما نرى من جريان سيرة العقلاء اليوم في مثل الفنادق وشبهها راجع اليه ، ولا يعاملون معه معاملة عقد الاجارة ، ولا يعتنى بما يدعيه غير المباليين منهم بالشرع والعقل ، واما اذا قال آجرتك شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه فالاقوى انه خارج عن محل الكلام ، و تصح

في الشهر الاول وتبطل في غيره ويمكن تصحيح التصرف فيه بما امر من الاباحة بالعرض .

المسألة ١٠ - اذا كان بعنوان الجعالة

* «لامعنى للجعالة هنا فان حقيقتها جعل شيء في مقابل عمل ، وهذا المعنى غير موجود في محل الكلام ، هذا مضافاً الى ان الجهل المغتفر في الجعالة امر آخر غير مانحن بصدده وتام الكلام في محله»

المسألة ١١ - اذا قال ان خطت هذا الثوب فارسياً فلك درهم و ان

خطته رومياً فلك درهمان فان كان بعنوان الاجارة بطل .

* «على الاحوط» لان بطلانه من باب الاجارة انما هو للجهل والابهام ، اللهم الا ان يقال ان هذا المقدار ليس داخلاً في مفهوم الغرر ، بالمعنى الذي ذكرنا ، وقد جرى عليه بناء العقلاء في امورهم ولا يعدونه سفهياً ويملك المستأجر في ذمة الاجير احد الامرين في مقابل احدى الاجرتين وهو غير بعيد ، ويؤيده ماورد في رواية محمد الحلبي (١٣/٢ من ابواب الاجارة) نعم يمكن تصحيحه من باب الجعالة واشكال العلامة عليه في بعض كتبه بعدم صحته لجهالة الجعل ، قابل للمنع لانه في الواقع يرجع الى الجعالة على عملين بجعلين مختلفين ، و في الحقيقة ينحل الى جعلتين ، واما صحته من باب الاباحة بالعرض لامعنى له فانه ليس للاجير شيء يبيحه للمستأجر في مقابل العرض ، و انما ينتفع المستأجر بنتيجة عمله فتدبراً جيداً .

المسألة ١٢ - اذا استأجره او دابته ليحمله او يحمل متاعه الى مكان

معين في وقت معين .

* « المعيار في هذا الباب ان القيود المأخوذة في الاجارة تارة تكون مقومة بنظر العرف واخرى من قبيل تعدد المطلوب فالاول قيد والثاني شرط من دون فرق بين العبارات» فالاول كالاىصال في موسم الحج الى الموقف وكالاىصال في الوقت

المنظور فيه العمل، فان مثل هذا يكون مقوماً بنظر العرف فان لم يوصله في ذلك الزمان لم يستحق شيئاً، سواء اخذ في ظاهر العبارة بعنوان القيد او بعنوان الشرط فان الالفاظ امارات للمعاني، والجمود على العبارة غلط اذا كان المعنى معلوماً بين المتخاطبين .

وان كان قيماً غير مقوم وكان من قبيل تعدد المطلوب فتخلفه لا يوجب البطلان ، بل يوجب الخيار خيار تخلف الشرط ، سواء كانت العبارة بصورة الجملة الشرطية او القيدية ، وذلك مثل الايصال الى الاماكن المتبركة في الليالي المباركة فان زيارة تلك الاماكن مطلوبة بنفسها غالباً وكونها في ايام متبركة مطلوبة آخر في الغالب، فالقيدية والشرطية انما هو بحسب طبيعة القيود واختلاف المقامات لا بحسب الالفاظ .

المسألة ١٢ - ولو قال وان لم توصلني في وقت كذا فلاجرة اقل مما

عين اولاً.

* « لايبعد الصحة من باب الجعالة بل ومن باب الاجارة وكذا في المسألة السابقة لان هذا المقدم من الجهالة ليس داخل تحت ادلة نفي العرف » لما عرفت في معناه ، وفي الحقيقة المستأجر يملك على الموجر احد الامرين ولا مانع لملك احد الامرين في الذمة، ومن هنا يمكن القول بالصحة في المسألة السابقة والظاهر ان عمل العقلاء فيما بينهم على ذلك ولا يرون فيه اى خديعة وسفه ويكون الموجر ملزماً باحد الامرين مخيراً بينهما.

المسألة ١٢ - ولو قال ان لم توصلني فلاجرة لك.

* «المدار في هذه المسألة ايضاً على ان يكون وصوله في ذلك الوقت من قبيل المقوم كالوصول الى مواقف الحج في الموسم وعدمه» ففي الاول لاجرة للموجر سواء كان بلفظ الشرط او القيد وان كان من قبيل تعدد المطلوب فلايصح نفي الاجرة مطلقاً ، والظاهر ان هذا هو مورد الحديث الدال على البطلان اذا احاط الشرط

بجميع الكرى وعليه يحمل كلام المشهور القائلين بالبطلان في هذه الصورة

المسألة ١٣ - سقط من المسمى بحساب ما بقى .

* وفيه تفصيل يأتي انشاء الله في محله *

٢ - فصل

فصل - نعم الاجارة المعاطاتية جائزة .

* « و الاقوى لزومها ايضاً و كذا في البيع و شبهه » لان الاصل في كل معاملة اللزوم بمقتضى اوفوا بالعقود (والعقد عام يشمل المعاطاة وغيرها و كل معاهدة) و كذا المؤمنون عند شروطهم و شبههما، والفسخ يحتاج الى دليل ومخالفة المشهور غير قادح بعد وضوح دليلهم و عدم تماميته ، كيف وقد جرت سيرة العقلاء على معاملة اللزوم بالعقود المعاطاتية ولم يردع عنها الشارع .

المسألة ١ - وجهان و الاقوى الثانى .

* « بل الاقوى هو الاول لان علم البايع والمشتري بعدم المنفعة للعين في زمان خاص لزعمهما انها مستأجرة من قبل ، فى حكم الشرط ، فان الشروط الضمنية غير المذكورة فى العقد فى ابواب المعاملات كثيرة ، ومعيار الجميع علم الطرفين و اقدامهما على العقد بائنين عليه ، والشاهد على ذلك نقصان القيمة عادة بما تقل من منافع .

المسألة ٢ - اقواها الاول .

* لا يخلو عن اشكال لتزاحم البيع والاجارة بالنسبة الى المنافع و كون احدهما بالاصالة والآخر بالتبع لانه فلاحوط لولا الاقوى الحكم بالبطلان .

المسألة ٣ - اذا اعتبر سكناه على وجه القيدية تبطل بموته .

* « و الاقوى كما عرفت ان كون شىء شرطاً او قيداً ليس بحسب اعتبار الموجر او المستأجر بل بنظر العرف » لان القيد فى ذلك مختلفة فاذا كان فى انظار اهل

العرف من المقومات تبطل الاجارة بانتفاعها ، و اذا لم يكن كذلك بل كان من قبيل تعدد المطلوب في نظرهم كان الحكم المصلحة مع الخيار اذا تخلف.

المسألة ٤- لوقوعها من أهلها في محلها .

* « الاصح بطلان الاجارة بالنسبة الى ما بعد البلوغ من غير حاجة الى الفسخ فانه من قبيل الفضولي على بعض المباني فيصح مع الاجارة وتبطل بدونها ، ولا حاجة للفضولي الى الفسخ ، و احسن ما يمكن الاستدلال به عليه قصور ادلة الولاية ، و ظهور قوله تعالى فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم في استقلاله بالتصرف مطلقاً بعد البلوغ و وجوب دفع امواله اليه ، و من هنا يظهر ان فساد الاجارة بالنسبة الى ما بعد البلوغ لا تفادت فيه بالنسبة الى نفس الصغير و امواله ، و ما يظهر من بعضهم من ان اجارة املاكه صحيحة مطلقاً ، و ان الاشكال في اجارة نفسه غير وجيه بعد ما عرفت من الدليل و لاسيما الاية الشريفة ،

المسألة ٤- لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعات، اجارته مدة زائدة على البلوغ .

* « لا يخلو عن اشكال لما عرفت من قصور الادلة ، فهل يجوز التصرف في مال الكبير او نفسه حفظاً لمصلحة حال صغره ؟ نعم لو كانت المصلحة مهمة جداً يمكن القول بعموم الادلة .

المسألة ٧- والظاهر عدم جواز مطالبة الارش .

* « لا يبعد جوازها فان الارش ليس من باب التعبد ، بل هو امر ثابت عند العقلاء و لا خصوصية للبيع ، نعم في كون الموجر مخيراً بينه و بين الفسخ اشكال ، و الاحوط توافقهما عليه .

المسألة ٧- و كذا له الخيار اذا حدث فيها عيب بعد العقد .

* « اطلاقه لا يخلو عن اشكال .

المسألة ٨- و الا فلا ارش فيه .

* «قد مر ان حكم الارش عام، مأخوذ من بناء العقلاء وامضائه من ناحية الشرع في بعض الموارد ليس من باب الخصوصية فيه .

المسألة ١١ - ولا خيار التأخير .

* «الظاهر انه لا وجه لعدم جريان خيار التأخير فيها بعد عموم الادلة» وعمدتها قاعدة لاضرر، اللهم الا ان يكون مراده نفي خصوصية ثلاثة ايام لانه ثبت بديل خاص في البيع فقط .

٣ - فصل (يملك المستأجر المنفعة . . .)

فصل - فلو حصل مانع عن الاستيفاء ... تنفسخ الاجارة .

* «الا اذا كان الموجر و الاجير باذالا للعين او لنفسه و كان المانع من قبل المستأجر فحينئذ يستحق الاجرة» .

المسألة ١ - نعم مع عدم تعيين الوقت فالظاهر عدم استقرار الاجرة .

* «بل الاقوى استقرار الاجرة اذا عين الكلي في فرد وتسلمه بعنوان الوفاء» فان مصداق الوفاء بالعقد حاصل اذا كان من باب صرف الوجود كما هو الظاهر من كلامه .

المسألة ٢ - سواء اشتغل في ذلك الوقت . . . او جلس فارغاً .

* «اذا اشتغل الاجير بشغل آخر لنفسه او لغيره اشكل استحقاقه لتمام الاجرة لا سيما اذا كان مدة الاجارة طويلة» فانه عرفاً من قبيل الجمع بين العوض والمعوض وان لم يكن منه بالدقة العقلية .

المسألة ٣ - لانسلم ان منافعها لاتضمن الا بالاستيفاء

* و بالجملة المدار على صدق تفويت المنافع عرفاً فان قاعدة الائتلاف قاعدة عقلائية امضاها الشرع ، وهذه القاعدة عندهم لاتختص بالايان بل تشمل المنافع حتى في مثل الحر الكسوب ، وما في بعض الحواشي من ان صدق التفويت تسامحاً

يرده بناء العقلاء عليه في امورهم قطعاً ، وتدور عليها رحي اعمالهم واشكل منه ما في بعض آخر من صدق التفويت ايضاً غير كاف فانه لادليل على ان كل تفويت يوجب الضمان (انتهى) ولكن الانصاف ان التفويت في الاموال والمنافع من اسباب الضمان بين العقلاء ولم يردع عنه الشرع .

المسألة ٣ - فزال الالم بعد العقد ثم تثبت الاجرة .

* مجرد زوال الالم في الضرس غير كاف بل اللازم زوال علة قلع الضرس ، والظاهر ان مراده ايضاً هذا المعنى وان كانت العبارة قاصرة .

المسألة ٤ - فتبطل (الاجارة) بالنسبة الى بقية المدة فيرجع من الاجرة بما قابل المتخلف .

* «بطلان الاجارة في البعض لا يوجب خيار تبعض الصفقة كما توهم لان المفروض انه تصرف في البعض واتلفه» .

المسألة ٥ - ويحتمل قريباً ان يرجع تمام المسمى .

* «هذا الاحتمال قوى اذا كان سبب الخيار من اول الامر مثل الغبن ، اما اذا كان من قبيل خيار الشرط وفسخ به بعد حين فضمن المسمى اقوى» وتوهم ان العقد اذا انفسخ لا بد ان يفسخ في كله لافي بعضه لانه امر واحد ، مدفوع جداً بان التجزئة في الفسخ في البيع وغيره امر جائز ، الا ترى انه لو باع حيواناً مع غيره كان له الفسخ في خصوص الحيوان كما صرحوا به اذ ذلك انه في المقام استوفى بعض المنافع وانعدم فيجوز له الفسخ فيما بقي .

المسألة ٦ - ظاهر كلمات العلماء ان الاجرة من حين العقد مملوكة

للموخر بتمامها ... وهو مشكل .

* «لا اشكال فيه ، وما ذكره من الاشكال والفرق بين مسألة الاجارة والبيع قابل للدفع والمنع» لان العين المستأجرة بحسب طبعها ايضاً قابلة للبقاء ، وهذا كاف

واما اذا لوحظ بالنسبة الى علم الله تبارك وتعالى فالعين الذى ينعدم بعد البيع بلحظة فى علم الله فهو ايضا لامالية له ، وبالجملة المدار فى المعاملات الدارجة بين العقلاء على قابلية العين للبقاء بحسب طبعه وحينئذ يملك الموجر مال الاجارة وان انعدمت العين المستأجرة لبعض السوانح نعم لو كانت بحسب طبيعتها غير قابلة للبقاء الى مدة معينة لم تصح اجارتها الى تلك المدة من اول الامر ويكفى فى وجود المنافع وجودها بالقوة ومن هنا يظهر الحال فى ساير ما يترتب عليه من الفروع .

المسألة ٩ - وان امكن الانتفاع بها .

* «المراد هو الانتفاع الذى ذكر فى عقد الاجارة غيرها غير مفيد واما لو اطلق العقد يكفى كل انتفاع معتدبه» .

المسألة ٩ - ويقوى هنا رجوع تمام المسمى مطلقا .

* «بل هو ضعيف بعد ما عرفت من ان الفسخ اذا كان بعلة متجددة يكون بالنسبة الى مابقى من المدة ولا يشمل السابق» وقد عرفت ان مقتضى الفسخ يختلف باختلاف المقامات فتارة يوجب الانساخ من اول الامر واخرى بالنسبة الى الباقي ولا مانع فى شىء منهما عقلا بعد دلالة الدليل .

المسألة ٩ - ولو بادر الموجر الى تعميمها ... ليس للمستأجر الفسخ .

* «المدار على المبادرة قبل او ان الانتفاع بها ، لافوراً ، فلو خربت بعض السرايب فى فصل الشتاء ولم يكن لها فايده الاللاصيف كفى تعميمها قبل حلوله بحيث لم تفت المنافع المقصودة» .

المسألة ١٠ - ويحتمل قوياً رجوع تمام الاجرة .

* «قد عرفت انه لا قوة فيه» وان قضية الفسخ تختلف باختلاف المقامات ، وفى المقام حيث ان الموجر له امر متجدد فالفسخ يكون بالنسبة الى مابقى من المدة ..

المسألة ١١ - ويحتمل قويا تعيين الثاني

* «لا قوة فيه بل هو مخير بين الفسخ والرجوع على الظالم» لان المفروض كون العين والمنافع في ضمان الموجر قبل تسليمه وان العقد لا يجب الوفاء به مالم يف به الطرف الاخر .

المسألة ١١ - ليس له الفسخ الا في الجميع .

* «قد عرفت جواز التبعض في الفسخ وانه يختلف باختلاف موجبه ولكن يحتمل فيما نحن فيه خيار التبعض للموجر ايضاً» .

المسألة ١٢ - لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء .

* «الظاهر عدم البطلان في العذر الخاص وقد عرفت ان كون شيء شرطاً او قيداً انما هو بنظر العرف بحيث يرونه من قبيل وحدة المطلوب او تعدده وفيما نحن فيه الاستيفاء بشخصه من قبيل تعدد المطلوب ، نعم لا يبعد تخيير الموجر ايضاً بعد امتناع الشرط وحصول التخيير للمشتري لانه تخلف للشرط بالنسبة الى كليهما» .

المسألة ١٢ - نعم لو كان هناك عذراً عام بطلت

* كما اذا نزل ثلج وانسد الطريق ، او صارت الدار غير مسكونة لوقوعها في معركة القتال ، نعم لو كان هذا في اثناء المدة بطل من حينه وان كان في اول الامر بطل من اصله .

المسألة ١٣ - واتلاف المستأجر بمنزلة القبض .

* «لا يخلو عن اشكال وكذا اتلاف الموجر والاجنبي» لامكان ان يقال انه ليس من قبيل اتلاف المنفعة ، بل من باب انعدام الموضوع الموجب للبطلان ، وای فرق بينه وبين التلف السماوي ؟ نعم هذا الاتلاف لو كان اختيارياً كان حراماً بحسب الحكم التكليفي ، واما بحسب الحكم الوضعي فلا فرق بينهما والمسألة تحتاج الى مزيد تأمل .

المسألة ١٣ - كما اذا استأجرت دابة لركوبها بنفسه فمرض ولم يقدر على

المسافرة .

* «قد عرفت ان العذر الخاص لا يوجب الا الخيار لهما واما زوال الألم او بتعبير آخر زوال موجب قلع الاسنان فهو امر آخر من قبيل انعدام الموضوع» .

المسألة ١٤ - واذا اتفق ارادة الزوج للاستمتاع كشف عن فسادها

(فساد الاجارة) .

* «حق الاستمتاع له عرفية معلومة لا يتبع ارادة الزوج من دون ان يشترط فاذا زاحمت الاجارة له بطلت اى كان فضولياً يحتاج الى اجازة الزوج واذا لم يخالفها صح فتأمل» .

المسألة ١٥ - تسليم المنفعة بتسليم العين .

* ان كان المراد منه انه يجوز للموخر حينئذ مطالبة جميع الاجرة كما هو ظاهره فهو ممنوع جداً لان المنفعة تدريجية الحصول ولا يكون تسليمها الا ببقاء العين تحت يده كذلك ولذلك جرت سيرة العقلاء على اخذ الاجرة نجوها ، ثم ليعلم ان العمل اذا كان كثيراً بحسب المدة فالمتعارف عند العقلاء اخذ الاجرة اثنائها ولا ينتظرون اتمامه جميعاً الا اذا اشترط غير هذا بل يمكن القول بالتجزئية فى تسليم الثمن والمثمن فى باب البيع ايضاً كما اذا باعه آلاف حنطة مثلاً يسلمها فى اشهر .

المسألة ١٥ - الا ان يكون هناك شرط او عادة فى تقديم الاجرة (على

العمل) .

* «والانصاف ان العادة موجودة غالباً فيما يحتاج الى مصارف كثيرة كالحج وشبهه

المسألة ١٥ - قولان اقواهما الاول (اى استحقاق الاجرة بمجرد اتمام

الخيطة مثلاً) .

* «بل الاقوى هو الثانى» اعنى تسليم مورد العمل وعليه بناء العقلاء فينصرف العقد اليه ، بل لا يصدق تسليم العمل عرفاً الا بتسليم نتيجته فى مثل هذه المقامات

فان تسليم كل شيء بحسبه .

المسألة ١٥ - بخلافه على القول الاخر فانه لا يستحق الاجرة .

* «الاقوى انه بناءً على المختار ايضاً ضامن لهذا الوصف لان الوصف ملك له وفي ماله وان كان قبل ادائه لا يستحق مطالبة الاجرة فاذا ضمن قيمة الوصف واداه كان له مطالبة الاجرة لان ادائه هنا باداء بدله» .

المسألة ١٥ - لا يجوز حبس العين بعد اتمام العمل .

* «بل له حبسه لاخذ أجرته» وعليه بناء العقلاء من اهل العرف ولم يردع عنه الشرع ، ولا يتعرف احد بان الاجير مكلف باداء العين وان كان المالك لا يؤدي أجرته بل لا يريد ادائها .

المسألة ١٦ - اما اذا كان (ببطلان الاجارة) عالماً فيشكل ضمان المستأجر

* «الاقوى كونه ضامناً وما ذكره من انه مع علمه بالفساد هتك حرمة ماله وسلط غيره عليه مجاناً ممنوع جداً» لانه انما سلطه عليه بانياً على الصحة لعدم المبالاة بحكم الشرع ، والاعتناء بحكم العرف فقط واقوى الدليل على ذلك هودقته في حساب العين والاجرة حتى لا يشذمنه شاذ كما ان الامر في بيع الخمر وغيرها من الاعيان المحرمة ايضاً كذلك كما ذكرنا في محله .

المسألة ١٦ - اذا كان البطلان من جهة كون الاجرة ما لا يتمول شرعاً

وعرفاً .

* «كون الاجرة مما لا يتمول شرعاً مع بنائه على ماليته لا يرفع ضمان المستأجر نعم ما لا يتمول عرفاً يرفع الضمان ، وكذا الاجارة بلا عوض» وعمدة الدليل عليه ان الاجارة بلا اجرة وكذا ما لا يتمول عرفاً في معنى العارية وشبهها ، وان ابيت عن اطلاق عنوان العارية عليه ، نظراً الى انها تمليك الانتفاع لا المنفعة ، فلا اقل من انه شبيه العارية مما لا يضمن بصحيحه ، فذكر لفظ الاجارة في العقد من قبيل الكناية والافكل انسان يعلم ان الاجرة احد اركان الاجارة .

المسألة ١٦ - الا اذا كان المستأجر عالماً ببطلان الاجارة .

* «قد عرفت ما فيه فلا نحتاج الى الاعادة»

المسألة ١٦ - وكذا في الاجارة على الاعمال اذا كانت باطلة .

* «الحكم فيها كالحكم في الاجارة على المنافع من غير فرق»

المسألة ١٧ - كان له خيار الفسخ للشركة .

* « بل قد يعد الشركة عيباً عرفياً وان لم يكن عيباً بحسب الخلقة » فيشملة بعض ادلة خيار العيب بل يمكن ان تكون الشركة موجبة للبطلان في بعض الصور وهو ما اذا كان المشاع كالمباين عرفياً كما لعله كذلك في مثل المر كوب او العبد فلا يكون المشاع غالباً من مراحل المفروز فتأمل .

المسألة ١٩ - فيجوز أن يوجر داره شهراً متأخر عن العقد

* «و كذا لو آجر نفسه للعمل في يوم معين لزيد ، وفي يوم آخر لعمر و ، وهكذا فان عدم اتصال مدة الاجارة بالعقد لا يوجب اشكالا في شيء من هذه الصور»

المسألة ١٩ - ولو اطلق انصرف الى الاتصال بالعقد .

* «هذا على اطلاقه ممنوع وان كان غالبياً ففي بعض الفنادق وشبهها التي تحجز غالباً من قبل نمنع هذا الظهور و كذا في امثال دور مكة والمدينة قبل الموسم والمعيار على الانصراف وهو يختلف باختلاف المقامات» .

المسألة ١٩ - نعم لو لم يكن انصراف بطل .

* «هذا ايضاً على اطلاقه ممنوع فقد يكون في بعض المقامات متعارفاً بين العقلاء» كحجز بطاقات الطائرات وشبهها من قبل وايكال الامر في تعيين اليوم الى المستقبل بحيث يكون المستأجر مخيراً بين الايام ، وقد عرفت سابقاً ان مثل هذا غير داخل في عنوان الفرور وان معيار الفرور والجهل هو ما كان سفهياً في نظر العرف والعقلاء

فصل - ٤

فصل - لكن الاقوى صحته (اي صحة اشتراط الضمان في الاجارة).

* كما عن جماعة من القدماء والمتأخرين وان كان المشهور على خلافه ، والعمدة فيه شمول اطلاقات ادلة الشروط له ، وما يتوهم من مخالفته لمقتضى العقد او حكم الشرع باطل ، بل العقد لا يقتضى الضمان عند الاطلاق ، واما عند الاشتراط فلم يدل دليل على منعه ، وكذا ما يتوهم انه من قبيل شرط النتيجة ، فانه قد يكون بصورة شرط الفعل ، مضافاً الى ان الاقوى صحة شرط النتيجة اذا كان مما لا يتوقف على الانشاء بصيغة خاصة ، ومن اقوى الدليل على صحته ورود اشتراط الضمان في ابواب العارية وغيرها مما يشترك مع ما هو محل للكلام بحسب الملاك (راجع الرواية ١٥ / ٢٩ من الاجارة والرواية ١ / ١ من ابواب العارية والرواية ٦ / ٤ من الودیعة) ولا موجب لحملها على خلاف ظاهرها .

فصل - اذا لم يحصل منه منع للموَجِر عن عين ماله اذا طلبها

* «مجرد عدم منع الموجه بعد تمام الاجارة عن ماله لا يكفي في رفع ضمان المستأجر، بل اللازم ان يكون مأذوناً من قبله بعد المدة او يكون مجرد رفع المنع بمنزلة الاداء في مثله عرفاً - والمقامات مختلفة» .

المسألة ١ - نعم لو كانت الاجارة واقعة على منفعة الموجه

* «الاقوى هنا ايضا بطلان الاجارة» - لانه ان كانت الخياطة في يوم معين مثلاً في ثوب خاص ملكاً للمستأجر فاتلافه اتلاف للموضوع فتبطل الاجارة وان لم تكن مقيدة بموضوع خاص لم تبطل الاجارة كما انه لم تفت المنفعة ، فيجوز له العطاء ثوب آخر للخياطة .

المسألة ٢ - المدار في الضمان على قيمته يوم الاداء

* « بل الاقوى ان المدار على قيمة يوم التلف » - لانه المفهوم من أداء خسارة

العين القيمي عند اهل العرف ، وكون العين في الذمة من القيميات وان كان معقولا ولكنه بعيد جدا عن المرتكزات العقلائية ولعل صحيحة ابي ولاد ايضاً ناظر اليه .

المسألة ٣ - ان كان اصل الختان مضرابه في ضمانه اشكال

* «بل الاقوى عدم الضمان» ومثله ما اذا كان ثوب او فرش ملون بلون فاسد بحيث اذا صب عليه الماء ليغسله انتشر اللون الى جميعه فافسده ، ففيه وفي امثاله ليس بضامن ، والعمدة فيه انه من لوازم الاذن في الغسل والختان والاذن في الشيء اذن في لوازمه القهرية ، وان لم يكن ناظرا اليه بخصوصه ولكنه داخل في عموم لوازم اذنه ، وكيف يمكن ضمانه مع انه لم يفعل شيئاً غير صب الماء مثلاً على الثوب وكان مبدء الفساد في نفس الثوب لاغير، وهكذا مسألة الختان في مفروض المسألة .

المسألة ٥ - الطبيب المباشر للعلاج اذا افسد ضامن

* «لا فرق بين المباشر كالجراح وشبهه وبين الأمر كمن يكتب دستور العمل للمريض وبين الواصف الذي يكون بمنزلة الأمر في الطبابة على النحو المتداول اليوم» . نعم الواصف الذي لا يكون من قبيل الأمر والغار لا يضمن - والوجه في جميع ذلك قوة السبب على المباشر في امثال المقام ولذا لا يشك عرفاً في اسناد التلف الى الطبيب لا المريض .

المسألة ٥ - فلا ينبغي الاشكال في عدم ضمانه (اي الطبيب اذا وصف

الدواء فقط)

* «بل هو ضامن اذا عين المرض وعين دوائه و كان المريض راجعه للطبابة بل وان اقتصر على الكبرى فقط في بعض الصور كما لا يخفى» .

المسألة ٦ - اذا تبرأ الطبيب من الضمان وقبل المريض او وليه (بريء)

* «الولي انما هو في فرض كونه قاصراً» - وما ورد في رواية السكوني من

اطلاق اخذ البرائة من الولي فانما هو محمول على كون المريض غير قادر على التصرف في نفسه فهو حينئذ كالصغير ولو موقتاً .

المسألة ٨ - والاولى الفرق بين الموارد والاشخاص بحسب صدق الغرور

وعدمه

* «الضمان في مورد الكلام مما لا ينبغي الاشكال فيه لان المالك جاهل بحقيقة الامر والخياط عالم بحسب حرفته والاذن كان مقيداً ولا دخل للمسألة بقاعدة الغرور»

المسألة ٩ - اذا آجر عبده لعمل فافسد

* «خارج عن محل البلوى اليوم» .

المسألة ١١ - اذا استأجر سفينة او دابة لتحمل متاع فنقص لم يضمن

* «اذا لم يكن من الموجر تعد او تفريط» كما هو واضح

المسألة ١٢ - والظاهر ثبوت اجرة المثل

* «بل الظاهر ثبوت اجرة المسمى بالنسبة الى المقدار المشترط حمله واجرة المثل بالنسبة الى الزائد» لان شرط عدم الزيادة لا يكون من القيد المقوم عرفاً ، بل هو كسائر الشرائط ، وقد عرفت ان المعيار في القيد والشرط هو العرف لا قصد المتعاملين ، ولا فرق بين هذه المسألة والمسألة الاتية مع انه قدس سره فرق بينهما

المسألة ١٤ - بل الاقوى العدم (عدم الضمان) لانه مأذون فيه .

* «عدم الضمان انما هو في فرض وجود نقص او حالة خاصة في الدابة لا يتحمل معها الضرب المتعارف ، اما لو حصل ذلك بسبب الضرب فليس هذا متعارفاً وليس مأذوناً فيه فهو ضامن حينئذ» .

المسألة ١٥ - وهل يستحق الاجرة مع السرقة الظاهر لا

* «بل الظاهر استحقاؤه اذا اتى بما هو وظيفته في الحفظ وحصلت السرقة والتلف بامر خارج عن قدرته على حسب المتعارف» كما اذا هجم عليه جماعة من اللصوص

واخذه وقيدوه ثم سرقوا المتاع فانه لم يستأجر للحفظ في قبال هذه الامور
استيجاره على الحفظ مطلقا باطل لخروجه عن قدرته .

المسألة ١٦ - صاحب الحمام لا يضمن الثياب الا اذا اودع

* «والمتعارف الابداع في الثياب اما في النقود الضخمة او الاشياء الغالية فلا ،
ومن هنا يعلم حكم السرقة او التلف من الفنادق والمخازن والسيارات والطائرات
والقطار وغيرها» فكلما كان الابداع فيه معلوماً ولو بحسب المتعارف من غير تصريح
في اللفظ فهو ضامن مع التعدي او التفريط والافلا ، بل يصح تضمينهم مطلقا من
طريق الاشتراط ، وما ذكره من عدم جواز هذا الشرط لانه انما يأخذ الاجرة
على غير الثياب ففيه اشكال ، لانه وان لم يأخذ الاجرة في مقابله ظاهراً ولكنه
يأخذها مما يكون لها صلة بهذا الامر ومثله لا يعد عرفاً اميناً محضاً فتأمل .

فصل - ٥

فصل - هذا (جواز ايجار ما استأجره) اذا كانت الاجارة الاولى مطلقة

* «يعنى مطلقة من ناحية انتفاع شخصه او غيره اما ان كانت مطلقة من ناحية
الاستيفاء بالمباشرة او بالتسبيب فلا مانع من اعطائه بيد الغير فالحكم بالجواز
وعدمه تابع لاطلاق الاجارة من ناحية كيفية الاستيفاء على كل حال» .

فصل - ففي الصورة الاولى وهى ما اذا استأجر الدابة لركوبه نفسه

بطلت .

* «فيه اشكال لاحتمال كونه من قبيل تعدد المطلوب» وقد عرفت غير مرة ان كون
شئ من القيود المقومة او الشرائط بحسب انظار اهل العرف فالاجارة الثانية ليست
فاسدة من هذه الناحية ، ولكن لما كان هذا التصرف متعلقاً لحق الغير فنفوضه
يحتاج الى اجازته وبدونها فضولى .

فصل - فيكون المستأجر الثانى ضامناً لاجرة المثل للمالك

* «بل يكون ضامنا لاجرة المثل للمستأجر الاول ، ويكون المستأجر الاول ضامنا لاجرة المسمى للمالك وله مع ذلك حق الفسخ» ، ولو كان ما استوفاه الثاني اكثر مما استحقه الاول فهو ضامن لاجرة المثل بالنسبة الى هذا المقدار للمالك وله مع ذلك حق الرجوع الى كل واحد منهما لضمائهما معاً .

فصل - وفي الصورة الثانية والثالثة في بطلان الاجارة وعدمه وجهان

* «الظاهر بطلانه بمعنى كونه فضوليا متوقفا على اجازة المالك لماعرفت آفقا»

فصل - وكذا في الصورة الرابعة (اي اذا اشترط استيفاء المنفعة

بنفسه لالنفسه) .

* « ولا يبعد الجواز في هذه الصورة غاية الامر ان المستأجر الاول خالف

الشرط فيوجب الخيار للمالك الموجر » .

المسألة ١ - او كانت الاجرة من غير جنس الاجرة السابقة .

* « لادليل عليه بل الاحوط عدم التفاضل بحسب القيمة » .

المسألة ١ - اما فيها (في البيت والدار والدكان والاجير) فاشكال .

* لكن هناك قرائن متعددة في روايات الباب تشعر بالكراهة او تدل عليها وان

كان الاحوط ما ذكره فراجع .

المسألة ١ - الاحوط الحاق الرحي والسفينة .

* «يجوز ترك هذا الاحتياط لعدم دليل معتد به عليه» .

المسألة ١ - الامع احداث حدث فيها .

* « احداث الحدث في هذا الباب لايشمل التغييرات فقط بل لايبعد كفاية نصب

الاشياء المنقولة كالمبردات بل الاستار والفرش ايضا » .

المسألة ٢ - بل يكفي ان يشتري الخيط او الابرة

* «لا يخلو من اشكال لان المصرح به في روايات الباب احداث حدث فى نفس مورد العمل» .

المسألة ٢ - وكذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة او صوم شهر

* «بناءً على جواز الاستيجار فى هذه العبادات وقدم من الاشكال فيها فى ابواب العبادات الاستيجارية» .

المسألة ٣ - يجوز تبرى الغير عنه وتفرغ ذمته بذلك

* «استحقاقه للاجرة انما يتم اذا كان التبرع باستدعائه او اجازته حتى يكون عمله تسبباً» لان الفعل لا يعد فعله الا بالمباشرة او التسبب

المسألة ٤ - وان كان ذلك الغير آمراً له بالعمل

* «الامر بالعمل استيفاء للمنفعة وهو من اسباب الضمان على الاقوى ولو كان مغروراً يرجع الى من غره» فالمستأجر يتخير بين امور ثلاثة: الفسخ وأخذ اجرة المثل من الاجير او من الأمر

المسألة ٥ - فيتخير بين امور الثلاثة .

* « بل بين امور اربعة الفسخ ومطالبة اجرة المثل من الاجير وامضاء الاجارة الثانية واخذ مال الاجارة فيها ، والرجوع باجرة المثل الى المستأجر الثانى » ودليله ما مر آنفاً .

المسألة ٦ - وان كانت على الوجه الرابع وهو كون اعتبار المباشرة او

المدة على وجه الشرطية الا القيدية ففيه وجهان

* « الاقوى هو الحاجة الى الاجازة لما مر من ان الاشتراط يوجب حقا للمستأجر فلا يصح الاجارة بغير اذنه » وقد يقال ان هنا وجهاً ثالثاً وهو عدم صحته حتى مع الاجازة بل لا بد بعد اجازة من عقد جديد ولكنه ضعيف كما لا يخفى وجهه .

المسألة ٥ - ودعوى ان اطلاق العقد من حيث الزمان يقتضى وجوب التعجيل ممنوعة .

* « اطلاق العقد قد ينصرف الى التعجيل وذلك لعادة جارية او مناسبة ظاهرة وحينئذ يقتضى وجوب التعجيل والمقامات مختلفة » .

المسألة ٦ - لزمه اجرة المسماة واجرة المثل (معاً)

* « الانصاف انه لا وجه لوجوب الاجرتين عند التخلف عما عقد عليه الاجارة بل يستقر عليه اكثر الامرين وما ذكره من الدليل ضعيف جداً » وقوله ان المستأجر بتفويته على نفسه واستعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة اخرى جوابه مستتر فيه لعدم امكان ملكية منفعتين متضادتين في عرض واحد ، والحاصل انه لا ينبغي الشك فى استقرار اكثر الامرين عليه لما قد عرفت ان وجوب الاجرتين بعد عدم امكان ملكية منفعتين متضادتين بعيد جداً ، ومخالف للارتكاز العرفى بل تخالفه صحيحة ابي ولاد الدالة على استقرار اجرة المثل فقط ، الذى كان اكثر الامرين فى مورد الرواية ، وفى المسألة وجوه اخر من استقرار اجرة المسمى فقط كيفما كان واجرة المثل كذلك وكلها ساقطة لعدم عدم الدليل

المسألة ٧ - بل يمكن ان يقال بعدم استحقاقه لها (لاجرة المثل)

* « هذا هو الحق » والتعبير بقوله يمكن ... لا وجه له الا ان يكون مغروراً من ناحية المستأجر فانه يستحق اجرة المثل حينئذ

المسألة ٩ - ويحتمل التخيير بين الرجوع على الغاصب وبين الفسخ .

* « وهذا هو الاقوى » لانه يملك بالعقد ، واما تسليم العين فهو شرط لوجوب تسليم الثمن فلورضى بدون التسليم لم يكن هناك مانع ، ومن الجدير بالذكر ما ذكره هنا ينافى ما افاده فى الفصل الثالث .

المسألة ١٠ - اذا آجر سفينته لحمل النخل فحملها المستأجر خمراً

* عدم استحقاق اكثر من الاجرة المسماة ممنوع اذا حمل اكثر بحسب الكمية او الكيفية لانه اتلف منفعة زائدة على المسماة من المالك فهو ضامن فيقدر كونه متاعا حلالا وتحسب الاجرة نعم لو كان للخمر بما هو خمرا جرة زائدة لا يستحقها قطعا .

المسألة ١١ - لزمه الاجرة المسماة للاولى واجرة المثل للثانية

* هذا اذا كانت تحت اختياره الى آخر المدة كما هو ظاهر

المسألة ١٢ - بل ولو اجازها (اي الاجارة الثانية بعد فسخ الاولى لم تصح)

* «على الاحوط» وما ذكره من انه اشكل من مسألة من باع ثم ملك انما هو من ناحية عدم وجود من يصلح للاجازة هنا بالنسبة الى الاجارة الثانية بخلاف البيع فان من يصلح للاجازة فيه موجود على كل حال .

فصل - ٤

فصل - اما اذا آجرها بالحنطة او الشعير في الذمة لكن بشرط الاداء

منها (من حاصل الارض) ففي جوازه اشكال .

* «لا يبعد صحة هذه الصورة» لانه داخل في مفاد بعض روايات الباب كالتعليل بانه مضمون لان المفروض ضمانه في الذمة وعدم امكان العمل بالشرط احيانا لا ينافي ذلك كما هو ظاهر (راجع الرواية الثانية من الباب ١٦ من ابواب المزارعة)

فصل - اما اجارتها بغير الحنطة والشعير من الجبوب فلا اشكال فيه

* «بل هو ايضا ممنوع» لانه لافرق بين الحنطة والشعير وغيرهما اذا كان من تلك الارض و كانه فهم من الروايات الخصوصية مع ان التعليل الوارد فيها بانه غير مضمون ادل دليل على العمومية .

المسألة ١ - انه يمكن وصفها (الارض) على وجه يرتفع الغرر

* «اجارة الارض على وجه الكلى في الذمة مشكل ، بل غير معهود عند العقلاء»

ولعل الوجه فيه ان ارتفاع الغرر بالوصف فيه نادر جدا .

المسألة ٢- يجوز استيجار الارض لتعمل مسجدا... قولان اقواهما العدم

* والوجه فيه ان المسجد وان كان لا يعتبر فيه التأييد ولا عنوان فك الملك - وان قال بكل قائل - ولكن المتعارف منه هو ما كان مؤبداً ولعل احكامها منصرفه الى هذا المصداق المشهور والمعهود والتعدى الى غيره مشكل

المسألة ٣- يجوز استيجار الدراهم والدنانير

* «لا يخلو عن اشكال الا اذا كان هناك منفعة معتد بها عند العقلاء» لان الاجارة على المنافع النادرة يمكن الحاقها ببيع اعيان لا ينتفع بها الا نادراً فتأمل .

المسألة ٤- يجوز استيجار الشجر . . .

* «استيجارها لفائدة الاستظلال لامانع منه واما لغيره من ربط الدابة به او نشر الثياب عليه فيأتي فيه ما مر في سابقه من ان هذه المنافع قد لا تكون منفعة معتد بها»

المسألة ٥- يجوز الاستيجار لحيازة المباحات

* والوجه فيه اطلاق ادلة قاعدة من حاز ملك وعمومه للمباشرة والتسيب ، مضافاً الى بناء العقلاء عليه قديماً وحديثاً ، بل حيازة كثير من المباحات وتملك الانفال لا يمكن بدون معاونة الاجير غالباً ، كحفر المعادن والآبار وصيد السمك واللؤلؤ وحيازة الاشجار من الغابات ، لاسيما اذا كان بمقدار كثير ، فما مثلوا به من الاحتطاب والاحتشاش او الاستسقاء امور جزئية لا تنحصر المسألة فيها ، بل الانصاف ان نطاقها وسيع جداً تشمل الامثلة التي ذكرنا وغيرها من اشباهها ، وليعلم ان قاعدة من حاز ملك قاعدة مستفادة من احاديث متفرقة وردت في ابواب كثيرة ذكرناها في كتابنا القواعد الفقهية فراجع .

المسألة ٦- وذلك لاعتبار النية في التملك بالحيازة .

* الاولى ان يقال و ذلك لاعتبار قصد تملك الغير حتى يكون كالسبب

بالنسبة الى المستأجر وكون عمله له ، والافالنية من قبل المستأجر وحاصلة ومن ناحية الاجير ايضاً حاصلة ولكن لنفسه .

المسألة ٦ - والمسألة مبنية على ان الحيازة من الاسباب القهرية .

* «لا ينبغي الشك في كون الحيازة من الافعال القصدية وهو ظاهر الاخبار الواردة في مسألة من وجد اللؤلؤ في جوف السمكة وانه يملكها الذي وجدها في جوفها (وحازها بنية التملك) ولا يملكها الصياد فراجع » .
وبه جرت سيرة العقلاء ايضاً ولكن اجراء هذا القصد قد يكون بطريق المباشرة واخرى بالتسبيب كما في قطع الاشجار من الغابات واخراج المعادن وغيرها .

المسألة ٦ - بناء على عدم جريان التبرع في حيازة المباحات ... وان كان لا يبعد .

* « بل هو بعيد لما عرفت من انه عنوان قصدي من طريق المباشرة او التسبيب » .

المسألة ٧ - ولا بد من مشاهدة الصبي الذي استوجرت لارضاعه

* «ايكاله على ماهو المتعارف كاف لرفع الغرر» واعلم ان استيجار المرثة للارضاع على انحاء :

تارة يقصد جميع منافعها التي منها الارضاع ففي مثله لاوجه لوجوب مشاهدة الصبي .

واخرى لمطلق الارضاع اي صبي كان ، وفي هذا ايضاً لا تلزم المشاهدة وثالثة لارضاع صبي خاص - وكلام القوم هنا - وقد عرفت ان مشاهدته ايضاً غير لازمة فان الغرر باى معنى كان غير حاصل لاسيما على المختار من انه بمعنى السفاهة ، هذا مضافاً الى ان مجرد المشاهدة لا يرفع الغرر لو كان ، بل لا بد من اختيار حاله من جهات اخرى .

المسألة ٨ - انفسخت الاجارة بالنسبة الى بقية المدة .

* «الا اذا اذن الزوج»

المسألة ١٠ - ولا فرق بين كونها ذات ولد

* «لا يخلو عن اشكال» لامكان دعوى انصراف ادلة ملكية المولى عن مثل ذلك فتأمل

المسألة ١٢ - يجوز استيجار الشاة للبنها والاشجار للانتفاع باثمارها و...

* وضابطته انه تجوز الاجارة في كل مورد يبقى العين وينتفع بمنافعها ، وان كان المنافع بنفسها من قبيل الاعيان التي تتلف بالانتفاع كالثمرة للشجرة والماء للبر والحمام واللبن للشاة وغير ذلك ، ولا يعتبر في المنافع كونها من العوارض القائمة بالاعيان بمعناها الفلسفى ، بل لابد ان تكون من المنافع التابعة للعين في نظر العرف ، وان كان بنفسها عينا خارجية وبدل عليه مضافاً الى ظهور آية الاسترضاع حيث ان اللبن جزء المنفعة بل قد يكون كليها ، وظاهر الآية ان المورد من مصاديق الاجارة عرفاً لانه خرج منها تعبداً ، واذن الى ذلك جريان السيرة المستمرة عليه فى الحمام والآبار وغيرها مع عدم ردع من الشرع عنها والى عموم ادلة الوفاء بالعقود العرفية الاما خرج بالدليل وليس المقام منها .

المسألة ١٣ - لا تجوز الاجارة لاتيان الواجبات العينية ... والكفائية

* والعمدة فى دليل المسألة هو منافاة الوجوب وتضاده لاخذ الاجرة عند العقلاء لانهم ينكرون على من اخذ الاجرة لاداء ما هو وظيفته ، ويرونه من قبيل اكل المال بالباطل ، ولا فرق فى ذلك بين الواجب العينى والكفائى واما سائر الادلة التى ذكرها القوم فهى راجعة اليه اساقطة .

المسألة ١٥ - تجوز الاجارة لحفظ المتاع ... واشتراط الضمان

* لا فرق بين كون الاشتراط بصورة شرط الفعل باداء الخسارة لوتلفت او بصورة

شرط النتيجة بان يشترط كون الاجير ضامناً عند التلف ، لان الحق صحة شرط النتيجة اذا كانت من الامور التي لا يحتاج انشاءها الى صيغة خاصة .

المسألة ١٦ - لا يجوز استيجار اثنين للصلاة عن ميت واحد في وقت

واحد .

* «الاقوى جوازه الا فيما كان مترتباً كالظهيرين» هذا اذا قلنا بجواز الاستيجار في الصلاة وشبهها - وقد عرفت في محله الاشكال في اصل المسألة - والوجه فيما ذكرنا هنا ان المسألة مبنية على مسألة الترتيب في قضاء الفوائت وحيث ان المختار عدم اعتباره الا في المترتبين لم يمنع عن الاستيجار مانع من هذه الجهة .

المسألة ١٦ - ويجوز ذلك في الحج المندوب والزيارة

* «بل الاحوط ان يكون بقصد اهداء الثواب لالنيابة» وان يكون اخذ الاجرة بداعي مقدماتها المتوقفة على المصارف والافاضل العبادة لا بد ان يؤتى بها بقصد القرية كما ذكر في محله .

المسألة ١٧ - لا تجوز الاجارة في النيابة عن الحي ... ولو في الصلوات

المستحبة .

* «اما الاجارة فقد عرفت الاشكال فيها آ نفاذاً ما النيابة فيظهر من بعض الروايات جوازه ومن بعضها آخر عدم جوازه والاحوط تركه الا بعنوان اهداء الثواب» .

المسألة ١٧ - واتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان النيابة .

* «ظاهر ما استدلبه للجواز كون الجميع نيابة عن الغير» لا ان الصلاة من نفسه والباقي عن غيره فان هذا التفكيك مخالف لظاهرها جداً .

المسألة ١٩ - وان قصد الاجرة ... استحق (الاجرة)

* «هذا اذا لم يكن ظاهر حاله التبرع من جهة ترفعه او كون الزمان او المكان معداً للتبرع او غير ذلك من القرائن» والوجه فيه ان قصده الباطني على اخذ

الاجرة غير كاف اذا كان ظاهر حاله او ظاهر القرائن التبرع بعمله ، نعم اذا قصد التبرع باطناً لا يصح له اخذ الاجرة وان كان وجهه العمل وظاهر حاله اخذها ، فانه اذا عمل بنية التبرع فقد اخرج عمله عن الضمان فكيف يمكن تضمينه بعد ذلك ؟ هذا بحسب مقام الثبوت واما في مقام الاثبات فيؤخذ بظاهر الحال على كل حال

المسألة ١٩ - بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك

* واورد عليه غير واحد من المحشين (رضوان الله عليهم) بانه من قبيل التمسك بعموم العام في الشبهات المصادقية ، ولكن يمكن الذب عنه بان من شؤون احترام عمل المسلم كون امره بيد العامل وقبول قوله في التبرع وعدمه فتأمل

المسألة ٢٠ - ولو كان تعلق القصد والغرض به نادراً (تجوز اجارته)

* «المنافع النادرة اذا قامت بها اغراض شخصية غير كافية في ابواب المعاملات والاجارات نعم اذا كان في ندرتها عامالكل من ابتلى به كفى»

المسألة ٢١ - بل يجوز ان يستأجره لاتبانها بقصد اهداء الثواب الى

المستأجر.

* «قد عرفت ان الاستيجار للعبادة مشكل باى وجه كان بعنوان النيابة او اهداء الثواب او غير ذلك الا في الحج وشبهه فيعطى الاجرة لمكان المصارف اللازمة والافنس العمل لا بد ان يؤتى به بداعى القربة» كما يظهر من روايات عديدة واردة في ابواب الحج النيابة وتصحيحه من باب الداعى على الداعى مشكل جداً

المسألة ٢٢ - في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة على الموجر

او المستأجر قولان .

* «الظاهر انه في غالب الموارد ، عرف وعادة معروفة ينصرف العقد اليها ، ولا كلام فيها ، واما في غيرها اذا كانت من الامور العامة لا بد من تعيينها ، والافسد

العقد اذا كان غريباً لا سيما مع عدم وجود واقع معين يرجع اليه ، واذا كان شيئاً قليلاً فلا يبعد وجوبه على الاجير ، والدليل عليه ان الالتزام بشيء التزام بلوازمه عند الاطلاق . وما ذكره من التعليل للمعدم وان اللازم على الموجر ليس الا الفعل فهو دليل عليه لاله ، فان الفعل اذا وجب مطلقاً لم يقدمه الا ان يكون هناك دليل على التقييد من هذه الناحية .

المسألة ٢٣ - واذا كان في مقابل الدينار بعد ملاحظة النسبة ازيد ..

بطل .

* «يشكل البطلان اذا لم ينوباً ملاحظة النسبة ولم يكن اطلاق ينصرف اليه بل كان النظر الى وقوع المجموع في مقابل المجموع بنحو مشروع باى نحو كان»

المسألة ٢٣ - فان قلنا بجريان حكم الصرف ... فالحال كالبيع

* «الحكم بالنسبة الى جريان احكام الصرف احوط واما بالنسبة الى الرباقوى»

المسألة ٢٤ - ولو اتفق من نفسه ... يستحق مطالبة عوضها

* «انما يستحق المطالبة اذا كان اشتراط النفقة من قبيل اشتراط بذل المقدار اللازم واما اذا كان من قبيل اشتراط الاشباع فلو اتفق موضوعه بانفاق نفسه او بذل المتبرع قبل مضي وقته فلا شيء عليه»

المسألة ٢٥ - يجوز ان يستعمل الاجير مع تعيين الاجرة

* «والاولى ان يقال ان سبب ضمان اجرة المثل هنا انه مصداق استيفاء منفعة الغير ، والاستيفاء من اسباب الضمان لان عمل المسلم اذ من هو بمنزلة محترم .

المسألة ٢٦ - الا ان يكون موجبا لتضرر المالك

* «وحينئذ يأتى احكام تعارض الضررين» وقد ذكرنا في محله ان بناء العقلاء فيه على الاخذ بما هو اقل ضرراً مع تضمين القيمة ايها اذا لم يكن احدهما

سبباً فلو كان ضرر المستأجر اعظم كان له الابقاء مع الاجرة ، ولو كان ضرر المالك اعظم كان له محو الآثار بلاعوض .

٧ - فصل في التنازع

المسألة - ١ ولوزاد عنها (زاد مال الاجارة عن اجرة المثل) لم يستحق

تلك الزيادة .

* «بل لامعنى هنا لاقامة الدعوى» لان استحقاقه لمقدار اجرة المثل هو القدر المتيقن ، والمفروض انه لا يدعى الزائد وهكذا الكلام فى عكس المسألة فيما يأتى

المسألة - ١ وان وجب على المدعى المتصرف ايصالها اليه .

* «لكن وجوبه التكليفى الالهى ليس متفرعاً على قول المدعى فى مقام الدعوى فانه قديكون كذباً بل على ان يرى نفسه فى الواقع مديوناً له» .

المسألة - ٢ لا يبعد ترجيح الثانى (اى اصالة احترام مال المسلم عند

التنازع بين الاجارة والعارية)

* «بل هو الاقوى فانه لا ينبغى الشك فى ان التصرف فى مال الغير يوجب الضمان الا ان يقوم دليل على الاباحه وهذا هو الموافق لقاعدة اليد وبناء العقلاء واحترام مال المسلم ومن هو بمنزله ، هذا وليعلم ان مقتضى التحالف نفي الاجارة والعارية كليهما ، فيرجع الى اجرة المثل ، اللهم الا ان يكون اجرة المثل اكثر من مال الاجارة فانه لا وجه هنا للحلف على عدم الاجارة بعد عدم تأييد دعواها فى شىء

المسألة ٣ - اذا تنازعا فى قدر المستأجر قدم قول مدعى الاقل

* «اذا كان من جنس واحد بل ومصداق واحد» كما اذا ادعى المالك انه اجاره ناقتين معلومتين ، وادعى هواكثر ، والوجه فيه ظاهر .

المسألة ٤ - اذا تنازعا فى رد العين المستأجرة قدم قول المالك

* والعمدة فيه انه داخل فى قوله **بما بين يديه** البينة على المدعى واليمين على من

انكر، والقول بانه امين يقبل قوله مدفوع بعدم قيام دليل على قبول قول الامين حتى في مثل الرد، وان شئت قلت الرد هو انتهاء الامانة وانتفاء موضوعها والمسلم من قبول قوله، قبوله ما دامت الامانة باقية .

المسألة ٥ - اذا ادعى الصائغ او الملاح او المكارى تلف المتاع ... قدم

قولهم .

* «الاقوى عدم ضمانهم عند عدم التعدي والتفريط، ولكن هذا بحسب مقام الثبوت، واما بحسب مقام الاثبات فلا يبعد عدم قبول قولهم فيحكم بضمانهم الا في صورتين احدها كونهم ثقات مؤتمنين، والثانية اذا اقاموا البينة على عدم التعدي والتفريط او كان هناك امرين كما اذا دلت الامارات على وقوع حرق او غرق في دكانه فذهب بجميع متاعه ومنه مال المدعى وقد وقع الخلط بين المقامين في كلمات القوم» واشكل عليهم طريق الجمع بين الروايات الكثيرة المتضاربة والظاهر ان الطريق الوحيد في الجمع هو ما ذكرنا وهي طوائف اربعة :

مادل على الضمان مطلقا

وما دل على عدمه مطلقا

وما دل على استثناء الامين

وما دل على استثناء اقامة البينة او قيام امرين

ورد هذه الروايات في الباب ٢٩ و٣٠ من ابواب

احكام الاجارة وطريق الجمع ما عرفت

المسألة ٦ - يكره تضمين الاجير في مورد ضمانه .

* فان ترك تضمينه احسان اليه، فيدخل في عموم ادلة الاحسان لاسيما اذا كان محلاله، مضافا الى الاشارة اليه في بعض الروايات ولو ابدل الكراهة باستحباب ترك تضمينه كان اولي .

المسألة ٧ - اذا تنازعا في مقدار الاجرة قدم قول المستأجر .

* والوجه فيه ظاهر لانه مدعى الاقل ، ولو فرض ان المستأجر ادعى الاكثر لغرض من الاغراض كان القول قول الموجر .

المسألة ٨ - اذا تنازعا في انه آجره بغللا او حمارا .. فالمرجع التحالف

* وقد توهم بعض الاكابر ان المسألة من باب المدعى والمنكر ، لانهما توافقا على استحقاق الاجرة المعلومة انما الخلاف في ان المستأجر يدعى وقوع الاجارة على العين الفلاني والمالك ينكره ، فالقول قوله ، وفي اختلاف الثمن الامر بالعكس ، وفيه «اولا» انه اذا انتفى قول المستأجر بيمين الموجر فلا يبقى استحقاق الاجرة متيقنا ، و«ثانياً» ان النزاع في ان مال الاجارة ملك له بازاء منفعة هذا الحيوان او ذاك ، وهذا من باب التداعي والتحالف ، وبالجملة عدم انطباق ضابطة المدعى والمنكر على المستأجر والموجر هنا يعلم بمراجعة العرف الذي هو المعيار في المسألة .

المسألة ٩ - اذا اختلفا في انه شرط احدهما على الاخر شرطاً اولاً

فالقول قول منكره .

* والمسألة واضحة والقول بان احدهما يدعى الانشاء بخصوصية الاطلاق والاخر مع القيد فكلاهما مدعيان ، جزاف من القول ، لما عرفت من ان المعيار في المدعى والمنكر هو نظر العرف وليس مبنياً على هذه التدقيقات .

المسألة ١٠ - اذا اختلفا في المدة انها شهر او شهران مثلاً فالقول قول

منكر الازيد .

* «هذا اذا ادعى المالك مثلاً انه آجره الدار شهراً بدينار ، والمستأجر شهرين بدينارين ، اما لو قال المالك آجرتك شهراً بدينارين وقال المستأجر بل شهرين بكذا درهم او بدينار فهو من قبيل التحالف» لانه في الواقع لا يتوافقان على شيء ، بل احدهما يدعى شهراً بدينار ، والثاني بنصف دينار مثلاً او بكذا درهم وكان على المصنف والمحشين التصريح بالتفصيل .

المسألة ١١ - اذا اختلفا في الصحة والفساد قدم قول من يدعى الصحة

والعمدة فيه ان ظاهر حال كل مسلم بل كل عاقل الاتيان بالعمل الصحيح اذا كان بصدده ، وهذا الظهور حجة عند العقلاء ولم يمنع منه الشارع فلا يقبل قول مدعى الفساد مالم يقيم دليلاً عليه .

المسألة ١٢- فقال المستأجر استأجرتك على ان تحمله الى البلد الفلاني غير ذلك البلد و تنازعا قدم قول المستأجر .

* «بل هو من باب التحالف فلا يستحق الموجراجرة ، ولا المستأجر عملاً على الموجران كل واحد يدعى عقداً غير الاخر ، فافرض هذا النزاع قبل الحمل (كما سيأتي) فقال احدهما انت اجير على هذا الفعل وقال الآخر بل على فعل آخر ، فهل يشك احد من اهل العرف الذي يكون فهمهم مدار تشخيص المدعى والمنكر على انهما متداعيان فحينئذ يتحالفان وتبطل الاجارة ، واذا كان بعد العمل ايضاً يتحالفان فلا يستحق الاجير شيئاً من الاجرة ولا المستأجر شيئاً من العمل الذي يدعيه بل كل منهما لصاحبه والاحوط التصالح .

المسألة ١٢ - وان طلب منه الرد الى المكان الاول وجب عليه .

* «لا يخلو من اشكال» نظراً الى ان اصل عدم الأذن لا يكون مثبتاً للوازمه فتأمل واما الضمان فهو مقتضى اليد الا ما خرج بالدليل .

المسألة ١٣ - اذا خاط ثوبه قباء وادعى المستأجر انه امره بان يخيظه قميصاً .

* «يظهر الكلام فيه مما مرفى المسألة السابقة وانه قد يكون من باب التداعي»:

المسألة ١٣ - وان كان (الخيط) له (للخياط) يجوز نقضه .

* «كثيراً ما يكون الخيط كالتالف فحينئذ لا يجوز له نقضه بل لولم يكن كالتالف ايضاً يشكل نقضه اذا اوجب النقض نقصاً في الثوب فانه عليه حرام ، وليس لماله حرمة مع اقدامه ، نعم يجوز له اخذ بدله ، ومن هنا يظهر الجواب عن قول بعضهم ان سلطان كل واحد من المالكين قائم على ملكه .

المسألة ١٤ - كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة عليه اليمين
للاخر .

* لان الدعوى لانتتهى الابينة اويمين بمقتضى اطلاق ادلتها .

خاتمة

الاولى - خراج الارض المستأجرة في الاراضي الخراجية على مالکها
والدليل عليه ظاهر فانها حق على ذمة رب الارض او مالکها ، في مقابل حق
انتفاعه منها، مضافاً الى ماورد في بعض النصوص الخاصة ، وكون الحكم مفروغا
عنه بينهم .

الاولى - ولو شرط كونه على المستأجر صح .

* هذا الحكم موافق للقاعدة بناءً على المختار في معنى الفرر، وانذوان كان شاملا
لغير البيع ايضاً ، لما ذكرنا في محله ، الا ان معناه ما يكون سفهيا غير عقلائي ،
ومن الواضح ان اشتراط الخراج ليس كذلك مضافاً الى النص عليه في غير واحد
من روايات المضاربة ، وما ذكره في المتن من كون الاخبار مطلقة غير صحيح بل
وقع التصريح في غير واحد من الاخبار المعتمدة انه ربما زاد او نقص .

الثانية - لا بأس بأخذ الاجرة على قرائة تعزية سيد الشهداء .

* «نعم لا يجوز اخذ الاجرة في مقابل ذكر العقائد الحققة وغيرها من الواجبات
في الاصول والفروع بل والمستحبات في خصوص ما يتوقف عليه حفظ احكام
الشرع من الاندراس ، والموجود في الخارج غالباً مر كب منها هذا والمتعارف
من فعل القارئ لا يكون مصداقاً للاجارة بل من قبيل استيفاء المنفعة الموجب
للضمان الذي يوجب اجرة المثل اللهم الا ان يعين العمل والاجرة بجهاتها المرغبة
من قبل» .

الثالثة - بل الظاهر جوازه (جواز استيجار الصبي) لنيابة الصلاة عن

الاموات .

* «قد عرفت في مبحث الاستيجار الاشكال فيه وان قلنا بشرعية عباداته كما هو الحق» ، هذا بناءً على جواز استيجار الكبير وقد عرفت بعض الاشكال فيه وفي مطلق الاستيجار في العبادات في ابواب الصلاة .

الرابعة - وان اعرض عنها وقصد صاحب الارض تملكها كانت له .

* «بل يكون بالاعراض كالمباحات الاصلية فيعتبر في تملكها مايعتبر في تملك المباحات من الحيابة ولايكفى مجرد القصد» .

الخامسة - اذا استأجر القصاب لذبح الحيوان .

* لافرق بين الاجير والمتمبرع في الضمان اذا عملا بغير المأذون ، فجعل احدهما قطعياً والآخر ظاهرياً لوجه له .

السادسة - فان كان من قصده النيابة عن من وقع العقد عليه .

* «اذا كان من وقع العقد عليه واحداً» .

السابعة - وان جدد قبل ان يبلغه خبر العزل لزم عقده .

* لما هو المشهور المحقق في محله من عدم انزال الوكيل قبل ان يبلغه خبر العزل وقد دلت عليه الروايات المعتمدة ولايعتنى بمخالفة شاذ من العلماء .

السابعة - وفي هذه الصورة (اي اذا كان التوكيل في ضمن عقد لازم)

ليس له عزله .

* قد يقال بعدم جواز عزل تكليفاً فقط ولكن الانصاف ان الحكم هنا وضعي بمقتضى الشرط فتأمل .

الثامنة - لايجوز للمشتري ببيع الخيار بشرط رد الثمن للبايع ان

يوجر المبيع ازيد من مدة الخيار .

* «ظاهر العبارة كون عدم الجواز حكماً تكليفاً ولكنه ليس كذلك بل هو حكم

وضعى ناش عن حق الغير» كما فى ساير الموارد التى تعلق بهما حق الغير ، فلو آجره بدون الاشرط كان فضولياً ولكن يمكن ان يقال انه صحيح مراعى بعدم الفسخ لان منافاة الاجارة لحق صاحب الخيار انما هو فى فرض الفسخ وترك التصرف فيه انما هو من باب الاحتياط فتأمل .

التاسعة - اذا استوجرت خياطة ثوب معين لابقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرعاً عنه استحق الاجرة .

* « استحقاق الاجير مشكل الا ان يكون امر الغير بذلك لان الفعل ليس فعله مباشرة ولانسيبياً عند عدم امره » .

التاسعة - وان خاطه تبرعاً عن المالك لم يستحق المستأجر شيئاً .
* «الصحيح هو الاجير او يقال المستأجر بالفتح وان قل استعماله» .

العاشرة - اذا جعلت الاجرة فى مقابل المجموع من حيث المجموع (فلا يستحق شيئاً ببعض العمل) .

* « ولكن لا يبعد ان يكون المعيار فى الوحدة والتعدد بنظر العرف والعقلاء لانبظر الشخص كما ذكرنا فى غير المقام ايضاً » .

الحادية عشر - اذا كان للاجير على العمل خيار الفسخ .

* «فى جواز الفسخ بعد العمل اشكال ظاهر» اذا كان من قبيل خيار الشرط وهو مستحق لاجرة المسمى ، توضيح ذلك انه ان كان الخيار مثل خيار الغبن والعيب الذى يكون موجه من قبل يجوز الفسخ من الاول ، وان كان موجه فى الاثناء يجوز الفسخ من حينه ويترتب عليه ما ذكره من استحقاق اجرة المسمى بمقدار ما تاتي به او المثل على الوجهين المتقدمين ، ولكن هل يجوز جعل خيار الشرط بالنسبة الى المجموع بحيث يجوز له الفسخ بالنسبة الى الكل حتى بعد استيفاء تمام المنفعة او بعضها فيما كانت مر كبة من اجزاء مستقلة او الا الظاهر عدم الجواز

وادلة الشروط منصرفه عنه وبناء العقلاء على خلافه .

الثانية عشر - فما هو المتعارف من اجارة الدابة للحج واشتراط كون تمام النفقة ... على الموجر لامانع منه .

* « بل لامانع من ذلك ولولم يستأجر منه دابة بل استأجره على تهيئة الاسباب واجارة البيوت والمراكب وصرف النفقات وطبخ الطعام وغيرها في مقابل مبلغ معلوم من المال - كما هو متعارف في زماننا - لانه اجارة مشروطة تشملها اطلاقاتها وحيث ان حدود النفقات مضبوطة لا تدخل تحت عنوان الفرر .

الثالثة عشر - ويملك هو الاجرة .

* « ولكن قد عرفت سابقاً انه لا يجوز ان يستأجر الانسان شيئاً ويوجره باكثر منه على الاحوط في البيت والدار والدكان والاجير الا اذا احدث فيها حدثاً ، فراجع المسألة ١ من الفصل ٥ » .

الثالثة عشر - لانه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني .

* « هذا التعليل لا يخلو عن اشكال كما هو مذكور في ابواب الفضولي ولكن الحكم المذكور هو الاحوط » .

الرابعة عشر - اذا استأجر عيناً ثم تملكها ... فلو باعها والحال هذه لم يملكها المشتري الامسوبة بالمنفعة .

* « فيه اشكال بل منع لان المفروض ان البائع مالك للعين باشرائها وللمنفعة باستيجارها فلو باع العين والحال هذه تبعه المنافع » ولا يقدح كون ملكه للمنفعة بسبب مستقل وهو الاجارة لاسبب التبعية ، فالعمدة ان المنافع تابعة للعين مهما امكن ، ولم يكن هناك مانع ، والمفروض انه لامانع من انتقالهما الى المشتري الثاني ، واما كيفية انتقالهما الى البائع فلا دخل له فيما نحن فيه ، والعجب انه اعترف في ذيل المسألة بانه لا يبعد تبعيتها اذا كان قاصداً مع ان القصد حاصل للطرفين دائماً الا ان يقصد اخلافه ، وعلى فرض قصد تفكيك المنافع

عن العين لانتقل اليه سواء ملكهما بالاستقلال او بالتبع .

الخامسة عشر - لو شرط برأئته على التقدير المذكور حين العقد . .

فالظاهر عدم صحته لاوله الى الجهل بمقدار مال الاجارة حين العقد
* «ليس هذا مانعاً ولا يؤل الى الجهل لان البراء في الرتبة المتأخرة بل لانصراف
ادلة الشروط عن مثله» ولاسيما انه غير متعارف بين اهل العرف والعقلاء

السادسة عشر - يجوز اجارة الارض مدة معلومة بتعميرها

* «ولكن لما كان التعمير ذات مراتب مختلفة فلا بد من تعيينها اللهم الا ان يكون
له متعارف ينصرف اليه الكلام» .

السابعة عشر - بل يجوز المقاطعة عليها (على معالجة المريض) بقيد

البراء اذا كان مضمون بل مطلقاً .

* لاوجه للاجارة عليها اذا لم يكن مما يوثق حصوله فلا يجوز الاعندا لاطمينان
نعم تجوز الجعالة عليها في جمع هذه الفروض .

الثامنة عشر - اذا استوجرت ختم القرآن لا يجب ان يقرأه مرتباً

* «بل الظاهر وجوب قراءته مرتباً لانه المنصرف اليه اطلاق الكلام الا ان يصرح
بخلافه واشد اشكالا ما اذا قرأ بخلاف ترتيب الايات بل قد يكون ذلك غلطاً
كما لا يخفى على من لاحظ الايات القرآنية» وما ذكره في تصحيحه بقوله ولهذا
اذا علم بعد الاتمام انه قرأ الاية الكذائية غلطاً او نسي قرائتها بكفيها قرائتها فقط
لايدل على مقصوده فانه يجوز ذلك ولو قلنا بوجوب الترتيب عند الالتفات لان ذلك
اي تدارك ما فات منه بعد الاتمام هو المتعارف المنصرف اليه اطلاق العقد هذا
ولكن لا بد من ضم بعض الايات الاخر اليها اذا كان تكرارها وحدها كالغلط .

الثامنة عشر - لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته

* «وذلك لا يتم بمجرد التصريح بلفظ الترتيب لانه ينصرف الى ما هو المتعارف

بل بالتصريح بأنه لو غلط فعليه الرجوع واعادته اجمع كما في قراءة الصلاة»

الثامنة عشر - وكذا الكلام في الزيارات المأثورة

* «الامر فيها من حيث مخالفة الترتيب اشكل لانها ليست كالقرآن كل آية منها تتصف بالصفة القرآنية كما هو ظاهر» .

التاسعة عشر - لا يجوز في الاستيجار للحج البلدى ان يستأجر شخصاً من بلد الميت الى النجف وشخصاً آخر من النجف الى مكة .

* هذه المسألة من الواضحات التي لا يحتاج الى الذكر ولا يفهم احد من الحج البلدى الا ان يحج شخص واحد من البلد الى الميقات ومنه الى المشاعر العظام ولا ربط للمسألة بالمقدمة الموصلة بل لا يصح تشبيهها باستيجار شخص لعمره التمتع وآخر للحج كما هو ظاهر، بل هو شبه شيء باستيجار شخص للوضوء وآخر للصلاة !

متتم العشرين - وان كان الناقص من الواجبات والمستحبات المتعارفة (في العمل الاستيجارى) ازيد من المقدار المتعارف ينقص من الاجر بمقداره * « هذا اذا لم يكن مما له تدارك كالسجدة والتشهد المنسيين » والدليل عليه ظاهر .

متتم العشرين - فان كان المستأجر عليه ما يبرىء الذمة استحق تمام الاجرة والافئدة .

* «قد يحتمل في خصوص الحج استحقاقه تمام الاجرة اذامات بعد الاحرام و دخول الحرم نظراً الى اطلاق بعض النصوص الخاصة الدالة على صحة حجه مع السكوت عن دفع الزائد من النقود لصاحبه وتمام الكلام في محله .

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة - وكيف كان (هي) عبارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليمتجربه .

* «بل هو عقد واقع بين شخصين على ان يكون رأس المال في التجارة من احدهما والعمل من الاخر ، ولو حصل ربح يكون بينهما بنسبة معينة» واما ما ذكره في المتن فهو مخدوش اولاً بان المضاربة ليست من الافعال الخارجية حتى يفسر بانه عبارة عن دفع الانسان، هذا مضافاً الى ان اللام في قوله ليمتجربه يومهم وجوب الاتجار على العامل مع انه ستعرف ان العقد جائز من الطرفين ، وان قوله الربح بينهما يومهم المساوات مع انه ليس كذلك ، والامر سهل واما ما ورد في بعض حواشي اعلام العصر من ان سهماً من الربح للمال وسهماً منه للعمل فهو ايضا مسامحة في التعبير ، لان المال والعمل ليس لهما سهم ، بل للمالك والعامل ، نعم ملك كل منهما لسهمه فاش عن مالكيته للمال او العمل .

كتاب المضاربة - او يكون العامل قاصداً للتبرع

* او يكون ظاهر حاله بحسب المقام او الموقف او الزمان او المكان او غير ذلك، المجانية، ولولم يقصد التبرع ففي الحقيقة الحكم الواقعي بالضمان مشروط بعدم هذه الامور الثلاثة ، واما الحكم الظاهري عند التنازع فهو الضمان مطلقاً ما لم يثبت احد الامور الثلاثة فتأمل .

كتاب المضاربة - ويشترط . . . عدم الحجر لفلس

* «هذا الشرط مختص بالمالك واما العامل فلا يشترط فيه ذلك و ان كان ظاهر كلامه عاماً» .

كتاب المضاربة - او جنون .

* «قد سبق منه اشتراط العقل فلا وجه للتكرار مضافاً الى ان الجنون ليس من اسباب الحجر بل هو من اسباب سقوط العقد بالكلية» .

كتاب المضاربة - فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين .

* والعمدة فيهما عدم التعارف بين العقلاء والافالاجماع في المسألة وبعض المسائل الآتية غير ثابت .

كتاب المضاربة - بان يكون موجبا قابلا .

* تولى طرفى العقد من واحد لا يخلو عن اشكال مطلقا لانه لا يكون الا بين شخصين والاكتفاء بالوكالة والنيابة من شخص واحد غير متعارف بين اهل العرف و ان اشتهر فى السنة بعض الاعلام .

كتاب المضاربة - ان يكون من الذهب او الفضة المسكوكين .

* «هذا الشرط لا اعتبار به» و لادليل عليه الا الاجماع المحكى فى كلمات كثير من الاصحاب ولكن هناك قرائن تدل على عدم اعتبار هذا الاجماع بل على عدم كون المسألة اجماعية ، و ان الاجماع انما هو على جواز المضاربة بالدرهم والدنانير من باب الاخذ بالقدر المتيقن ، كما صرح به الشيخ فى الخلاف ، فكأنهم زعموا ان الاصل فى المضاربة الفساد ، لان مبناه على الغرر و الجهل بالمنافع و القدر المتيقن من الجواز فى الشرع ما كان بالدرهم والدنانير ، فغيره يبقى تحت الاصل (كما صرح به بعضهم) ولكن الانصاف ان شيئاً من ذلك لا يثمر فى المسألة ، والحق جواز المضاربة بغيرها لعموم ادلتها و ادلة التجارة عن تراضى و الوفاء بالعقود فتصح بالعروض والسبائك وغيرها بل هو امر رائج بين اهل العرف لم يمنع منه الشرع

كتاب المضاربة - الا ان يتحقق الاجماع وليس ببعيد .

* قد عرفت ان الاجماع غير ثابت كما يظهر من كلام الشيخ في الخلاف ومع فرض ثبوته يحتمل استناده الى بعض الادلة التي قد عرفت عدم تماميتها ، وعلى فرض الاشكال في العروض لا يبعد صحة المضاربة بالاوراق النقدية المعمولة في عصرنا كالاسكناس والدينار والريال لان الاجماع لم يقم على البطلان بمثله ، ومن البعيد جداً اغلاق باب المضاربة في عصرنا شرعاً مع شدة الابتلاء بها كما لا يخفى والعمدة ما عرفت من عموم الادلة وعدم الدليل على تخصيصها .

كتاب المضاربة - الثالث: ان يكون معلوماً قدرأً ووصفاً .

* «المعتبر في نفي الغرر ان لا تكون المعاملة سفهية» لما عرفت في معنى الغرر في ابواب الاجارة وعدم الدليل على ازيدمنه ، وهكذا الكلام في معلومية الربح وقد فصل بعضهم بين ما اذا كان له واقع معلوم و ان كان مجهولاً بالفعل فيصح ، وما ليس له واقع معلوم فلا يصح ، و الانصاف ان شيئاً منهما لا يصح على اطلاقه والحق ما عرفت .

كتاب المضاربة - الرابع: ان يكون معيناً .

* «الاقوى جواز المضاربة باحد المالين اذا كان من قبيل الكلى في المعين وكافاً متحدين مقداراً ووصفاً وحينئذ يكون التخيير للمالك او العامل بشرطهما» فان الكلى في المعين له وجود في الخارج ، بخلاف الفرد المراد بصفة التريد والغرر غير لازم اذا كانا متقاربين .

كتاب المضاربة - لافرق بين ان يكون مشاعاً او مفروزاً .

* «لكن من الواضح توقف التصرف على اذن الشريك» .

كتاب المضاربة - الخامس: ان يكون الربح مشاعاً بينهما .

* «لم يدل عليه دليل معتبر فيجوز جعل مقدار معين من الربح للعامل وما زاد

فهو بينهما ، اذا علم بزيادة الربح منه» والدليل عليه صدق عنوان المضاربة عرفاً وشمول العمومات لها شرعاً وضعف ما استدل به لعدم الجواز من الاجماع الذى قد عرفت حاله و بعض ما دل من الروايات على ان الربح بينهما مثل رواية ٥ من الباب ٣ فان الناظر فيها يعلم بانها ناظرة الى عدم جواز جعل جميع المنفعة لاحدهما فانه لا يكون مضاربة .

كتاب المضاربة - ان يكون الربح بين المالك والعامل .

* «هذا الشرط ايضاً ضعيف لم يدل عليه دليل» فكما انه يجوز جعل سهم للاجراء الذين يأخذون الاجرة على عملهم من دون ان يكونوا عاملين فى المضاربة فكذلك لا مانع من جعله لاجنبى بعد وجوب العمل بالشرط ، و قد عرفت ان المترامى من كثير من الاصحاب كون الاصل فى المضاربة عندهم على الفساد ، ولذا اکتفوا بالقدر المتيقن من الصحة .

كتاب المضاربة - التاسع : ان يكون الاسترباح بالتجارة .

* «عدم تحقق عنوان المضاربة فى غير التجارة معلوم ولكن عدم صحته كعمالة مستقلة ممنوع» لان التحقيق عدم انحصار العقود فى العناوين الخاصة المعروفة بل يجوز كل عقد دائر بين العقلاء بمقتضى العمومات اذا اجتمع فيه الشرائط العامة بعد عدم ردع الشارع عنه .

كتاب المضاربة - العاشر : ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل

عن التجارة به .

* « نعم تصح المضاربة بالنسبة الى ما لا يعجز عنه» و الوجه فيه ان هذا الشرط لم يرد فى كلمات السابقين من الاصحاب فيما حكى عنهم ، نعم انهم ذكروا بان العامل لو اخذ ما يعجز عن العمل فيه ضمن ، و استظهر من ظاهر هذه العبارة فساد المضاربة ، و هو غير بعيد ، و الدليل عليه ان حقيقة المضاربة غير حاصلة هنا لانها فيما يكون من احدهما المال ومن الاخر العمل ، فكما انه لو لم يكن

هناك مال لم تصح المضاربة ، فكذلك اذا لم يكن هنا قدرة على العمل ، نعم لو قدر على البعض لامانع من صحة المضاربة فيه فهو من بعض الجهات كبيع ما يملك وما لا يملك، الذى هو صحيح فيما يملك على القواعد لرجوعه الى تعدد المطلوب فتدبر، وحينئذ تصح المضاربة بالنسبة الى المقدور وتبطل فى غير المقدور، ويقسم الربح بينهما بحسب ما اشترطاه و يكون ضامناً فى غير المقدور اذا كان المالك جاهلاً بالفساد بل وفى صورة علمه به ايضاً ، لانه سلطه على ماله بعنوان المضاربة لا بغير عوض ، ومن هنا يظهر انه مع ما ذكر لاتصل النوبة الى استحقاق العامل لاجرة عمل لانه فى فرض الفساد وقد عرفت انه صحيح فى الجملة كما انه لاتصل النوبة الى الحكم بكون تمام الربح للمالك .

كتاب المضاربة - ويكون ضامناً لتلف المال الامع علم المالك .

* «الاقرب ضمان العامل على كلا التقديرين ، لانه انما سلطه بعنوان المضاربة من غير اعتناء بحكم الشرع بالفساد كما هو كذلك فى سائر العقود الفاسدة» .

كتاب المضاربة - اقوال - اقواها الاخير (اي الفرق بين ما اخذ ما يعجز عنه و دفعته و تدريجاً) .

* «بل الاقوى هو القول الثانى اى انحصار الضمان بما يعجز عنه مطلقاً، لما قد عرفت من حصر الفساد فى القدر الزائد عن القدرة ، و لا فرق بين اخذ جميع المال دفعة، و اخذ مقدار المقدور اولاً ثم اخذ الزائد اذا انشأ العقد على الجميع دفعة واحدة ، نعم لو كانت المضاربة بالمعاطاة صحت فى المقدار المقدور المأخوذ اولاً وبطلت فى الزائد المأخوذ بعده .

المسألة ٢ - المضاربة جائزة من الطرفين .

* والعمدة فيه الاجماع لعدم نقل الخلاف من احد و لدعواها متضافراً واقتضاء طبع المضاربة ذلك فانه نوع اذن فى التصرف الخاص فى مال فينعدم بانعدامه و كذا من ناحية العامل من حيث العمل، ولذا سماها بعضهم العقد الاذنى وسلكها

فى سلك العقود الاذنية .

المسألة ٢ - يجوز لكل منهما فسخها .

* «بمعنى رجوع المالك عن اذنه و العامل عن تعهد العمل» و اما بالنسبة الى ما مضى من العمل فيجرى عليهما ما قرراه فى تقسيم الربح و شبهه .

المسألة ٢ - او مع اشتراط الاجل و ان كان قبل انقضاءه .

* «الاقوى عدم جواز الفسخ قبل انقضاء الاجل» لان تعيين المدة يرجع الى الالتزام بعدم الفسخ قبله ، فيدخل فيما يأتى ان شاء الله من لزوم هذا الشرط .

المسألة ٢ - لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور (اي اشتراط

عدم الفسخ)

* « لا دليل على بطلان المضاربة باشتراط عدم الفسخ » فان القدر الثابت من الاجماع على جوازها هو جوازها عند الاطلاق ، فلا ينافى لزومها بالاشتراط ، و كونها بحسب الطبع جائزة لا ينافى عروض اللزوم بسبب الشرط ، كما ان طبع البيع على اللزوم ولكن لا ينافى جعل الخيار بالاشتراط ، و ليس هذا من قبيل اشتراط عدم التصرف فى المبيع و شبهه مما هو مناف لمقتضى العقد ، او مما يوجب تحريم الحلال ، وقد يفرق بين اشتراط اللزوم على نحو شرط النتيجة و اشتراط عدم الفسخ بعنوان شرط ترك الفعل ، و فيه انه لافرق بين الصورتين فى الجواز و عدمه فان التزام عدم الفسخ ان كان مقتضاه عدم قدرته عليه وضاعاً فهذا بعينه اشتراط اللزوم وان كان بمعنى الحكم التكليفى بحيث لو فسخ ارتكب حراماً و صح الفسخ - كما قيل - فهو اجنبى عن باب الشروط ، فانها تعود الى حق لاحد الطرفين على الاخر و لا معنى للحكم التكليفى المعجود عن الوضع فى هذه الابواب فان الشروط التزامات معلقة بالتزامات اخرى لا التزام فى التزام فقط .

المسألة ٢ - و دعوى ان الشرط فى العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء

ممنوعة .

* «الاقوى عدم وجوب الوفاء بها كاصل العقد» والعمدة قاعدة الفرعية والتبعية فان الشرط ليس التزاما مستقلا في ظرف التزام آخر ، بل هو كجزء منه ، وتابع له ، محكوم باحكامه ، و لذا يقال : للشرط قسط من الثمن ، فهو في الحقيقة كجزء من الثمن او المثلن بل ادون منه، لما عرفت من انه امر تابع فكيف يزيد الفرع على الاصل ، نعم اذا كان الشرط عدم الفسخ فاللازم العمل به لانه يوجب تبدل الموضوع بالعرض و يجعل العقد الجائز لازما كذلك ، من غير ان يكون مخالفاً للشرع والاجماع .

المسألة ٢ - ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر .

* لو كان الشرط منافيا لمقتضى العقد لايجوز اشتراطه لافي نفس العقد ولا في غيرها لما ذكر في محله من رجوعه الى اشتراط ما يخالف الكتاب والسنة وتحريم الحلال او تحليل الحرام وان لم تكن كذلك جاز اشتراطه في نفس العقد فما اشتهر بين بعض المتأخرين من الفرق بينهما غير واضح .

المسألة ٢ - كما انه لو اشترط في مضاربة ، مضاربة اخرى .

* « قد عرفت ان الشروط في ضمن العقود الجائزة جائزة فلا اثر لهذا الشرط» .

المسألة ٣ - وان لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى

صحته للعمومات .

* « لما قد عرفت من ان عناوين العقود غير منحصرة بالعناوين المعروفة و ان الاصل في كل عقد الصحة بمقتضى العمومات ، و كانهم بنوا على فساد المضاربة بحسب الاصل لكونها من المعاملات القررية فاخذوا بالقدر المتيقن من الصحة وانكروا غيرها مع انه ممنوع جداً و اى غرر و جهل و سفاهة فيها مع ان معلومية كل شيء لا بد ان يكون بحسبه» .

المسألة ٤ - اذا اشترط . . . ان يكون الخسارة عليهما .

* «الاقوى عدم جواز هذا الشرط» و العمدة فيه ما رواه محمد بن قيس (١) من

الباب ٤ من ابواب المضاربة) المعمول بها بين الاصحاب مضافاً الى انه مخالف لمقتضى طبع عقد المضاربة هذا وقد صرح في الرواية بانها تبدل قرضاً عند اشتراط الخسارة ولا مانع من العمل به الا ما قد يقال من انه مخالف للقواعد ، لان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد ، و لكن يمكن ان يقال : انه ليس حقيقة القرص الا اعطاء المال و تضمين الخسارة اعنى البدل و بعبارة اخرى التملك مسع الضمان فتدبر ، و من هنا يظهر ان تعليله بعدم كونه منافعياً لمقتضى العقد بل لاطلاقه غير تام بعد ورود النص واقتضاء عقد المضاربة ذلك .

المسألة ٥ - الاقوى اشتراكهما في الربح على ما قرر بجملته من الاخبار

* بل يمكن توجيهه على القواعد ايضاً كون الروايات الدالة على تقسيم الربح بينهما الواردة في الباب الاول من باب المضاربة على مقتضى القاعدة لما قد عرفت غير مرة من ان الشرط ليس من مقومات العقد و ان اخذ على نحو القيدية بل من نوابه ، ففي الحقيقة يكون ذكره من باب تعدد المطلوب ، و لهذا لا يكون تخلفه في البيع موجباً للفساد بل يوجب الخيار ففي المقام ايضاً تخلف الشرط لا يوجب فساداً في المضاربة ، ولا معنى للخيار بعد كون العقد جائزاً ، و ما في بعض الحواشي من توجيهه بان المقصود الربح فاذا خالف الشرط و حصل الربح حصل المقصود فيكون مجازاً من المالك كما ترى .

المسألة ٦ - لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر .

* «الانصاف ان المقامات مختلفة جداً لتندرج تحت ضابطة واحدة ففي كل مقام لابد من ملاحظة اطلاق العقد او انصرافه ، ففي مثل البنوك الاسلامية الشواهد قائمة على جواز الاختلاط ، و كذا من يكثر المضاربة لاشخاص كثيرين .

المسألة ٧ - لا يجوز له ان يسافر من دون اذن المالك .

* «المتعارف في عصرنا هو المسافرة بالمال ومنعه يحتاج الى التصريح به ، ولا يكون في الاسفار مخاطرة ظاهرة كسابق الايام ، بل قد يتجنب عن خطراته الطفيفة

بالتأميم ، فما هو المعروف من كلمات القوم مأخوذ من كلمات السابقين ، ومن العجب اقتفاء جمع من المعاصرين لهم مع تغير الموضوع و تبدله في عصرنا ، والاحكام تابعة لموضوعاتها .

المسألة ٨ - مع اطلاق العقد وعدم الاذن في البيع نسيئة لايجوز له ذلك * ولاوجه لجعل الحرمة اصلا في المسألة فان المضاربة في اعصارنا لاسيما في المعاملات الخطيرة قلما تخلو عن بيع النسيئة ، لان بيع المتاع بالنقد الحاضر في مقابل النسيئة قليل ، ولااقل من تعارف كليهما ، فالاولى ايكال كل مورد على متعارفه الذي ينصرف اليه الاطلاق .

المسألة ٨ - ولو خالف في غير مورد الانصراف (وباع نسية) . . .

* «الاقوى انه لو خالف ضمن و كان الربح بينهما ، فلايبقى مجال لما ذكره من التفصيل» والوجه فيه ان الانصراف الى بيع النقد لو قلنا به في حكم الشرط وقد عرفت ان الشرط لو خولف اوجب الضمان ، و الربح بينهما ، والظاهر ان الحكم عام في جميع الشروط و ان الكل من قبيل تعدد المطلوب و انه يمكن الغاء الخصوصية من الروايات السابقة كما لا يخفى لمن راجعها .

المسألة ٩ - لايجوز له ان يشتري بازيد من قيمة المثل . . . والابطل

* «لايبعد الحكم بالضمان هنا و كون الربح بينهما ايضا اذا حصل ربح وان كانت المسألة لاتخلو من اشكال» نظراً الى ان الاسترباح من مقومات المضاربة والبيع باقل من ثمن المثل او الاشتراء باكثر منه مخالف له فتدبر .

المسألة ١٢ - المشهور على ما قيل ان في صورة الاطلاق يجب ان يشتري

بعين المال .

* «كونه مذهب المشهور غير ثابت ، و لعلهم ارادوا الاشتراء بعين المال او على ذمة المالك مقيداً بادائه من مال المضاربة ، ودليلهم على هذا الشرط ظاهر فان المضاربة معناها الاشتراء بمال المضاربة ومن الواضح انه ليس من المتعارف

الاشترء بعين المال دائماً بل فى البيوع الخطيرة قلما يتفق ذلك و يكون فى الاكثر بعنوان الذمة على نحو الاطلاق او بصورة الكلى فى المعين .

المسألة ١٢ - واذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان فى ذمة المالك .

* «بل يكون الشراء باطلا لان المفروض كونه مقيداً باء الذمة من مال المضاربة فاذا تلف بطل البيع» .

المسألة ١٢ - وعلى هذا، الشراء صحيح .

* «يعنى انه صحيح لنفس العامل ويكون الربح له فقط» .

المسألة ١٢ - الخامس : ان يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات الى نفسه وغيره وعليه ايضاً يكون المبيع له .

* «كون المبيع للعامل على اطلاقه ممنوع لانه ربما يكون الشراء بعنوان انه عامل ولولم يخطر هذا العنوان فى ذهنه بل كان مر كوزا فى خاطره» وحينئذ يكون البيع للمالك المضارب .

المسألة ١٢ - يقدم قول البايع لظاهر الحال .

* «ظهور حال المشتري فى كون الشراء لنفسه دائماً ايضاً ممنوع بل ظاهر الحال يختلف فربما يكون ظاهراً فى كونه بعنوان المضاربة واخرى ظاهر فى كونه لنفسه واذا شك كان الاصل كونه لنفسه» .

المسألة ١٢ - يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة اليه . . . من العمل .

* والعمدة فى الحكم بالوجوب - خلافاً لغير واحد ممن حكم بالجواز - ان اذن المالك كان مشروطاً به فاما ان يفسخ ويرد المال ، او يضارب به على النحو المتعارف المنصرف اليه العقد .

المسألة ١٣ - ولو تولي بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز

اخذ الاجرة .

* «جواز اخذ الاجرة مشروط باطلاق المضاربة وشموله لمثله وهذا الاطلاق غير ثابت في جميع الموارد فلا يمكن الحكم به مطلقاً» .

المسألة ١٤ - نفقته في السفر من رأس المال .

* ليس هذا حكماً تعبيرياً كما يظهر من بعض كلمات القوم، بل الظاهر انه ناظر الى اطلاق المضاربة وانصرافه الى ما تداول بين العرف والعقلاء، في هذا الموضوع كما ان النص الوارد في المسألة (رواية علي بن جعفر ورواية السكوني ٢١ من الباب ٦ من ابواب المضاربة) لا يشير الى امر تعبدى بل الظاهر انه ايضاً حكم وارد على موضوع خارجي متعارف فعلى هذا لو تغير او تبدل هذا العرف والعادة في مكان او زمان كان الحكم تابعاً له متابعة الحكم لموضوعه .

المسألة ١٤ - اما في الحضر فليس له ان يأخذ من رأس المال

* «يعنى في مصارفه المتعلقة بشخصه لا بالتجارة»

المسألة ١٥ - المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس

ومركوب .

* النفقة على اقسام قسم يختص بالسفر كنفقة المركب ، وقسم يزيد في السفر كنفقة الزاد غالباً ، وقسم لا يتفاوت فيه الحال اصلاً فالاول داخل فيها قطعاً ، والثاني كذلك بحسب ظاهر الادلة ، ولكن في الثالث اشكال والاحوط عدم المحاسبة

المسألة ١٦ - نعم لو قتر على نفسه او صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له .

* لان الظاهر من الادلة جواز صرف النفقة من رأس المال لا كونه حقاً له مثل حق نفقة الزوجة على المشهور .

المسألة ١٧ - المراد من السفر، العرفي ، لا الشرعي .

* فالعاصى بسفروه و من يكون السفر عمله او يمر على وطنه او شبهها يجوز لهم الانفاق من رأس المال ، وان كان صلاتهم تامة .

المسألة ١٧ - وان كانا (اقامته للمضاربة و حاجة شخصه) في عرض واحد

ففيه وجوه .

* « الاقوى هو توزيع النفقة عليهما » هذا اذا كان كل واحد منهما جزءاً المطلوبه اما لو كان كل واحد علة تامة فالظاهر جواز احتسابها على مال المضاربة لصدق عنوان السفر لها و ان صدق عليه غيره ايضاً لان المعبر صدق هذا العنوان لانفى غيره .

المسألة ١٩ - وهل هو (توزيع النفقة) على نسبة المالكين او على

نسبة العملين .

* « وهنا احتمال ثالث وهو التوزيع بينهما على نحو التساوى وذلك لان السفر للمالك الكثير والقليل نفقته سواء » كما انه لا يتفاوت الحال بين العمل الكثير والقليل في نفقة السفر مثلاً اذا سافر الانسان الى البلد الفلاني لمضاربة الفدينار او الف درهم لا يتفاوت نفقة سفره وهكذا لو عمل في كل يوم ساعة واحدة او عشر ساعات، فمصروف المركب والطعام وغيرهما سيان غالباً فتأمل .

المسألة ٢١ - لو مرض (العامل) في اثناء السفر...

* « الظاهر ان المرض اذا كان من عوارض السفر يحسب نفقة الدواء والطبيب من مال المضاربة سواء منعه من التجارة او لم يمنعه » نعم لو كان له مرض من قبل لم يتفاوت فيه السفر او مرض يعود عليه زماناً بعد زمان بحيث لا يتفاوت الحال فيه في السفر والحضر فاحتسابه على مال المضاربة مشكل ، كما تقدم نظيره في سائر النفقات ، والدليل على ما ذكرنا في الصورة الاولى انها تعد من النفقة عرفاً بل قد يكون اهم من سائر النفقات فلا وجه لاستثنائه منها .

المسألة ٢٢- لو حصل الفسخ او الانفساخ في اثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه .
* « في اطلاقه تأمل واضح لان الفسخ ان كان من ناحية المالك و كان العمل ناقصاً و الفسخ في اثنائه على غير المتعارف فنفقته على رأس المال و كذا الانفساخ » .

المسألة ٢٣ - اذا قال خذ هذا المال مضاربة و الربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة الا اذا علم انه قصد الابضاع .
* « ليست البضاعة الا ما قصد ان تمام الربح فيه للمالك فاذا قصد هذا المعنى كان ابضاعاً ، ولا وجه لكونه مضاربة فاسدة بعد كسوف قوام المضاربة تقسيم الربح وهو هنا مفقود » .

المسألة ٢٣ - و مع الشك فيه (اي التبرع) وفي قصد الاجرة يستحق الاجرة ايضاً .

* « هذا بحسب مقام الظاهر والاثبات و لايحسب مقام الثبوت يشكّل للعامل اخذ الاجرة اذا شك في نيته السابقة وصالحة عدم نية التبرع مثبت من هذه الجهة فتأمل .

المسألة ٢٣ - و اذا قال خذه قراضاً و تمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة .

* « بل هو قرض ، لان ماهية القرض ليست الا ذلك » ومعنى كون تمام الربح له كون تمام المال له قراضاً و يظهر ذلك من الرواية الدالة على انه اذا ضمن العامل فليس له الارأس ماله و كان قرضاً عاده (راجع الباب ٤ من ابواب المضاربة)
المسألة ٢٣ - ومع الفساد... للعامل اجرة عمله الا مع علمه بالفساد .

* « لا فرق بين علمه بالفساد و عدمه لانه اقدم على هذا العمل بانياً على عدم مجانية عمله » غير مبال بحكم الشرع و حرمة عمل المسلم تقتضي الاجرة و حيث لم تثبت

المضاربة ثبت اجرة مثل العمل .

المسألة ٢٣ - لو اختلف العامل والمالك في انها مضاربة او قرض ...
فمقتضى القاعدة التحالف.

* « بل المقامات مختلفة بعضها يرجع الى التحالف و في بعضها يكون العامل مدعياً وبعضها بالعكس » وذلك لان المدار في باب الدعاوى ان كان مصب الدعوى وظاهر اللفظ ففي المقام لا اثر لدعوى المضاربة الفاسدة وان كان المدار على نتيجة الدعوى ومغزاها - كما لعله الحق - فيختلف :

فانه تارة يدعى العامل المضاربة الفاسدة في مقابل البضاعة ليكون مستحقاً لاجرة المثل فالربح للمالك على كل حال ، انما الدعوى في استحقاق العامل لشيء والاصل عدمه ، ويكون المالك منكراً الا ان يرجع الى حرمة عمل المسلم فينقلب الدعوى فيكون المالك منكراً .

واخرى يدعى المالك القرض لتضمن العامل والعامل يدعى القراض لنفي الضمان فان قلنا الاصل في الاموال الضمان فالقول قول المالك (وهو الاقوى) وان قلنا بان المقام من قبيل الشبهة المصداقية للضمان فالقول قول العامل - الى غير ذلك فلا يمكن الحكم بالتحالف في جميع صور المسألة.

المسألة ٢٧ - ولو فضل احدهما (احد العاملين) على الاخر صح ايضاً
وان كانا في العمل سواء

* « فان الدواعى الى ذلك مختلفة جداً فقد يكون هناك ارفاق و ايثار ، او ضرورة واضطرار ، او غير ذلك مما لا يضر بصحة العقد، فكما يجوز جعل جميع حقه لواحد منهما فكذا يجوز التفاضل بينهما.

المسألة ٢٨ - والاقوى الصحة (اي صحة تفاضل ربح احد الشريكين مع تساوى المالين او بالعكس) .

* وفاقاً لكثير من المحققين واكابر الفقه وذلك لعدم الدليل على الفساد بعد شمول

العمومات له ، عدا ما يتمسك به من انه اكل للمال بالباطل ، او انه مخالف لمقتضى الشركة لان الحكم في الشركة تساوى الربح مع تساوى المالكين ، وكلاهما ممنوع ، اما الاول فلانه لاوجه له مع توافق المالكين ، واما الثانى فلانه فرع القول به في الشركة ولكنه اول الكلام نعم اذا تميز المالكان اشكل الامر لانه من قبيل جعل شىء من الربح في المضاربة لاجنبى فتأمل ،

المسألة ٢٩ - لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين

* «قد عرفت جوازه» .

المسألة ٢٩ - لكن يمكن ان يقال يكفي في صحة الاجازة كون المال

في معرض الانتقال اليه .

* «الظاهر ان الاجازة هنا راجعة الى انشاء عقد مضاربة على نحو العقد السابق وادامة له في المستقبل و الظاهر كفايته باى لفظ وقع ، و اما كونها اجازة لما فعله غيره فهو بعيد كما يظهر من عبارة المتن ايضا .

المسألة ٣٠ - لايجوز للعامل ان يوكل وكيلا في عمله .

* «المقامات مختلفة جداً ففي المضاربات التى تدور على رأس مال كثير ، القرينة قائمة على جواز التوكيل لعدم امكان العمل بدونه» و هذا يقوم مقام التصريح بالاذن في متن العقد ، و اما اذا كان رأس المال قليلا فجواز التوكيل يحتاج على الاذن .

المسألة ٣١ - و احتمال بقائها (اى المضاربة الاولى) مع ذلك لعدم

المنافاة كما ترى .

* «هذا الاحتمال قوى» والاستدلال له بعدم المنافاة جيد ، و اى مانع من ان تكون المضاربة كالوكالة التى تقبل التعدد ، مع عموم الادلة و الاطلاقات ، نعم هو نادر ولكن لا بحيث يمنع الاطلاق .

المسألة ٣١ - وليس له ان يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح

* لانه من قبيل اكل المال بالباطل اذا لم يعمل عملاً .

المسألة ٣١ - وفيه وكالة لامضاربة .

* فيصح له اخذ الاجرة على عمله .

المسألة ٣١ - والثانى (اى جعل الغير شريكاً له فى المضاربة) ايضا لا

مانع منه .

* «لكن تنفسخ المضاربة الاولى تماماً و تنعقد مضاربة اخرى بعنوان الشريك»
او تنفسخ المضاربة الاولى بالنسبة الى بعض رأس المال مشاعاً او مفروضاً الذى هو
موضوع المضاربة الثانية .

المسألة ٣١ - اما الثالث (اى جعل العامل الثانى عاملاً لنفسه) فلا يصح

* الاولى ان يعلل بان المضاربة لاتصح لامع المالك لامع العامل من الغير .

المسألة ٣٢ - فان اجاز المالك كان الحكم كما فى الاذن السابق .

* و لكن اشكل بعضهم فى تأثير الاجازة بالنسبة الى المعاملات الواقعة قبل
اجازة المضاربة و صيرورتها فى دائرة المضاربة و ان كان الاقوى تأثير الاجازة
بالنسبة اليها ايضا و شمول حكم المضاربة لها بعد عموم ادلة الفضولى و عدم
المانع له .

المسألة ٣٢ - ويستحق العامل الثانى اجرة عمله مع جهله بالبطلان .

* «بل ومع علمه ايضا لانه لم يعمل تبرعاً و مجاناً بل بانياً على الصحة من دون
اعتناء بحكم الشرع بالفساد ، ولولذلك لم يستحق الاجرة فى الاجارات الفاسدة
مع علم الاجير بالفساد» ثم انه هل يستحق اجرة مثل الاجارة او المضاربة ؟ الظاهر
هو الثانى لان المفروض انه دخل فى الامر بعنوان المضاربة لا بعنوان الاجير
والفرق بينهما كثير فى بعض الاحيان فتدبر جيداً .

المسألة ٣٢ - اذا كان جاهلاً بالبطلان .

* «يأتى فيه ما مر فى التعليقة السابقة» .

المسألة ٣٢ - امامع اعتبارها (اى المباشرة) فلا يتم و تتمين كون تمام الربح للمالك .

* «لا يخلو عن اشكال بل منع لان العامل حينئذ تخلف عن الشرط ومجرد ذلك لا يكون سبباً لحرمانه عن الربح غاية ما يكون انه سبب للضمان كما هو مقتضى القاعدة بل هو منصوص فى غير مورد .

المسألة ٣٣ - فلا ينقص من بطلانه (بطلان الشرط) شىء من الحصة حتى تصير مجهولة .

* هذا مضافاً الى ان هذه الجهالة على فرض وجودها غير مضره لان اللازم معلومية مجموع العوض فى مقابل المعوض و ان كان كل منهما مجهولاً بعد التوزيع نظير بيع ما يملك ومالا يملك .

المسألة ٣٤ - يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره .

* ما ذكره الماتن وفاقاً للمشهور هو الحق الحقيق بالتصديق ولكن فى كلامه مواقع للنظر :

١ - ما ذكره من احتمال كون الاقوال الثلاثة الاخر من العامة ممنوع لانه لم ينقل عن العامة الا المملك بالانضاض ، وهو جعل الجنس نقداً (أعنى القول الثانى) واما القولان الاخران فلم نر نقلهما عن احدهم ، ولعلمهما مجرد احتمال ذكره العلامة عن بعض معاصريه .

٢ - العمدة فى الدليل على قول المشهور صدق الربح عرفاً ولغة هنا ، ولو قيل لوجوب الانضاض على العامل مطلقاً ، او فى بعض الاحيان ، لان وجوب الانضاض لا يمنع عن صدق ظهور الربح ، و الاطلاقات تدور مداره ، وكذلك الفتاوى ، والقول بان القيمة امر وهمى ، فاسد بل القيمة امر اعتبارى كالمالية والملكية فانهما ايضاً من الامور الاعتبارية الموجودة فى وعاء الاعتبار وليستامن

الامور الخارجية ولا من الموهومة، ولذا نرى اهل العرف يحاسبون ارباحهم على رأس السنة من غير انفاض جميع رأس مالهم، بل لازال مدار امرهم فى المحاسبات على امور اربعة: ما عندهم من النقود الموجودة، ومطالباتهم وديونهم عند الناس وما هو موجود عندهم من العروض والاجناس، وما عندهم من الآلات والادوات للتجارة وحمل الاجناس وغيرها، وبعد ذلك كله يتم عندهم قائمة الربح والخسران وانكار ذلك عندهم كانكار البديهيات .

٣- مطالبة القسمة من ناحية العامل على اطلاقه ممنوع لان المتعارف الذى ينصرف العقد اليه خلافه .

٤ - حصول الاستطاعة بمجرد ظهور الربح مشكل بعد ما عرفت من المنع من اطلاق مطالبة القسمة من ناحية العامل وكذا تعلق الخمس لانه لا يعد بعداً من الافادة والغنيمة .

٥ - الارث يترتب على جميع الاقوال ولا يختص بهذا القول .

المسألة ٣٥ - ولا يكفي فى الاستقرار (استقرار الربح) قسمة الربح فقط * « الاقوى ان ملاك استقرار الربح هو تمام المضاربة الحاصلة بالفسخ او تمام المدة» نعم فى الموارد التى يجب على العامل الانفاض فيها يشكل استقرار الربح بالفسخ لان الفسخ فيها لا يعد تماماً لها كما سيأتى الاشارة اليه ان شاء الله .

المسألة ٣٥ - بل و لا (يكفى) قسمة الكل (اى مجموع الربح و رأس

المال) .

* «قسمة الربح لا تنفك عن قسمة الكل لان الباقي بعده متعين للمالك فلا وجه للفرق بين قسمة الربح و قسمة الكل بل هما متلازمان والعجب انه صرح به فى آخر المسألة ٣٦ مع عدم قبوله هنا» .

المسألة ٣٦ - و يظهر من الشهيد ان قسمة الربح موجبة لاستقراره .

* «ما ذكره الشهيد جيد فى الجملة» لانه اذا رضى المالك بتقسيم الربح فظاهر

هذا العمل عرفاً انه رضى بعدم جبران الخسارة الاتية منه الا اذا اشترط عليه الرد على فرض الخسارة ، و اما ما ذكره في ذيل كلامه من ان قسمة مقدار الربح ليست قسمة له من حيث انه مشاع في جميع المال فهو عجيب ، لجواز اخراج المشاع الى المفروز بالتقسيم مع رضى الطرفين .

المسألة ٣٦ - منها انه ليس مأذوناً في اخذ رأس المال .

* «وما في بعض الحواشي ان القسمة وقعت برضى المالك فهو مأذون ممنوع بانه انما اذن له بعنوان الربح لا بعنوان رأس المال» .

المسألة ٣٧ - اذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح .

* «قد عرفت انه ملك متزلزل في معرض التلف دائماً فان اعلم المشتري بذلك وباعه بهذا الوصف فلعله لا يجب عليه الجبران والا كان للمشتري الخيار والمسألة غير صافية من الاشكال» .

المسألة ٣٨ - نعم اذا اتلفه اجنبي وادى عوضه تكون المضاربة باقية .

* «الاقوى انه لا يعتبر الاداء فعلاً بل يكفي امكان الوصول اليه» كما لا يخفى .

المسألة ٣٩ - لو تلف ولو بأفة سماوية . . .

* « قد ذكرنا في محله ان الآفة اذا كانت عامة كسيل او جراد او مثلهما حصلت في بلدة واتلف مال الضامن والمضمون له جميعاً ففي كونها موجبة للضمان اشكال وان كان ظاهر المشهور ذلك» ،

المسألة ٣٩ - مقتضى الاستصحاب بقائه (بقاء الضمان بعد ارتفاع الخيانة)

* « لا وجه للاستصحاب بعد ارتفاع موضوعه عرفاً ، فانه كان ضامناً لكونه خائناً والمفروض انه عاد اميناً ، ولا وجه لضمانه مع اطلاقات ادلته عدم الضمان .

المسألة ٣٩ - وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها وجهان .

* «لا ينبغي الشك في عدم الضمان لان مجرد نية الخيانة لا يجعله خائناً بعد عدم تلبسه بهذه الصفة» .

المسألة ٣٩ - ويمكن الفرق بين العزم عليها (على الخيانة) فعلاً وبين العزم على أن يخون بعد ذلك .

* « أي فرق بينهما بعد عدم التلبس بالخيانة فعلاً ؟ مضافاً إلى أن النية تتعلق بما بعد دائماً » .

المسألة ٤١ - يجوز له أن يأخذها (أي حصة الأجنبي) بالشفعة .

* « لكن الكلام حينئذ في صحة المعاملة الأولى إذا كان بانياً على الأخذ بالشفعة من أول الأمر لعدم وجود نفع فيها مطلقاً فتأمل » .

المسألة ٤٢ - لا إشكال في عدم جواز وطى العامل للجارية التي اشتراها

* هذه المسألة والمسألة ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ ليست من المسائل المبتلى بها في إيماننا هذه فالأولى صرف النظر عنها .

المسألة ٤٦ - قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة .

* « مر كلامنا فيه مبسوطاً في المسألة الثانية في أوائل كتاب المضاربة »

المسألة ٤٦ - إلا أن يشترط المالك كونها (أي الخسارة) بينهما على

الأقوى .

* « قد عرفت في المسألة الرابعة عدم جواز هذا الشرط » لأنه مخالف لمقتضى العقد ولما رواه السكوني ومحمد بن قيس في هذا الباب (الباب الرابع من أبواب المضاربة) المعمول به بين الأصحاب فراجع .

المسألة ٤٦ - أو يشترط العامل على المالك شيئاً أن لم يحصل ربح .

* « هذا الشرط لا يخلو عن إشكال أن كان العوض مقابلاً لعمله » لأنه مقتضى الاجارة لا المضاربة فانهما عقدان متباينان ، اللهم إلا أن يريد اعطائه شيئاً لافي مقابل عمله بل مجاناً وفرضه مشكل .

المسألة ٤٦ - الثانية . . . بعد كونه (أي العامل) هو المقدم على المعاملة

الجائزة .

* «جواز الفسخ فيه ينصرف الى المتعارف بين العقلاء ولادليل على جوازه اذا بلغ الامر الى ما يقرب ربحاً كثيراً ففسخ المالك واستربح هو بنفسه بعد تحمل العامل مشاقاً كثيرة ففي مثل هذا لايجوز الفسخ بلا اشكال الا بعد تمام الاسترباح الذى حان حينه» وكذا اشباهه .

المسألة ٤٦ - الثالثة لو كان الفسخ من العامل .

* «لا ينبغى الشك فى عدم جواز الفسخ بعد السفر من دون وصوله الى غايته» فان هذا هو المتعارف المعهود الذى ينصرف اليه اطلاق الكلام و اى عامل عاقل يصرف آلافاً من مال المالك ثم يترك العمل فى اثناء الطريق ويؤدى رأس المال الى صاحبه !؟ .

المسألة ٤٦ - الرابعة... ان وجد زبون لايبعد جواز اجبار المالك على

بيعه منه .

* اذا وجه الزبون (وهو الطالب المشتري) فالاقوى جواز اجبار المالك اذا كان التأخير مصداقاً للضرر والخسران ، وكان ضامناً لو اخر لصدق الربح .

المسألة ٤٦ - وهل يجب عليه البيع والانضاض . . . اقواهما عدمه .

* «بل الاقوى وجوب الانضاض على العامل فيما يتعارف انضاضه لاسيما اذا كان العامل اهلاً له دون المالك» لما عرفت غير مرة ان اطلاق العقد ينصرف الى ما هو المتعارف عند العقلاء واهل العرف ، الا ان يصرح بخلافه ، وبالعجالة اللازم على العامل تميم ما هو ناقص من معاملاته ويعد من وظائفه بما انه عامل، كاتمام السفر ووصوله الى الغاية ، وجمع الديون ، والانضاض فيما يلزم انضاضه ، وترك جميع ذلك مهملاً اسناداً الى كون العقد جائزاً عجيباً، فان للجواز عند العقلاء معياراً وضابطة لا ما يشبه اعمال المجانين والسفهاء كصرف مائة الف من النقود فى مقدمات تبطل جميعها عند فسخ المضاربة .

المسألة ٤٦ - الخامسة... فالظاهر عدم وجوب اجابته .

* «بل الظاهر وجوب اجابة العامل اذا احتتمل ربح كما ان الظاهر وجوب اجابة المالك بالانقراض اذا كان الانقراض من تمام المضاربة، لاقتضاء اطلاقها ذلك ولا يحتاج الى قاعدة اليد، و الذى يظهر من كلام جمع انهم جردوا المضاربة عما استقر عليه بناء العقلاء فى جميع الموارد. و احدثوا فيها عجائب يستوحش منها اهل العرف، و قد عرفت الحق الحقيق بالتصديق فى هذا الباب».

المسألة ٤٦- لو حصلت الخسارة بعده (بعد الفسخ) قبل القسمة او بعدها يجب جبرها .

* «اذامت القسمة بعد الفسخ فلا وجه للجبر ان لتمام المضاربة بل قد عرفت كفاية الفسخ فى ذلك حتى بدون القسمة فى بعض الموارد» .

المسألة ٤٦ - السادسة لو كان فى المال ديون ...

* «قد عرفت مما ذكرنا وجوب جباية الديون فيما هو من لوازم المضاربة، كما هو الغالب» و قد مر دليله مراراً .

المسألة ٤٦- السابعة اذا مات المالك او العامل قام وارثه مقامه .

* « فى اطلاقه اشكال بل يقوم الوارث مقامه فى احقاق حقوقه و اخذ امواله . و شبه ذلك .

المسألة ٤٦- الثامنة لا يجب على العامل . . . الا يصل اليه .

* «بل الواجب الا يصل فيما يتعارف الا يصل فيه» .

المسألة ٤٧- ولا يلزم فى الربح و الخسران ان يكون مع بقاء المضاربة .

* « اذا تمت المضاربة بالفسخ او تمام امدها استقر الربح بشرط عدم الحاجة الى الانقراض كما عرفت» و لا يجبر الخسران بعد ذلك بالربح بل الموجود محكوم باحكام الملك المشاع .

المسألة ٤٧- يكون ذلك الربح جابراً للخسران او التلف السابق بتمامه

* المسألة مبنية على ان اخذ مقدار من رأس المال فسخ للمضاربة بالنسبة الى

الجميع و انعقاد مضاربة اخرى فى الباقي ، فلا يجبر الخسارة السابقة بالربح
اللاحق ، وفسخ بالنسبة اليه فقط مع بقاء المضاربة بحالها ، وحيث ان الثانى هو
الاطهر لايبقى مجال لغير ما اختاره فى المتن كما لا يخفى .

المسألة ٤٧- بل قد عرفت سابقاً انه لو حصل ربح واقتسماه فى الاثناء...

* «قد عرفت ان الخسران الحاصل بعد الفسخ والقسمة لا يجبر قطعاً وكذا بعد
الفسخ وقبل القسمة فيما لا يحتاج الى الانضاض ، بل وكذا بعد تمام امر المضاربة
كذلك» .

المسألة ٤٨- لو كان الاذن مقيداً بالمضاربة توقف ذلك على اجازته
(المالك) .

* وهل المتبع هنا الاذن الشخصى المطلق او المقيد كما هو ظاهر المتن او المدار
على الاذن النوعى الحاصل فى جميع المضاربات الفاسدة عند اهل العرف كما هو
ظاهر اطلاق الاصحاب وهو المتبع فى بيع ما يملك وما لا يملك لا بعد الثانى وان
كانت المسألة لا تخلو عن اشكال .

المسألة ٤٨- و على عدم التقييد او الاجازة يستحق العامل . . .
اجرة عمله .

* « كيف يستحق الاجرة فى فرض التقييد او الاجازة بعد عدم وجود اذن من
المالك فى العمل مطلقاً ، والعمل بغير اذن المالك لا يوجب استحقاق شىء واما
الاجازة اللاحقة فى البيع لاثرت له فى الاجرة» نعم قد عرفت ان الاذن الشخصى
لا يثرت له فى هذه المقامات فى وجه .

المسألة ٤٨- وهل يضمن عوض ما انفقته فى السفر على نفسه . . .

* «الاقوى عدم الضمان فى الموارد التى يجوز الانفاق فيها من رأس المال لوجود
الاذن الضمنى فان الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه» .

المسألة ٤٨ - وان كانا عالمين ، او كان العامل عالماً دون المالك ، فلا

اجرة له .

* « الحق هو الاستحقاق ، والعمدة فيه ان الاستيفاء من اسباب الضمان وهو هنا حاصل ، ومن هنا يظهر عدم الفرق بين حصول الربح وعدمه وكذا عدم الفرق بين قلته وكثرته ، فليس المالك مجرد احترام عمل المسلم او عدم قصد التبرع لأن مجرد ذلك لا يوجب ضماناً اذا لم يكن هناك امر او استيفاء من ناحية الغير ،

المسألة ٤٨ - وفيه ان المفروض عدم قصدها (الجمالة) .

* « اللهم الا ان يقال ان الجمال ليس الا هذا فتأمل » .

المسألة ٤٨ - اما مع عدم حصوله (اي الربح) فاستحقاق العامل الاجرة

... مشكل .

* « لا ينبغي الاشكال في عدم الاستحقاق لانه اقدم على عدم العوض على عمله مع عدم حصول الربح كما ذكره ، والعجبانه ذكر هذا الاستدلال ولم يرد عليه ومع ذلك اشكل في استحقاق العامل » .

المسألة ٤٩ - اذا ادعى على احد انه اعطاه كذا مقدار مضاربة

وانكر ...

* اي انكر المضاربة ونفس الاعطاء ايضاً ووجه قبول قوله ظاهر .

المسألة ٥٠ - هذا اذا لم يرجع نزاعهما الى النزاع في مقدار نصيب

العامل من الربح .

« لا يترك الاحتياط » والمسألة مبنية على ما ذكره في كتاب مباحث القضاء وان المعيار في تشخيص المدعى والمنكر هو مصب النزاع ، او ما يؤل اليه ، فان كان الاول كان الدعوى على مقدار رأس المال هنا فالقول قول العامل وان كان الثاني كان القول قول المالك مع قطع النظر عما يأتي من الاشكال ، هذا ولكن لما

كان صدق المدعى والمنكر بنظر العرف لا يبعد كونه تابعاً لمصعب الدعوى فاذا اختلفا في مقدار رأس المال من الاول فعلى المالك اثبات الزيادة، والا كان القول قول العامل واما كون نتيجه ماذا فهو امر آخر والمسألة غير صافية عن الاشكال فلا يترك الاحتياط .

المسألة ٥٠- ومقتضى الاصل كون جميع هذا المال للمالك .

* «لادليل على ان المال الموجود بحسب الاصل كله للمالك فانه مرددين رأس المال والربح وما يقال من الربح تابع فهو ممنوع لما عرفت من ان الربح من اول ظهوره ينقسم ويكون سهم العامل في ملكه والربح يكون تابعاً لرأس المال والعمل كليهما فلا يبعد رجوع النزاع الى التداعي والاحوط التصالح لما عرفت» .

المسألة ٥١- لو ادعى المالك على العامل انه خان . . . فالتقول قول

العامل .

* « نعم لو حصل منه تفريط او خيانة لكن ادعى كسبون التلف لا بسببه بل بسبب امر آخر يشكل قبول قوله» لزال امانته واستصحاب بقاء المال الى ما بعده اصل مثبت والاحوط التصالح .

المسألة ٥٢- ففي سماع قوله لبقاء حكم امانته وعدمه ... وجهان .

* «اقول الاقوى سماع قوله عند عدم التقصير في الرد كما ان الاقوى عدم سماعه عند التقصير» لانه في الاول امين و في الثاني خائن فكل من الوجهين ناظر الى فرض .

المسألة ٥٣- اذا اختلفا في حصة العامل ... قدم قول المالك .

* والدليل عليه ظاهر فان العامل هو المدعى ، فعليه الاثبات والا كان القول قول المنكر يمينه .

المسألة ٥٤- فاقام المالك بينة على ذلك (اي المضاربة) او تسليم المال

فادعى العامل تلفه لم يسمع منه .

* «الوجه فيه اولا انه خرج بانكار اصل تسليم المال عن الامانة فلا يقبل قوله في ادعاء التلف فهو ضامن الا ان يقيم البينة ، وثانياً انكاره للمضاربة وتسليم المال اقرار ضمنى بعدم التلف عنده فدعواه بعد ذلك انكار بعد الاقرار ، اللهم الا ان يقال هو من قبيل انتفاء الشيء بانتفاء موضوعه فليس اقراراً بالعدم .

المسألة ٥٥ - اذا اختلفا في صحة المضاربة ... قدم قول مدعى الصحة .

* لان قوله موافق للاصل والظاهر، ويصدق عليه عرفاً عنوان المنكر فهو منكر بجميع التقاسير، كما ان مدعى الفساد مدع بجميعها ، وكذا الحال بالنسبة الى مدعى الفسخ كما يأتي في المسألة الآتية ان شاء الله .

المسألة ٥٦ - وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بد له

من اليمين .

* «ولكن لم يتعرض له بعض الاصحاب ولعله من جهة وضوحه لان تمام الدعوى لا يكون الا باحد الشئتين : البينة او اليمين .

المسألة ٥٧ - اذا ادعى العامل الرد وانكره المالك قدم قول المالك .

* والعمدة فيه انه داخل في قوله **بإقرار البينة على المدعى** ... والقول بانه امين يقبل قوله مدفوع بعدم قيام دليل على قبول قول الامين حتى في مثل الرد ، وان شئت قلت : الرد هو انتهاء الامانة و انتفاء موضوعها والمتيقن من قبول قوله مادامت الامانة باقية .

المسألة ٥٨ - لو ادعى العامل في جنس اشتراه انه اشتراه لنفسه . . .

قدم قول العامل .

* «ولكن هذا انما يكون فيما ليس فيه امارات الاتهام كما اذا اشتراه واداه من مال المضاربة وقال اشتبته او عصيت في ذلك و كذا اذا صدر منه بيوع متعددة فكلما كان فيه ضرر قال اشتريته للمضاربة و كلما كان فيه نفع قال اشتريته لنفسى !»

المسألة ٥٩ - لو ادعى المالك انه اعطاه المال مضاربة وادعى القابض انه اعطاه قرضاً يتحالفان فان حلفاً او نكلاً للمقايض اكثر الامرين من اجرة المثل والحصة من الربح .

* وهو عجيب بعد توافق الطرفين على نفي اجرة المثل ولعل المرجع بعد التحالف الى تقسيم النصف الباقي من الربح الذى هو موضع النزاع قسمين فيعطى العامل ثلاثة ارباع والمالك ربعاً .

المسألة ٦٠ - اذا حصل تلف او خسران فادعى المالك انه اقرضه قدم قول المالك .

* لاصالة الضمان فى الاموال التى تقع فى يد غير المالك وما قد يقال بان اليد قسمان امانى و ضمانى و كل منهما مخالف للاصل يردده ان الامانى يحتاج الى اذن ، وهو مؤونة زائدة ، والحاصل ان اليد الامانية تحتاج الى دليل وهذا امر واضح وهكذا الامر فى غير هذا الباب من ابواب الفقه والا لا يمكن لكل احد ان يتسلط على مال غيره ثم يدعى كونه يد امانة لينتفى فيه الضمان .

المسألة ٦١ - لو ادعى المالك الابضاع والعامل المضاربة يتحالفان .

* «الظاهر انه يقدم قول المالك يمينه فيحلف على نفي المضاربة فان الفرق بينهما وبين البضاعة ليس فى الماهية بل باشتراط حصة فى احدهما دون الاخر نعم اذا ادعى البضاعة مع الاجرة وادعى المالك المضاربة يتحالفان لكون كل منهما مدعياً .»

المسألة ٦٢ - ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الاجرة

وادعى العامل الابضاع استحق العامل بعد التحالف اجرة المثل لعمله .

* «يشكل التحالف ولعل القول قول المالك فيحلف ولا يستحق العامل شيئاً ، لانه منكر للابضاع المستلزم لاجرة المثل او اجرة معينة ، والعامل يدعيه ، واما المضاربة فلا اثر له على الفرض حتى يكون المدعى لها مازماً بالحلف فتأمل

المسألة ٦٢ - اذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل.
* حكم المسألة واضح لان الاصل عدم الزيادة مضافاً الى قبول قول العامل في هذه الامور.

المسألة ٦٣ - وان كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله (قول المالك).

* « فيه اشكال والاحوط التصالح، لان المنافع من بدء وجودها تنتقل الى ملك العامل بمقدار حصته والقول بان الاصل في المنافع تبعيتها للعين غير ثابت فان ذلك في غير المضاربة واما فيها فشيء منها يتبع العين و شيء يتبع عمل العامل وفقاً لما توافقا عليه»

مسائل

الاولى - اذا كان عنده مال المضاربة فمات ... يكون المالك شريكاً مع الورثة .

* « انما يكون شريكاً مع الورثة اذا امتزج بماله امتزجاً لا يعرف و اما مع العلم بوجوده في التركة مع الاشتباه بلا امتزاج فالحكم فيها ماسياً في كتاب الشركة عن قريب انشاء الله .»

الاولى - اما صورة التفريط والاتلاف و دعوى الرد ... فهي باقية تحت العموم .

* «والاولى ان يقال بل الاقوى لزوم اداء مال المضاربة منه» لشمول على اليد له واستصحاب بقاءه فيه، والقول بان الايدي الامينة خارجة من ضمان اليد تخصصاً ممنوع، بل هي داخله فيها وانما الخارج منها صورة الاذن في البقاء، و صورة التلف بغير تفريط، اما الاذن فينتهي بالموت والتلف غير ثابت هنا، واستصحاب

البقاء يقتضى رده و من هنا يظهر انه لا يضرب مع الغرماء ، ولا يلزم تخصيص الاكثر على قاعدة اليد لكثرة الايدي الخائنة والامينة الضامنة للرد بسبب انقضاء الاذن .

الاولى - ان الرد اعم من رد العين ورد البدل.

* و قد يقال هذا صحيح ولكن رد البدل انما يجب فى فرض التفريط فى الامانة واما فى التالف بلا تقصير فهو مقطوع العدم، و مع الشك بينهما يكون من قبيل الشبهة المصدقية ، اقول : و لكن فى محل الكلام لم يثبت التلف بل هو موجود قطعاً و ان لم يكن تحت يده فعلاً ، و على كل حال عبارة المتن لا يخلو عن اشكال .

الاولى - هذا مضافاً الى خبر السكونى عن على (ع) ... ان مات و لم يذكر فهو اسوة الغرماء .

* «والمراد بهامساتها لسائر الغرماء، ولكن الرواية لا تخلو عن اشكال فى سندها ودالتها» (١) .

فان المراد ان كان مساواته للغرماء اذا كانت التركة وافية بحق الديان فهو ، والا لا يمكن ضرب رب المال مع الديان بالحصص بلاشك ، لان المفروض ان عين مال المضاربة موجودة بالعلم الاجمالى بين اموال الميت وهى من الامانات فلاحق للديان فيها .

الاولى - هذا مع انه يمكن الخدشة فى قاعدة اليد بانها مشتركة .

* «مجرد اخذ مال من غيره بعنوان المضاربة او نحوها لا يوجب كون اليد مشتركة الا اذا غلب على يده ذلك» وحينئذ يشكل الاخذ بظهور اليد فى الملكية التامة فى مقابل الشركاء، و من هنا يظهر الاشكال فيما ذكره فى بعض صورة المسألة

من ظهور كون يده يد المالك فان احتمال اكتساب اموال في حقه ينافي هذا الظهور كما لا يخفى .

الثانية - ذكروا من شروط المضاربة التنجيز ... و لا دليل لهم على ذلك الادعوى الاجماع .

* « اعتبار التنجيز في جميع العقود هو الاحوط لولا الاقوى ، لالاجماع بل لان العقد امر عرفي رائج بين العقلاء والظاهر انهم يعتبرون في العقود التنجيز ولا يعتمدون على العقود المشروطة والمعلقة (الا في موارد خاصة) ولا اقل من الشك فلا يشملها العمومات بعد كونها ناظرة الى العقود العقلانية ، والظاهر ان الاجماع المدعى ايضاً ليس لامر تعبدى بل هو مأخوذ من بنائهم .

الثالثة - قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك اما العامل فلا يشترط فيه .

* « والعجب انه اطلق القول في اوائل بحث المضاربة باشتراط عدم الحجر بالفلس الذي ظاهره عدم الفرق بين المالك والعامل ، و الحق ما ذكره هنا ودليله ظاهر .

الرابعة - ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً او ادوارياً وكذا في الاغماء .

* « كون الجنون الادوارى موجباً للبطلان حتى في دور افاقته محل اشكال و اشكل منه بطلان العقد بالاغماء، فانه يظهر من كثير منهم الحاق الاغماء بالجنون والحال انه اشبه بالنوم ، ومن البعيد قيام الاجماع المعتبر عليه ومع عدمه يشكل اللاحق وللبحث صلة في غير المقام .

الرابعة - وكذا تبطل بعروض السفه لاحدهما او الحجر .

* « لوجه لبطلان المضاربة بعروض الحجر بعد ظهور الربح نعم هو ممنوع التصرف فيه بناءً على تعلق الحجر بالمال الجديد .

الخامسة - اذا ضارب المالك في مرض الموت صح .

* « ان قلنا بان المنجزات من الثلث و كان سهم العامل فيه محاباة بحسب امثاله واشباهه فلا يخلو عن اشكال ، كما اذا كان المتعارف في امثاله بالنصف فقبل المالك بالربيع مع كون رأس المال في معرض الخطر و في اصل المبنى كلام في محله .

السادسة - فان تلف في يد العامل او حصل خسران فلما لكة الرجوع الى كل منهما (اي المضارب والعامل).

* « بل له الرجوع اليهما والى المشتري ، فانه ايضاً ضامن علم او لم يعلم ولا وجه لاجراجه عن حكم الضمان نعم لو كان مغروراً يرجع الى من غر هذا اذا لم تكن العين موجودة والا اخذها صاحبها.

السادسة - لانه مغرور من قبله .

* « او بحكم المغرور » .

السادسة - وللعامل اجرة المثل على المضارب مع جهله .

* « بل على فرض علمه ايضاً ، لانه لم يعمل تبرعاً ولا مجاناً بل بانياً على صحة المضاربة من دون الاعتناء بحكم الشرع كما ان الامر كذلك في الاجارات الفاسدة » ثم انه هل يستحق في المضاربة الفاسدة اجرة مثل عمله بعنوان الاجير او المضارب ؟ الظاهر هو الثاني ، ومن هنا يظهر الاشكال ايضاً فيما ذكره في ذيل المسألة من كونه متبرعاً بعمله .

السادسة - والظاهر عدم استحقاقه الاجرة عليه مع عدم حصول الربح

* « دليله ما عرفت في المسألة ٤٨ من انه اقدم على عدم العوض على فرض عدم الربح والمفروض انه حاصل ، ، والعجب انه ذكر في تلك المسألة ان استحقاق العامل الاجرة ولو مع الجهل مشكل ولكنه صرح هنا بان الظاهر عدم استحقاقه والحق عدم الاستحقاق قطعاً .

السابعة - والظاهر انه يجوز اشتراط عمل المضاربة . . . ولا يجوز للمشروط له فسخها .

* « اشتراط العمل ليس عقداً قابلاً للفسخ بل لا معنى للفسخ فيه وقياسه على الوكالة قياس مع الفارق مع ان المقيس عليه ايضاً محل الكلام .

الثامنة - فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين .

* « قد عرفت عدم اعتبار النقدين في المضاربة ايضاً واما الجهل فيجوز بناءً على عدم قدحه في الجعالة و لكن يشكل الامر هنا نعم بناءً على المختار من ان الفرر بمعنى السفاهة وفعل ما لا ينبغي عند العقلاء فلاخير لعدم السفاهة هنا .

الثامنة - وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة

* « قد عرفت انه ليس مضاربة بل هو اشتراط العمل .

التاسعة - يجوز للاب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة

* « اللازم تقييده بعدم المفسدة بل الاقوى لزوم المصلحة والغبطة ، ولعله المشهور في تصرفات الولى لان الولاية طبعاً تكون لاصلاح امر المولى عليه ، وليس من قبيل الحق للولى لان ينتفع بمال المولى عليه .

التاسعة - بان يكون بمجرد الاذن منهما (من الاب والجد).

* « الظاهر ان المراد ما يكون مضاربة معاطاتية .

العاشرة - وكذا يجوز الايضاء منهما بالنسبة الى حصة الكبار .

* « ولاوجه لذلك اصلاً ، فانه تصرف في مال الغير بغير اذنه ، بل وكذا في مال الصغير بالنسبة الى ما بعد البلوغ ، وليس الاشكال من ناحية المانع و هو الضرر بل من جهة عدم المقتضى « اللهم الا ان يكون من باب الفضولى على اشكال

الحادية عشر - اذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك ...

* « لكن يجب عليه رده فوراً لانه مال الغير ولايجوز بقاءه في يده الا باذن مالكه »

فلو قصر في ذلك كان خائناً .

الثانية عشر - اذا كان رأس المال مشتركاً .

* «فيه اقوال عديدة لاعلام المتأخرين و المعاصرين ، و الانصاف ان فسح احد الشريكين لايوجب الانفساخ الابالنسبة الي حصته لان العقد في هذه الموارد ينحل الي عقود متعددة فهو من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك» الذي صرحوا بالصحة في الاول دون الثاني بدليل التحلل ، بل هنا اولي من البيع لان الامر في العقود الاذنية اوسع الان تقوم قرينة خاصة على وحدة العقد .

الثالثة عشر - اذا اخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به الي سنة . . .

* «قد يكون ترك التجارة به في اقل من السنة موجبا للائم وقد لا يكون في اكثر منه ائم اذا كان هناك مانع ، والمدار فيه على صدق عنوان التفريط»

الرابعة عشر - وربما يستشكل بانه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى * «يمكن ان لا يكون من باب المضاربة عرفاً و لكن العقود كما عرفت غير مرة لاتنحصر في العناوين المعروفة فتدخل تحت العمومات وان لم يصدق عليه عنوان المضاربة» .

الخامسة عشر - لو خالف العامل ... فالشراء فضولي .

* «يظهر من غير واحد من الاخبار الواردة في المقام انه اذا خالف العامل فالربح بينهما والتلف على العامل ، وهي اما مطلقة في العالم والجاهل او يختص بالعالم فيدخل فيه الجاهل بطريق اولي فتأمل» .

السادسة عشر - الظاهر عدم اشتراكهما في الربح و الخسران والجبر الامع الشرط .

* «يشكل اشتراط الاشتراك مع تميز المالين ، و كانه من اكل المال بالباطل

كما ان اشتراط عدم الاشتراك مع اختلاط المالين ايضا مشكل وان اقتسماه من عند انفسهم» ،

السادسة عشر - يكون الاخر ايضا شريكا

* «لاوجه له بعد عدم صدور عمل منه»

السابعة عشر - و للديان اذا علم بالحال او تبين له بعد ذلك الرجوع

على كل منهما

* « يمكن ان يقال ان الرجوع على المالك مشكل مخالف للمتعارف بين اهل العرف اذا امكن الرجوع على العامل لانه طريق وصول الدين بحسب المعمول و كان المتبايعين شرطا في ضمن العقد على ان يرجعا الى العامل فقط اذا امكن »

الثامنة عشر - يكره المضاربة مع الذمي

* و يدل على ذلك مضافاً الى ما ذكر ، اصول المذهب ، و هو معلوم من سيرة الشارع من عدم الاعتماد على غير اهل الملة .

التاسعة عشر - الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلا كليا

* « مشكل جدا » - لان الكلى في الذمة انما يصح اذا كان بصورة الدين بان يجعله مبيعا او تمنا فيملك الغير في ذمته الكلى واما اذا كان باقيا على ملكه كما في المضاربة فلا معنى له ، و ان شئت قلت : الانسان لا يملك في ذمة نفسه شيئا نعم يصح تملك غيره بما في ذمته والعجب انه لم يجز المضاربة على الدين واجاز المضاربة على الكلى في الذمة مع انه اضعف منه .

متمم العشرين - اما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها اليه وعامل بها ...

ودفع خمسمائة اخرى فالظاهر عدم جبر خسارة احديهما بالآخر

* و الظاهر انه على عمومهم ممنوع لانه قد يكون اعطاء مال آخر لمزيد رأس المال الاول كما هو المتعارف عندنا اليوم في المضاربات والشركات و في الواقع حينئذ يفسخ العقد الاول و تنعقد المضاربة على المجموع و لو معاونة ولا مانع منه و بالجملة المقامات مختلفة ولكل مقام حكمه من الوحدة والتعدد والله العالم»

الى هنا تمت تعليقات كتاب المضاربة

من العردة الوثقى في يوم الثلاثاء ١٥

من ذى الحجة ١٤٠٤ هجرية

كتاب الشركة

كتاب الشركة

فصل في احكام الشركة - وهى اما واقعية قهرية . . . واما ظاهرية

قهرية

* «لاوجه لكون الشركة ظاهرة في هذه الموارد (موارد المزج القهرى) بعد بناء العرف والعقلاء على كونها واقعية ، و لم يمنع عنه الشارع» و ظاهر كلمات الاصحاب ايضا ذلك، وكذا الكلام اذا كان مزجها باختيارها ولم يقصد الشركة فان المزج اذا لم يتميز احدهما من الاخر سبب للشركة الواقعية العرفية قصدا اولم يقصدا .

فصل - فان كلا منهما (من المالمين) ممتاز عن الاخر (فى الواقع)

* «الامتياز الواقعى العقلى غير مفيد بعد الوحدة عرفاً ، ولو حصل الامتياز عرفاً بعد ذلك لسبب من الاسباب امكن الحكم ببطلان الشركة قهراً بعد حصولها» .

فصل - اذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهرى

* «الصلح القهرى لامحصل له نعم لهما الصلح اختيارا او الاكتفاء بالقرعة» ،

فصل - كما اذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص آخر ان يشركه فيه .

* « و لعله داخل فى عنوان البيع او المصالحة او شبه ذلك فيبيعه نصف المال نصف ثمنه او يصالحه كذلك »

فصل - واما منشأة بتشريك كل منهما الاخر في ماله

* «الاقوى ان الشركة بنفسها من العقود العرفية ، وبعد اجراء صيغتها لفظا او المعاطاة تحصل الشركة في الاموال و المنافع المكتسبة منها فهذا العقد بنفسه يوجب تشريك كل منهما في مال الاخر من دون حاجة الى المزج» و ان كان ظاهر كلماتهم اعتباره ، وليت شعري ما فائدة العقد مع هذا الشرط؟ فان المزج بنفسها سبب للشركة من دون حاجة الى عقد وقد اضطربت كلماتهم في المقام فراجع الجواهر تجد صدق ما ذكرناه (١) و اما اباحة التصرف من كل من الشريكين فهو امر آخر لاستفاد من مجرد عقد الشركة بل تحتاج الى التصريح به بالخصوص .

المسألة ١ - فلا تصح (الشركة) في الديون .

* «فيه اشكال لانه اذا قلنا ان عقد الشركة بمنزلة تشريك كل منهما الاخر في ماله في مقابل تشريكه له ، مقدمة لاشتراكهما في المنافع ، فهي في الحقيقة نوع معاوضة او مصالحه» بل للشركة انواع كثيرة في عصرنا ولكل منها مقتضاها و آثارها وفق ما يشترط فيها و لا بأس بها اذا اجتمعت فيها الشروط العامة للعقود .

المسألة ١ - وكذا لا تصح شركة الاعمال ، وتسمى شركة الابدان ايضا

* والعمدة فيه دعوى الاجماع متضافراً في كلماتهم من غير نكير مضافاً الى انها موجبة للغرر غالباً .

المسألة ١ - ولو اراد الاشتراك في ذلك صالح احدهما الاخر نصف...

منافعه الى مدة كذا بنصف ... منافع الاخر .

* «لا يخلو عن اشكال في غير المعين لاشتماله غالباً على نوع من الغرر» .

المسألة ٢ - لو استأجر اثنين لعمل واحد باجرة معلومة صح .

* «اذا كان اعمالهما من نوع واحد او متقاربة ، اما اذا اختلفا اختلافا شديدا لم يخل عن اشكال» كما اذا استأجر جماعة لبناء داره: احدهم بناء ، والاخر مهندس و الثالث عامل، و الرابع نجار، فهذه الشركة مشكلة جدا الا اذا كانت اعمالهم معلومة وسهامهم فى الاجرة معينة .

المسألة ٢- فان احتمل التساوى حمل عليه لاصالة عدم زيادة عمل احدهما على الاخر .

* « بل الاحوط التصالح لمعارضة اصالة عدم التساوى ، باصالة عدم الزيادة ، لجريان الاصل فى كل واحد منهما » .

المسألة ٢ - ويحتمل الصلح القهرى .

* «الصلح القهرى لا محصل له هنا كما عرفت والاحوط التصالح اختياراً» .

المسألة ٣ - فلكل منهما (الاجرة) بنسبة عمله .

* من حيث الكم والكيف فقد يكون عمل قليل ذو كيفية عالية تعادل عملا كثيراً ذا كيفية دانية .

المسألة ٤ - يشترط . . . امتزاج المالين سابقاً على العقد او لاحقاً .

* «لادليل على اعتبار الامتزاج مطلقاً، وما استدل له من الاجماع لا يخلو عن اشكال ، لاحتمال كون الاجماع على الصحة فى هذا المورد والاستناد الى اصالة الفساد فى غيره ، كما يظهر من بعض كلماتهم ، وفيه ما لا يخفى بل العقد كما عرفت بنفسه يوجب الشركة من غير حاجة الى الامتزاج .

المسألة ٥ - يتساوى الشريكان فى الربح والخسران مع تساوى المالين

ومع الزيادة بنسبة الزيادة . . . سواء كان العمل من احدهما او منهما .

* «هذا الحكم باطلاقه غير ثابت ، الا اذا كان المتعارف فى الخارج ، الذى يحتمل عليه اطلاق العقد ، تقسيم الربح على نسبة المالين دائماً والظاهر انه ليس كذلك

فلا بد مع اختلافهما في الفعل من متابعة الشروط وبدون الشرط يشكل الصحة»
المسألة ٥- والقول بان جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل
... اكل للباطل ... باطل.

* و ذلك لانه قد يكون هناك دواع عقلائية على جعل الزيادة لاحدهما
كما اذا كان شركة بعض الشركاء موجبا لاعتبار الشركة واعتماد الناس عليها،
لو جاهته بينهم ، و كثيراً ما يكون هذا سبباً لمزيد الربح ، و بالجملة الامور
الاعتبارية المجلية للربح كثيرة لاتنحصر بالمال و العمل ، فقد يكون هذا داعياً
على زيادة سهم احدهما فلا يكون اكل للمال بالباطل ومنه يظهر الحال في اشتراط
كون الخسارة على احدهما .

المسألة ٦- وان اطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف الا باذن الآخر .

* «الا ان يكون له متعارف ينصرف اليه اطلاق العقد» .

المسألة ٦- ولا يجوز السفر بالمال .

* «بل يجوز البيع و الشراء نسيئة و كذا السفر بالمال اذا كان متعارفاً كما هو
كذلك في زماننا في كثير من الموارد ولا سيما في الامور الخطيرة» .

المسألة ٦ وان كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة .

* «لا يخلو عن اشكال لان اساس الشركة على جلب المنفعة وملاحظة المصالح
لامجرد عدم الضرر» .

المسألة ٨- عقد الشركة من العقود الجائزة .

* «لا يبعد كونها من العقود اللازمة ، فان ما ادعوه من الاجماع على الجواز لعله
بسبب اعتقادهم ان احكام الشركة تترتب على اجازة كل منهما للتصرف ولكن
ان قلنا ان الشركة عقد مستقل برأسه - كما هو كذلك- فالحكم بكونها عقداً
جائزاً مشكل بعد اصاله اللزوم في العقود» .

المسألة ٧- فيجوز لكل من الشريكين فسخه .

* « الشركة اذا كانت حاصلة من ناحية امتزاج المالين فهي باقية ببقاء المزج ولا معنى لانفاسها لعدم كونها عقداً ، وان كانت حاصلة بسبب العقد كامر سابقا امكن فيها الفسخ من حينه . »

المسألة ٩ - لو ذكر في عقد الشركة اجلا لايلزم .

* « الاحوط لولا الاقوى لزوم العمل بالاجل و ذلك لما عرفت آتفا من كون الشركة عقداً مستقلاً كسائر العقود وليست مجرد اذن الطرفين في التصرفات كما توهم ، والاصل في العقد هو اللزوم الا ما خرج بالدليل ، ودعوى الاجماع على عدمه في مثل هذه المسألة غير مسموعة مع وضوح مأخذه »

المسألة ١٢ - تبطل الشركة بالموت والجنون والاعماء .

* « لدليل على بطلان الشركة ولا غيرها من العقود بالاعماء فانه ليس من قسم الجنون عند اهل العرف ، بل هو اشبه شيء بالنوم ، فما اشتهر بينهم من جعله من اسباب بطلان العقود الاذنية في جميع المقامات مشكل جداً »

المسألة ١٢ - فالمعاملات الواقعة قبله (قبل البطلان) محكومة بالصحة .

* « بل المعاملات الواقعة بعده ايضا كذلك اذا لم يعتن المتعاقدان بالفساد . »

المسألة ١٢ - ولكل منهما (من الشريكين) اجرة مثل عمله .

* « انما يستحق اجرة المثل اذا لم يكن متبرعاً بعمله بان جعلاً في مقابل العمل شيئاً ومجرد الدواعى غير كافية . »

المسألة ١٣ - لو ادعى انه اشتراه بالشركة وقال الآخر انه اشتراه لنفسه

فانه يقدم قوله ايضاً ، لانه اعرف ، ولانه امين

* « الا ان يكون ظاهر حاله كون الاشتراء للشركة كما اذا كان من طرق ساير ما يشتري للشركة واعطى ثمنه من مالها وان اشتراه في الذمة فقبول قوله حينئذ مشكل والاحوط التصالح » الى هنا ثم كتاب المضاربة والشركة والله الهادي الى سواء السبيل .

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة - وهي المعاملة على الارض بالزراعة بحصة من حاصلها
* والاولى ان يقال هي معاملة بين «المالك» و «الزارع» تشبه الاجارة من بعض
الجهات ، وتفارقها من بعض الجهات ، فان كان البذر من الزارع فهي تشبه اجارة
الارض مالکها ، لكنه يفارقه من جهتين : من حيث ان مال الاجارة هنا حصة من
منافع الارض ، ومن حيث ان الزارع مكلف بخصوص الزراعة ، و ان كان البذر
وغيره من المالك فهي تشبه كون الزارع اجيراً له ولكن بحصة معينة من حاصل
الارض مع كون المالك مكلفاً بجعل الارض تحت يديه للزراعة ، والفرق الثاني
في الحقيقة متفرع على الفرق الاول كما لا يخفى على الخبير ، والحاصل ان حقيقة
المزارعة معاملة على منافع الارض او على منافع الشخص بحصة من زراعتها .
كتاب المزارعة - لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها اعم من

المباشرة .

* «لكن بعض هذه الاحاديث كالصريح في كون المراد منها المباشرة وان كان
بعضها اعم او خاص بالمزارعة .

كتاب المزارعة - او الجملة الاسمية مع قصد الانشاء

* و العمدة في جميع ذلك كون اللفظ ظاهراً في الانشاء و لو مع القرينة لعدم
دليل على ازيد منه ، ومن هذا الباب القبول الفعلي والمعاطاة ايضاً .

كتاب المزارعة - وان كانت لا تلزم الا بالشروع في العمل .

* «بل الاقوى لزومها اذا اخذ الارض والبذر وشبهه من المالك بقصد انشاء الايجاب والقبول» .

السادس - تعيين المدة ... نعم لوعين المزروع او مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحته اذا لم يستلزم غرراً .

* بان كان له مدة متعارفة ونهاية معلومة بحسب العادة ، هذا والاولى عدم تعيين المدة بالاشهر لعدم امكان ضبطها غالباً ، لاختلاف المزروع باختلاف كيفية الهواء من البرودة و الحرارة ، وكثرة المياه و قلتها ، الا ان يعين اشهرأ يبلغ فيه المزروع على كل حال ، وبالجملة المهم فى الزراعة هو التعيين لنوع المزروع ، والسنين ، لا الاشهر والايام .

الثامن - تعيين المزروع ... او كان مرادهما التعميم .
* «اذا لم يكن فى التعميم غرر» .

التاسع - تعيين الارض ومقدارها فلولم يعينها ... بطل مع اختلافها بحيث يلزم الغرر
* حق العبارة تأخير قوله : او لم يعين مقدارها من قوله : بحيث يلزم الغرر وذلك لان عدم التعيين مساوق للغرر دائما .

التاسع - تعيين الارض ... او اى مقدار شئت منها
* «الظاهر بطلانه لاستلزام الغرر ، لان شية الزارع غير معلومة » فقد يكون هكتاراً وقد يكون عشراً نعم لوعين المقدار لم يكن به بأس من حيث كونه من قبيل الكلى فى المعين والمسئلة نظير ما اذا قال البايع للمشتري بعتك من هذه الصبرة اى مقدار شئت كل صاع بكذا ، فانه باطل بلا اشكال .

المسألة ١ - لا يشترط فى المزارعة كون الارض ملكاً للزارع بل يكفى كونه مسلطاً عليها ... او كان له حق اختصاص بها مثل التحجير والسبق

* المسألة مبنية، على كون التحجير والسبق موجباً لا ولويته بالمنافع، او بالاحياء فقط دون المنافع، و حيث ان الظاهر صحة الاول فلا مانع من المزارعة لعدم ثبوت دليل على لزوم ملكية الارض او المنافع فيها .

المسألة ١ - كما اذا اخذها بعنوان المزارعة وزارع غيره او اشارك غيره

* «اذا لم يشترط المباشرة بنفسه» .

المسألة ١ - بل يجوز ان يستعير الارض للمزارعة

* «قد يقال بان جواز استعادة الارض للمزارعة محل منع لان المستعير يملك الانتفاع من غير تسلط على المعير، فلو فعل ذلك كان فضولياً موقوفاً على اجازة المالك، قلت: لا يعتبر في جواز المزارعة التسلط على المعير بل يكفي كونه مالكا للانتفاع، او اولى بالانتفاع من غيره، فيجوز استعارته ارضاً من اخيه للزراعة ثم المزارعة مع غيره، لعدم دليل على اعتبار اكثر من هذا، نعم لا بد من ان تكون العارية بعنوان عام لا يشترط فيها المباشرة .

المسألة ١ - ولعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة

في الاراضي الخراجية

* و لكنه توجيه بعيد لكلامه، لانه ظاهر اصرح في اعتبار الملكية في صحة المزارعة، وعلى كل حال فهو مخالف لما ورد في ابواب الاراضي الخراجية واستمرت به السيرة من جواز ذلك .

المسألة ٢ - اذا اذن شخص في زرع ارضه ... فالظاهر صحته و ان لم

يكن من المزارعة المصطلحة

* «الحق فيه التفصيل: فان قصد المالك بالاذن المزارعة و العامل بعمله القبول كان مزارعة شبيهة المعاطاة، فانه يجوز فيه الانشاء اللفظي من طرف و الانشاء العملي من طرف آخر، وان قصد مجرد الاباحة كان داخلاً في الاباحة المعوضة ونظيره كثير في العرف كما في المطاعم والحمامات والفنادق .

المسألة ٢ - وكذا لو قال كل من زرع ارضي هذه ... فلي نصف حاصله
* «الاولى ان يقال «فله نصف حاصله» حتى لا يتوهم انه عكس الجمالة او يقال
بان مراده من هذه العبارة ما يستفاد منه بالدلالة الالتزامية وعلى كل حال فهو
داخل في المزارعة اذا قصد بهذا القول او الفعل انشائها ، والا كان من الاباحة
بالعوض» ومن هنا يظهر انه ليس من المعاملات على الفرض الاخير ، فان الاباحة
المشروطة بالضمان غير داخله في ابواب العقود و المعاملات كما لا يخفى على
المتأمل الخبير .

المسألة ٣ - المزارعة من العقود اللازمة لا تبطل الا... بخيار الشرط او
بختيار الاشتراط

* « او بعض الخيارات الاخر التي دليلها عام يشمل ما نحن فيه كخيار الغبن
وشبهه » .

المسألة ٣ - نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل
* «هذا اذا كانت المباشرة من قبيل المقوم للعقد اما ان كان على نحو الاشتراط
فلا يلزم الاخير الشرط .

المسألة ٣ - واما المزارعة المعاطية فلا تلزم الا بعد التصرف
* «بل الاصل في المعاطاة اللزوم مطلقا سواء في البيع وغيره كما ذكرنا في محله»
المسألة ٣ - واما الاذنية فيجوز فيه الرجوع دائما
* «ياتى فيه التفصيل السابق في المسألة ٢»

المسألة ٣ - لكن اذا كان بعد الزرع ... يمكن دعوى لزوم ابقائه
* «لا وجه له لان الاذن لا يوجب تعهداً للاذن، نعم اذا وقع المأذون في خسارة من
هذه الناحية فاللازم عليه جبرانه»

المسألة ٤ - اذا استعار ارضاً للمزارعة ثم اجري عقدها لزمت لكن
للمعير الرجوع في اعارته

* «في جواز الرجوع تأمل واشكال ، وكذا فيما شبهه من اعارة اللوح للسيفنة ثم رجوع المالك في وسط البحر ، وكذا اللباس للصلاة مع رجوعه في اثنائها واعادة الارض لدفن الميت والاقوى ان الاعارة في هذه الامور لازمة لان الاصل في العقود للزوم وبناء العقلاء عليه في هذه الموارد واضح وما دل على جواز العارية من الاجماع وغيره انما يكون في غيرها» كما لا يخفى على من راجع كلمات الاصحاب في كتاب العارية واحكامها .

المسألة ٤- كما اذا استعارها للاجارة .

* «جواز الاستعارة للاجارة غير ثابتة في العرف ولعل ماهية الاستعارة تنافي الاجارة فشمول الاطلاقات لها مشكل نعم للمالك ان يقول لك اجارة هذه الارض واخذ اجرتها» .

المسألة ٥ - اذا شرط احدهما على الاخر شيئاً في ذمته ... مضافاً الى حصته من الحاصل صح . . . بل الاقوى صحة استناد مقدار معين من الحاصل لاحدهما .

* «لا يخلو من اشكال لمنافاته لحقيقة المزارعة ولبعض الاخبار المعتمدة الدالة على انه لا تقبل الارض بحنطة مسماة و لكن بالنصف والثلث والرابع والخمس لا بأس به (الحديث ٢ من الباب ٨ من ابواب المزارعة) بل الصورة الاولى ايضاً غير خالية عن الاشكال وان كانت مشهورة» .

المسألة ٥ - وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الارطال في بيع الثمار اولاً؟ وجهان .

* «ظاهر استثناء مقدار من الحاصل منصرف الى صورة سلامته وانه ينقص منه بالنسبة اذا فسد بعض الزراعة الا ان يصرح في الكلام بخلافه» والظاهر ان استثناء الارطال ايضاً كذلك، ولا فرق بين التصريح بالاستثناء او بالاشتراط كما ذكره في المستمسك، فان المدار في هذه المقامات على ما هو المعمول المتعارف

في الخارج ، لالفاظ والتعبيرات التي هي اشارات اليه.

المسألة ٤ - اذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت والزرع

باق لم يبلغ.

«الظاهر ان للمسئلة صوراً كثيرة تختلف احكامها ، فان كان بتقصير من الزارع فللمالك ازالته بلا ارض اذا تضرر من بقاءه ، وان كان لتأخر المياه وشبه ذلك وكان مقدار التأخير متعارفاً فعلى المالك ابقائه لانصراف العقد اليه، وان لم يكن كذلك وكان القصد في الواقع الى بلوغ الحاصل وذكر المدة كان من قبيل الخطاء في التطبيق ، فاللازم ايضاً ابقائه وان لم يكن كذلك فان ورد على احدهما الضرر دون الاخر فاللازم مراعاته وان ورد الضرر عليهما فالظاهر تقديم المالك لسلطانه .»

المسألة ٧ - لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الارض اليه

حتى انقضت المدة ففي ضمانه اجرة المثل للارض... وجوه

«الضمان هو الاقوى من بين الوجوه الستة بشرط كون الارض تحت يد العامل، سواء اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ ام لا و كذا يضمن النقص الحاصل بترك الزراعة كل ذلك لقاعدة الاتلاف و كونه تحت يده باذن المالك وبمقتضى العقد مشروط في الواقع بما اذا زارع الارض ، لاما اذا تركها ، فلا ينبغي الشك في ضمانه ، و مجرد علم المالك بذلك وعدم فسخه لا يرفع ضمانه كما هو ظاهر ، والقول بعدم ضمانه ضعيف جداً و كذا غيره من الوجوه الاخر كالقول بضمنه ما يعادل الحصة على فرض الزراعة في تلك السنة بحسب التخمين لان المزارعة لا توجب ملكيتها الاعلى فرض الزرع ومنه يظهر حال غيره من الوجوه الباقية .»

المسألة ٧ - اما لو انعكس المطلب بان امتنع المالك من تسليم الارض

بعد العقد ...

« والاقوى هنا الخيار للعامل فقط » لعدم وفاء المالك بالعقد و لم يفت عليه

شيئاً من امواله والمزارعة لا توجب الا ملكية الحصة على فرض الزرع لا غير ،
والمفروض هنا عدمه ، فالفرق بينه و بين الصورة السابقة جريان قاعدة الاتلاف
هناك دون المقام نعم لو هيأ العامل اسباباً للزرع بحيث تضرر عند امتناع المالك
عن التسليم دخل في قاعدة الفرر او لاضرر فيضمن المالك.

المسألة ٨ - اذا غصب الارض بعد عقد المزارعة غاصب و لم يمكن
الاسترداد منه .. و هل يضمن الغاصب تمام منفعة الارض في تلك المدة
للمالك.

* « الاقوى ذلك لما عرفت في المسألة السابقة من عدم تفويت مال للعامل »
وانما التفويت في منافع المالك ، بل يمكن ان يقال ببطلان عقد المزارعة بمثل
هذا الغصب اذا لم يرج عوده ، فانه في نظر العرف من قبيل فوات الموضوع ،
« ان قلت » : ما الفرق بين غصب العين هنا وغصب العين المستأجرة ، فانه لا ينبغي
الشك في بقاء الاجارة و ضمان الغاصب للمستأجر « قلت » : الفرق واضح لان
المنافع انتقلت الى المستأجر بالعقد ولكن في المزارعة لم تنتقل منفعة الارض
الى العامل ، بل له حق الزراعة فيها فقط ، نعم لو هيأ الزارع اسباباً للزراعة وتضرر
بسبب الغصب كان الغاصب ضامناً اذا صدق عنوان الضرر بناء على ما حققناه في
محلّه من ان لاضرر قد ينفي الحكم وقد يشبته.

المسألة ٩ - اذا عين المالك نوعاً من الزرع .. لم يجز للزارع التعدي
عنه ولو تعدى الى غيره...

* « والاقوى ان المالك مخير حينئذ بين الامضاء واخذ الحصة او الفسخ واخذ
اجرة المثل » وذلك لان تعيين نوع المزروع من قبيل الاشتراط غالباً (وقد ذكرنا
في محلّه ان الاشتراط والتقييد ليس بحسب نية المتعاقدين بل بحسب طبيعة القيد ،
فقد يكون مقوماً في نظر العرف فيكون قيداً ، و قد يكون غير مقوم فيكون
شرطاً ، ومن هنا تعرف الاشكال فيما ذكرناه في المقام من الفرق بين الاقل

ضرراً وعدمه، والفرق بين التقييد والاشتراط، وبين تعدد المطلوب ووحدته ،
نعم لو كان العقد على زراعة خاصة و ما اشبهه مما يكون ضرره مساوياً أو أقل
كان المحكم صحة العدول الى غيره ولكن الظاهر ان هذا خارج عن محل الكلام
المسألة ٩ - و اما بالنسبة الى الزرع الموجود فان كان البذر من
المالك فهو له ويستحق العامل اجرة عمله على اشكال في صورة علمه
بالتعيين .

* « اذا علم بالتعيين فقد علم بتخلفه ولا حرمة لعمله ، و اذا جهل ذلك ايضاً
لا يستحق اجرة لان الاستحقاق فرع امر المالك وهو غير موجود .

المسألة ٩ - وان كان البذر للعامل كان الزرع له ويستحق المالك عليه
اجرة الارض مضافاً الى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمة .
* « قد عرفت ان المالك لا يستحق شيئاً عند عدم العمل بالمزراعة الا منافع
الارض التي تلفت تحت يد العامل من دون فرق بين استيفاء تلك المنافع او
تلفها بدون استيفاء» .

المسألة ٩ - ولا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل ارضه مرتين على
ما بيناه في محله لانه من جهتين .
* « يظهر مما ذكرناه آنفاً انه ليس هنا الاضمان واحد ، فهو شبيه الغاصب الذي
يضمن المنافع سواء استوفاه ام لا» .

المسألة ٩ - وعلى الثاني (اي على الشرطية) يكون المالك مخيراً بين
ان يفسخ المعاملة لتخلف شرطه ويكون اجرة المثل للارض .
* « هذا انما يصح اذا كان البذر للعامل ، واما لو كان للمالك فقد استوفى منافع
ارضه لان الزرع له، الا ان يكون الزرع غير المأذون موجباً لنقص في الارض
او في منفعه» .

المسألة ٩ - باسقاط حق شرطه .

* «لأحاجة إلى اسقاط حق الشرط، بل المدار على عدم الفسخ، ومن هنا يظهر النظر فيما ذكره المصنف بعد ذلك لأن الشرط لا أثر له إلا الخيار عند التخلف» .

المسألة ١٠ - لو زارع على أرض . . . وإن كان جاهلاً كان له خيار

الفسخ .

* «إذا كان المتعارف تحصيل الماء قبل عقد المزارعة، وأما إذا كان المتعارف العقد على الأرض ثم تحصيل الماء له بسهولة بنصب المكائن، أو حفر الآبار مثل ما نراه في سواحل الشطوط، الأقوى صحته بدون الخيار» .

المسألة ١٠ - وربما يقال بالصحة مع علمه بالحال (يعني صحة المزارعة

مع علمه بعدم الماء)

* كلامه ناظر إلى ما ذكره المحقق وغيره في الشرايع وغيره، والظاهر أن نظرهم إلى صورة إمكان تحصيل الماء كما فهمه صاحب الجواهر و إلا لا يعقل القول بالصحة وكيف يمكن إسنادها إلى هؤلاء الفطاحل .

المسألة ١٠ - وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز

كونه عليهما

* «الأقوى صحة جميع هذه الصور وما شبهها وإن كان في صدق عنوان المزارعة على بعضها أشكال، كما يظهر بمراجعة العرف والروايات الواردة في أبواب المزارعة (راجع الوسائل ج ١٠ أبواب المزارعة - الباب ١٠)

المسألة ١٠ - بالجملة هنا أمور أربعة الأرض والبذر والعمل والعوامل .

* «وقد يكون أكثر من ذلك كما لا يخفى على من راجع العرف في زماننا هذا» وقد يكون الماء من واحد والأرض من آخر ودفع الآفات من ثالث وهذا كله يكون العقد عليها صحيحاً إذا كانت الشرائط والسهام معلومة ويكفي في صحتها عموم الوفاء بالعقود وإن لم يصدق عنوان المزارعة على بعضها وسيأتي تنممة الكلام في ذلك في المسئلة الآتية إن شاء الله .

المسألة ١٢ - الاقوى جواز عقد المزارعة بين ازيد من اثنين

* وقد يستدل للمنع منه مضافاً الى ان العقود امور توقيفية وان العقد يدور بين اثنين لا اكثر الذي هو معلوم البطلان ، بما ورد في الباب ٨ من ابواب المزارعة (ج ١٣ من الوسائل) من النهي عن جعل ثلث من الحاصل للبذر وثلث للبقر وثلث للارض، فان هذا النهي الوارد في روايات كثيرة دليل على عدم جواز المزارعة بين اكثر من اثنين ، ولكنه كما ترى ، لعدم العامل بهامن الاصحاب على الظاهر الاثان ، كما صرح به في الجواهر والمستمسك ، و عدم دلالتها على كون المنع لكون المزارعة بين اكثر من اثنين ، بل ظاهرها المنع من ذلك اذا كانت المزارعة بين اثنين ايضا اللهم الا ان يستدل بقياس الاولوية فتأمل (هذا كله مضافا الى ان التعبير بلا ينبغي في كثير منها قرينة على الكراهة ولعله لشباهته بالربا احيانا) .

المسألة ١٣ - والظاهر جواز نقل مزارعته (مزارعة العامل) الى الغير

بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك .

* «لامعنى لذلك الا اذا فسح المزارعة الاولى ثم عقدها للثالث بان يكون وكيلا من المالك في الفسخ ثم العقد مع الثالث او شبه ذلك»

المسألة ١٣ - كما يجوز نقل حصته الى الغير سواء كان قبل ظهور

الحاصل او بعده

* «سيأتي ان شاء الله في المسألة ١٥ انه لامعنى لملكية الحاصل المعين قبل ظهوره فلا يبقى مجال لنقله الى غيره ، و هل تتعلق الملكية بالمعدوم ، وهذا غير بيع الكلي في الذمة ، فانه بمنزلة الموجود كما هو ظاهر» و من هنا يظهر الاشكال فيما ذكره من التعليل بعد ذلك بقوله ان عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الارض نصفاً او ثلثاً او نحوهما الى العامل ، فله نقلها الا اليه بمقتضى قاعدة السلطنة .

المسألة ١٣ - وان كان بعده (بعد الشروع) وقبل الزرع بمعنى الاتيان بالمقدمات ... فكذلك (اي لاشكال في عدم ضمان المالك)

* وذلك لان الضمان في امثال المقام يكون من ناحية الامر ، او من جهة قاعدة مايضمن ، و كل ذلك منتف في المقام، لانه لم يعمل بمورد المزارعة حتى تشمله القاعدة و المفروض ان اقدامه على هذه المقدمات كان بسبب خطائه ، و فرض المزارعة صحيحة نعم لو طالبه المالك بهذه المقدمات لم يبعد ضمانه .

المسألة ١٣ - نعم لو حصل وصف في الارض يقابل بالعرض . . . كان للعامل قيمة ذلك .

* «لاوجه له ايضا لعدم وجود ما يدل على ضمان المالك وان هو الا كمن اصلح دار غيره خطأ» ، وهل يستحق على المالك في ذلك شيئاً .

المسألة ١٣ - و ان كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر فان كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل اجرة عمله وعوامله

* وذلك لقاعدة ما يضمن بخلاف ما قبله ، وهذه القاعدة قاعدة عقلائية قدامهاها الشرع وليس دليلها خصوص لاضرر وشبهه حتى يقال ليس في المقام شيء من ذلك ، و العجب من بعض اعلام المحشين حيث نفى الضمان للعامل هنا الا اذا امره المالك ، مع انه قد يكون منه اعمال كثيرة مضافا الى اجرة الفلاحين والعوامل وغيرها ، وقد يكون ذلك سبباً لمزيد ما يخرج من الارض فكيف يمكن الحكم بان جميع ما يخرج منها يكون للمالك و لا يكون للزارع مع مصارفه الكثيرة شيئاً .

المسألة ١٣ - وان كان من ثالث فالزرع له .

* و المراد من الثالث هو الذي دخل في المزارعة معهما كما مر في مسألة ١٢ .

المسألة ١٣ - بل له ان يأمر بقلعه .

* «مشكل جداً لاحتمال شمول قاعدة لا ضرر له» و المفروض انه لم يقدم عليه عالمياً و غاصباً .

المسألة ١٤ - و اما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الاخر بعوض ارضه او عمله .

* «الاقوى جواز الرجوع لانه دخل فيها باتياً على الصحة غير معتن بحكم الشارع المقدس و كذا ما شبهه من المعاملات الفاسدة فدليل الهتك هنا غير جار والتبرع ممنوع جداً» .

المسألة ١٤ - فكذلك يضمن . . . الا في صورة علم المالك بالبطلان لما مر .

* قد مر ان العلم والجهل لائر له هنا في الضمان بعد دخوله في العمل باتياً على الصحة فهو ضامن على كل حال .

المسألة ١٥ - الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الارض بمقدار الحصة

* «بل الظاهر ان حقيقه المزارعة هي التزام من المالك على بذل ملكه للزرع و التزام من الزارع على بذل عمله لذلك مع اشتراكهما في حاصل الزرع بمقدار الحصة المقررة ، فلا يملك احدهما على الاخر شيئاً الا ان كلا منهما ملتزم في مقابل التزام الاخر و له المطالبة بهذا الحق ، فليس حقيقه المزارعة من قبيل الاجارتين كما قيل بل هي نوع من الشركة .

المسألة ١٥ - و اشتراك البذر بينهما على النسبة .

* «لا وجه لهذه الشركة و لا دليل على الاشتراك في البذر بعد كونه ملكاً لاحدهما نعم هما مشتركان في الحاصل من اول ظهور الزرع لانه مقتضى المزارعة عرفاً» .

المسألة ١٥ - منها كون التبن مشتركاً ايضاً بينهما ... على الاول دون الاخيرين .

* «التبن و شبهه مشترك بينهما على جميع التقادير لانه من حاصل الزرع الا اذا شرطاً غيره»

المسألة ١٥ - ومنها مسألة مشاركة الزارع مع غيره

* «فى جعله ثمرة اشكال»

المسألة ١٦ - اذا حصل ما يوجب الانفساخ فى الاثناء . . . فالظاهر

لحوق حكم تبين المظالم من الاول .

* «الاقوى هو التفصيل بين ما اذا كان انقطاع الماء او استيلائه على الارض او غير ذلك من الموانع من طبيعة تلك الارض ولم يكن معلوماً للمتعاقدين فالعقد باطلاً من الاول ، واما اذا كان اتفاقياً فالظاهر كون الانفساخ من حينه ويجرى عليه احكامه»

المسألة ١٧ - اذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ فى

الاثناء . . . فالزرع الموجود مشترك بينهما

* قد يقال ان مقتضى الفسخ فرض المعاملة كأنها لم تكن ، فيرجع الزرع الى مالكة ، فان كان هو المالك ضمن عمل العامل بالاستيفاء ، وان كان هو العامل ضمن منفعة الارض بالاستيفاء ، و لكن يرد عليه ان المعاملة تتبع فى امثال المقام وان هى الامثل ما مر فى باب الاجارة من انه لو فسخها بخيار و كان اثر الخيار من حين الفسخ (مثل خيار الشرط لامثل خيار الغبن) تصح الاجارة فيما مضى بحصة من اجرة المسمى و بالجملة محل الكلام مثل البيع اذا ظهر بعض المبيع مستحقاً للغير فانه يبطل فى خصوصه لافى الكل .

المسألة ١٧ - و اما على الوجهين الاخرين فالزرع الموجود لصاحب

البذر فالظاهر عدم ثبوت شىء عليه .

* «المسألة لاتخلو عن اشكال لان منفعة الارض لم تكن مجانية ولا عمل العامل وجواز الفسخ لا ينافى كون كل منهما مضمونا»

فضلكة - الثالثة تركه العمل في الاثناء بعد ان زرع اختياراً او لعذر

خاص به .

* «هذه الصورة غير مذكورة صريحاً فيما سبق ، والحق فيها ان يقال اذا لم ترد خسارة على الزراعة و اتمها المالك بنفسه او باجير ونحوه كان ترك العمل من العامل لمانع كمرض ونحوه لايبعد تقويم الزراعة عند ترك العمل و اعطاء كل منهما حقه ، بل و كذا اذا كان عمداً على الاحوط و اما اذا وردت خسارة عليه كتلف الزراعة كلا او نقصان حاصلها كان العامل ضامناً و كذا بالنسبة الى منافع الارض» .

المسألة ١٨ - اذا تبين بعد عقد المزارعة ان الارض كانت مغصوبة

فمالكها مخير بين الاجازة . . .

* وهذا مبني على جواز الفضولي اذا قصد الغاصب المعاملة لنفسه و قد ذكر في محله صحته بعد اجازة المالك و ما نحن فيه من هذا القبيل فما في كلام بعض المحشين من الاشكال في ذلك غير وارد .

المسألة ١٨ - بشرط ان لا يكون هناك قيد او شرط لم يكن معه محل

للاجازة .

* «مثل ان يشترط الغاصب، الزراعة ببذرمعين يكون ملكاً لنفسه، بخلاف ما اذا كان كلياً ، فان هذا الشرط يمكن اجازته من قبل المالك، اللهم الا ان يقال ان بطلان الشرط في الصورة الاولى لا يوجب بطلان اصل العقد.

المسألة ١٨ - اذا تبين كون البذر مغصوباً فالزرع لصاحبه وليس عليه

اجرة الارض .

* بل اجرتها على الغاصب لو كان هو الزارع.

المسألة ١٨ - و ان كان له (للاجازة) محل ، و اجاز يكون هو الطرف

للمزارعة و يأخذ الحصة التي كانت للغاصب.

* المراد الحصة التي كانت بازاء البذر و كان باذل البذر من اطراف عقد المزارعة .

المسألة ١٩ - خراج الارض على صاحبها ... ولو شرط كونها على العامل ... فلا يضر مثل هذه الجهالة

* « بشرط كونها بمقدار المتعارف الذي لا يلزم منه الغرر » والا فهو مشكل مثلاً اذا دار أمر الخراج بين الالف و عشرة آلاف فانه لا بد من تعيين حدوده لان الجهالة بهذا المقدار موجبة للغرر قطعاً .

المسألة ٢٠ - يجوز لكل من المالك و الزارع ان يخرص على الاخر والظاهر انه معاملة مستقلة .

* « بل الظاهر انه نوع من المصالحة » ولا يعتبر فيها التصريح بلفظ الصلح بل يكفي كلما يؤدي معناه كما مال اليه في الجواهر و صرح به غير واحد من الاكابر .

المسألة ٢٠ - فلا يجري فيها اشكال اتحاد العوض و المعوض .

* « لا معنى لاتحاد العوض و المعوض هنا بعد كون احدهما حصة مشاعة والاخر مقداراً معلوماً من الطعام او غيره » .

المسألة ٢٠ - ولا يجري فيها اشكال النهي عن المحاقلة و المزابنة

* والمراد من « المحاقلة » كما قيل هي بيع الزرع في سنبله بحب من جنسه او انها اكتراء الارض بالحنطة كما ان المراد من « المزابنة » بيع الرطب في رثوس النخل بالتمر .

المسألة ٢٠ - بناءً على ما هو الاقوى من عدم اختصاص حرمة (الربا بالبيع)

* « سيأتي ان شاء الله في محله »

المسألة ٢٠ - وحصص المعاملات في المعهودات ممنوع

* « مراده العناوين المعروفة ، فانه ليس منها على رأيه ، فما في بعض كلمات المحشين ان محل الكلام ايضاً من المعاملات المعهودة كما ترى .

المسألة ٢٠ - فيكفي فيها (في هذه المعاملة) مجرد التراضي .

* « بل لابد فيه من انشاء قولى او فعلى ، ولا يكفي فيه مجرد التراضي ، لان العقد لا يتم الا بالانشاء كما ذكرناه مشروحاً فى المعاطات .

المسألة ٢٠ - لو وقع المعاملة بعنوان الصلح ... لامانع من ذلك فيه

* « الظاهر ان ماورد فى الاخبار ناظر اليه .

المسئلة ٢٠ - لان تعيين الحصة فى المقدار المعين ليس من باب الكلى

فى المعين .

* « بل الظاهر انه من باب الكلى فى المعين و لكن سلامة الحاصل شرط ضمنى بحسب المتعارف الذى ينصرف اليه العقد ،

المسألة ٢٠ - وهل يجوز خرس ثالث حصة احدهما او كليهما فى مقدار

وجهان اقواهما العدم .

* « لا يخلو عن اشكال ، لعدم قيام دليل على جواز ذلك ،

المسألة ٢٢ - فان كان البذر لهما فهو لهما ، و ان كان لاحدهما فله ،

الامع الاعراض .

* « سيأتى ان الاقوى كونه لهما بعد كون الحاصل لهما ، والاصل من حاصل البذر ، نعم المالك ابقائه مع الاجرة او قلعه واما الاعراض فهو موجب للخروج من الملك لبناء العقلاء عليه وعدم ردع الشارع عنه »

المسألة ٢٢ - وحينئذ (حين الاعراض) فهو لمن سبق

* « لا يخلو عن اشكال بالنسبة الى غير مالك الارض »

المسألة ٢٢ - ثم لا يستحق صاحب الارض اجرة لذلك الزرع النابت .

* «لكن للمالك قلعه او ابقائه مع الاجرة»

المسألة ٢٣- اما لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد

* «العبارة لا تخلو عن ابهام فان كان المراد الاختلاف في متعلق المزارعة من الارض والبذر فالتحالف في محله، وان كان في مقدار الحصة والمدة فهو عين ماسبق من ان القول قول منكر الزيادة ، ومجرد اتفاقهما على وقوع العقد مع الخلاف في محتواه غير كاف».

المسألة ٢٤ - ومع حلفهما ونكولهما تثبت اجرة المثل للارض .

* «لا يخلو عن اشكال لعدم وضوح دليله»

المسألة ٢٥ - وفي وجوب ابقاء الزرع الى البلوغ عليه مع الاجرة ...

وجهان .

* لا يبعد وجوب ابقائه اذا فرض كون العارية لذلك فان الزارع له حق الابقاء فانه من لوازم العارية لها واحترام مال المسلم يقتضى اجرة المثل فتأمل.

المسألة ٢٧ - وقد يقال بعدم الجواز الا ان يضمن حصتها (حصة الزكاة)

للفقراء لانه ضرر عليهم .

* ولكن ابقائها من غير رضی المالك ضرر عليه ايضاً ، ولا يعارض ضرره بغيره كما لا يخفى .

مسائل متفرقة

الاولى - اذا قصر العامل في تربية الزرع... فالظاهر ضمانه التفاوت

* «التفاوت بالنسبة الى الحاصل الموجود اذا اثر التقصير في تقليل قيمته واما بالنسبة الى الذى لم يوجد فقد يقال بعدم المعنى لزمانه بعد عدم شمول قاعدة الانلاف له ، و لكن لا يبعد شمول ملاك القاعدة له ايضاً ، فاذا قصر في العمل ونقص الحاصل من الف طن مثلاً الى خمسمائة طن كان ضامنآله و لكن لا يخلو عن اشكال» .

الخامسة - اذا زارع المتولى للوقف، الارض الموقوفة بملاحظة مصلحة

البطون الى مدة لزم

* «وان كانت المصلحة في الغالب ايكال امرهم اليهم ، نعم قد يتفق ذلك نادراً او لا يمكن تفكيك مصلحة البطن الموجود عن غيرهم».

السابعة - في جملة من الاخبار النهى عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر

وثلث لصاحب الارض ... فالاحوط الشرك

* قد اشرنا اليها في المسألة ١٢ وقلنا ان الظاهر اعراض الاصحاب عنها وامكان حملها على الكراهة فراجع .

الثامنة - بل لا بأس به (بالصلاح) قبل ظهوره (ظهور الحاصل)

* «مشكل لاشتماله على الفرر المنهى عنه في جميع ابواب المعاملات»

التاسعة - اذا كانت ارض موقوفة ... وصارت باثرة يجوز للمتولى ان

يسلمها الى شخص بعنوان المزارعة ... على ان يعمرها ويزرعها الى سنين

مثلا لنفسه ثم يكون الحاصل مشتركاً .

* «لكنه ليس عقد مزارعة فقط بل هو مركب عن اجارة و مزارعة ، او مصلحة

ومزارعة» لان المزارعة انما تكون من حين اشتراكهما في الحصة وقبله لا يكون

الا احد الامرين من الاجارة والمصالحة.

العاشر - ثم انشر القبضة التي في يدك في القراح

* القراح على وزن المزاح الماء الخالص ، والارض التي لاماء فيها ولا شجر -

والظاهر ان المراد به في مورد الرواية الارض الخالية عن النبات .

والى هنا تم كتاب المزارعة بعون الله تعالى

كتاب المسافات

كتاب المساقات

وهي معاملة على اصول ثابتة.

* « في التعريف مسامحة واضحة لان المساقات ليست معاملة على نفس الاصول بل اما معاملة على منافعها في مقابل سقيها ورعايتها ، او معاملة على خدمة انسان لها بحصة من ثمرها ، ولازمها تسلط العامل على الارض والشجر ، وتسلط المالك على العامل بمطالبة العمل وهي شبيهة بالاجارة ولكن ليست منها »

ويشترط فيها امور ... الثالث عدم الحجر لسفه او فلس .

* «عدم الفلس شرط في «المالك» دون «العامل» ودليله ظاهر»

السابع - مع انه الظاهر من رواية «يعقوب بن شعيب»

* لعل الرواية ليست في مقام ذكر المدة ولذا لم يذكر فيها السنين ايضا.

الثامن - واما اذا لم يكن كذلك (اي لم يحتاج الى سقى) ففي صحتها

اشكال وان كان محتاجا الى حفظ او قطوف

* «الظاهر صحته بعنوان الصلح وان لم يكن مساقاة ، فيشمله عمومات صحة العقود

وماعن جامع المقاصد والمسالك من الاجماع على عدم الصحة غير ثابت و لعل

نظر القائلين بالفساد الى عدم جريان احكام المساقات عليه

التاسع - نعم لا يبعد جواز ان يجعل لاحدهما اشجاراً معلومة .

* « لا يخلو عن اشكال و الاحوط تركه ، و كذا ما بعده » لان ظاهر النصوص و الفتاوى اعتبار الحصة فى المزارعة

المسألة ١ - لاختلاف فى عدم صحتها (المزارعة) بعد البلوغ و الادراك بحيث لا يحتاج الى عمل ، غير الحفظ و الاقتطاف.

* « قد عرفت الاشكال فيه ، و انه يمكن تصحيحها بعنوان المصلحة و ان لم تكن مزارعة » و ان الاجماع المحكى لعله ناظر الى غير ذلك.

المسألة ١ - سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة او لا

* « روايات ابواب المزارعة و المساقاة ظاهرة فيما يوجب الاستزادة و لا أقل من انها القدر المتيقن منها » و كذلك فتاوى الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم .

المسألة ٢ - الاقوى جواز المساقات على الاشجار التى . . . ينتفع بورقها .

* « و كذا ما ينتفع بوردها وهو كثير فى المناطق التى يستخرج منها الجلاب و العطر » و اما القول بان المساقات على خلاف الاصل و فيها من الغرر ما ليس فى غيرها فالمتجه الاقتصار فيها على المتيقن (كما فى الجواهر) كما ترى و اى غرر فيها بعد كون معلومية كل شىء بحسبه ، كما لاغرر فى المزارعة و المضاربة مع انهما بالسهام ايضاً .

المسألة ٣ - لابس بالعاملة على اشجار لا تحتاج الى السقى . . . و ان احتاجت الى اعمال آخر .

* « اذا كان من الاعمال التى توجب زيادة الثمر و الالم تكن مزارعة بل نوع مصلحة » .

المسألة ٣ - فان هذه اللفظة (المساقات) لم ترد فى خبر

* « نعم فى رواية يعقوب بن شعيب: يقول اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما

اخرج الله عز وجل منه (١) وهذا التعبير يقارب عنوان المساقات .

المسألة ٩ - بان يشترط على العامل غرسه في البستان ... ودخوله في المعاملة بعد ان يصير مثمراً .

* «لا يخلو عن اشكال لان مجرد الاشتراط لا يدخله في المعاملة بل لابد من اجراء العقد عليه» .

المسألة ٩- الاقوى انه ان كان هناك انصراف في كون شيء (من الاعمال) على العامل او المالك فهو المتبع

* « المراد من الانصراف ما حصل بحسب العرف و العادة و يكون كالشرائط المذكورة في ضمن العقد » نظراً الى ان وجود ما هو المتعارف قائم مقام التصريح به ، و الاولى ان يقال ان كان هناك عرف و عادة في الخارج تقوم مقام الشرط المذكور في العقد فهو المتبع ، وليعلم ان العلم بوجوده قديكون تفصيلاً وقد يكون اجمالياً ، والظاهر كفاية كليهما ما لم يحصل منه الفرر .

المسألة ١٠ - ففي صحته (صحة جعل الحفظ ونحوه على المالك) قولان اقواهما الاول

* « قد عرفت الاشكال فيه في المسألة الاولى و قد عرفت طريق تصحيحها و كذا ما ذكره بعد ذلك » .

المسألة ١١ - وهل له ان لا يفسخ (اي المالك عند تخلف العامل عن العمل) و يطالبه باجرة المثل بالنسبة الى حصته

* « العمل على قسمين تارة يكون مفيداً للمالك فقط مثل خياطة الثوب المشروط في البيع و حينئذ يطالبه بتمام اجرة المثل لو تخلف عنه و اما ان كان له اثر في ازدياد الزرع فللمالك مطالبة الخسارة الحاصلة من ترك العمل بالنسبة الى حصته على تأمل فيه » .

المسألة ١٢ - ولو شرطاً ان يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقات
ففى صحته وجهان

* «الظاهر بطلان الشرط حينئذ لرجوعه الى كون العمل على المالك تماماً وهذا
ينافى مقتضى العقد» .

المسألة ١٣ - اما لو شرطاً على المالك ان يكون اجرة تمام الاعمال عليه
... ففى صحته وجهان ... والاقوى الاول

* «هذا اذا كان اشرف العامل على اعمال الاجراء مفيداً فى زيادة الثمر ، او فى
اصل وجوده، ولكن يمكن ان يقال بانه لا يسمى مساقاتاً وان كان عقداً صحيحاً
عقلاً، والانصاف صدق المساقات عليه فى كثير من الموارد ايضا» .

المسألة ١٤ - و ان شرطاً انفراد المالك به (بالثمر) لم يستحق العامل
شيئاً .

* «وهذا كالبيع بلا ثمن الذى لا يوجب ضماناً على الاقوى»

المسألة ١٧ - لو ساقاه بالنصف مثلاً ان سقى بالواضح وبالثلث ان سقى
بالسيح ففى صحته قولان اقواهما الصحة

* «الاحوط البطلان وقد مر نظيره فى الاجارة فى المسألة ١١ من الفصل الاول
فراجع» .

المسألة ١٩ - فى صورة اشتراط شيء من الذهب والفضة او غيرهما على
احدهما اذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء ... نعم لو تلف الثمرة
بجميعها ...

* «الاقوى بطلان العقد مع عدم خروج الثمرة ، و مع خروجها وتلفها العدوان
كان العقد صحيحاً ولكن الظاهر انصراف اعطاء المالك شيئاً الى صورة بقاء الثمرة
وكذلك اذا كان الباقي اقل منه او مساوياً له كل ذلك للانصراف المذكور» .

المسألة ١٩ - نمنع كون المساقات معاوضة بين حصة من الفائدة والعمل

* «قد عرفت فيما مر من تعريف المساقات ان الثمرة ومنفعة الارض من اركانها فبدونها تبطل المساقات ، وما ذكره من استحقاق العامل اجرة عمله اذا لم يخرج شيء لا يدل على مطلوبه» واما احترام عمل المسلم فانما هو اذا لم يجعله بنفسه في معرض التلف كما فيما نحن فيه لان اقدامه على المساقات مع احتمال عدم الثمرة دليل على ترك احترامه لعمله في هذا الفرض

المسألة ١٩ - ان الوجه في عدم الصحة (اذا علم من اول الامر عدم خروج الثمر) كون المعاملة سفهية

* ليس البطلان لكونها سفهية ، بل لان احد اركانها غير موجودة كالبيع بلا ثمن ، فانه لا يعد بيعا ، لانه يبيع سفهياً

المسألة ١٩ - ومعها يمكن استحقاق العامل للاجرة اذا كان جاهلاً بالبحال

* « مجرد كونه جاهلاً غير كاف الا اذا كان المالك عالماً به مع امره بذلك او كون العامل مغروراً من ناحيته ولكن يمكن ان يقال ان عقد المعاملة ملازم للامر بالعمل وطلبه من العامل» .

المسألة ٢٠ - لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة

من الاصول... اقوال والاقوى الاول

* ان كان المراد من جعل حصة من الاصول للعامل ملكيته لها بعد تمام العمل فلا اشكال في صحته لعدم جريان الاشكال المذكور فيه وهذا هو المتعارف في امثال المقام واما ان كان بمعنى ملكية العامل لها من اول الامر فهو ايضاً صحيح ولكن في صدق المساقات عليه اشكال .

المسألة ٢٢ - يجوز ان يستأجر المالك اجيراً للعمل ... و كذا قبل

البدو .

* « مشكل جداً لعدم صدق المسال عليه و ان كان بالقوة والمعتبر في صحة الاجارة كون مال الاجارة موجوداً في الخارج بالفعل او في الذمة و شيء منها

غير حاصل هنا واطهر منه ما اذا كان قبل ظهور الثمرة و كفاية الضميمة وشبهها
لادليل عليه هنا، وقياسه على البيع على القول به هناك قياس مع الفارق.

المسألة ٢٢ - لعدم معقولية تمليك ماليس بوجود

* «وهذا هو الحق لان العقلاء لا يعتبرونه مالا واما حكم البيع فسيأتي في محله
ان شاء الله» .

المسألة ٢٢- ولذا يصح مع الضميمة او عامين ، حيث انهم اتفقوا عليه

في بيع الثمار

* «هذا الاتفاق غير ثابت»

المسألة ٢٢- ووجه المنع هناك (مسألة بيع الثمار) خصوص الاخبار

الدالة عليه

* «الكلام فيه يأتي في محله ان شاء الله»

المسألة ٢٢ - فكان العين موجودة في عهدة الشجر

* «هذا التعبير منه عجيب ، فان الشجر لعهدة له عند العقلاء كما هو ظاهر ،
وقياسه على الانسان قياس مع الفارق» والاطهر ما عرفت من عدم اعتبار وجوده
عند العقلاء اعتباراً يترتب عليه الاثار.

المسألة ٢٣- وللعامل اجرة المثل لعمله الا اذا كان عالماً بالبطلان

* «الحق عدم الفرق بين العالم والجاهل كما عرفت لعدم قصده التبرع حتى في
فرض العلم ، والظاهر ان العقد معه في حكم امر المالك بالعمل وهذا كاف في
الضمان» نعم لو فرض اشتراط جميع الفائدة للمالك لا يبعد عدم الاستحقاق لانه
بمعنى قصد التبرع، بل صدق عنوان المساقات عليه ممنوع .

المسألة ٢٥ - فلا بد من علمه بمقدار حصة كل منهما لرفع الغرر

* «والحاصل ان المدار على علم العامل بحصته، واما تقسيم حصة المالكين ومقدار

كل واحد منهما فهو امر آخر لا يربط له به.

المسألة ٢٦ - بل لا يبعد جواز اجباره (العامل) بنفسه او المقاصة

من ماله .

* « مشكل جداً لان هذه الامور منوطة باذن الحاكم الشرعى او من يقوم مقامه،

المسألة ٢٦ - والافىكون مخيراً بين الفسخ والاجبار ولا يجوز الاستيجار

عنه للعمل .

* « لا يبعد التخيير بين هذه الامور فى هذه الصورة ايضاً ، لان اعتبار المباشرة فى

امثال المقام من قبيل الشرط و بامتناعها ينتفى ، و قد عرفت سابقاً ان كون

شئ قيداً او شرطاً ليس بحسب اختيار المتعاقدين بل بكونه مقوماً او غير مقوم

المسألة ٢٧ - بل لو اتى به (بالعمل) من غير قصد التبرع عنه (عن

العامل) ايضاً كفى .

* « المدار فى جميع صور المسألة (غير ما اذا قصد التبرع عن العامل) على

انه لو كان العمل عن العامل موجوداً بمقدار معتد به استحق تمام الحصة لعدم بطلان

المساقات بعمل الغير او نزول الامطار او شبه ذلك ، وان كانت هذه الامور قائمة

مقام تمام اعماله بحيث لم يبق له عمل يشكل صحة مساقاته والاحوط التصالح .

المسألة ٢٨ - والا (ان لم يرض المالك بالبقاء) فله الاجبار على القطع

بقدر حصته .

* « اذا كان او ان قطعها ، و لو كان بقائها على الشجرة الى مدة اخرى اكثر

نمواً ، والا يحتمل كونها للمالك ، وللعامل اجرة المثل ، ومن هنا يظهر الاشكال

فى كلام جماعة من اعلام المحشين حيث اوردوا على المتن بانه لا معنى للحصة

بعد انفساخ العقد ، اللهم الا ان يكون نظرهم الى زمان عدم بلوغ او ان قطعها .

المسألة ٢٩ - اما مطلقاً (يجوز الفسخ مطلقاً عند ترك العامل للعمل)

كما لا يبعد .

* قد عرفت انه بعيد

المسألة ٢٩ - فالظاهر تقديم قول المالك لاحترام ماله

* «الاولى ان يعلل بانه اعرف بنيته ، والظاهر انه لا وجه لما ذكره من الاشكال في تقديم قول المالك في ذيل المسألة» .

المسألة ٣٠ - فالاقوى ان للمالك الرجوع ... على كل من الغاصب

والعامل بتمامه

* « الاحوط الرجوع على كل واحد منهما بمقدار حصته الا اذا لم يقدر على الرجوع الى الاخر فانه يرجع بتمامه الى من يقدر عليه ، اذا جرت يده عليه»

المسألة ٣٠ - لانه مغرور من قبله (اي من قبل الغاصب)

* الغرور انما يتم اذا كان اجرة مثل عمله اقل من قيمة الثمرة التي اتلفها ، والا فقد انتفع بعمله ولا معنى للجمع بينه وبين قيمة الثمرة

المسألة ٣٠ - و اتلافه الحصة اذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب

ضمانه له

* فرق بين عدم الضمان وبين كونه ضامنا مع عدم استقرار الضمان عليه والظاهر انه وقع الخلط بينهما من كلامه قدس سره الشريف .

المسألة ٣١ - لا يجوز للعامل في المساقاة ان يساقى مع غيره مع اشتراط

المباشرة او مع النهى عنه

* يعنى في ضمن العقد بحيث يرجع الى اشتراط المباشرة والا فمجرد النهى لا اثر له لو كان العقد مطلقا

المسألة ٣١ - وان كان لا يجوز تسليم الاصول الى العامل الثانى

* «لا وجه لهذا المنع لو كان العقد الاول مطلقاً من هذه الجهة»

المسألة ٣١ - ففي جوازه (جواز مساقاة العامل لغيره) مطلقا . . . اقوال

* «الجواز هو الاقوى» وان كان المحكى عن المشهور خلافه و كانهم نظروا اما الى كون المساقاة على خلاف القاعدة لاشتمالها على الغرر (كما مر في المضاربة والمزارعة) فيقتصر على القدر المتيقن منها او الى عدم صدق عنوان المساقاة له او كون المقام خارجا عن العقود المتعارفة فلا تشمله العمومات ، و الاول مدفوع بما مر سابقا من عدم الغرر فيها بعد كفاية المعلوماتية في كل شيء بحسبه ، والثاني بصدقها عليه احيانا كما اذا جعل الثاني شريكاً لنفسه في السقى و غيره سلمنا لكن عدم الصدق لا يضر بصحته ، والثالث بانه متعارف في الخارج كما لا يخفى على الخبير .

المسألة ٣٢- خراج السلطان ... على المالك لانه انما يؤخذ على الارض

* و الادلى ان يعمل بان حق المالك على مثل هذه الاراضى انما هو من ناحية الخراج والا فليس هو مالكا لها بل هو كالمستأجر ، هذا بحسب الطبع الادلى لكن لو شرط كونه على العامل او عليهما او كان المتعارف في بعض النواحي ذلك بحيث ينصرف اليه العقد فهو المتبع .

المسألة ٣٣- مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر

من حين ظهوره

* قدمر في المسألة ٣٤ من مسائل المضاربة ان الربح يملك بمجرد ظهوره من غير حاجة الى القسمة ولا الى الانضاض اى جعل العروض نقداً .

المسألة ٣٣- نعم لو اشترط ذلك (اى عدم الملكية الا بالقسمة او الانضاض)

في ضمن العقد لا يبعد صحته

* «اشترط عدم الملكية كذلك مشكل» لكونه خلاف مقتضى العقد نعم لهما اشترط عدم التصرف فيه الا بعد القسمة .

المسألة ٣٣- منها ما اذا فسخ احدهما بخيار الشرط او الاشتراط

بعد الظهور

* وقد صرح غير واحد من اعلام المحشين بان الفسخ يوجب زوال ملكية العامل للمصلحة ورجوع تمامها الى المالك ، ولا يرى له وجهاً وجيهاً لان الفسخ انما يؤثر من حينه ويوجب تجزبة العقد فلو فسخ البيع بخيار الشرط كانت المنافع السابقة على الفسخ لمن انتقل اليه (اي منفعة الثمن للبايع ، والمبيع للمشتري ومقتضى ذلك فيما نحن فيه ايضاً تقسيم النفع الموجود بالحصص كما لا يخفى .

المسألة ٣٣ - وفيه مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف ان اشتراطه (اي التمكن من التصرف) مختص بما يعتبر في زكاته الحول .
* والانصاف ان انتظار تمام مدة المضاربة لا ينافي التمكن من التصرف فيه عرفاً لانصراف ادلته عنه واما ما ذكره من اختصاص هذا الشرط بغير المقام فهو محل اشكال فراجع كتاب الزكاة ،

المسألة ٣٣ - اذا ثبت الخيانة من العامل ... اقواهما العدم (اي عدم جواز رفع يده على الثمرة) لانه مسلط على ماله .

* «هذا مضافاً الى بقاء عقد المضاربة بحاله والمفروض اقتضائه كونها تحت يده»

المسألة ٣٤ - قالوا المغارسة باطله ... بل ادعى جماعة الاجماع عليه

* «الاقوى صحتها للعمومات» وكان نظر المجمعين الى ان جواز هذه العقود مع اشتغالها على الجهل والغرر خلاف القاعدة لا بد من الاقتصار على المتيقن منها ولم يثبت في المقام لكن قد عرفت انها موافقة للقاعدة وان الغرر هنا منفي ومعلومية كل شيء بحسبه .

المسألة ٣٥ - فعليه (على المالك) اجرة عمل الغارس ان كان جاهلاً .

* «لا فرق بين العلم والجهل كما مر في اشباهه» وهكذا في طرف المالك بعد بنائهما على الصحة ولو بعدم الاعتناء بحكم الشارع المقدس لان المفروض عدم اقدامهما على شيء مجاناً .

المسألة ٣٦ - او الامر بقلعه او قلعه بنفسه

* «قلع المالك بنفسه انما يجوز اذا امتنع صاحبه عن القلع والا يشكل التصرف في مال غيره بغير اذنه» .

المسألة ٣٦ - وله (للمالك) الابقاء بالاجرة او الامر بقلع الغرس .

* «جواز قلعه مع العلم بالفساد مشكل» فان التزام المالك بشيء التزام بلوازمه، ومنه يظهر انه في هذه الصورة لوقلنا بجواز القلع لا يبعد ملاحظة التفاوت بين قيمته قائماً وقيمه مقلوعاً .

المسألة ٣٦ - ولكن كلمات الاخرين لا يقبل هذا الحمل بل هي صريحة

في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع

* «لاصراحة في كلماتهم في ذلك» فان اعترافهم بلزوم ملاحظة اوصافه الحالية من كونه في معرض البقاء مع الاجرة او القلع لاثاره بعد كونه مشروطاً باذن المالك، والمفروض ان اذنه غير حاصل هنا وبقائه مشروط بشرط غير موجود، ومن المعلوم ان مثل هذه الحالة لاثاره في القيمة .

المسألة ٣٦ - و من الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه

مشروطاً بالارش لامطلقاً، فان استحقاقه للارش من اوصافه . . . مع انه مستلزم للدور

* المراد من الدور هنا ان الارش هو تفاوت قيمة ما بين كونه قائماً مع اوصافه و كونه مقلوعاً، والمفروض ان استحقاق الارش جعل من اوصافه، فمعرفة الارش يتوقف على اوصافه التي منها استحقاق الارش . وهذا هو المراد من الدور هنا نعم لو اريد من الارش قيمة النقص الحاصل بالكسر ونحوه عند القلع فلا دور

المسألة ٣٧ - اذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها... يحمل

فعلهما على الصحة.

* «الاقوى فيه تفصيل فان كان ظاهر الفعل انه بعنوان المغارسة وقلنا يبطلانها

فلأوجه للحمل على الصحة ، وان لم يعلم عنوانه الواقعي وانه كان مصالحة او اجارة
صحيحة او مغارسة باطلة فالحمل على الصحة في محله

تذنيب- في الكافي عن ابي عبدالله (ع) ...

* لم اعر ف مناسبة كثيرة لبعض ما ذكره قدس سره من الروايات هنا فتأمل جيداً
والى هنا تم الكلام في كتاب المساقاة والحمد لله .

كتاب الضمان

كتاب الضمان

ويشترط فيه امور : احدها «الايجاب» ويكفى فيه كل لفظ دال، بل يكفى الفعل الدال.

* و من اظهر الافعال دلالة عليه الكتابه والتوقيع عليها و ما فى بعض الحواشى من انه لا يوجد فعل دال عليه كما ترى ، وقد ذكرنا فى محله كفاية الانشاء بالكتابة فى العقود كلها الا ما خرج بالدليل .

الثانى - فيكون من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول ، كذا ذكره

* وهذا هو الاقوى ، لا لاجماع المدعى و شبهه ، بل لان ماهية الضمان عند العقلاء ماهية العقود ، لانه تبديل مال بمال آخر ، فكيف يمكن بدون قبول مالكة ، وما ورد فى الحديث الصريح فى اعتبار رضا المضمون له شاهد على ما ذكرناه فان هذا الرضا كالرضا فى البيع ، و اما الحديث المنسوب الى النبى ﷺ من امتناعه عن الصلاة على ميت حتى ضمنه على ^{الابن} الظاهر فى عدم الحاجة الى القبول مضافا الى الاشكال فى سنه قابل للحمل على ما ذكرناه لاحتمال حضور المضمون له و كون سكوته بمنزلة القبول والافهوا شاذ معرض عنه .

الثانى - اما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه

* والعمدة فيه ان العقد قائم بين الضامن والمضمون له ، واما المضمون عنه فليس طرفاً له ، فلا يعتبر رضاه ، نعم اذا استلزم ضرراً عليه فينفى بادلته نفي الضرر

الرابع - كونه مختاراً

* «هذا الشرط معتبر في المضمون له ايضاً لاتحاد الدليل في البابين»

الخامس ... واما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً

* فان قبوله تصرف في امواله فلا يجوز بحكم الحجر عليه، بخلاف ايجاب الضامن فانه تصرف في ذمته لافي امواله وهذا هو الفارق بين المقامين.

الخامس ... لكن لا ينفع اذن في جواز الرجوع عليه

* «بل ينفع في صورتين : احدهما بالنسبة الى مقدار نصيب المضمون له، والثاني بالنسبة الى ما بعد الحجر» اما الثاني فهو واضح ، واما الاول فانه ملزم باداء دينه كلاً او بعضاً الى المضمون له فله تبديله بالضامن ولا يتفاوت الحال بينما اذا اخذه المضمون له الذي هو من الغرماء ، او الضامن الذي يقوم مقامه .

السابع : التنجيز فلو علق الضمان على شرط ... بطل على المشهور

* الانصاف عدم بطلان التعليق في الفرض الثاني ، «اي اذا قال اناضامن ان لم يف المديون الى زمان كذا» لان العمدة في بطلان التنجيز ليس هي الاجماع ولا عدم امكان التعليق في الانشاء (لعدم الاعتبار بالاجماع في هذه المسائل ، وجواز التعليق في الانشاء كما حقق في محله في الاصول فسي بحث الواجب المشروط) بل العمدة هي منافية التعليق لحقيقة العقد عند العرف والعقلاء ، فمن قال بعثك هذا ان اجاز ابي او جاء اخي لا يعد عقداً ومعاهدة وبيعاً عند العقلاء وهذا الامر مفقود فيما نحن فيه ، فاذا وقع النزاع بين الدائن والمديون و اراد رجل ثالث فصل الخصومة بينهما فقال اناضامن لاداء الدين ان لم يف هو الى زمان كذا او ما اشبه ذلك ، فانه يعد عقداً وعهداً عند العقلاء ولا يضره مثل هذه التعليق كما هو ظاهر ، والوجه فيه ان الضمان لا يرتبط بالاثنين بل يرتبط في الحقيقة بثلاثة اشخاص ، ولذا يمكن تعليقه على عدم وفاء المضمون عنه بدينه ، ولا يتوهم

ان هذا انما يصح لو قلنا بان الضمان من قبيل ضم الذمة الى الذمة لان المسئلة غير مبنية عليه ، بل يجوز للضامن التصريح بان المديون ان لم يف الى زمان كذا انتقل ذمته الى ذمته ، فاذا قبله المضمون له كان عقداً صحيحاً عند العقلاء ، وامضاه الشارع المقدس بعدم ردعه بل يشمل العمومات

الثامن : كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه ... بل عن

التذكرة الاجماع عليه

* «لا يخلو عن اشكال» بل يمكن ان يقال : ان كان الضمان بمعنى نقل ذمة الى ذمة (فعلاً) ، ارضمها اليها كذلك فلا اشكال في عدم صحة ضمان مالم يجب ، والظاهر ان كلمات القوم و اجماعهم ناظرة الى هذا المعنى ، اما ان كان بمعنى النقل او الضم مشروطاً او معلقاً على تحققها فلا مانع من ذلك اذا تحقق مقتضيه لبناء العقلاء عليه ، لاسيما في استخدام الاجير قبل اشتغاله بالعمل فيضمنه غيره غالباً بمعنى كون خساراته في المستقبل عليه ، وتدل عليه كلماتهم في ضمان مال الجعالة ، بل وقوله تعالى «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم» فلا ينبغي الاشكال في صحة ذلك ، ولكن سيأتي في مسئلة ٣٧ الاشكال في دلالة الآية ومع ذلك اصل المسألة ثابتة .

التاسع : ان لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه ... لكن لادليل

على هذا الشرط .

* «فيه اشكال» فان الحق تفاوت الضمان والحوالة مفهوماً ومصداقاً فان الضمان امر قائم بالضامن والمضمون له ، والضمان هو الموجب والمضمون له هو القابل واما الحوالة امر قائم باشخاص ثلاثة : المحيل المحال والمحال عليه ، والموجب هو المحيل ، والقابل هو المحال والمحال عليه ، ومن المعلوم ان المحيل غير الضامن ، فلا يمكن انشاؤها بانشاء واحد حتى يترتب عليه احكامهما .

التاسع ... لان المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن

* الصحيح ان يقال لم يحل دائنه .

العاشر - امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على

وجه يصح معه القصد الى الضمان

* «هذا غير كاف ، بل لابد ان يكون مع ذلك الضمان غير سفهي» فلو دار امر الدين بين الف نفر او دار امر المضمون له بين رجال مختلفين جداً اشكل الامر غالباً ولم يكن هذا الضمان معقولاً عند العقلاء بل عدّ سفهياً غريباً.

المسألة ١ - لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه

* «الاحوط لولا الاقوى اغتفار الجهل بما هو المتعارف في هذا الباب» فامامنا خرج عن المتعارف بين العقلاء فلا يجوز ، كما اذا دار امر الدين بين الالف ومائة الف» ، الا ان يصرح الضامن بانه يضمنه ولو كان مائة الف او اكثر وذلك لعدم دلالة العمومات على ازيد منه ولم يثبت حديث «الزعيم غارم» من طرقنا ، والضمان المنقول عن علي بن الحسين عليه السلام قضية في واقعة ، لانه كان عالماً بمقدار الدين ، هذا مضافاً الى امكان عده من المعاضات من ناحية المضمون له او الضامن ايضاً اذا كان اذنيا وقد ثبت في محله نفي الغرر عن جميع المعاضات فتأمل .

المسألة ٢ - اذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة

المضمون عنه الى ذمة الضامن .

* «الاقوى ان الضمان عند العرف والعقلاء له معنيان : احدهما قبول دين المديون ، والثاني ذم ذمته الى ذمته ، فايهما قصد كان له اثر» والمسئلة وان كانت معركة للارأ وفيها اقوال اربعة او خمسة ، ولكن الانصاف ان ماهية الضمان بحسب نية الضامن والمضمون له تختلف جداً ، فمن ضمن عن ميت لامال له ، ديناً ، فهو قاصد الى النقل بلا اشكال ، كما ان من ضمن مستدينا من البنوك كان

من نيته ضم ذمته الى ذمته على نحو الترتب ، وكل واحد منهما دائر بين العقلاء واطلاقات ادلة العقود يشملهما ، ومن البعيد جداً أن يقصد الضم ويكلفهما الشارع بالنقل ، وكذلك عكسه ، ومن البعيد ايضاً أن يكون ذهن الضامن خالياً من كل شيء ، لانه اذا اختلفت حقيقة الضمان كيف ينوى انشائه بدون القصد الى احدهما وليس هذا من احكام الضمان بل محتواه و ماهيته ، هذا بحسب مقام الثبوت ، واما بحسب مقام الاثبات فلا بد من ملاحظة القرائن فاذا كان الضمان من ميت لامل له وشبه ذلك كان من القسم الاول ، مثل ماورد فيما راده العامة والخاصة من تأخر النبي صلى الله عليه وآله عن الصلاة على ميت حتى ضمنه بعض الحاضرين ، وكذا اذا كانت الصيغة بعنوان «على دينه» فان هذا ظاهر في النقل ، واما اذا كانت القرائن تشهد على الثاني كما هو كذلك في البنوك في عصرنا يؤخذ بمقتضاه واذا شك بينها فاللازم الرجوع الى الاصول العملية ، هذا و كلماتهم في هذا الباب مشوشة والاستدلال بالاجماع او الاستناد الى بعض الروايات كروايتي عبدالله بن سنان وحسن بن الجهم (الوسائل كتاب الضمان ٢ / ١ و ٤ / ١) بعد قيام القرائن على كونه من قبيل القسم الاول مشكل جداً والله العالم بحقايق الامور

المسألة ٣ - و اما في الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة فان ابراء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن ايضاً

* «يختلف هذا على المباني فان كان الضم من قبيل الترتب و الوثيقة ولاشك في براءة ذمة الضامن بابراء المضمون عنه دون العكس ، وان كان من قبيل التخخير كما في تعاقب الايدي فابراء احدهما لايدل على ابراء الآخر» الا ان يستفاد من القرائن الخاصة غير ذلك .

المسألة ٤ - الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له ، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين اعساره .

* «اذا كان ظاهر حال المضمون عنه عدم الاعسار لايبعد جوازفسخ الضمان من ناحية

الضامن دفعا للضرر» وهو اشبه شيء بخيار الغبن، والظاهر انه لا فرق بين هذه المسئلة والمسئلة الآتية .

المسألة ٤ - وفي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور .

* «وهو الاقوى لما عرفت في سابقه» .

المسئلة ٣ - وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مما طلا . . . وجهان

* «الاقوى عدم الخيار لعدم ما يدل عليه بعد حرمة القياس» .

المسئلة ٥ - يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له .

* « كلاهما لا يخلو عن اشكال» وذلك لان اللزوم يحتمل كونه من احكام الضمان لامن حقوق الطرفين حتى يقبل التقايل و بعبارة اخرى حيث لم يثبت كون اللزوم من حقوق الطرفين لا يجوز لهما اشتراط الخيار كما لا يجوز لهما التقايل ، ولا يجوز الرجوع الى عموم ادلة الخيار بعد الشك في قابلية المحل ، هذا مضافاً الى انه لو كان الضمان من قسم ضم الذمة الى الذمة اشكل الامر في اشتراط الخيار من ناحية الضامن ، لانه ينافي كونه وثيقة وان هو الاكالرهن الذي صرح بعضهم بعدم جريان الخيار فيه من ناحية الراهن (١) مضافا الى ان اشتراط الخيار في الضمان غير متعارف عند العقلاء .

المسئلة ٥ - والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما

* «اما بالنسبة الى الضامن فلا اشكال فيه. واما بالنسبة الى المضمون له فهو مشكل جدا لشبهة الربا» بناء على جريانها في جميع المعاديات كما هو المشهور بينهم .

المسئلة ٧ - يجوز ضمان الدين الحال ، حالا ومؤجلا

* كل ذلك لشمول عمومات الضمان له ، وغاية ما استدلبه على عدم الجواز في بعض فروع المسئلة امور ثلاثة : كونه من قبيل في ضمان مالم يجب ، وعدم جواز

زيادة الفرع على الاصل ولزوم المماثلة ، فانه نقل للدين مع جميع صفاته ، ولكن جميع ذلك كما ترى ، فان ضمان مال يجب انما هو فيما لم يكن هناك دين كنفقة الايام المستقبلية للزوجة ، و الضمان ليس فرعاً من جميع الجهات، كما ان المماثلة انما تعتبر في مقدار الدين على اشكال ، نعم اذا كان الضمان من قبيل ضم الذمة امكن الاستدلال بلزوم المماثلة وعدم زيادة الفرع على الاصل ، ولكن كلام القوم في الضمان بمعنى نقل الذمة الى الذمة كما لا يخفى .

المسألة ٨ - اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لا للدين .

* «ولكن اذا كان الاذن مقيداً بالضمان المؤجل كما هو ظاهر العبارة او محتملها فلا يجوز للضامن الرجوع الى المضمون عنه قبل الاجل» لعدم اذنه في ذلك كما هو المفروض ، نعم لو كان الاذن مطلقاً لكنه ضمنه مؤجلاً يصح ما ذكره في المتن

المسألة ٩ - اذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك . . .

* المراد به ما كان باذن المضمون عنه والا لا يترتب عليه هذه الاثار .

المسألة ١٠ - اذا ضمن الدين المؤجل حال باذن المضمون عنه . . .

* و دليله ظاهر ، فان جواز الرجوع الى المضمون عنه عموماً او خصوصاً تابع لمقدار ظهور كلامه في الاذن ، و ليس هنا محل التمسك بعمومات جواز رجوع الضامن اليه ، لانه من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقيه ، فالمدار دائماً ظهور اذن المضمون عنه .

المسألة ١١ - اذا ضمن الدين المؤجل باقل من اجله واداه ليس له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء اجله .

* «الاقوى فيه التفصيل بين ما اذا صرح في مقام الاذن بانه راض بضمانه قبل الاجل ويؤديه او كان كلامه ظاهراً في ذلك وبين ما كان الاذن مطلقاً ولم يكن له ظهور ، ففي الاول يرجع الى المضمون عنه دون الثاني وهذا الكلام يجري في

الفرع الآتي بل وغيره» .
المسألة ١٢ - : اذا أضمن بغير اذن المضمون عنه برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه ... الى ان يأذن له في الاداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه كان يقول . «اد ماضمت عنى وارجع به على» على اشكال .
* «الظاهر انه لا اشكال فى كونه وعداً ابتدائياً ولا يدخل فى مسألة امر الأمر الموجب للضمان فان المفروض انتقال الدين بضمان الضامن فالضامن انما يؤدي دين نفسه والاذن لائثر له وعبارة المتن ايضا لا يخلو عن تشويش» .

المسألة ١٣ - وانما يرجع (الضامن) عليه (المضمون عنه) بمقدار ما اداه فليس له المطالبة قبله
* «الظاهر ان هذا الحكم موافق للقاعدة، وذهب المشهور اليه من هذه الناحية، كما ان رواية عمر بن يزيد وكذا رواية ابن بكير ايضا ناظرتان اليه، وحاصله: ان اشتغال ذمة الضامن بدين لا يكون دليلاً على اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن ، فان هذا الاشتغال انما هو بمقتضى اذنه ، وظاهر الاذن انه يؤديه اذا ادى الدين لا غير، حتى لو شككنا فى ذلك فالاصل براءة ذمة المضمون عنه قبل اداء الضامن دينه .

المسألة ١٣ - ويتفرع على ما ذكره (فروع)

* هذه الفروع على المختار من ان المسألة مبنية على القاعدة واضحة ولكن بناء على ما ذكره الماتن قدس سره من كونها مخالفة للقاعدة وانها ثابتة بالنص لا يخلو بعضها عن خفاء .

المسألة ١٤ - واما لو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالابراء او لا؟ وجهان
* « لو كان هبة ما فى الذمة بحسب الماهية غير الابراء كان الوجه الثانى وجيهاً ولكن الكلام فى اختلافهما موضوعاً و ماهية بخلاف الارث الذى يأتى حكمه فى ذيل المسئلة فما فى بعض حواشى الاعلام من قياس الارث على الهبة غير صحيح قطعاً» .

المسألة ١٥ - لو باعه او صالحه المضمون له بما يسوى اقل من الدين ...

وهو مشكل

* «لاشكال فيه بعد ما عرفت من كون الحكم موافقاً للقاعدة» وشمول الرايتين له ايضاً غير بعيد .

المسألة ١٦ - كما هو ظاهر المشهور .

* «وهو المختار كما عرفت في المسائل السابقة» .

المسألة ١٦ - ليس له الاحتساب الا باذن جديد او العلم ببقاء الرضاء به

* قد يقال - كما في المستمسك - بانه يكفى الشك في بقاء الرضاء فيستصحب ولكن يمكن الايراد عليه بانه من قبيل الاصل المثبت وان عنوان الوفاء قد حصل من ضم الاستصحاب الى الوجدان ، بتحقق الدين باداء الضامن ومن المعلوم ان عنوان البقاء بسيط ومن اللوازم العقلية لهما فتأمل .

المسألة ١٧ - فيتها تران او يتقاصان .

* «ليس هنا موضع التقاص» الا ان يقال ان المراد منه التقاص القهرى ولكنه يرجع بالمآل الى التهاثر .

المسألة ٢٠ - يجوز ان يضمن الدين باقل منه برضا المضمون له وكذا

يجوز ان يضمنه باكثر منه .

* «الضمان بالاكثر مشكل جداً لمنافاته لحقيقة الضمان» سواء كان بمعنى نقل الذمة او ضم ذمة الى ذمة ، ولما فيه من شبهة الربا بناءً على جريانه في مطلق المعاوضات ، واما الضمان باقل من الدين فحيث انه لا معنى له الا ابراء بعض الدين فهو صحيح، على كل حال .

المسألة ٢١ - يجوز الضمان بغير جنس الدين .

* «ولكنه في الحقيقة يرجع الى معاوضة في ضمن عقد الضمان» وهو معاوضة

جنس الدين بجنس آخر وهكذا مسألة وفاء الدين بغير جنسه ، واما تصحيحه من باب الاشتراط فهو مشكل، لانه شرط مخالف لمقتضى العقد، هذا ولو كان في التبديل بغير الجنس محاباة فالظاهر عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه الا بهذا المقدار .

المسألة ٢٢ - بنحو شرط النتيجة .

* والدليل على صحته فيما لم يشترط فيه صيغة خاصة (كالنكاح و الطلاق) هو عمومات ادلة الشروط، ولا يعتبر في الشرط التملك، ولا اضافته الى مالكة كما قيل، بل المعتبر فيه ان يكون في الشرط نفع عائد الى احد الطرفين لاغير.

المسألة ٢٣ - اذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل

ينفك بالضمان او لا ؟

* ولا يترك الاحتياط، واختار غير واحد من المحشين انفكاك الرهن، ولعل نظرهم فى ذلك الى ان الرهن كان على خصوص دينه لادين الضامن ، لالانه لا يجوز رهن مال انسان لدين غيره فان ذلك جائز بالاجماع بل لان ظاهر الرهن كونه وثيقة لخصوص الدين المضمون عنه بل لو شك فى ذلك يشكل استصحاب بقاء الرهن لتبدل الموضوع فان تعلق الرهن بهذا الدين شىء غير تعلقه بالآخر ، والمسئلة مع ذلك غير صافية عن الاشكال فلا يترك الاحتياط .

المسألة ٢٤ - يجوز اشترط الضمان فى مال معين على وجه التقييد .

* والتقييد مشكل الا ان يرجع الى الاشتراط وذلك لما ذكرناه غير مرة من ان التقييد الذى يرجع الى مقومات العقد ليس فى اختيار المتبايعين ، و انما هو بارتكاز العرف والعقلاء ، فلو اخذ المشتري وصف الصحة فى المبيع على نحو التقييد اشكل الحكم ببطلان البيع بانتفاء وصف الصحة فانها ليست من المقومات فى نظر العرف ، فما فرع عليه فى المتن من بطلان الضمان بتلف المال غير ثابت

المسألة ٢٥ - كما انه اذا نقص يبقى الناقص فى عهده .

* ينبغي التفصيل على مختاره هنا ايضاً بين كون المجموع قيماً او كل جزء كذلك فعلى الاول يتوجه الحكم بالبطلان ولكن قد عرفت الاشكال في اصل التقييد .

المسألة ٢٣ - وعلى الثاني لا يبطل ، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن او المضمون له .

* وقد يقال انه في صورة التلف لم يتخلف المضمون له من الشرط فكيف يكون خيار للضامن ؟ بل الضامن غير قادر على الاداء من المال المعين ، ولكن يمكن الجواب عنه بان ملاك خيار تخلف الشرط ليس استنكاف المشروط عليه بل المدار على عدم تعهد المشروط له باكثر من صورة وجود الشرط ، وهنا لم يتعهد الضامن ازيد من اداء الدين من مال معين فاذا تلف لم يكن عليه شيء من هذه الجهة

المسألة ٢٤ - واما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن فلا يصح .

* « ان كان المراد انه لا يصح بعنوان الضمان فهو حق واما ان كان المراد انه لا يصح مطلقاً حتى بعنوان عقد جديد بين مافي ذمة المضمون عنه والعين الخارجية فلا وجه له بعد عموم صحة العقود» .

المسألة ٢٥ - اذا ضمن اثنان ... ولو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق ، ويحتمل قويا كونه كما اذا ضمنا دفعة ، خصوصاً بناء على اعتبار القبول .

* « قد عرفت ان القبول معتبر في الضمان ، ولكن اذا تأخر القبول عن الايجاب كان الحكم كما ذكره ، وان كان الضامن هو الاول كما هو الظاهر فلا بد من التفصيل في المسئلة» .

المسألة ٢٦ - اقويها الاخير .

* هذا بناء على كون الضمان من قبيل ضم ذمة الى ذمة واضح واما بناء على كونه من قبيل النقل فهو ايضاً لا مانع منه ويكون كالواجبات الكفائية كالضمان في

تعاقب الايدي ، والقول بان الضامن من تلف العين في يده كما في الجواهر بعيد لان نسبة «على اليد» نسبة واحدة ، لجميع الايدي .

المسألة ٢٧- اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما، ما على الآخر... صح

* انما يصح اذا كان له ثمرة كما اشار اليه في المتن واما لو كانا متساويين من جميع الجهات وكان البناء على ضمان كل من الآخر كان لغواً وشبههاً بالهزل فيبطل، واعلم ان حق العبارة ان يقال : اذا كان له على كل واحد من رجلين مال...

المسألة ٢٧- وان ادى البعض ... ولم يقصد احدهما فالظاهر التقسيط

* والوجه فيه ان كلا الدينين في ذمته من دون فرق بينهما ، وكون احدهما اصالتاً والآخر من ناحية الضمان ليسا من العناوين القصدية حتى يحتاج الى القصد فاذا يسقط من المجموع ولازمه التفصيل ، واما القرعة فليس هنا محلها كما نبهنا عليه في قاعدة القرعة من كتابنا «القواعد الفقهية» .

المسألة ٢٧- كذا الحال في نظائر المسألة ، كما اذا كان عليه دين، عليه

رهن ودين آخر لارهن عليه... فان الظاهر في الجميع التقسيط .

* والوجه فيه ايضاً ما عرفت من ان اداء الدين بنفسه وان كان من العناوين القصدية ولكن كونه من الدين المرهون عليه او من غيره لا يحتاج الى القصد، والا كان ادائه بدونها باطلا مع انه خلاف الوجدان ، وحيث لا ترجيح بينهما فاللازم التقسيط .

المسألة ٢٨- لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين ... كما

لا يشترط العلم بمقداره .

* «لا يخلو عن اشكال لما عرفت من ان العلم بحدود الدين لازم اذا كان الجهل به موجبا لغرر ، وكان العقد سفهياً ، نعم اذا علم مقداره على فرض ثبوته لامانع من الضمان وهو نظير الطلاق احتياطاً اذا شك في اصل النكاح .

المسألة ٢٨ - او باليمين المردودة

* «بناءً على حجية اليمين المردودة في جميع الموارد»

المسألة ٢٨ - ويلزم (المضمون عنه) عنه (اي عن الضامن) بادائه في

الظاهر

* «على الاحوط واحوط منه التصالح بين المضمون له والمضمون عنه» وذلك كله لان المضمون عنه بعد الضمان المطلق صار كالاجنبي وانتقل الدين منه الى ذمة الضامن (بناءً على نقل الذمة) فاقراره حينئذ كاقرار الاجنبي ، فلاوجه للرجوع اليه بعد العلم التفصيلي بفراغ ذمته مهما كان فتدبر .

المسألة ٢٩ - لوقال الضامن على ما تشهد البينة وجب عليه اداء ما

شهدت ثبوته حين التكلم .

* سواء كان اصل الدين ثابتاً ومقداره مجهولاً ، او كان اصل الدين مجهولاً ، وذلك لما هو محقق من جواز الضمان على فرض ثبوت الدين ، كما هو كذلك في الطلاق الاحتياطي او البراء كذلك او غير ذلك من العقود الواقعة بعنوان الرجاء والاحتياط وليس هذا من قبيل التعليق في الانشاء بل هو انشاء بالرجاء .

المسألة ٢٩ - فهو كما ترى لاوجه له .

* لان البينة لاموضوعية لها بل هي طريق عرفي ، وفرض الموضوعية لها نادر جداً

المسألة ٣٠ - مع ان الفائدة يظهر في الاعسار واليسار

* واي فائدة اظهر واجلي من نقل الذمة في كل ضمان ؟ وان هو الا كبيع متاع لزيد ثم بيع زيد لعمرو ثم اشتراء البايع الاول له لاغراض شتى .

المسألة ٣١ - اذا كان الفقير مديوناً يجوز ان يضمّن عنه بالوفاء من

طرف الخمس او الزكاة او المظالم او نحوها .

* «في اطلاقه اشكال» وانما يصح ذلك اذا ضمن الضامن في ذمة نفسه ثم اداها

من هذه الاموال والقدر المتيقن منه سهم الامام عليه السلام فانه يعلم برضائه عليه السلام باداء ذمته من ماله اذا ضمن ممن يكون مصرفاً لسهمه عليه السلام وكذا الزكاة من سهم سبيل الله بناءً على كونه بمعنى مطلق ما يكون في سبيله لخصوص الجهاد وتبليغ الدين ، واما غيره ، فلا يخلو عن اشكال لاحتمال وجوب التمليك للفقير فتأمل

المسألة ٣٢ - اذا كان الدين الذي على المديون زكاة او خمساً جاز

ان يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي

* بمعنى ان الحاكم يقبل الضمان من ناحية الامام عليه السلام او من ناحية ارباب الزكاة والافالمضمون له واقعاً هو الامام عليه السلام او عنوان المساكين وشبهه ، وذلك لان المالك الاصلى هو عليه السلام او الجهة في باب الزكاة ، والحاكم يقبل ذلك بعنوان النيابة او الولاية .

المسألة ٣٣ - اذا ضمن في مرض موته فان كان باذن المضمون عنه

فلا اشكال في خروجه من الاصل

* الا اذا كان المضمون عنه ممن لا يوثق به لان قبول ضمانه يوجب وقوع المال في الخطر وقد يكون شبيهاً بالتبرعات .

المسألة ٣٣ - وان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل

* «سيأتي ان شاء الله في محله» .

المسألة ٣٤ - وكذا لا يجوز الضمان الكلي في المعين ... فانه لا يجوز

الضمان عنه والاداء من غيرها .

* «بل لا يجوز الضمان والاداء منها» وذلك لان الضمان متقوم بالدين وهنا

ليس من الدين عين ولا اثر ، لان الكلي في المعين عين خارجي ، ولذا لو تلف جميع الصبرة بغير تفريط تلف حقه ولو بقي منه بمقدار حقه كان الباقي ملكاً له فقط .

المسألة ٣٥ - لكن مع ذلك لا يخلو عن اشكال (يعني ضمان نفقة الاقارب)

* «الظاهر انه لا اشكال في بطلان هذا الضمان» لعين ما ذكره من ان ظاهر ادلة وجوب هذه النفقة كونها حكماً تكليفياً ، لاحقاً ودينياً في الذمة .

المسألة ٣٧ - اختلفوا في ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل ... لقوله تعالى «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم»

* الاستدلال بالاية الشريفة فرع كون وانا به زعيم بمعنى الضمان وان يكون الجعالة من غيره او من بيت المال حتى لا يتحد الضامن والجاعل ، والا كان من باب التأكيد ، وايضاً فرع كون هذا الضمان باذن يوسف عليه السلام او برأى ومسمع منه وشيء من هذه غير ثابت ولا سيما الثاني فالعمدة في دليل جواز ضمان مال الجعالة هو كفاية المقتضى للثبوت كما مر مراراً .

المسألة ٣٨ - سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها، عيناً ومثلها او قيمتها على فرض التلف .

* حقيقة الضمان في هذه الموارد ان العين في عهده ، الاستفادة من قوله عليه السلام «على اليد ما اخذت» فاذا كانت العين موجودة يردّها بشخصها وان كانت تالفة يردّها بنوعيتها فان لم يكن لها مثل يردّها بماليتها فاذا كان الغاصب ضامناً ومأخوذاً بهذا الحكم الوضعي وكذا المستعير للعارية المضمونة وشبهها فأي مانع من ان يضمن انسان آخر ضماناً مثله .

المسئلة ٣٨ - واما ضمان الاعيان غير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد او تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته والاقوى بمقتضى العمومات صحته ايضاً .

* «ان كان ضمانه على فرض التعدي والتفريط بان يقول انا ضامن لفلان لو تعدى او فرط في امانتك فهو صحيح قطعاً ورائج بين العقلاء عند استخدام العمال ، وليس من قبيل التعليق في الانشاء ، بل في المنشأ» واما ان كان الضمان على فرض عدم التعدي ايضاً فهو ليس بضمان لان حقيقة الضمان ان تكون ذمة الغير مشغولة اما

بالدين او اداء العين او المثل او القيمة ، نعم لامانع من ادراجه في عقد جديد كعقد التأمين يتعهد بجبران الخسارة في مقابل اداء مال دفعة او اقساطاً وتمام الكلام في محله .

المسئلة ٣٩ - وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان .

* «قد عرفت ان ضمان الاعيان ايضاً صحيح في الجملة فلا يكون هذا استثناء» .

المسئلة ٣٩ - مع امكان دعوى ان الارش ايضاً لا يلزم الا باختياره

و مطالبته

* «الاطهر بحسب متفاهم العرف ان الارش ثابت بسبب البيع» لان وصف الصحة لها حظ من الثمن غاية الامر انه اذا اختار الفسخ ينتفى موضوع الارش وتمام الكلام في محله في خيار العيب.

المسئلة ٤٠ - اذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً للغير

فالاقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض .

* «الاقوى ان في المسئلة تفصيلاً: فلو كان الضمان مقيداً بخصوص ما كان مستحقاً للغير فما ذكره في المتن واضح، واما ان كان عاماً لجميع ما يحصل بسبب العيب ولو من ناحية الفسخ بالخيار كان الاقوى ما ذكره الشيخ بناءً على كفاية السبب في صحة الضمان ولعل النزاع هنا لفظي» .

المسئلة ٤١ - وقد يورد عليه (على ضمان البايع لما يحدثه المشتري

من بناء او غرس في الارض المشتراة) بانه لامانع لضمان شخص عن نفسه .

* «وهذا هو الحق» واما توجيهه بتعدد الجهة بمعنى انطباق عنوانين على البايع عنواني البايع والضامن فهو تكلف واضح لايساعده اعتبار العقلاء ، بل المعبر عندهم تعدد الضامن والمضمون عنه لان الحكمة في الضمان عندهم كون الضامن اوثق او اشد ربطاً واتصالا بالمضمون اليه من المضمون عنه، وهذا غير متصور في

شخص واحد ، وقد عرفت غير مرة ان وجوب الوفاء بالعقود وشبهه منصرف قطعاً الى ما يتعارف عند العقلاء من العقود والعهود والشروط .

المسألة ٤١ - واما اذا اشترط ضمانه (اي ضمان درك البناء والغرس وشبههما) فلا بأس.

* « هذا ايضاً مشكل جداً » لانه من قبيل تحصيل الحاصل، وظاهر ادلة الشروط انها التزام امر جديد لا يقتضيه العقد ، فهل يصح ان يشترط المشتري على البائع انه لو ظهر العيب في المبيع فله الخيار حتى يثبت له خيار : ان خيار العيب وخيار الشرط ، والانصاف ان عمومات ادلة صحة الشرط منصرفه عن مثل ذلك مضافاً الى انه لا معنى للشرط فيما نحن فيه فانه اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير يبطل العقد فلا يبقى للشرط الذى فى ضمنه اثر.

المسألة ٤٢ - لو قال عند خوف غرق السفينة القمتعك في البحر وعلى ضمانه صح... بل الظاهر الاجماع عليه وهو الدليل

* بل الدليل عليه حرمة عمل المسلم و ماله و كون المقام من قبيل التسبب والظاهر ان المجمعين ايضاً نظر والى ذلك فتأمل ، وهذا هو الدليل بعينه بالنسبة الى الشق الثانى اما اذا كان بلا فائدة و كان نفس الاتلاف حراماً فلا يجرى فيه هذا الدليل ولا ضمان عليه .

المسألة ٤٣ - واما اذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة اخرى

* والمراد منه هي المصلحة التى يجوز معها القاء المتاع فى البحر واتلافه ولولم تكن بهذه المنزلة فلا ضمان لعدم جوازه شرعاً والحكم التكليفى هنا ينتهى الى الحكم الوضعى كما لا يخفى على الخبير .

((تتمة))

المسألة ١- ولو اختلفا المضمون له والمضمون عنه في اصل الضمان...
لاصالة بقاء ما كان عليه .

* « قال بعض الاكابر بل لاصالة عدم الضمان لانه الاصل السببي بالنسبة الى اصالة بقاء الدين الذي هو الاصل المسببي ، فمع وجود الاصل السببي لا تصل النوبة الى المسببي هذا و لكن ذكرنا في محله ان تقدم الاصل السببي انما هو في موارد الاختلاف اما اذا وافقا فلا يبعد جريان كليهما ولذا استدل الامام عليه السلام باستصحاب الطهارة- في احاديث الاستصحاب- مع ان عدم تحقق النوم بالنسبة اليه سببي والعجب انه قد تكلف في توجيه روايته الاستصحاب بما لا ينافي ما ذكره مع ان الاولى ان يعتقد بما ذكرنا ويأخذ بما هو ظاهر الرواية .

المسألة ١- ولو اختلفا في اعسار الضامن حين العقد و يساره فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه .

* « هذا انما يتم فيما كان مسبوقاً باليسار واما لو كان مسبوقاً بالاعسار فالقول قول المضمون له . فيجوز له فسخ الضمان عملاً بمقتضى الاصل، و اما لو لم يعلم بالحالة السابقة فلا يقدم قول المضمون عنه لعدم العلم بالموضوع و لا يجوز التمسك بالعمومات لانه من قبيل الشبهات الموضوعية، اللهم الا ان يقال ان المخصص في المقام لبني فتأمل .

و اما التمسك باصالة الصحة كما يظهر من بعضهم فهو فاسد ، لانه لاشك في صحة العقد مع الاعسار وانما يظهر اثره في الخيار كما مر .

المسألة ١- وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها

* «والقول هنا قول مدعى الصحة سواء كان المضمون له او المضمون عنه»

المسألة ٢- ... او في اشتراط شيء زائد على اصل الدين.

* «قد عرفت انه يشكل اشتراط امر زائد لشبهة الربا الا ان يكون شيئاً لا يلزم منه الربا» .

المسألة ٣ - لو اختلفا الضامن والمضمون عنه... في اشتراط شيء على المضمون عنه .

* «فيه اشكال ظاهر اشار اليه جمع من اكابر المحشين و هو انه من قبيل الشروط الابتدائية ، لان العقد انما هو بين الضامن والمضمون له فالمضمون عنه ليس طرفاً في عقد الضمان الا ان يؤخذ الشرط في ضمن عقد خارج ، وما قد يقال انه من قبيل (الق متاعك في البحر و على عوضه» فليس بصحيح لانه راجع الى ضمان اصل العين والكلام هنا في الشرائط الزائدة .

المسألة ٣- او اشتراط الخيار للضامن.

* «فيه نظر» لانه يرد عليه اشكالان :

الاول ما عرفت من ان اشتراط الخيار الضامن او المضمون له محل اشكال (فراجع المسئلة الخامسة وما علقنا عليها).

الثاني : ان الخيار ان كان في ضمن عقد الضمان فليس المضمون عنه طرفاً له حتى يصح له طرح الدعوى ، وان كان في ضمن الاذن فليس الاذن من العقود اللهم الا ان يكون في ضمن عقد خارج لازم وهو خلاف ظاهر الكلام.

المسألة ٤- اذا انكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له

الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن او الدين

* «القيد الاخير غير لازم فان الضامن اذا كان منكراً للضمان لا يرجع الى المضمون عنه سواء اعترف بالاذن او الدين اولاً» الا ان يكون هذا القيد توطئة لما يأتي في المسئلة الالية .

المسئلة ٤ - نعم لو كان مدعياً مع ذلك للاذن في الاداء بلا ضمان ولم

يكن منكراً لاصل الدين و فرض كون المضمون عنه ايضاً معترفاً بالدين

والاذن جازله الرجوع عليه.

* «وقد يقال انه لايجوز له الرجوع ايضاً لان المفروض ان المال اخذ منه قهراً ولم يكن بعنوان اداء الدين ولكن هذا الايراد غير وارد فان الرجوع على المضمون عنه لاينفك عن رضاه بالاداء بقاءً .

المسألة ٤ - ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان او الاذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز عليه الرجوع مقاصة.

* «لا معنى للمقاصة هنا لان المفروض قيام البينة على الاذن» فيأخذ المال الضامن بحكم النية القائمة على اذنه ، نعم لو قامت البينة على مجرد الدين صح التعبير بالمقاصة ولكن المقاصة في الذمم لا تخلو عن اشكال لعدم تعين الذمة في العين الخارجي بدون تعيين صاحب الذمة .

المسألة ٤ - و هل يجوز للشاهدين على الاذن في الضمان حينئذ ان يشهدا بالاذن من غير بيان .

* « الشهادة بالاذن بدون ذكر المتعلق لامعنى له» الا ان يكون المتعلق امر جامع بين الضمان والاداء مثل ان يشهدا بان المديون اذن في الاقدام على ما يوجب براءة ذمته فحينئذ لا اشكال في صحة الشهادة ، كما انه لا ينبغي الاشكال في صحتها في الفرض الاتي (اى ما اذا شهدا باصل الطلب من غير بيان علتها) .

المسئلة ٥ - اذا ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه

* «بل وان لم يحلف ، بل وان لم ينكر وسكت» لان رجوعه اليه يتوقف على ثبوت الوفاء وما لم يثبت الوفاء لايجوز له الرجوع الى المضمون عنه كما مر التصريح به في المسئلة ١٣ .

المسئلة ٥- و تقبل شهادته (شهادة المضمون عنه) له (للضامن) بالاداء

* «لا يخلو عن اشكال لاحتمال دخوله في مسئلة عدم قبول شهادة من يجر نفعاً

فتأمل او كون المقام مقام الاتهام غالباً .

المسئلة ٦ - لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه بلاضمان فوفى جاز له الرجوع عليه .

* اذا كان الاذن ظاهراً في قبول الرجوع اليه كما هو الغالب ، لان الاداء تبرعاً لا يحتاج الى الاذن ، ولكن قد يكون الاذن مقيداً بالمجانية او ظاهراً فيه لبعض الاغراض وان كان نادراً .

المسئلة ٦ - ولو ادعى الوفاء وانكر الاذن ، قبل قول المأذون ، لانه امين من قبله

* فيه اشكال لان ادلة الامانة يشكل شمولها للمقام لعدم كون المأذون وكيلًا ولا جبراً وقد جرت سيرة العقلاء على السؤال عن الدائن في امثال المقام او طلب مكتوب يدل على الايصال .

المسئلة ٦ - نعم لو علم انه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه .

* «الاقوى عدم جواز الرجوع» وما ذكره من الدليل غير تام لان الغرض قد يتعلق بالاشهاد وثبوت الاداء ظاهراً حتى يتخلص عن دعوى الدائن .

الى هنا تم الكلام بعون الله الملك العالم في كتاب الضمان .

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

وهي ... احالة المديون دائئه الى غيره ... فلا ينتقض طرده بالضمان
* ان كان المراد منه الحوالة على المديون فهذا لا يشبه الضمان في شيء لان
المفروض اشتغال ذمة المحال عليه كالمحيل بالدين ، غاية الامر ان طرف الدين
في الحالة الاولى كان هو المحيل ، ثم صار المحال عليه من دون نقل ذمة الى
ذمة ، نعم ان كان المراد الحوالة على البريء كان شبيها بالضمان في الجملة
ولكن التفاوت بينهما ايضاً ظاهر لان الضامن هو الذي ينقل الدين الى ذمة نفسه
ولكن المحال عليه لا ينقل الدين الى ذمته بل المحيل ينقله اليه .

كتاب الحوالة ويشترط ... عدم الحجر بالسفه

* من الواضح ان حق العبارة عدم الحجر بالفلس لان شرط عدم السفاهة قديم
كتاب الحوالة - احدها الايجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم
حيث عدوها من العقود اللازمة

* وهو الاقوى بالنسبة الى المحيل والمحتال لانه تبديل ذمة الى ذمة واما
بالنسبة الى المحال عليه فان كانت الحوالة على البريء فهو ايضاً كذلك لانه
احد اطراف العقد فيتركب العقد من ايجاب وقبولين ، وان كانت الحوالة على
على مديون فهو خارج عن اطراف العقد ولا يعتبر قبوله بل ولا رضاه (الا اذا
استلزم ذلك ضرراً عليه فينفي بادلته نفى الضرر كما اذا كان في المحتمل سوء

الاقتضاء او شرارة) هذا كله فى الحوالة بمعنى انتقال الذم ، اما لو كانت على نحو وفاء الدين فلا يكون عقداً مطلقاً .

كتاب الحوالة- يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمة من الموالاة بين الايجاب والقبول .

* «لا يخلو عن اشكال» لما ذكرنا فى محله ان الانشاء اذا كان بالكتابة -بناء على صحتها كما هو المختار- لانقوت الموالاة معها بمضى مقدار من الزمان لان الكتابة تبقى اثرها بخلاف الانشاء اللفظى ولذا لامانع بين اهل العرف والعقلاء ان يحضر البايع فى المكاتب الرسمية، ويوقع على البيع اليوم، ويحضر المشتري غداً او بعد غد، بعد توافقهما عليه، ولكن مثله لا يجوز فى الانشاء اللفظى، وحيث ان الحوالة فى الغالب تكون بالكتابة فالموالاة حاصلة وان مضى عليها زمان الا ان يطول كثيراً .

كتاب الحوالة لانها (الحوالة) نوع من وفاء الدين

* « الانصاف انها ليست وفاء وان كانت شبيهة له من بعض الجهات» لان حقيقة الوفاء وصول الدين الى الدائن وهيئها ليس كذلك، ومنه يظهر الحال فى الضمان واين هذا من الوفاء بغير الجنس الذى ذكره المصنف .

كتاب الحوالة - بل يمكن دعوى ان الوكالة ايضاً كذلك (اى من الايقاعات) .

* « الاقوى ان الوكالة على قسمين : عقدية وهى تحتاج الى ايجاب وقبول، ولها آثار خاصة يمكن مطالبة الوكيل بها، واما الاذنية فهى ليست بعقد و ليس لها تلك الآثار والفرق بينهما ظاهر» .

كتاب الحوالة - كما ان الجعالة كذلك (اى من الايقاعات)

* « اختلف الاصحاب فى كون الجعالة عقداً او ايقاعاً ، و لا يبعد كونها عقداً وقبولها هو فعل المجمعول له ولا يضرها الجهل بالتقابل بعد كون القابل عالماً كما

نشاهد مثله في البيع فيما يسمونه المزايدة و المناقصة و كذا وجود الفصل بين الايجاب و القبول لعدم فوت الموالات هنا عرفاً ولكن المسئلة غير صافية عن الاشكال و تمام الكلام في محله .

الثاني . التنجيز ... كما هو ظاهر المشهور

* وهو الاقوى كما ذكرنا في البيع .

الثالث : الرضا من المحيل و المتحال بلا اشكال

* « هذا اذا كانت الحوالة بمعنى نقل الذمة و اما ان كان بمعنى كون المحال عليه و كيلا في اداء الدين ولم يكن في الرجوع اليه محذور و ضرر فلا يعتبر رضا المحتمل ولكنه ليس من الحوالة المصطلحة .

الثالث : اما اذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف .

* « الظاهر عدم اعتبار رضى المحال عليه اذا كانت الحوالة بمثل ما عليه ، سواء كانت بعنوان نقل الذمة او بعنوان اخذ حقه من طريق الوكالة ، و ان كان الثاني خارجاً عن محل البحث و الوجه فيه ما استقر عليه بناء العقلاء على عدم جلب رضى المحال عليه في هذه الموارد ، و لذا ترى في ايماننا هذا ان الصكوك و الاسناد المالية لا تزال تنتقل من بعض الى بعض ، و قد ينتقل صك واحد الى خمس او عشرة و لا يعترض صاحب الصك بانه اعطاه الى فلان بعنوان الدين و لما ذا وقع في يد آخرين بغير رضاه ؟ اللهم الا ان يكون المحتمل بحيث يوجب مطالبته ضرراً فاحشاً و نقصاً ظاهراً على المحال عليه فيندفع بقاعدة نفى الضرر و جواز بيع الدين بغير رضى المديون دليل ظاهر على ما نحن بصدده .

الرابع : لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان

* « بل هو بعيد » و الفرق بينهما كون الضمان عند تحقق السبب متداولاً بين اهل العرف و هنا غير متداول و قد عرفت عدم شمول اطلاق ادلة العقود لامثال ذلك .

الرابع : بل يبعد الصحة فيما اذا قال اقرضني كذا و خذ عوضه

من زيد .

* « والظاهر ان مآله الى انشاء «قرض» و«حوالة» بصيغة واحدة ويشغل ذمته بما آخذه ، ثم ينتقل منه الى ذمة المحال عليه، فيصحان جميعاً، فلا يبقى مجال لاشكال عدم صدق الحوالة كما عن بعض المحشين .

الخامس : ان يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرأ ... فلا تصح

الحوالة بالمجهول على المشهور

* « و هو الاحوط لو لم يكن اقوى لما ذكرنا في محله من قوة احتمال شمول ادلة نفي الفرر لغير البيع بل لاشك في بطلان بعض الصور الست الذي ذكرها في المتن» مثل ما لوقال خذ شيئاً من دينك من فلان (من غير تبين مقدار الشيء وتردده بين الاقل والاكثر) وكذا ما لوقال احد الدينين الذين لك على ، خذ من فلان ، لعدم دليل على صحة امثال هذه الحوالة وعدم شمول العمومات لها وعدم تعارفها بين العقلاء بل تشملها ادلة نفي الفرر .

الخامس : ولو احال الدينين على نحو الواجب التخييري امكن الحكم

بصحته لعدم الابهام .

* « وهذا مبني على ما ذكر في محله في حقيقة الواجب التخييري و انه متعلق بجميع الخصال فكل واحد واجب ولكن على نحو يسقط الباقي بفعل البعض وهذا احد الوجوه السبعة الذي ذكرناها في الواجب التخييري ولكنه خلاف التحقيق بل لا يبعد ان يكون الواجب احد الخصال ، فحينئذ تعود هذا الوجه الى ما قبله من قوله احد الدينين وتام الكلام في ذلك مو كول الى محله.

السادس : تساوي المالمين . . . و هذا العنوان وان كان عاماً الا ان

مرادهم

* « العبارة لا تخلو عن اشكال لان خبر «ان» في قوله «ان مرادهم» غير مذكور

في العبارة ويمكن تصحيحه بوجوه:

الاول: ان يكون « في » في قوله « فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة » زائدة وتكون العبارة هكذا: « الا ان مرادهم ما كانت الحوالة على مشغول الذمة ».

الثاني: ان يكون الصحيح بدل «اذلا يجب عليه» «انه لا يجب عليه» فتكون العبارة هكذا « الا ان مرادهم انه لا يجب عليه » او يكون الفاء غلطاً في قوله فلا يشمل ويكون لا يشمل خبراً و لكنه بعيد ، او يكون الخبر محذوفاً يعلم من المذكور والتقدير « الا ان مرادهم خاص » .

السادس : او على مشغول الذمة بالدنانير بان يدفع الدراهم

* « هذه العبارة ايضاً لا تخلو عن اشكال ، والصحيح ان يقال : او على مشغول الذمة بالدنانير بان يدفع الدنانير والسرف في ذلك ان محل النزاع كما صرح في اول المسئلة ما كان الاختلاف بين المحيل والمحال عليه ، لا بين المحيل والمحتمل ، فعلى هذا اذا احال على مشغول الذمة بالدنانير بان يدفع الدراهم كان عين محل النزاع لا خارجاً ، هذا مضافاً الى انه لا يساعد عليه قوله رضا الدائن اى المحتمل فان رضاه في هذه الصورة لا اثر له لكون الدين الدراهم والاداء ايضاً من الدراهم فتدبر جيداً .

السادس : وجه الصحة ان غاية ما يكون انه مثل الوفاء بغير الجنس

ولا بأس به .

* « لكن يعتبر رضی المحال عليه لان المفروض اشتغال ذمته بغير هذا الجنس فاذا رضی صح ، وفي الحقيقة جمعت هذه المعاملة بين حوالة ومعاوضة ، ولا مانع منه لاسيما مع جواز انشاء عقدين بلفظ واحد .

السادس : واما اذا احال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من

الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه .

* « اذا رضی المحال عليه لانه من قبيل الحوالة على البرىء الذى يعتبر فيه رضاه ، والحاصل ان فى المسئلة صوراً اربع : صورة واحدة منها محل للخلاف وثلاث صور خارجة

عنه ، اما محل الخلاف ما اذا كانت الحوالة بغير جنس ما يكون على المحال عليه ، واما الصور الثلاث التي ليست محلا للخلاف احديها : ان تكون الحوالة بغير جنس الدين على البريء مع رضاه ، الثانية : ان تكون الحوالة بغير جنس الدين على من هو مشغول الذمة بمثله ، الثالثة : ان تكون الحوالة على مشغول الذمة بغير جنس الدين و لكن مع قطع النظر عن اشتغال ذمته بان يكون كالحوالة على البريء ، هذا كله في اختلاف الحوالة مع ما على المحال عليه ، واما اختلاف الحوالة مع الدين الذي على المحيل فهو خارج عن محل الكلام وداخل في الوفاء بغير الجنس .

المسألة ١ - لافرق في المال المحال به بين ان يكون عيناً في الذمة او

منفعة او عملاً .

* «لكن الحوالة بالنسبة الى المنفعة او العمل غير متعارف جداً وشمول الاطلاقات له مشكل» .

المسألة ١ - وايضاً لافرق بين ان يكون مثلياً كالطعام او قيمياً كالعبد

والثوب .

* «وهذا انما يصح اذا كان اشتغال الذمة بها من طريق السلف» فان المشهور جواز السلف في العبد وغيره من القيميات فيشتغل الذمة بالعبد الموصوف بالصفات وح تجوز الحوالة مع هذه الصفات كما يجوز بيعها كذلك ، نعم اذا كان الضمان من طريق الائتلاف والتلف ثبت في الذمة قيمته لآعينه ، فيخرج عن محل الكلام و على كل حال الاشكال بالجهالة لا معنى له ، هذا « وعد الثوب من القيمي لا يخلو من اشكال بالنسبة الى الثياب المعمولة في عصرنا التي توجد المثلى فيها كثيراً» .

المسألة ٢ - اذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرئه المحتال

* «لكن يعتبر قصد الطرفين للحوالة بمعنى نقل ذمة المحيل الى المحال عليه

فان الحوالة في عصرنا هذا على نحوين نحو منها يكون كالمو كالة في الاخذ وذلك لا يوجب برائة ذمة المحيل وهو كثير، ونحو آخر يكون بعنوان نقل الذمة فاذا قبله اشتغل ذمة المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، .

المسألة ٢ - و تشتغل ذمة المحيل للمال عليه

* « لكنه بعد اداء المال المحال به » كما مر نظيره في باب الضمان و الدليل هو الدليل .

المسألة ٣ - لا يجب على المحتال قبول الحوالة وان كانت على ملي

* « وذلك لان الحوالة نوع تصرف في الدين ولا يجوز الا برضى الدائن .

المسألة ٤ - نعم لو كانت (الحوالة) على معسر مع جهل المحتال باعساره

يجوز له الفسخ .

* الاولي التعبير بالافلاس فانه الذي ورد في نصوص الباب .

المسألة ٥ - ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ

* ولكن التراخي بما يخرج عن المتعارف ايضاً مشكل لعدم شمول الاطلاقات له

المسألة ٦ - ومع امكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار للانصراف

على اشكال وكذا مع وجود المتبرع .

* « انصراف النصوص لوجه له فالخيار باق » نعم اذا كان المفلس معتمداً بين

الناس بحيث يقدر على الاقتراض في كل آن بكل مبلغ اراد امكن دعوى

الانصراف عن خصوص هذه الصورة وكذا اذا صار موسراً بعد الحوالة وقبل العلم

بالافلاس .

المسألة ٧ - لو احوال عليه فقبل وادى ثم طالب المحيل بما اداه . . .

وانكر المحال عليه فالقول قوله

* « قد يقال قبول قول المحال عليه يختص بما اذا لم يكن ظاهر الحوالة كون المحال

عليه مديوناً والا كان القول قول المحيل لموافقته لظاهر الحال ، وهو غير بعيد ، لاسيما بالنسبة الى الصكوك التي هي في الواقع من قبيل الحوالة الى البنوك فان المتعارف الغالب ان البنوك لا يؤدون شيئاً لو لم يكن في حساب المحيل شيء وان كان قد يؤدون الحوالة ولو لم يكن هناك شيء اعتباراً بأمر المحيل ولكنه شاذ نادر مخالف لظاهر الحال.

المسألة ٩- واما على القول بعدم صحتها (عدم صحة الحوالة على البريء)

فيقدم قول المحيل (لانه مدعى الصحة)

* « قد يقال ان اصاله الصحة لا تثبت الا ما يترتب على صحة العقد و تنشأ منها و اما الاثار الاخر التي بجانب العقد و ليست في متنه فعموم دليل الصحة لها واثباتها بها مشكل وهو كذلك و مما ذكرنا يظهر الاشكال فيما سيأتى في ذيل المسألة » والحاصل ان آثار الصحة في المقام انما هو نقل الذمم بعد صحة الحوالة ، واما لو ازمها من قبيل اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه فهو غير ثابت بدليل الصحة.

المسألة ١٠- ان حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض

الا بعد الاداء .

* « وهو الاقوى » بجرى ان ما سبق في المسألة ١٣ من كتاب الضمان فيه وان المتيقن اشتغال ذمته بالمال بعد اداء المحال عليه اذا كان بريئاً ، والظاهر ان بناء العقلاء في الحوالة عليه وقد امضاها الشرع بسكوته اذ يقوله (او فوا بالعقود).

المسألة ١٠- وفي المقام لا اجماع ولا خبر (يدل على اشتغال

ذمة المحيل بالمال بعد اداء المحال عليه)

* « قد عرفت ان المسألة غير مبنية على الاجماع والسنة تبعداً بل الحكم موافق للقاعدة والقاعدة تجرى في الضمان والحوالة سواها » ولا مانع من الالتزام بما فرغ اليه في ذيل عبارته ، ثم اعلم انه ليست المسألة مسألة عقلية كما يظهر من

كلمات بعض الشارحين (قدس الله سره) حيث استدل هنا بدلائل عقلية او ما يشبه الدليل العقلي بل المسألة عقلائية اعنى يرجع فيها الى سيرتهم فى عقد الحوالة، فانها هى التى امضاها الشارع المقدس، والظاهر استقرار سيرتهم على الرجوع الى المحيل بعداء مال الحوالة لاقبل ادائها، ولا ينافى ذلك وقوع التهاثر او نقل الذمة اذا كانت الحوالة على المدبون، لما عرفت من ابتناء المسألة على مباني العرف وسيرتهم لاعلى هذه القياسات والاستدلالات .

المسألة ١٣ - لو اختلفا فى ان الواقع منهما كانت حوالة او وكالة فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة.

* «هذا اذا كان الغرض من دعوى الوكالة انكار آثار الحوالة من نقل الذمة الى الذمة واما لو كان الغرض ترتيب آثار الحوالة كانت الدعوى من الجانبين والمرجع فيه التحالف على المشهور والظاهر ان المراد هو القسم الاول لا غير ولا يخفى ان المعيار فى تشخيص المدعى والمنكر ليس الفاظ الدعوى ومصعبا بل المعيار هو الغرض الاصلى لطرح الدعوى» .

المسألة ١٤ - سواء كان ذلك (الاختلاف والدعوى) قبل القبض من المحال عليه او بعده .

* ان كان الغرض من الوكالة اخذ المال من المحال عليه للمحيل ثم تملك المحال له فلا اشكال فى براءة ذمة المحال عليه و المحيل بعد القبض سواء كان حوالة او توكيلا، وان كان المراد من الوكالة اخذه للمحيل وكونه امانة عنده فلا اشكال ايضاً فى براءة ذمة المحال عليه ولكن تبقى ذمة المحيل ثابتة»

المسألة ١٤ - اما ما يشتق منها (من لفظ الحوالة) كلفظ «احلت» فظهوره فيها (فى الحوالة) ممنوع .

* « كيف يمكن منع الظهور مع كون المفروض احالة المدبون دائنة الى غيره وهذه قرينة جلية على كون هذا اللفظ هنا بمعنى الحوالة المصطلحة وهو كاف» .

المسألة ١٥ - إذا أحال البايع من له عليه دين على المشتري بالثمن ...

ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة

* « الأولى ان يقال كانت الحوالة باطلة من اصل فان التعبير بقوله بطلت الحوالة يوهم طرد الفساد عليها بعدما كانت صحيحة وقد يقال فرق بين ما اذا كانت صحة المعاملة من قبيل الداعي فتصح الحوالة على البريء جائزة وبين ما كان اذا كانت من قبيل التقييد ، فتبطل ، ولكن الانصاف ان مفروض البحث اعطاء الثمن بعنوان الوفاء في عقد البيع لا اعطائه بعنوان الحوالة على البريء فالتفصيل خارج عن محل الكلام .

المسألة ١٥ - فاذا كان (انكشاف بطلان البيع) بعد القبض يكون المقبوض

باقياً على ملك المشتري

* « هذا انما يكون في الصورة الاولى ، اما في الثانية فيبقى على ملك المحال عليه ، الذي هو غير البايع والمشتري ، لان المفروض بطلان الحوالة لعدم اشتغال ذمة المشتري للبايع بعد بطلان البيع »

المسألة ١٦ - اذا وقعت الحوالة ثم انفسخ البيع بالاقالة او باحد الخيارات

... فيكون كما لو تصرف احد المتبايعين في ما انتقل اليه .

* « المراد هو التصرف الذي لا يزاحم الخيار » .

المسألة ١٦ - ولا فرق بين ان يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة او بعده

* لأن انتقال الذمة حصل بنفس الحوالة ولا اثر للقبض فيه .

المسألة ١٦ - ويرجع البايع على المشتري بالثمن

* « الصحيح كون العبارة هكذا: « ويرجع المشتري على البايع بالثمن » و كانه من غلط النسخ ، ثم ان مراده من الثمن هو مثل الثمن في الصورة الاولى والافنس الثمن انتقل الى ملك المحتال .

المسألة ١٦ - وربما يقال ببطلانها ان قلنا انها استيفاء وتبقى ان قلنا

انها اعتياض

«* الحق ان الحوالة عقد مستقل لا استيفاء، ولا اعتياض للدين، وان كانت شبيهة بهذا تارة وبذاك اخرى فلاوجه لهذا التفسير» .

المسألة ١٧ - اذا كان له عند وكيله او امينه مال معين خارجي فاحال دائئه عليه... فقبل المحتال والمحال عليه .

* «لاوجه لاشتراط قبول المحتال اذا لم يكن في قبوله مؤنة زائدة لان المديون مكلف باداء دينه سواء بال مباشرة او بالواسطة، وليس للدائن ان يقول لا قبل منك الا بالاداء مباشرة و كذا لاوجه لاعتبار قبول المحال عليه بعد كونه مأموراً باداء الامانة .

المسألة ١٧ - وجب عليه (على المحال عليه) الدفع اليه (الى المحتال)

* «انما يجب عليه ذلك من باب رد الامانة فوراً فان يد المحتال يد المالك، فمنعه كمنع المالك من ماله نعم لو كان الزمان اللازم للاداء الى المحتال مساوياً لزمان ادائه الى المحيل او كان الثاني اقل جازله رده الى احدهما، ومن هنا يظهر انه لاثار لقبول المحال عليه في هذا الباب بل هو مأمور بالاداء بمقتضى كونه اميناً او كيلاً لا غير، ومع ذلك كله يكون هذا من الحوالة المصطلحة عند العرف لاسيما في عصرنا خلافاً لبعض اعانم المحشين.

المسألة ١٧ - ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه

اذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً اليه للغرور .

* «وذلك مثل ما اذا أخذ الدائن بيد المديون فاتي به عند المحال عليه فقال المحال عليه له عندى مال خل سبيله وعلى وفاء دينه من ماله مع علمه بان لو خلى سبيله لم تصل يد الدائن اليه ابداً، ففي هذا المثال واشباهه يصدق الغرور، بل يصدق عنوان الأضرار والاتلاف، هذا مضافاً الى ما قد عرفت من ان الواجب على الوكيل اداء المال اليه لان يده يد المالك

والى هنا تم الكلام في مباحث الحوالة بعون الله

كتاب النكاح

كتاب النكاح

* المعروف بين اهل اللغة ان النكاح بمعنى الوطى ولكن المعروف عند الفقهاء انه هو العقد والظاهر انه ليس شىء من المعنيين معناه الاصلى بل الاصل فيه انه بمعنى الضم والاختلاط والامتزاج ، يقال : تناكحت الاشجار اى انضم بعضها ببعض نكح المطر الارض اى اختلط بترابها ، نكح النعاس عينه اى غلبها ، ولعله - كما قال الراغب في مفرداته - لم يكن عند العرب لفظ موضوع للوطى بل كلما يستعمل فيه ، كنايةات (من باب ادب الكلام) «قلت» : هو كذلك حتى ان «الوقاع» و«الوطى» و«المضاجعة» و«اللمس» و«الجماع» وغيرهامما يستعمل فى هذا المعنى ايضا من هذا القبيل ، هذا ، ولكن الظاهر انه نقل عن معناه الاصلى الى «العقد» ولذا لا نجد فى كتاب الله هذا اللفظ الا مستعملا فى هذا المعنى ، ماعدا قوله «حتى تنكح زوجاً غيره (١)» بل يمكن ان يقال انه ايضا مستعمل فى معنى العقد وانما يستفاد لزوم الدخول فى المحلل بالسنة ، كما ان الامر فى الروايات ايضا كذلك غالباً ، فلا يستعمل فى معنى الوطى الا نادراً ، ويؤيد ما ذكرنا قول العاقد انكحت ... فان هذا دليل على انه من الالفاظ الصريحة او

الظاهرة في هذا المعنى فتدبر جيداً .

كتاب النكاح - النكاح مستحب في حد نفسه بالاجماع والكتاب والسنة

* «بل وبديل العقل لان مصالحها النوعية والشخصية من بقاء النسل، والتحفظ على العفة وعدم الوقوع في الفساد مما لاشك فيه ولاشبهة تعتريه ولذا امضاها جميع العقلاء» .

كتاب النكاح - من تزوج احرز نصف دينه

* لعله من جهة ان عمدة اسباب المعاصي تنتهي الى «البطن» والفرج» فكل منهما منشأ لنصفها، والمراد من الدين هنا حفظ النفس عن المعصية .

المسألة ٢ - الاستحباب لايزول بالواحدة

* الظاهر ان الاية (فانكحوا ما طاب لكم ...) لادلالة فيها على الاستحباب ، وان ذكره فخر المحققين في الابضاح ، وغيره ، بل ترخيص في مقابل المنع عن نكاح البنات اليتامى خوفاً من عدم القسط فيهن ، فهو من قبيل الامر فى مقام توهم المحظر كما انه لادلالة فى اخبار النهى عن العزوبة عليه ، نعم لعل اخبار تكثير النسل دليل عليه .

المسألة ٣ - وقد يحرم ... كالزيادة على الاربع

* «الظاهر ان هذا المثال لايناسب مقصوده فان حرمة الزيادة على الاربع حرمة وضعية والحال ان المقسم فى كلامه هو الاحكام التكليفية»

المسألة ٤ - والمحرم نكاح المحرمات

* بناء على كون المقسم فى كلامه اعم من الذاتى والعرضى والتكليفى والوضعى

المسألة ٥ - يستحب عند ارادة التزويج امور

* «بعض هذه الامور مبنى على المسامحة فى ادلة السنن وقدمر غير مرة ان التسامح

فيها لم يتم عندنا فالاولى ان يؤتى بها بقصد الرجاء او الاستحباب المطلق المستفاد من الادلة العامة .

المسألة ٥ - وعن النبي (ص) لاوليمة الا في خمس

* تفسير « العرس » (بضم العين) بالتزويج و«الخرس» (بضم الخاء) بالنفاس مذكور في ذيل الرواية (١) اما منه عنه واما من الراوى وعلى كل حال فيه محذوف فان العرس هو الوليمة عند التزويج وكذا الخرس هو الوليمة عند الولادة لانفس التزويج والولادة .

المسألة ٥ - ومنها الاشهاد في الدائم

* «بل قد يستفاد من عموم التعليل في غير واحد من الروايات ان الحكم يجرى في المتعة ايضاً اذا اريد منه الولد لقوله عليه السلام انما جعلت البينة في النكاح من اجل الموارث (٢) وفي بعضها الاخر انما جعلت البيئات للنسب والموارث» (٣)

المسألة ٦ - ومنها ايقاعه في احد ايام المنحوسة .

* لم يثبت بدليل معتبر نعم لابس بالاتيان به رجاء .

المسألة ٦ - ومنها ايقاعه في محاق الشهر

* والمعروف في الروايات كراهة المجامعة في المحاق وفي بعضها نادراً كراهة التزويج ولعل المراد منه هو الجماع ايضاً لاسيما مع اشكال في سنده»

المسألة ٧ - يستحب اختيار امرأة تجمع صفات:

«الحكم باستحباب جميعها و كراهة ما ذكره لا يخلو عن اشكال لبنائه على

(١) الوسائل ج ١٥ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ٤٠ - ح ٥

(٢) الوسائل ج ١٥ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ٤٣ - الحديث ٦

(٣) الوسائل ج ١٥ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ٤٣ - الحديث ١

التسامح في ادلة السنن ، وقدمر غير مرة انه لا يتم عندنا نعم يؤتى بهار جأء وليعلم انه اشير الى هذه الصفات من المستحبات والمكروهات في روايات مختلفة الاسناد ذكرها في الوسائل في الباب ٦ و٧ و١٣ و١٤ و١٥ و١٦ الى الباب ٢١ من ابواب مقدمات النكاح ، وفي الباب ٣٢ و٣٣ و٣٤ من هذه الابواب ، وفي غيرها بل وفيها بعض صفات اخرى لم يذكرها المصنف في المتن .

المسألة ٧ - ان خير نساكم الولود

* ويعلم ذلك اما ببعض العلامات المشهورة مثل كونها تحيض وكون اقاربها ممن يلد اولاد .

المسألة ٧ - يكره تزويج ... والاكراه

* «لم يدل عليه عدا رواية ضعيفة» (رواه في الوسائل - في الباب ٣٢ من ابواب مقدمات النكاح) نعم هناك غير واحد من الروايات تدل على ترك مخالطتهم فيشمل النكاح ايضاً ولكنها ايضاً مراسيل او مسانيد تنتهي الى ابي الربيع الشامي المجهول (راجع ج ١٢ من الوسائل - الباب ٢٣ من ابواب آداب التجارة)

المسألة ٧ - يكره تزويج جملة اخرى...

* بل يكره ايضاً تزويج القرابة القريبة الا ان يكون فيها جهات مرجحة لما روى عن النبي ﷺ لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخرج ضاويماً اي نحيفاً (١) .

المسألة ٨ - مستحبات الدخول على الزوجة امور

* «يؤتى بها بقصد الرجاء فان بعضها وان تمت ادلته ولكن بعضها الاخر لا يخلو عن اشكال سنداً او دلالة وحيث لم يتم قاعدة التسامح عندنا يؤتى بها رجاء»

المسألة ٩ - وكذا يجوز تملكه (اي ما ينشر في الاعراس) مع الاذن

فيه او بعد الاعراض

* « الاعراض وان كان مخرجاً عن الملك على الاقوى و لكن النشرفى الاعراس ليس من هذا الباب، بل اما اباحة التصرف كالاكل فيما كان مأكولاً او التملك كما فى الدراهم والدنانير وشبهها، واما ما دل على حرمة ما انتهب عن النار اما محمول على الكراهة لانه لا يناسب الشرف او محمول على ما اذا كان خارجاً عما نشر له (١) .

المسألة ٩ - وليس لملكه الرجوع فيه

* « بل له الرجوع فيه اذا كان من قبيل الاباحة او الهبة »

المسألة ١٠ - والدعاء بالمأثور

* « ظاهر غير واحد من الروايات ان بعض هذه الادعية مختصة بليلة الزفاف عند كل جماع » (٢)

المسألة ١١ - يكره الجماع ...

* المكروهات التى ذكرها التى تبلغ ثلاثين مورداً والاحوط تركها رجاءاً لما مر وليعلم انه قد يتعارض جهات الاستحباب والكراهة والحسن والقبح فيها ولا بد فى هذه الموارد ملاحظة ما هو الاقوى ملاكاً والا فيتخير.

المسألة ١٢ - يكره للمسافر ان يطرق اهله ليلا حتى يصبح

* « و لكن الظاهر انه لا يختص الحكم بخصوص الزوجة لعموم بعض روايات الباب، وان كان بعضها الاخر خاصاً، كما ان الظاهر كون الحكم خاصاً بما اذا لم يخبرهم قبل بل لعله معنى الاطراق و فى بعض روايات الباب ايضاً اشارة اليه.

(١) راجع الباب ٣٦ من ابواب ما يكتسب به من المجلد الثانى عشر من الوسائل

ففيها بعض الشواهد على ما ذكرناه .

(٢) راجع الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح من المجلد الرابع عشر

المسألة ١٣ - يستحب السعى في التزويج

* ويدل عليه عمومات المعروف وما دل على مطلق السعى في قضاء حوائج المسلمين مضافاً الى بعض الادلة الخاصة

المسألة ١٤ - يستحب تعجيل تزويج البنت

* «ولكن قد يكون هناك جهات مرجحة لعدم التعجيل في بعض السنين كما هو المشاهد في عصرنا فيؤخذ عند التعارض بالارجح ملاكاً» ،

المسألة ١٥ - يستحب حبس المرأة في البيت

* « هذا الحكم وان كان في بعض الروايات اشارة اليه ولكن كثيراً ما يكون معارضاً بملاحظات اخرى، كما اذا كان هدامو جيباً لسوء خلقها وطغيانها على زوجها وجهلها بمسائل الشرع واحكامه وشعائره، لعدم حضورها في المساجد والمجالس المعدة لذلك » بل قد يكون ذلك سبباً لان تحس الحقايرة في نفسها فتنجذب الى عقائد باطلة التي تدعى حريتها، الى غير ذلك من الملاحظات المعارضة له فليكن العمل بهذا الحكم مع ملاحظة هذه الجهات والأفترق التضييق ورعاية الاعتدال في ذلك لاشك انه اولي بل قد يجب.

المسألة ١٦ - يكره تزويج الصغار

* «بل قد يجرم اذا كان سبباً لفساد امرها في المستقبل والاحوط الترك في مثل هذه الاعصار لالتبدل الحكم بل لتبدل موضوعه لانه فيه المفسدة غالباً فلا يجوز للولي الاقدام عليه الا في موارد خاصة والحكم في المسألة (١٧) - الى - المسألة (٢٥) يظهر حاله مما مر في ساير المستحبات والمكروهات في هذا الباب .

المسألة ٢٦ - بل لا يبعد النظر الى سائر جسدها ما عدا عورتها .

* «بعيد جداً» لعدم الدليل عليه من روايات الباب لان مطلقاتها تنصرف الى ما هو المتعارف في هذه المسألة من النظر الى محاسنها، والروايات الخاصة ايضاً لاتدل على اكثر من هذا، وما دل على جواز ترفيق الثياب لها في هذا الحال لادلالة له

على ازيد مما ذكرنا نعم لا يختص الحكم بالوجه والكفين للتصريح فى غير واحد من احاديث الباب بالشعر والمحاسن والمعاصم مضافاً الى شواهد اخرى لاتخفى على الناظر فيها (١) والمراد من المحاسن هو الشعر والرقبة والوجه والكفين ومقدار من المعصم وما شبه من ذلك ، واما ماورد من جواز النظر الى ما خلفها فى رواية حسن بن السرى (٢) فالظاهر انه تشخيص حجم البدن وكيفيته من فوق الثياب

المسألة ٢٦ - ويجوز تكرار النظر اذا لم يحصل الغرض

* « وان كان فى مجالس متعددة اذا لم يحصل الغرض بمجالس واحد » لاطلاق روايات الباب وعدم تقييد فيها ، مالم يتجاوز عن المتعارف .

المسألة ٢٦ - وان كان الاحوط الاقتصار على الثانى (اى مالم يكن هناك

امرأة تخبرها) .

* « لوجه لهذا الاحتياط بعد اطلاق الروايات مع عدم امكان نيابة المرأة غالباً »

المسألة ٢٦ - ولا يبعد جواز نظر المرأة ايضاً الى الرجل . . .

* وقد يستدل به بما ورد من التعليل فى رواية المجازات النبوية « لو نظرت اليها فانها اخرى ان يدوم بينكما » (٣) و لكن سندها ضعيفة بالارسال ، كما انه قد يستدل له بقياس الاولوية بالنسبة الى الرجل ، فانه مستام وماله فى خطر ، ولكن المرأة بضعها فى خطر ، و لكنه ايضاً لا يخلو عن اشكال . والذى يسهل الامر ان محاسن الرجل فى نظر المرأة لاتزيد عن الوجه والقامة والرأس و حجم البدن وامثاله مما يجوز نظرها اليه مطلقاً بغير التلذذ والريبة فتأمل .

المسألة ٢٧ - يجوز النظر الى نساء اهل الذمه ... مع عدم التلذذ والريبة

* استثناء التلذذ والريبة - او مع خوف الفتنة كما فى بعض مواضع التذكرة -

(١) راجع الوسائل - المجلد ١٤ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ٣٦

(٢) الوسائل ج ١٤ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ٣٦ - الحديث ٣

(٣) الوسائل ج ١٤ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ٣٦ - الحديث ١٣

لم يرد في روايات الباب لكنه مشهور بين الاصحاب والظاهر ان دليله هو ارتكاز المتشعبة ، و ما يستفاد من لحن الروايات المختلفة الواردة في هذه الابواب ، نعم ورد في بعض الروايات التعبير بعدم التعمد بالنسبة الى اهل البوادي والظاهر ان المراد منه هو التلذذ ، و ما يظهر من التذكرة من كون الريبة غير التلذذ ، وخوف الوقوع في الحرام . محل تأمل ، فان الريبة ان كانت بمعنى الخطور بالبال كما عن كشف اللثام فلا دليل على حرمتها و ان كان بمعنى خوف الوقوع في المحرم فتتحد مع الفتنة .

المسألة ٢٧ - على المقدار الذي جرت عادتهن على عدم ستره

* «ولكن الظاهر ان المدار في ذلك على المقدار الذي كان متعارفاً في عصر صدور هذه الاخبار ، واما ما تعارف كشفه في عصرنا فجواز النظر اليه مشكل» ، ولذا وقع التصريح بالرؤس او الشعور والايدي في روايات الباب، نعم لو عملنا بالتعليل الوارد في رواية عباد بن صهيب (١) من قوله «لانهم اذا نهوا لا ينتهون» كان الحكم عاماً ، و جاز النظر اليهم مطلقاً اذا لم يكن فيه تلذذ او ريبة ، نعم قد يستشكل في وثاقه «عباد بن صهيب» ولكن الاظهر وثاقته لتوثيق النجاشي اياه وعدم ما يدل على نفيه فراجع .

المسألة ٢٧ - وقد يلحق بهم نساء اهل البوادي والقرى ... وهو مشكل

* «الظاهر انه لا اشكال فيه بعد ما عرفت من عموم التعليل الوارد في رواية عباد بن صهيب»

المسألة ٢٨ - والقول بالحرمة للاية ... او نسائهن ... ضعيف

* «احتمال كون المراد من نسائهن الجوارى بعيد جداً» لقوله تعالى بعده : «او ما ملكت ايماهن» بناء على كون المراد منها خصوص الاماء ، و اما الخدم من الحرائر فيبعده عدم الوجه في ذكر خصوصهن الا ان يقال : انهن محل الابتلاء

ولا يبعد ان يكون المراد من نساءهن مطلق النساء ويكفي في الاضافة ادنى الملابس ولا اقل من اجمال الآية فلا يجوز الاستدلال بها على الحرمة ، ويمكن ان يكون دليل الحرمة رواية الخصال (١) للتصريح فيها بانه لا يجوز للمرأة ان تنكشف بين يدي اليهودية والنصرانية ولكن يضعفها اشتغالها على كثير من المكروهات المعبر عنها فيها «بلايجوز» مضافاً الى التعبير «بلاينبغي» في رواية حفص بن البخترى (٢) الظاهر في الكراهة

المسألة ٣٠ - الخنثى مع الانثى كالذكر ومع الذكر كالانثى

* «هذا هو المشهور بين فقهاءنا ولكن لا يبعد القول بجواز رجوعها الى القرعة لانه من مصاديق الامر المشكل والمشتبه ، ويبعد الاحتياط التام عليه في جميع عمره في الشريعة السمحة السهلة فتأمل»

المسألة ٣١ - واستثنى جماعة الوجه والكفين ... والاحوط المنع

* «والاقوى الاستثناء لدلالة روايات متضاربة عليه وظهور قوله تعالى «الا ماظهر منها» ولا يعارضه شيء يعتد به ، هذا اذا لم يكن بتلذذ ولا خوف فتنة»

المسألة ٣٢ - يجوز النظر الى المحارم

* «الاحوط الاقتصار على ما يعتاد كشفه لهن من الرأس والرقبة وبعض الصدر وشيء من الساق والزند بل المرافق» اما ما عدا ذلك فلا دليل يعتد به على جوازه ، الا ان يقال جواز تغسيل المحارم لامن وراء الثياب ولو عند فقد المماثل دليل عليه ولكن جوازه على القول به في الاموات لا يكون دليلاً في الأحياء والقدر المعلوم من آية النظر هو جواز ابداء مواضع الزينة و كذا السرة انما ثبت هذا المقدار لا اكثر ، و حديث ابي الجارود (٣) الذي يدل على الفرق بين ما يجوز اظهاره للمحارم وللزوج شاهد على ما ذكرنا

(١) الوسائل - ج ١٤ - ابواب مقدمات النكاح - ب ١٢٣ - ح ١

(٢) الوسائل - ج ١٤ - ابواب مقدمات النكاح - ب ٩٨ - ح ١

(٣) نور الثقلين ج ٣ - ص ٥٩٢ ح ١١٩

المسألة ٣٣ - المملوكة كالزوجة بالنسبة الى السيد اذا لم تكن مشركة
* حرمة النظر الى المشركة وامثالها مبنية على الملازمة بين حرمة النكاح وحرمة النظر وهي غير ثابتة فتأمل .

المسألة ٣٤ - وكذا الى المطلقة الرجعية مادامت في العدة
* «بناء على ما هو المعروف من انها بحكم الزوجة مطلقا ولكنه لا يخلو عن اشكال»
المسألة ٣٥ - يستثنى من عدم جواز النظر ... وما يتوقف عليه من معرفة نبض العروق

* «ليس هذا مستثنى من النظر بل من اللمس والعبارة لا تخلو من تشويش»
المسألة ٣٥ - ومنها القواعد من النساء ... من كشف بعض الشعر والذراع
* «بل الظاهر جواز كشف رؤوسهن و كذا الرقبة» لدلالة روايات عديدة على جواز وضع الخمار والجلباب لهن ، ولا يعارضها بعض ما يدل على وضع الجلباب وحده لامكان الجمع بينهما بالحمل على الاستحباب ، وان ابيت عن ذلك فالاول موافق لظاهر كتاب الله الدال باطلاقه على جواز وضع الخمار لهن

المسألة ٣٥ - ومنها غير المميز من الصبي والصبية
* الظاهر انهما خارجان عن اطلاقات وجوب الغض او التستر تخصصاً فلا وجه لعهده من الاستثناء تخصصاً

المسألة ٣٥ - بل الظاهر جواز النظر اليها قبل البلوغ
* هنا مسألتان: لم يتعرض المصنف الا للاولى منهما وهي جواز النظر اليها قبل البلوغ ويدل عليه ما دل على عدم وجوب الاختمار للصبية قبل ان تبلغ (١) التي تدل على جواز النظر اليها بالملازمة العرفية ولا ينافيها ما دل على عدم جواز وضع الصبية على الحجر

او تقبيلها اذا بلغت ست سنين (١) واما الحكم الثانى فهو عدم وجوب التستر عنها قبل البلوغ فيدل عليه قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا لستأذنك الذين . . .» (النور ٥٩) الدالة على عدم المانع من نظر الاطفال غير البالغين اليهما (بناء على ان المراد منهم اعم من اطفال الاجانب ولا ينافيه مفهوم قوله تعالى «والطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» (النور ٣١) فان عدم الظهور على عورات النساء يمكن ان يكون بمعنى عدم القدرة على نكاحهم لاستعمال هذه الكلمة فى كلا المعنيين (العلم والقدرة) قال الله تعالى «كيف وان يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم الا ولذمة» (التوبة ٨) مضافاً الى صراحة غير واحد من الروايات فى عدم وجوب تستر المرأة شرها من الغلام حتى يحتلم (٢)

المسألة ٣٦ - لأبأس بتقبيل الرجل الصبية . . . قبل ان يأتى عليها ست سنين

* ويدل عليه ، مضافاً الى انه لا خلاف فيه ، الروايات الكثيرة الدالة على هذا المعنى (٣) ومفهوم كلام المصنف انه اذا بلغت ست سنين لا يجوز تقبيلها ووضعها فى الحجر (بمقتضى مفهوم العدد لاسيما اذا كان فى مقام الاحتراز) ولكن دلالة الروايات على ذلك غير ظاهر لان التعبير بلا ينبغى مناسب للكراهة وان كان فى بعضها النهى الظاهر فى الحرمة والاحوط الاجتناب

المسألة ٣٧ - لا يجوز للمملوك النظر الى مالكته

* «على الاحوط وان كان الاقوى جوازه فى الشعر والساق» لظهور قوله تعالى «او ما ملكت ايما نهن» فى سورتي النور والاحزاب وشموله للمبيد لدخول الاناث فى قوله او نساءهن ، ولما ورد فى اخبار مستفيضة (٤) ولا يعارضها

(١) الوسائل ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١٢٧ الحديث ٢٥١

(٢) الوسائل ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١٢٦ الحديث ٤٥٣٥

(٣) الوسائل ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١٢٧ الحديث ٢٥١

(٤) راجع الوسائل ج ١٤ الباب ١٢٤ من ابواب مقدمات النكاح

شيء عدا روايتين ضعيفتين (١) ودعوى اعراض الاصحاب عن الاخبار المجوزة غير مقبول بعد ترديد مثل الشيخ في المبسوط في المسألة ، وحملها على التقية ايضاً بعيد ، بعدم شهرة الجوازين العامة وكان الاحتياط مضافاً الى استبعادات عقلية اثرت في النفوس فمالت اكثر الاقوال الى المنع

المسألة ٣٧ - ولا للخصي النظر الى مالكته او غيرها

* «لا يخلو عن اشكال وان كان احوط فان الخصي اذا كان ممن ليس له ميل الى النساء ولا حاجة له اليهن يمكن الاستدلال لخروجه عن ادلة الحرمة بقوله تعالى «اوالتابعين غير اولى الاربة من الرجال فقد ورد في تفسيره وفي غير واحد من الروايات «انه الاحمق الذي لاميل له الى النساء ولعله من قبل ذكر المصداق كما هو المعمول في روايات التفسير، وقد ورد في بعض الروايات الصحيحة الجواز صريحا مثل صحيحة محمد بن بزيع فراجع (٢) نعم يعارضها غير واحد مما دل على المنع لكن الجمع بينهما بالكراهة قريب، واعراض الاصحاب عن الصحيحة غير ثابت بعد احتمال كون تقديم غيرها عليها من باب الجمع ، ومنه يظهر الحال في العينين وكبير السن اذا لم يكن لهم ميل الى النساء ابداً .

المسألة ٣٨ - الاعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة اليه

* «فيما لا يجوز نظرها اليه وسيأتي بيان ما يجوز مما لا يجوز في المسئلة ٥١ ،

المسألة ٣٩ - لا بأس بسماع صوت الاجنبية

* ويدل عليه مضافاً الى السيرة المستمرة القطعية دلالة غير واحد من الروايات عليه (٣) ويستفاد ايضاً من قوله تعالى : «ولا يخفضن بالقول» فان الممنوع خصوص الخضوع بالقول لا مطلقاً .

(١) راجع الوسائل ج ١٤ الباب ١٢٤ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٨

(٢) راجع الوسائل ج ١٤ الباب ١٢٥ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٣

(٣) الوسائل ج ١٤ من ابواب مقدمات النكاح الباب ١٣١

المسألة ٣٠ - لا يجوز مصافحة الاجنبية ، نعم لابأس بها من وراء الثياب

* هذا اذا لم يكن بتلذذ او ريبة .

المسألة ٣١ - يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام

* «الكراهة في غير الشابة ومن يخاف منها الفتنة غير ثابت» لدلالة غير واحد من الروايات على تسليم النبي ﷺ والولي عليه السلام عليهن كثيراً ، وما ورد من المنع مطلقاً مفيد بما ذكر لما أشرنا اليه من فعلهم عليه السلام (١)

المسألة ٣٢ - يكره الجلوس في مجلس المرأة بعد ما قامت عنه الا

بعد برده

* ويدل عليه غير واحد من الروايات (٢) ولكن لا تخلو اسنادها ودالاتها عن اشكال وان كان احوط .

المسألة ٣٣ - لا يدخل الولد على ابيه اذا كانت عنده زوجته

* ويدل عليه قوله تعالى «واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذوا...» (النور - ٥٨) كما يدل عليه ايضاً بعض ما ورد في باب ١١٩ من ابواب مقدمات النكاح ، نعم الاية ، وبعض الروايات مطلقة من جهة حضور الزوجة وعدمها لكنها منصرفه اليه

المسألة ٣٣ - ولا بأس بدخول الوالد على ابنه

* «في اطلاقه تأمل كما لا يخفى» نعم في صحبة ابي ايوب الخزاز عدم وجوب استئذان على الاب (٣) وهو مطلق ولكن الظاهر انه منصرف عما اذا كان مظنة لخلوة الابن بحليلته فلا يترك الاحتياط اذا كان كذلك .

المسألة ٣٤ - يفرق بين الاطفال في المضاجع اذا بلغوا عشرين

(١) راجع ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١٣١

(٢) الوسائل ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١٤٥ الحديث ١٢٣٥١

(٣) الوسائل ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١١٩ الحديث ١

* ولا فرق في ذلك بين الصبيين او صبيتين او مختلفين لاطلاق بعض الروايات وصريح بعضها الاخر (١).

المسألة ٤٥ - لا يجوز النظر الى العضو المبان من الاجنبي

* «لادليل على الحرمة وان كانت احوط» لان الاستصحاب غير جارها لتغير الموضوع فان موضوعه النظر الى جسد المرءة ومن الواضح ان اتصاله به من المقومات ، مضافاً الى ماسياتى من جواز وصل شعر المرءة بغيرها وجواز نظر زوجها اليه ، والفرق بين الشعر وغيره مما لا وجه له بعد كون الجميع مما يحرم النظر اليه عند الاتصال .

المسألة ٤٦ - يجوز وصل شعر الغير بشعرها

* ويدل عليه مضافاً الى دعوى الاجماع على الكراهة غير واحد من الروايات (٢) نعم يظهر من بعض الروايات الحرمة ولكنها محمولة على الكراهة بقريئة مامر، وبقريئة ما ذكر في سياقها مما لا يحرم ، ثم من الواضح ملازمة الجواز لجواز النظر بل المس لانه لا يخلو منه عادة .

المسألة ٤٧ - لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس

* «هذا بالنسبة الى الوجه والكفين معلوم ولكن في وصل شعر المرءة بشعر غيرها غير معلوم بل معلوم العدم» لانه لا يخلو في العادة عنه فلو كان محرماً أوجب التنبيه عليه

المسألة ٤٨ - اذا توقف العلاج الى النظر دون اللمس . . .

* لما عرفت من عدم التلازم بل ولا الاولوية .

(١) الوسائل ج ١٤ ابواب مقدمات النكاح الباب ١٢٨ الحديث ١

(٢) الوسائل ج ١٤ - ابواب مقدمات النكاح - الباب ١٠١ - الحديث ٣٥١

والباب ١٩ من ابواب ما يكتسب ج ١٢ الحديث ٥

المسألة ٤٩ - يكره اختلاط النساء بالرجال الا للعجائز

* نعم هو مستثنى فى الحج اما للضرورة او لاموراخر لانعلمها، ويدل على الحكم ما ورد من النهى من حضورهن فى صلاة العيد والجمعة (١) بالغاء الخصوصية او الحاق غيرهما بهما بطريق اولى .

المسألة ٥٠ - فان شك فى كونه مماثلا اولاً، اوشك فى كونه من المحارم

النسبية اولاً فالظاهر وجوب الاجتناب

* « الوجوب فى الاولى غير ثابت وفى الثانى ثابت » لالما ذكره ، بل لانه داخل فى قاعدة عقلائية وهو ان ما كان مقتضى طبعه الاولى المنع لابد من احراز مصاديقه الجائزة ومن المعلوم ان غير المماثل يجب اجتنابه بحسب طبعه الاولى ومن يجوز النظر اليهم اشخاص معدودة لا بد من احرازهم ، اما عدم الدليل على الحرمة فى الاولى فلعدم تمامية ما ذكره من الدليل و كذا عدم تمامية قاعدة المقتضى والمانع لعدم ثبوتها او التمسك باستصحاب عدم الازلى لعدم حجيته عندنا او التمسك بعموم العام فانه غير جائز فى الشبهات المصادقية .

المسألة ٥٠ - فليس التخصيص فى المقام من قبيل التنويع

* « ما ذكره صحيح بالنسبة الى المحارم واما بالنسبة الى المماثل وغير المماثل فالظاهر انه من قبيل التنويع

المسألة ٥٠ - والظاهر الاول (اي وجوب الاحتياط) فى ماشك فى كونه

طفلاً او بالغاً

* « الاظهر هو الثانى اذا شك فى انها بالغة او غير مميزة بل والطفل المميز » لعدم عموم فى الاية قطعاً مضافاً الى الاستصحاب فى بعض الصور

المسألة ٥١ - ويجب عليهم التستر مع العلم بتعمد النساء فى النظر من

باب حرمة الاعانة على الاثم

* « لكن يجوز نظر النساء الى ما يتعارف كشفه فى الرجال كالرأس والعنق والرجل الى الساق ، واليدين ، اذالم يكن بتلذذ وريبة » واما فيما عداها يحرم عليهن النظر مطلقاً والتمسك بادلة الاعانة فيهما تعارف اظهاره ممنوع بعد جريان السيرة على خلافه نعم بالنسبة الى ما لا يتعارف غير بعيد

المسألة ٥٢ - هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز

الاحوط الحرمة

* « ولكن الاقوى الجواز اذا كان نظره كالعدم من حيث الاثر لانصراف الادلة عنه »

الفصل (١)

فيما يتعلق باحكام الدخول على الزوجة وفيه مسائل .

المسألة ١ - جواز وطى الزوجة . . . دبرا

* « الاقوى تقييده بالرضا لانه ليس مما يجب عليها التمكن فيها وفي بعض اخبار

الباب ايضاً اشارة الى التقييد به » (٢ / ٧٣ من ابواب مقدمات النكاح)

المسألة ٢ - قدمر فى باب الحيض

* « اقواه الجواز مع كراهة شديدة بل هو اشد كراهة منه فى غير هذا المورد »

المسألة ٣ - الوطى فى دبر المرأة . . .

* « حكم كل من هذه الامور مذكور فى بابه »

المسألة ٤ - لماورد فى الاخبار من اعتبار ذوق عسيلته وعسيلتها فيه

* « العسيلة مصغر من العسل اى قطعة صغيرة منه شبهه به لذة الجماع (كما فى

غير واحد من كتب اللغة) فعليها لاربطله بمسئلة الانزال هذا مضافاً الى انه

لم يرد فى طرق الاصحاب التعبير بعسيلته وانما ورد فى اخبارنا قوله ويدوق

عسيلتها (فقط) نعم يحكى عن بعض اخبار العامة التعبير بكليهما ولكنه غير كاف

في اثبات المقصود ،

المسألة ٥ - اذا حلف على ترك وطى امرأته يتحقق الحنث بوطيها دبراً

* « النذر تابع لنظر الناظر ، والشمول يحتاج الى دليل ، ومجرد عدم الانصراف عرفاً غير كاف ولو سلم فقرينة الانصراف لا تختص بمسئلة انعقاد النطفة ولوشك بعد ذلك كله فالاصل يقتضى عدم الحنث »

المسألة ٦ - و قيل بوجوبها (وجوب دية النطفة عند العزل) عليه

للزوجة

* « وهو ضعيف جداً لان النطفة اذا افرغت خارج الرحم لا ربط لها بالمرءة وليست في حكم ولدها فكيف تعطى ديتها مع كون الدية هنا من شؤون دية النفس وليست المرءة وارثة لها بعد عدم استقرارها في رحمها وظاهر الحديث الوارد في من افرغ رجلاً عن ارثه (١٩ / ١ من ابواب ديات الاعضاء) انه تعطى الدية للرجل فقط لاهو والمرءة كما صرح بذلك في رواية ٧٥ / ١ من ابواب مقدمات النكاح

المسألة ٦ - ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب وغيره

* « مشكل لانصرافه الى الوطى المتعارف وهو ما ليس فيه عزل ، الا ان ترضى المرءة بذلك وسيأتى منه قدس سره الاشكال في كفاية ذلك في المسألة التالية بل يظهر من تعليقه الفتوى بذلك والتناقض بين المسألتين عجيب »

المسألة ٧ - قوله من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها

* « في المتمتع اشكال نظراً الى سقوط هذه الاحكام في حقها وقوة انصراف النص الى الدائمة مضافاً الى سقوط الايلاء في حقها وهو ملازم للمقصود عرفاً »

المسألة ٧ - قوله ولا فرق بين الشابة والشابة على الاظهر

* « الا ان يكون موجباً للاضرار بها فيشمله ادلة نفيه »

المسألة ٧ - عدم الفرق بين الحاضر والمسافر (في عدم جواز ترك

الوطى اكثر من اربعة اشهر)

* « تعميم الحكم للمسافر محل اشكال بل محل منع لجريان السيرة عليه من غير انكار ، بل لا اطلاق فى النص يشمل لقوله **عِنْدَ الْمَرْأَةِ** » نعم لو طالت المدة بحيث اضرت بالمرأة او اغراها بالفساد لم يبعد وجوب الرجوع، الا ان يكون السفر ضرورياً لا يمكن تركه «

المسألة ٧ - او اشتراط ذلك (ترك الوطى) حين العقد

« وفيه اشكال » لانه يحتمل ان يكون من الشرائط المخالفة للكتاب والسنة

المسألة ٧ - فيجوز ترك وطئها مطلقاً . . .

* « الاحوط فيها ايضاً كونها كالحرة فى وجوب اتيانها فى كل اربعة اشهر بل قد ورد فى غير واحد من الروايات اتيانهن فى كل اربعين يوم وانه ان لم يأتين فى ذلك ثم بغين كان وزر ذلك عليه (راجع الباب ٦٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء)

المسألة ٩ - ليس عليه قضاء .

* لان ظاهر الادلة ان وجوب الوطى فى كل اربعة اشهر ليس موقتاً بوقت ، بل هو مثل ادلة اداء الدين واجب فوراً ففوراً ولذا لومضى عليه اربعة اشهر مكرراً لم يجب عليه الا وطى واحد ولا معنى للاداء والقضاء فى امثال المقام .

المسألة ٩ - نعم الاحوط ارضائها .

* « لا يظهر من الادلة كونه من الحقوق وان كان معاملة الحق معه احوط »

فصل (٢)

لايجوز وطى الزوجة قبل اكمال تسع سنين

المسألة ١ - لايجوز وطى الزوجة قبل اكمال تسع سنين .

* « داما بعده فانما يجوز ذلك اذا لم يخف عليها الافضاء او حدوث نقص او ضرر

عليها والافلايجوز حتى تبلغ مبلغاً لا يخاف عليها ذلك لادلة حرمة الاضرار والافراد في ذلك مختلفة جداً وكذا البلدان .

المسألة ١ - بل لايجوز وطى المملوكة والمحللة كذلك (قبل اكمال تسع سنين) .

* وعلى الاحوط وان كان يظهر من غير واحد من الروايات جوازه ولكن الظاهر ان الاصحاب لم يعلموا بها (فراجع الباب ٣ من ابواب نكاح الاماء) وهذا ايضاً اذا لم يوجب الاقضاء او عيباً آخر

المسألة ١ - واما الاستماع بما عدا الوطى . . . فجائز في الجميع .

* والاحوط في الاستماع ان يكون فيمن يتعارف فيها ذلك بما يتعارف واما في مثل الرضيعة على نحو ما ذكره في المتن فلا دليل على جوازه والتمسك باصالة الاباحة او اطلاق الادلة في امثال المقام ممنوع ، بعد انصراف الادلة الى ما هو المتعارف

المسألة ٢ - اذا تزوج صغيرة ... فافضاها حرمت عليه ابدأ على المشهور

* والاقوى عدم الحرمة عليه مطلقاً ، لاسيما بعد اندمال بنفسها او من طريق المعالجة لعدم دليل عليه يعتد به غير مرسله يعقوب بن يزيد (الباب ٢٤ من ابواب المصاهرة الحديث ٢) ولا يمكن جبرها بعمل المشهور لعدم عملهم بمضمونها ، فان المشهور افتوا بذلك عند الاقضاء مع عدم دلالة الحديث على الاقضاء ، بل حرمتها لو دخل بها قبل تسع سنين مضافاً الى ان فيه ضرراً عظيماً على الزوجة غالباً ، بل قد يظهر من غير واحد من الروايات عدم حرمتها عليه (راجع الحديث ٣ من الباب ٣٤ من ابواب المصاهرة وحديث ٩ من الباب ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح) واما اذا اندمل جرحها وعادت سالمة فلا ينبغي الاشكال في حليتها عليه لزال علة الحرمة المستفادة من نصوص الباب ، ولعدم جريان الاستصحاب بعد تبديل موضوعه .

المسألة ٢ - نعم يجب عليه دية الاقضاء .

* وجوب الدية مما لا اشكال فيه واما انها دية كاملة فيدل عليه صريحاً صحيحة سليمان بن خالد (الوسائل ج ١٩ ابواب دية النافع ٩/١) واطلاق غيره من الروايات

(راجع الوسائل الباب ٣٤ من ابواب المصاهرة) وليعلم ان الدية الكاملة للمرأة نصف دية الرجل .

٢- ويجب عليه نفقتها مادامت حية ... وان تزوجت بعد الطلاق

* « الانصاف عدم شمول الاطلاقات لصورة تزوجها بعد الطلاق وانصرافها عنها» بل لعل عنوان الانفاق ينتف بعد انفاق غيره عليها و التمسك بالاستصحاب بعد تبدل الموضوع ممنوع ، ولاسيما انه من قبيل الشبهة في الحكم ، بل الظاهر عدم وجوبه في صورة الاندمال وعودها كحالتها الاولى لعين ما ذكر

المسألة ٣- والافضاء اعم من ان يكون باتحاد مسلكي البول والحيض...

* «بل لايبعد شموله لما اذا لم يتحد المسالك ولكن حصل فيها خرق يصدق عليه انه افسدها وعطلها على الازواج» وذلك لان اصل الافضاء بمعنى ايجاد الوسعة (يستعمل لازما ومتعديا) وتفسيره في غير واحد من كتب اللغة يجعل مسلكيها واحداً لعله مأخوذ من الفقهاء ، لان الظاهر انه ليس في المسألة حقيقة شرعية ، ولا اصطلاح خاص ، كما انه ليس معناه هنا مطلق التوسعة في المخرج وان لم يحصل فيه فساد وتعطيل على الازواج ، والظاهر ان المدار على خروج المرأة عن حيز الانتفاع من هذه الجهة ، نعم ما ذكره المشهور من اتحاد مسلكي البول والحيض هو الغالب بحسب الوجود ، ولكن الاختصاص به مما لا دليل عليه ، بل لو فرض اتحاد المسلكين ولكن لم يخرج عن الانتفاع مقاربة وولادة وان حصل فيه نقص في الجملة يشكل اجراء احكام الافضاء عليه لانصراف الاطلاقات عن مثله كما لا يخفى

المسألة ٤- لا يلحق بالزوجة في الحرمة الابدية ... المملوكة و...

* «لما عرفت من ان المدرك الوحيد لها هو رسالة يعقوب بن يزيد التي يدعى انجبارها بعمل المشهور وهو مختصة بالزوجة الصغيرة»

المسألة ٥- نعم تثبت الدية ...

* «في العالمة المطاوعة البالغة لا يخلو عن اشكال ، لما ذكر في محله من ان المجنى عليه اذا اذن في الجناية سقط ضمانها وما ذكره في حكم الطبيب من ارتفاع الضمان عنه بالاذن ، ومع ذلك المسألة لا تخلو عن اشكال والاحوط التصالح . ومن هذا الباب عمل الواشم باذن الموشم وكذا العمليات الطبية المتداولة اليوم لتغيير الوجه و تحصيل الجمال لاسيما اذا لم تكن ضرورية و كان لمزيد الحسن فقط . والعمدة في جميع ذلك عدم صدق الجناية عليها

المسألة ٣ - الافضاء ، بالاصبع

* يعنى قبل بلوغ التسع فان الافضاء بعده لا يوجب التحريم مؤبداً قطعاً و اما الدية فهي مقتضى الجناية على كل حال .

المسألة ٥ - اذا دخل بزوجة بعد اكمال التسع ... لا تثبت الدية

* «مقتضى القاعدة ثبوت الدية بالجناية مطلقاً ولكن يمكن الخروج عنه هنا برواية حمران وبريد (١) ولكن اذا خاف عليها ذلك لا يجوز» هذا مضافاً الى ان الاستمتاع بحق الزوج ولا يلزم من احقاق الحق غرامة كما ان اجراء الحدود اذا انجر الى التلف لا يوجب الضمان ، نعم يستثنى من ذلك ما اذا كانت المرأة نحيفة بحيث يخاف عليها ذلك كما اشار اليه العلامة في بعض كلماته لاحتمال انصراف الادلة عنه ولا اقل من الاحتياط فاللازم احراز الرشد الجسماني للجماع على الاحوط ولو بحسب ظاهر الحال .

المسألة ٥ - لكن الاحوط الانفاق عليها ما دامت حية

* «لا يترك» لان الاصل في وجوب النفقة هنا رواية الحلبي وهي مطلقة والاعراض عنها غير ثابت واطلاق قوله «لا شيء عليه» في رواية «بريد» منصرف الى الدية بقريئة ذيلها فلا تعارضها

المسئلة ٦ - اذا كان المفضى صغيراً او مجنوناً ... وان كان الوجه الثانى

(كونها على العاقلة) لا يخلو عن قوة

* «بل هو احوط» والاصل فيه ان جنابة الخطاء وهى ما لم يكن القصد فيه الى الفعل ولا الى الغاية ديتها على العاقلة على المشهور، والمجنون والصبي عمدهما خطأ كذلك اللهم الا ان يقال اطلاق الرواية وقوله **لَيْسَ عَلَيْهِ الدية** يدل على خلافه، ولكن الانصاف انصراف الاطلاق الى الكبير العاقل، او يقال ان الحكم بان عمد الصبي خطأ انما هو فيما يتصور فيه القسمان، والحال ان الافضاء لا يتصور فيها الخطاء المحض، لان القصد الى السبب، وهو الواقعة حاصل فيه دائماً، ويمكن ان يجاب عنه بان التقسيم بحسب نوع الجنابة لا كل فرد منه، وتمام الكلام فى محله.

المسئلة ٨ - اذا شك فى اكمالها تسع سنين . . . لاستصحاب الحرمة

* «بل لاستصحاب عدم البلوغ» اللهم الا ان يقال بجواز الرجوع الى الاستصحاب الموضوعى والحكمى كليهما فى عرض واحد اذا كانا متوافقين .

المسئلة ٨ - لعدم احراز كونه قبل التسع

* «الاقوى عدم الفرق بين هذه الاحكام وجرىاتها جميعاً» والتفصيل بينها بكون موضوع بعضها بلسان بعض الادلة وجودياً والآخر عدمياً كما ترى، لان قوله قبل ان تبلغ تسع سنين الوارد فى رواية «يعقوب بن يزيد» (١) بمعنى عدم كونه قبل بلوغ التسع، مضافاً الى خفاء الوسطة هنا .

المسئلة ٩ - يجرى عليه بعد الافضاء جميع احكام الزوجة

* لعدم خروجها عن الزوجية بالافضاء على كل حال .

المسئلة ١٠ - بل بعد التزويج

* «قد عرفت سقوط النفقة بعد التزويج» .

فصل (٣)

لايجوز في العقد الدائم الزيادة على الرابع

فصل - وكذا في العقد الانقطاعي

* وفي بعض روايات الباب جعلها من الرابع ، وافتي به شاذ من اصحابنا ولكنها محمول على الاستحباب جمعاً .

المسألة ٣ - وفي جواز نكاح الخامسة دواما (اذا شك ان الرابع بالعقد الدائم ام لا) اشكال .

* « الاقوى جوازه » لان الاصل بقاء الجواز ما لم يعلم الرابع فتجوز الخامسة والقول بان الاصل عدم ذكر الاجل فيثبت موضوع الدوام ، فيحكم بالحرمة مبني على كون الدوام والتمتع من قبيل المطلق والمقيد ، كما قد يستظهر من قولهم بان عدم ذكر الاجل يوجب انقلابه دائماً ، ولكنه ممنوع ، فان الظاهر انهما طبيعتان مختلفتان ، فاصالة عدم ذكر الاجل لاثبت حال المشكوك او انه دائم ، وسيأتي ان شاء الله ان ماورد من كون العقد الذي لم يذكر الاجل فيه دائماً لعله ناظر الى مقام الاثبات والا اذا قصد الانقطاع ولم يذكر الاجل لا يتقلب دائماً قطعاً ، ولكن الاحوط الاجتناب .

المسألة ٤ - ربما قيل بوجوب الصبر الى انقضاء العدة (اي عدة البائن)

* وهو الاوفق بالدلة وذلك لان الروايات التي تدل على عدم الجواز مطلقة - وهي ماورد في باب ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدة - بل فيها ما يشبه التعليل من قوله لا يحل لماء الرجل ان يجري في اكثر من اربعة ارحام ، من الحرائر ، وهذا لافرق فيه بين البائنة والرجعية ، وحملها على الكراهة من غير دليل ممنوع

المسألة ٥ - ولو كانت الخامسة اخت المطلقة فلا اشكال .

* بل هو مشكل جداً فان النص ناظر الى مسألة الجمع بين الاختين لالي كل جمع

المسألة ٣ - كما انه لا ينبغي الاشكال اذا كانت العدة لغير الطلاق كالفسخ
* « بل هو ايضاً مشكل » لما عرفت من قوله : « لا يجمع ماء الرجل في خمس »
الوارد في رواية صحيحة الذي هو كالتعليل (راجع الحديث ١ من الباب ٢ من
ابواب ما يحرم باستيفاء العدد) .

فصل (٤)

لا يجوز التزويج في عدة الغير

فصل - لا يجوز التزويج في عدة الغير .

* والعمدة فيه بعد كتاب الله والسنة ما يستفاد من مفهوم العدة عرفاً فانها حريم
النكاح ولا يجوز الورود فيه مادامت المرأة مشغولة بها .

فصل - ولو تزوجها حرمت عليه ابداً ...

* والعمدة فيه بعد الاجماع الاخبار الواردة في الباب ١٧ من ابواب المصاهرة
فانها على طوائف .

١ - ما يدل على الحرمة الابدية مطلقاً (الرواية ٢١ و ٢٢) .

٢ - ما يدل على الجواز كذلك (الرواية ١٦ و ١٩) .

٣ - ما يدل على التفصيل بين العلم والجهل (الرواية ١ و ٤ و ٥ و ١٠) على

اشكال في بعضها .

٤ - ما يدل على التفصيل بين الدخول وعدمه (الرواية ٢ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩) كذلك

٥ - ما يدل على التفصيل بالدخول والعلم كليهما (الرواية ٣) وطريق

الجمع بينها بعد حمل المطلق على المقيد ظاهر .

فصل - ... كما لا فرق في الدخول بين القبل والدبر .

* «مشكل فلا يترك الاحتياط» لاحتمال انصراف الاطلاقات الى القبل فانه المعهود
المتعارف .

المسألة ١ - لا يلحق بالتزويج في العدة وطى المعتدة شبهة .

* للمسألة - صور اربع :

١ - وطى الشبهة في عدة الغير وحيث لا يدخل في عنوان التزويج لا يدخل تحت اطلاقات التحريم فلا اشكال فيه .

٢ - الزنا في العدة وهو ايضاً غير داخل في الاطلاقات ، اللهم الا تكون في العدة الرجعية فهو بحكم الزنا بذات البعل بناء على كون المعتدة رجعية بحكم المزوجة في جميع آثارها .

٣ - العقد الفاسد المختل اركاناً وهو ايضاً خارج عن الاطلاقات .

٤ - العقد الفاسد شرعاً الصحيح عرفاً كما اذا كان من قبيل الجمع بين الاختين ، والاقوى ايضاً عدم دخوله لانصراف الاطلاقات الى العقد الصحيح الشرعى مع قطع النظر عن العدة .

المسألة ٣ - والاحوط اللاحق في التحريم الابدى .

* «الاقوى عدم الحرمة كما عرفت» .

المسألة ١ - اوامها او بنتها .

* «الظاهر ان ذكر الام من سهو القلم فان ام الزوجة محرمة ابداً مع قطع النظر عن النكاح في العدة» واما البنت اعنى الربيبه فهى من امثلة المسألة لكن بشرط عدم الدخول بالام .

المسألة ٢ - اذا زوجه الولى في عدة الغير .

* «ليس للولى ولاية في مثل هذا فلا يوجب نشر الحرمة ولو علم المولى عليه» .

المسألة ٢ - او زوجه الوكيل في التزويج .

* «الوكالة على الحرام باطله فلا تشمل الوكالة العامة للحرام فيكون تزويجه فضولياً نعم لو اجاز العقد بعد حصوله امكن القول بنشر الحرمة اذا كان الموكل عالماً

المسألة ٢ - نعم لو كان وكيلا في تزويج امرأة معينة .

* «قد عرفت ان هذه الوكالة باطلة» .

المسألة ٣ - الا في العدة الرجعية فان التزويج فيها باطل لكونها بمنزلة

الزوجة .

* «الاولى ان يقال ان الاثنيان بمقدمات التزويج من مصاديق الرجوع فلا تصل

النوبة الى التزويج بناء على حصول الرجوع بمثل هذه الامور كما هو المعروف» ،

المسألة ٣ - فانه ايضاً باطل بل حرام .

* «على الاحوط في الحرمة التكليفية» .

المسألة ٣ - ... والافى عدة الطلاق، التاسع في الصورة التي تحرم ابدأ

* «ذكر هذا المثال لاثاره بعد كون المورد محرماً ابدأ مع قطع النظر عن التزويج

في العدة نعم الحرمة التكليفية على القول بها تجرى هنا ايضاً» .

المسألة ٣ - بل لكونها ذات بعل .

* «حكم تزويج ذات البعل من حيث الحرمة الابدية يأتي في المسألة التاسعة»

المسألة ٣ - وكذا في العدة لوطيه في العدة شبهة .

* المراد انها كانت في عدة الغير ثم وطئها غير الزوج شبهة فحملت فيكون هنا

عدتان عدة للوطى بالشبهة ، وعدة للزوج (بناءً على عدم التداخل) فحينئذ اذا

تزوجها في عدة نفسه كان حراماً بلا اشكال لانها محكومة بحفظ العدة للغير

بعد وضع الحمل، واما نشر الحرمة الابدية فهو منوط باطلاق الادلة السابقة ولكنه

بعيد ، «فالاقوى عدم الحرمة الابدية وان كانت احوط» .

المسألة ٤ - هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الابدية

في صورة الجهل ان يكون في العدة .

* «الاقوى اعتبار كونه في العدة» كما اختاره في الجواهر والمسالك لانصراف

اطلاقات الباب اليه بقرينة الروايات الكثيرة التي يكون الدخول في العدة مفروض الوجود فيها في كلام الامام عليه السلام (مثل الحديث ٢ و ٦ و ٩ و ٢٠ من الباب ١٧ من ابواب المصاهرة).

المسألة ٥ - وهل تحرم ابدأ اذا تزوجها مع ذلك (مع استصحاب بقاء العدة) الظاهر ذلك .

* والمسألة - مبنية على ان العلم المأخوذ في موضوع الحكم بالحرمة ابدأ اخذ بعنوان الطريقة فيقوم مقامه الاستصحاب ، او بما انه كاشف خاص فلا يقوم مقامه غيره ، والاول اظهر ، لاسيما ان العلم ببقاء العدة يحصل غالباً من اخبارها ولا يعلم علماً يقينياً .

المسألة ٥ - فالظاهر قبول قولها .

* «مشكل جداً والوجه فيه ان دعواها مخالفة لاصالة الصحة الجارية في النكاح» هذا مضافاً الى معارضة دعواها لظاهر فعلها ، اللهم الا ان يعلم بجهلها حال النكاح بالحكم او الموضوع .

المسألة ٧ - اذا علم اجمالاً بكون احد الامرأتين في العدة . . . لكن لا يوجب الحرمة الابدية .

* «الا اذا كانت الحالة السابقة كونهما في العدة ثم علم بخروج احديهما ولم يعلم بعينها» .

المسألة ٧ - لعدم احراز كون هذا التزويج في العدة .

* بل لجريان اصالة الحل فيها بلا معارض ، لان مجرد الشك غير كاف في الامن عن العقاب وهو من قبيل الملاقي للشبهة المحصورة الذي يجري فيه اصالة الطهارة بلا معارض .

المسألة ٨ - اذا علم ان هذه المرأة المعينة ... جاز له التزويج .

* «الا اذا كان لكونها في عدة نفسه اثر شرعي آخر فحينئذ لا يجوز تزويجها

لتنجز العلم الاجمالي والاحوط ترك التزويج هنا مطلقاً .

المسألة ٩ - يلحق بالتزويج في العدة ... تزويج ذات البعل .

* «على الاحوط لو لم يكن اقوى» واستدل له تارة بالاولوية وهي ممنوعة لاحتمال تشديد الشارع في المعتدة لكونها اشد ابتلاء من نكاح ذات البعل، واخرى بالاخبار، وهي طوائف : (ذكرها جميعاً في الباب ١٦ من ابواب المصاهرة) «منها» ما يدل على الحرمة مطلقاً و«منها» ما يدل عليها اذا دخل بها و«منها» ما يدل عليها عند العلم ، فيمكن تقييد بعضها ببعض ولكن يعارضها الرواية ٤ و ٧ من هذا الباب بعينه ، فانهما تدلان على الجواز في فرض الدخول . اللهم الا ان يقال باعراض المشهور عنهما ، اذ يقال باختيار الاول بعد التعارض لكونها احوط .

المسألة ١٠ - اذا تزوج امرأة عليها عدة ولم تشرع فيها ... لا يخلو عن

قوة (اي القول بالحرمة) .

* « القوة غير ثابتة لكن لا ينبغي ترك الاحتياط » وذلك لخروجها عن مسرح روايات ذات العدة والمزوجة ، والقول بانها ليست قسماً ثالثاً كما ترى كما ان دعوى الاولوية مشكلة وان كان الاحوط ما ذكرنا .

المسألة ١١ - اذا تزوج امرأة في عدتها ... فحملت ... فهل يلحق

بالاول او الثاني او يقرع ... والاقوى لحوقه بالثاني لجملة من الاخبار .

* « الحاقه بالثاني مشكل ومقتضى القاعدة هنا القرعة » لان المفروض امكان الحاقه بكليهما فكان من الامر المشكل الذي فيه القرعة واما الاخبار التي اشار اليها لاربط لها بالمقام ماعدا مرسله جميل وليس فيها غير الاطلاق وسندها ضعيف نعم رواها في « من لا يحضر » بغير ارسال (ج ٣ ص ٣٠١) ولكنها غير مسندة الى الامام عليه السلام فيه ، فلا يمكن الاعتماد على هذه الرواية .

المسألة ١١ - وكذا اذا تزوجها الثاني بعد تمام العدة للاول .

* والوجه فيه مضافاً الى اختصاص الفراش بالثاني والولد للفراش عدة من الروايات

الواردة فيها في باب ١٧ من احكام الاولاد ، وقد استند اليها في الفرض السابق ايضاً ولكن اشكاله ظاهر .

المسألة ١٢ - اذا اجتمعت عدة وطى الشبهة ... فهل تتداخل العدتان...
قولان المشهور على الثاني وهو الاحوط .

* « لا يترك هذا الاحتياط » لتعارض روايات الباب و موافقة المشهور لروايات التعدد ، اللهم الا ان يقال بجواز الجمع بينهما جمعاً دلالياً بالحمل على الاستحباب وهو ايضاً لا يخلو عن اشكال ، او حمل ما دل على التعدد على التقية وهو ايضاً بعيد .

المسألة ١٢ - فهل يجوز الرجوع وجهان بل قولان لا يخلو الاول منها من قوة .

* لا يترك العمل بالاحتياط هنا « فان الاولوية وان اقتضت جواز الرجوع كما ان اطلاق الاخبار الدالة على جوازه قبل ان تنقضي العدة وان كان ذلك ، ولكن الاولوية ليست قطعية كما ان الثاني ناظر الى صورة شروع العدة (راجع الروايات الباب ١٧ من ابواب المصاهرة) .

المسألة ١٢ - فهل يجوز تزويج المطلق لها ... وجهان لا يبعد الجواز .

* « لا يخلو عن اشكال » لما ادعى من الاجماع على عدم جواز العقد على المعتدة ولو في الوطى بالشبهة وجواز سائر الاستمتاعات لا يكون دليلاً على الجواز هنا ، بعد اطلاق منع النكاح في العدة ، هذا مضافاً الى ان جواز سائر الاستمتاعات ايضاً محل اشكال ، كما ان الاحوط كونه موجباً للحرمة الابدية ايضاً وما ذكره من انصراف الاخبار عن هذه الصورة قابل للمنع .

المسألة ١٢ - فلا ينبغي الاشكال في التداخل (اذا طلقها بائناً ثم وطئها شبهة)

* « والاحوط هنا ايضاً عدم التداخل » وان كان الاوفق بظاهر الادلة التداخل ، وذلك لان الاخبار الدالة على عدم التداخل ناظرة الى كون العدتين من شخصين بل صريحة في ذلك ، واما اطلاق ادلة العدة يقتضى التداخل ، لعدم مانع من

الجمع بينهما هنا ، وليعلم ان محل الكلام اعتدادها بالنسبة الى الغير ، واما بالنسبة الى زوجها السابق فلا عدة لها ابداً فيجوز العقد عليها مهما اراد .

المسألة ١٣ - لاشكال في ثبوت مهر المثل .

* « وهل المراد منه مهر المثل في العقد الدائم او المنقطع بمقدار وقع الوطى فيه لا يبعد الثاني وان كان ظاهر الاصحاب الاول والمسألة لا تخلو عن اشكال فلا يترك الاحتياط » اما اصل ثبوت المهر فيدل عليه مضافاً الى عدم الخلاف فيه ، وان البضع له الاجرة اذا لم يكن عن بغى ، غير واحد من الروايات الواردة في الباب ١٧ و ١٦ من ابواب المصاهرة ، نعم موردها الوطى بعد التزويج ولكن من الواضح عدم تأثير للعقد الفاسد ، بمقتضى مفهوم الشرطية في نفس تلك الاخبار ، ولظهور قوله بما استحل من فرجها ، الى غير ذلك مما يدل عليه ، واما كونه مهر المثل في العقد الدائم او المنقطع فقد عرفت ظهور كلمات القوم في الاول ولكن لا يخفى ان فيه ضرراً عظيماً في كثير من الفروض فهل يلزم بتعلق مهر كامل بوطى واحد للشبهة ، مضافاً الى ان الظاهر كون الباء في قوله بما استحل من فرجها للمقابلة كما ان « ما » في قوله « بما استحل » تحتمل الموصولة والمصدرية ، فلا يترك الاحتياط بالمصالحة ولكن على كل حال لا بد من ملاحظة الاشخاص وتفاوتهم في ذلك .

المسألة ١٣ - اما اذا كان (الوطى بالشبهة) بالتزويج ففي ثبوت المسمى

او مهر المثل قولان اقويهما الثاني

* احتمال ثبوت المسمى ضعيف جداً لان السبب للمهر هنا الوطى لا العقد الفاسد ويدل عليه ايضاً قوله بما استحل من فرجها « في غير واحد من روايات الباب ، واما اطلاق قوله فلها المهر لا ينصرف الى المهر المسمى بان يكون اللام للعهد بل يمكن ان يكون للجنس والمسألة تشبه ما يستفاد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقد ذكر في محله ان الضمان هنا ضمان المثل لاضمان المسمى

المسألة ١٣- اذا كان التزويج مجرداً عن الوطى فلامهر اصلا

* والوجه فيه واضح ، الا انه ورد في الباب ١٧ الحديث ٢١ ما يدل على النصف ولكن هذه رواية متروكة عند الاصحاب ومعارضة بما هو اكثر منه وهي ما يستفاد من مفهوم حديث ٧ و ٨

المسألة ١٤- مبدأ العدة في وطى الشبهة ... حين الفراغ من الوطى

* « بل الاحوط كون المبدأ حين التبين مطلقاً » والاصل في كون المبدأ من حين الوطى انه السبب في العدة لكن يظهر من بعض الاخبار كونها بعد ظهور الحال مثل ٨ من الباب ١٦ من ابواب المصاهرة فان ظاهرها بقريئة قوله ثم تعد كون العدة بعد ظهور الحال ، وهكذا الرواية ١١ و ١٢ و ١٤ من الباب ١٧ من ابواب المصاهرة ولكن كلها تدل على تداخل العدتين الذي قد عرفت انه خلاف المشهور وخلاف التحقيق ، ثم ان هذه الروايات وان كانت باجمعها واردة في مورد اقتران الشبهة للتزويج الا ان تأثير العقد الفاسد في ذلك غير معلوم ، بل الملاك اتخاذه فراشاً فالغاء الخصوصية منها غير بعيد ، وما ذكر في الجواهر من كون « وقت الاعتداد من الشبهة آخر وطئه لا وقت الانجلاء ، لان المراد حصول العلم ببرائة رحمة من ذلك الوطى الذي هو في الحقيقة موجب للعدة » (١) وان كان صحيحاً موافقاً لمقتضى القاعدة لكن ظاهر ما عرفت من الروايات يدل على كون مبدأها من حين الانجلاء اذا كان مع العقد الفاسد ويجوز الغاء هذه الخصوصية منها .

المسألة ١٥- لا يتعدد المهر بتعدد الوطى

* لانصراف اطلاق قوله « ما استحل من فرجها » الى جنس الاستحلال فلا تعدد ولا تكرار ولا استغراب وجوب المهر اللازم للعقد الدائم بتعدد الوطى فلو تعدد مائة مرة فيجب عليه المهر الدائم مائة مرة وهذا مقطوع البطلان لا يمكن الالتزام

به ، وعلى كل حال هذا البحث مبنى على ما استفاد من ظاهر المشهور من كون المهر مهر العقد الدائم ، واما بناءً على ما احتملناه سابقاً من كونه مهر المتعة فلا يبقى مجال لهذا البحث بل هو تابع لمدة الشبهة ، وهذا من المؤيدات لما ذكرناه قبلاً.

المسألة ١٧- لابس بتزويج المرأة الزانية

* «لا يترك الاحتياط بالترك في المشهورة بالزنا» والاولى ترك المصرة على الزنا ايضا الان يعرف توبتها وبها تخرج عن عنوان الزانية وذلك لما يبدو عن الاية الشريفة «الزاني لا ينكح الازانية . . .» الى قوله تعالى «وحرّم ذلك على المؤمنين» ثم تحمل على المشهورة والمصرة بقريئة ماورد في تفسيره في الروايات وكونها القدر المتيقن ، ولان هذا هو مقتضى الجمع بين روايات الباب بعد ضم بعضها ببعض (فراجع ما ورد في الباب ١١ و ١٢ و ١٣ من ابواب المصاهرة ، وما ورد في الباب ٨ و ٩ من المتعة) والظاهر انها مع التوبة تخرج عن عنوان الزانية كما عرفت ، لزوال الوصف العنواني بها كما ان عنوان الفاسق والكذاب وغيرها من اشباهها يزول بسبب التوبة .

المسألة ١٧- والاحوط الاولى ان يكون بعد استبراء رحمها

* «لا يترك الاحتياط» وذلك لظهور بعض ما دل عليه في الوجوب (فراجع ٤/ ١١ من ابواب المصاهرة)

المسألة ١٨- لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها وان كانت مصرة

* « لا يبعد جريان الاحتياط الذي ذكرناه في المسئلة السابقة في المشهورات بالزنا هنا ايضا» وعن غير واحد الحرمة مطلقا ، ولعلها مبنية على ما اختاره في المسئلة السابقة من الحرمة مطلقا ، واما الاستدلال للحرمة بالروايات الواردة في الباب ٦ من ابواب العيوب والتدليس فيرد عليه اولاً انها مقيدة بما قبل الدخول وثانياً انها ناظرة الى كون الزنا الثابت بشهادة الشهود مع اجراء الحد عيباً يجوز

ان ترد المرأة به بل ظاهرها عدم الحاجة الى الطلاق فيكون فسخاً بل ظاهر غير واحد منها عدم الصداق لها، لان الحدث كان من قبلها ، فاذن لا ربط لها بما نحن فيه من حكم صحة النكاح لو اراد الرجل البقاء معها فتدبر .

المسألة ١٩- اذا زنى بذات بعل ... حرمت عليه ابدأ

* والعمدة فيه الاولوية بالنسبة الى الوطى بالشبهة مع ذات البعل كما اذا نعى اليها زوجها فتزوجها بعد عدتها ودخل بها ثم اتاها زوجها وقد نص على ذلك في روايات الباب ١٦ من ابواب المصاهرة ، وافتمى به الاصحاب ، فاذا كان الوطى بالشبهة مع العقد الفاسد عليها موجباً للتحريم فالزنا بطريق اولى ، والظاهر ان مدرك المجمعين في المسألة ايضاً ذلك ووجود العقد هنا غير مفيد بعد العلم بفساده و كونه لغواً .

المسألة ١٩- ولو كان الواطى مكرهاً لا يخلو عن اشكال

* «بل منع وان كان احوط وذلك لانصراف الادلة عنه قطعاً وعدم امكان دعوى الاولوية هنا .

المسألة ٢٠- اذا زنا بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه ابدأ دون

البائنة وعدة الوفاة وعدة المتعة والوطى بالشبهة والفسخ

* «في الاستثناء اشكال لا يترك الاحتياط فيها بالترك» وذلك لجريان الاولوية بالنسبة الى تزويج ذات العدة الذى مر حكمه فى اول هذا الفصل واجراء العقد الفاسد عليها هناك لا اثر له فتأمل .

المسألة ٢١- من لاط بغلام فاوقبه ولو بعض الحشفة . . .

* «مشكل جدا والاقوى عدم الحرمة بمجرد البعض لعدم صدق عنوان الايقاب ، والثقب ، والاتيان ، الواردة فى النصوص ، ولاقل من الشك فيه والاصل الحلية

المسألة ٢١- او صغيرين

* «اختصاص الحكم بما اذا كان الواطى كبيراً قوياً» لان النصوص مصرحة بالرجل وشموله للصغير ممنوع ، والغاء الخصوصية هنا لادليل عليه ، وشمول الاحكام الوضعية للصغير وان كان معلوماً الا ان الاشكال هنا فى اطلاق الدليل وشموله .

المسألة ٢١ - وهو (اى اللواط والزنا) محرم اذا كان سابقاً كما مر

* «يأتى الكلام فيه فى المسئلة ٢٨ من المحرمات بالمصاهرة»

المسألة ٢١ - والاحوط حرمة المذكورات على الواطى وان كان ذلك

بعد التزويج

* «هذا الاحتياط مستحب ويجوز تركه الا اذا طلقها واراد تزويجها» لعدم دليل يدل عليه ، ماعدا مرسله ابن ابي عمير (الحديث ٢ من الباب ١٥ المصاهرة) وهو مضافاً الى الاشكال فيها معرض عنها عند المشهور ، و قد ورد فى غير واحد من الروايات «ان الحرام لا يحرم الحلال . ولكن لو طلقها و اراد تزويجها جديداً لشمول الاطلاقات له غير بعيد فلا يترك الاحتياط فيها

المسألة ٢١ - والظاهر عدم الفرق فى الوطى بين ان يكون عن علم

وعمد واختيار او مع الاشتباه

* «لادليل على الحرمة فى الاشتباه وشبهه» بعد عدم شمول الاطلاقات لها وعدم امكان القاء الخصوصية عنها ، الا من طريق القياس الممنوع .

المسألة ٢١ - لو كان الموطوء ميتاً ففى التحريم اشكال

* «بل منع لعدم اطلاق فى الادلة من هذه الجهة».

فصل (٥)

فصل - من المحرمات الابدية - التزويج حال الاحرام ... كانت الوكالة

قبل الاحرام او حاله

* «اذا كانت الوكالة مطلقة ولم تكن ناظرة الى حال الاحرام الا من باب شمول العنوان فالحكم بالحرمة الابدية حينئذ مشكل جداً لاسيما مع جهل الوكيل بالاحرام» وذلك لعدم اطلاق في روايات الباب بعد عدم اقدم الموكل على خصوص عنوان التزويج ، في حال الاحرام فتأمل ، بل لقائل ان يقول لو وكله على التزويج في خصوص حال الاحرام كانت الوكالة باطلة ومع بطلانها لا اثر لهذه الوكالة الباطلة في التحريم

فصل (٤)

وكذا لو كان باجازه عقد الفضولي ...

* «لا وجه للاحتياط بالنسبة الى الكشف الحقيقي» فان معناه كون الاجازه كاشفة عن وقوع العقد وتحقق الزوجية قبل الاحرام ، اللهم الا ان يقال ان الحكم هنا لا يختص باحداث التزويج حال الاحرام بل يشمل كل عمل له ربط بحدوث الزوجية مثل الاجازة على الكشف الحقيقي وفيه منع واضح ، ولكن الكلام بعد في صحة الكشف الحقيقي .

فصل ٥ - وان كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه ابدأ سواء

دخل بها اولا

* قديقال انه اذا كان جاهلا و دخل بها حرمت ابدأ ايضا كما عن الشيخ وابن ادريس والسيد ابى المكارم وغير واحد من قدماء الاصحاب والظاهر ان دليلهم عليه اطلاق الاخبار الدالة على الحرمة (مثل الحديث ١ و ٢ من الباب ١٥ من ابواب تروك الاحرام) وقيامها على تزويج ذات العدة ، لكن الاخير واضح الضعف والاخبار المطلقة مقيدة بما دل على اعتبار العلم (مثل الحديث ١ من الباب ٣١ من المصاهرة وظاهره انه اخبار ثلثة رواها «زرارة» و «داود بن سرحان» واديم يباع الهروي) مع شهرة العمل بها

فصل ٥ - و لو كان الزوج محلا وكانت الزوجة محرمة ... فيه قولان

الاحوط الحرمة بل لا يخلو عن قوة

* «لا يترك هذا الاحتياط وان كان القوة محل اشكال» .

المسألة ١ - لكن في كونه محرماً ابداً اشكال والاحوط ذلك (في صورة النسيان وشبهه)

* «لا ينبغي الاشكال في عدم الحرمة» وذلك لعدم صدق قوله : «المحرم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لم تحل له ابداً» (الوارد في رواية ١ من الباب ٣١ من المصاهرة) عليه ، لان ظاهره العلم بالحرمة عليه فعلا وهو لا يتم الا بالعلم بالصغرى والكبرى (الموضوع والحكم) معاً فالاحتياط فيه مستحب .

المسألة ٣ - لو تزوج في حال الاحرام ولكن كان باطلا... الظاهر ذلك (اي الحرمة)

* «بل الظاهر عدم الحرمة» لانصراف ادلتها الى تزويج الصحيح من جميع الجهات عدا كونه في الاحرام سواء قلنا بالصحيح او بالاعم ، لان الانصراف الى صحيح ثابت على كل حال فيبقى الحكم على مقتضى الاصل وهو الصحة ، واما ما رواه حكم بن عيينة (الحديث ١٥ من الباب ١٧ من ابواب المصاهرة) فلا دخل له بالمقام .

المسألة ٨ - لو زوجه فضولي في حال احرامه ... الاحوط العدم (عدم الاجازة بعد الاحلال)

«لا يترك الاحتياط بالترك وان كان للصحة وجه» وذلك لان انتساب العقد اليه وتأثيره انما هو في زمان الاحلال ومجرد اجراء الصيغة في حال الاحرام لا اثر له ، اللهم الا ان يقال النهى عن العقد حال الحرام يشمله لان الصيغة من اركانه كما ان الاجازة ركن آخر .

المسألة ٨ - هذا اذا كان الفضولي محلا والافعهده باطل .

* «على الاحوط» لما ثبت في محله من ان مجرد انشاء الفضولي لا اثر له ، ولا يعد

تزوجاً فيمكن ان يقال بالصحة، ومن ان انشاء الفضولي من الاركان فوق العقد في حال الاحرام وهو فاسد .

فصل (٧)

في المحرمات بالمصاهرة

المسألة ١- وهي علاقة... تحدث بالزوجة او الملك ... او الوطى ...

«بناء على تأثير جميع المذكورات في الحرمة وسيأتي الكلام فيها ان شاء الله»

المسألة ٣- سواء كانت في حجره او لا .

وذكر التقييد بالحجور في كتاب الله من باب القيد الغالبى الذى لامفهوم

له وفي الحقيقة يقول الله تعالى كيف تتزوجون بهن وقد ربيّن في حجوركم

وصرن كبناتكم؟! دلّ على ذلك، الروايات المتضاربة مع الشهرة القريبة بالاجماع

بين الفريقين .

المسألة ٤- لافرق في الدخول بين القبل والدبر .

«على الاحوط» لاحتمال انصراف الاطلاقات الى ماهو المتعارف من الدخول

في القبل .

المسألة ٩- لا يجوز نكاح بنت الاخ او الاخت على العمدة والخالة الاباذنها

والعمدة فيه مضافاً الى الشهرة المؤكدة، الروايات الدلالة على وجوب

التفريق بينهما لوتزوج بدون الاذن (مثل الحديث ٤ - من الباب ٣٠ من ابواب

المصاهرة) وما دلّ على بطلان النكاح (مثل الحديث ٣ منه) والأ فمادل على

النهى يمكن حمله على الكراهة بقريئة بعض مادل على الجواز .

المسألة ١٠ - الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين .

* « لكن يشكل اجازة الولى فى هذه المقامات » اللهم الا ان يكون

هناك ضرورة موجبة لفعل الولى .

المسألة ١٠ - على اشكال فى بعض هذه الصور .

* «لا ينبغي الاشكال فيها» لاطلاق الادلة والتعبير باجلال العمة والخالة في بعض رواية الباب من قبيل الحكمة ، لالعلة ، فلا ينافي عموم الحكمه عدم وجودها في بعض الموارد .

المسألة ١١ - الظاهر ان حكم اقتران العقدين حكم سبق العمة والخالة

* «لادليل على البطلان هنا وان كان احوط» وذلك لاختصاص الادلة بما اذا اوردهما على العمة والخالة ، ما عدا بعض الروايات الضعيفة الدالة على حرمة جمعهما والغاء الخصوصية لا يخلو عن اشكال .

المسألة ١٤ - في كفاية الرضا الباطني . . . وجهان

* «لا يترك الاحتياط بالترك اذا لم تأذن» وذلك لورود التقييد بالاذن في جميع روايات الباب ، ما عدا واحدة ، التي يتعارض فيها الصدر والذيل ، مضافاً الى امكان حملها على الاذن ايضاً (فراجع الباب ٣٠ من ابواب المصاهرة) .

المسألة ١٧ - الظاهر كفاية اذنهما وان كان عن غرور

* والفرق بين الصورتين انه في الاول من قبيل الداعي ، وفي الثاني من قبيل الشرط المتأخر ، ومن الواضح ان تخلف الداعي لا يوجب الفساد في العقود ولكن تخلف الشرط قد يوجب ذلك ، وفي الحقيقة هو من قبيل القرض بداعي المنفعة ، او الاقراض من ناحية المستقرض في المستقبل ، فانه لا يوجب فساداً اولاً ، بخلاف ما اذا اشترط ذلك في العقد ، نعم قد لا يكون الشرط مذكوراً في متن الاذن ولكنه من قبيل ما تواطيا عليه وفهم ذلك منوط بالعرف والظاهر ان الكشف هنا (اي كشف فساد العقد لولم يعمل بالشرط) من قبيل الكشف الحقيقي اعني انه اذا تخلف عن الشرط ينكشف ان الاذن الذي هو من قبيل الايقاع لم يكن من اول امره موجوداً .

المسألة ١٩ - وهل له اجبارهما في الاذن وجهان

* «الاقوى هو العدم لان الاذن الذي ينشأ من الرضا قلباً لا يمكن فيه الاجبار

نعم لو كان الشرط من قبيل الخيطة الذي شرطها في عقد البيع يمكن الاجبار عليه وكذا غيره من الافعال الخارجية .

المسألة ١٩ - نعم اذا اشترط عليهما (على العمة والخالة) في ضمن عقدهما ان يكون له العقله . . . فالظاهر الصحة

* «بل الظاهر الفساد لو اظهرنا الكراهة» فان اشترط اذنهما من قبيل الحكم لالحق كما عرفت ، ولا يصح تغيير الاحكام بالشرط لرجوعه الى اشترط ما يخالف الكتاب والسنة ، نعم ظاهر هذا الشرط عند النكاح اذنهما فما دام لم ترجعا عنه يصح العقد على ابنة الاخ او الاخت ، واذا رجعتا لم يجز .

المسألة ٢٠ - اذا تزوجهما من غير اذن ثم اجازتا صح على الاقوى

* وقد يقال بالفساد اما لان المعتبر مقارنة الاذن للعقد فلا يكفي للحوق ، واما لان العقد يقع باطلا بدون الاذن فلا يفيد له حقوق الرضا ، واما لانه من قبيل ما نهى الله فلا يفيد الرضا بعده كما ورد في حديث زرارة (الحديث ١ من الباب ٢٤ من نكاح العبيد) «انه لم يعص الله وانما عصى سيده واذا اجاز جاز» ولكن يرد على الاخير انه على خلاف المطلوب ادل لانه من قبيل ما نهى عنه السيد ، ويرد ما قبله ان وقوعه باطلا اول الكلام اذا لم نشترط المقارنة فيبقى الاول فهو اعتبار مقارنة الرضا للعقد وهو ممنوع ، لانه ليس باقوى من اذن السيد بل اذن الزوجين فاذا جاز الفضولي في اصل النكاح فجوازه في هذا الشرط بطريق اولي فتأمل .

المسألة ٢١ - اذا تزوج العمة وابنة الاخ وشك . . .

* «هذا اذا لم يكن سبق وللحوق من قبيل المسائل الاتفاقية ، والافيشكل الصحة» نظير ما اذا توشأ غافلا عن لبس الخاتم ثم بعد الوضوء شك في جريان الماء تحته من باب التصادف .

المسألة ٢٢ - اذا ادعت العمة او الخالة عدم الاذن . . . قدم قولهما

* «والوجه فيه اصاله عدم الاذن ولا معنى هنا للتمسك باصاله الصحة في فعل المدعى

كما في نظائره، كمن باع مال غيره مدعياً الو كالة وانكر المالك ذلك، او باع العين المرهونة مدعياً الاذن فيه من المرتهن وانكر المرتهن ذلك، فلا ينبغي الشك في الحكم بالفساد ما لم تقم بينة على الاذن، والالم يستقر حجر على حجر!

المسألة ٢٣ - اذا تزوج ابنة الاخ او الاخت وشك فسى انه هل كان عن اذن . . .

* « اذا كان غافلاً بالمرءة وكانت الصحة امرأً اتفاقياً » .

المسألة ٢٤ - وكذا اذا جمع بينهما في حال الكفر ثم اسلم .

* « لا يخلو عن اشكال » لانه مبني على استصحاب الصحة وهو غير جار عندنا في الشبهات الحكمية، مضافاً الى احتمال تبدل الموضوع فتأمل، اللهم الا ان يقال بقصور الاطلاقات عن شمول المقام ولكنه مشكل .

المسألة ٢٨ - الزنا الطارى على التزويج لا يوجب الحرمة .

* « ان قلنا ان الزنا السابق لا يوجب نشر الحرمة والفساد كما سيأتى فالطارى بطريق اولى، هذا مضافاً الى ان الحكم في الزنا الطارى على التزويج اذا كان بعد الوطى اجماعى، واما بالنسبة الى ما قبل الوطى ففيه خلاف، لاختلاف الروايات في ذلك واطلاق بعضها وتقييد الاخر، ومقتضى الجمع الحرمة، ولكنها معارضة ببعض ما يخالفها (كالحديث ٢ من الباب ٤ من المصاهرة) ولكن على المختار يمكن حملها على تفاوت درجات الكراهة .

المسألة ٢٨ - الا ان الاحتياط لا يترك

* « قد عرفت في المسألة ٢١ من الفصل السابق ان هذا الاحتياط مستحب،

المسألة ٢٨ - فان كان بالعمة والخالة يوجب حرمة بنتيهما .

* « الحكم في بنت العمة محل اشكال ولكن لا يترك الاحتياط بالترك » وذلك لاختصاص الادلة ببنت الخالة، اللهم الا بالغاء الخصوصية، وهو محل اشكال او منع

المسألة ٢٨ - وان كان لغيرهما ففيه خلاف والاحوط التحريم بل لعله لا يخلو عن قوة .

* « القوة محل منع بل الظاهر الجواز مع الكراهة ، ولكن لا ينبغي ترك الاحتياط فيه » وذلك لتعارض الروايات من الجانبين ووجود القائل بكليهما بين الاصحاب بل وبين العامة ، ومقتضى الجمع الدلالي هو الجواز مع الكراهة (فراجع الباب ٦ و ٧ و ٨ و ١٠ من ابواب المصاهرة)

المسألة ٣٠ - لافرق في الحكم بين الزنا في القبل او الدبر .

* « على الاحوط » وذلك لاطلاق الادلة مع امكان الاشكال عليها بانصرافها الى خصوص الزنا في القبل .

المسألة ٣١ - واذا شك في كونه سابقا او لا ، بنى على كونه لاحقا .

* « الاولى ان يقال : بنى على عدم كونه سابقا ، فانه مقتضى الاصل ، واما كونه لاحقا فلاصل له لعدم حجية اصالة تأخر الحادث ، بل لاحاجة اليه كما لا يخفى

المسألة ٣٣ - بل لو ادخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على

اشكال .

* « شمول الادلة لمثل هذا الفرض بل وما يأتي من الزنا بالميتة مشكل جداً واشكل من الجميع ما ذكره اخيراً من ادخال ذكر الميت في فرجها ، وان كان الاحوط ترك الجميع » واما ما افاده اخيراً من ان الظاهر عدم نشر الحرمة لو ادخلت الذكر المقطوع فالاولى ان يقال لا ينبغي الشك في عدم نشر الحرمة حينئذ .

المسألة ٣٤ - اذا كان الزنا لاحقا فطلقت الزوجة رجعيًا . . . والاحوط

النشر .

* « بل الافوى عدم النشر » وذلك لان ظاهر الادلة كون الحرمة الحاصلة من وطى الام او البنت متصلة بالوطى لان الوطى الحاصل في زمن قبل ذلك ولو

بسنين يؤثر في حدوث الحرمة بعد الطلاق البائن والانصاف ان الاطلاقات لا نظر لها الى مثل ذلك مضافا الى كونه في نفسه امرأ مستبعداً جداً .

المسألة ٣٥ - اذا زوجه رجل امرأة فضولا فرنا بامها او بنتها . . .

* « لكن الانصاف بطلان الكشف الحقيقي كما ذكرنا في محله فيكون العقد باطلا » وقد يقال ان الاجازة على الكشف الحقيقي ايضاً باطل لانها فرع صدور عقد صحيح مع قطع النظر عن الاجازة ، وهو غير موجود بعد سبق الزنا ، كما انه قديقال بان الكشف الحكمي يقتضى الحكم بسبق الزوجية على الزنا فيكون صحيحاً ولكن الانصاف ان المراد بالكشف الحكمي ترتيب آثار العقد بذاته لا بهذه الخصوصيات الخارجة عنه .

المسألة ٣٧ - ان الاحوط اجتناب الريبة الملموسة او المنظورة امها ،

وان كان الاقوى عدمه .

* « ولكنه مكرره » لشهادة روايات عديدة ناهية عنها محمولة على الكراهة بشهادة قوله تعالى « وربائبكم اللاتي فسى حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » فان ظاهرها تأثير الدخول مع انه مسبوق بالنظر واللمس عادة فالحكم مستند اليهما على القول بتأثير النظر واللمس .

المسألة ٣٧ - بل قديقال ان اللمس والنظر يقومان مقام الوطى في كل

مورد يكون الوطى ناشراً للحرمة .

* « ولكن لم يوجد له قائل بل ولادليل كما اعترف به غير واحد من ائمة الفقه فالاحتياط فيه ايضاً ضعيف » ومثل هذه المسألة مع شدة الابتلاء بها بين الناس لو كان ، لبان واشتهر غاية الاشتهار وحرمت كثير من النساء على كثير من الرجال وهذا دليل آخر على ضعف الاحتياط المذكور .

المسألة ٣٩ - لا يجوز الجمع بين الاختين . . . نسبيتين او رضاعتين

او مختلفتين .

* « الاختية من الامور المتضايقة المتساوية فلا يتصور الاختلاف فيها ، فلو كانت احديهما اختاً رضاعياً كانت نسبة الاخرى اليها ايضاً كذلك ، ولا معنى لكون انتصاب احديهما الى الاخرى بالنسب والاخرى اليه بالرضاع ولذا ضرب على هذه الكلمة (مختلفتين) في بعض النسخ وما قيل في توجيهه في بعض الحواشي من انه يريد بذلك ما اذا كانت الاختية بين المرأتين ناشئة من ولادة احديهما وارتضاع الاخرى كما ترى فانه من مصاديق الاختين الرضاعيتين بلا اشكال . »

المسألة ٤٢ - بل قيل يحرم للنص الصحيح وهو الاحوط

* « ولا يترك هذا الاحتياط ، لان اعراض المشهور عن سند هذا النص غير ثابت بل لعلمهم اعرضوا عن دلالة ، بقريئة العمومات ، مضافا الى انه عمل جماعة من القدماء بمضمونه كما حكى عنهم . »

المسألة ٤٣ - وان جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما .

* « وقد يقال هنا بالقرعة كما مال اليها في الجواهر ، ولكنه بعيد جداً لما ذكرناه في محله من ان مورد القرعة هو ما اذا لم يكن الاحتياط ولا غيره ، والا لم يكن من الامر المشكل ، ولذا لا يرجع الى القرعة في شيء من موارد الاحتياط نعم لو لم يكن هناك طريق الى طلاقهما ثم اختيار من شاء منهما امكن القول بالقرعة ولكن طريق الطلاق طريق واسع . »

المسألة ٤٣ - وهل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما؟

لا يبعد ذلك .

* بناء على عموم لاضرر ، وشموله لامثال المقام ، كما هو الاقوى ، وقد يقال بان اجباره على الطلاق ناش عن تركه الواجب عليه لولم يطلقهما ، من وجوب القسم ووجوب الوطى في كل اربعة اشهر ، كما اشار اليه في القواعد على ما حكى عنه ، ولكنه فرع وجوب اعدام الموضوع فيما دار الامر بين المحدورين واما القول بالقرعة هنا كما ذكره بعضهم فقد عرفت ان المقام ليس من موارد

القرعة بعد وجود طريق آخر لحل الامر المشكل وعلى هذا الوجه لو صبرتا لم يكن دليل على جواز اجباره على الطلاق .

المسألة ٤٣ - وقد يقال ان الحاكم يفسخ نكاحهما .

* والمراد من فسخ الحاكم هو طلاقه ولاية عن الزوج والا لامعنى للفسخ هنا، هذا وطلاق الحاكم لا وجه له ايضا عند امكان اجبار الزوج بالطلاق،
المسألة ٤٣ - ثم مقتضى العلم الاجمالي بكون احدهما زوجة وجوب الانفاق عليهما .

* ولا يجوز تقسيم انفاق واحد عليهما كالمهر فيما سيأتى ان شاء الله وذلك لان اقدامه على ابقاء الزوجية موجب لوجوب الانفاق عليهما بما يقتضى العلم الاجمالي من دون مانع .

المسألة ٤٣ - لكن ذكر بعضهم انه لا يجب عليه الا نصف المهر .

* «وهو الاقوى» لان المقام من مقامات التنصيف ، واجراء قاعدة العدل والانصاف ولكن فى صورة الدخول يجب عليه مهر المثل لكل واحد منهما قطعا ، بمقتضى الدخول ، وانما الكلام فى زيادة المسمى على المثل فهى التى يجب تنصيفها على قول هذا البعض ، وقد عرفت انه الاقوى ، والعجب انه لم يشر عليه فى المتن ، مع ان وجوب مهر المثل فى الدخول من الواضحات عندهم - ثم انه لو اختلف المسمى فهل يقرع اذ يؤخذ نصفاً من كل منهما الظاهر هو الثانى فلو كان احدهما مائة الف ، والاخر مائتين ، يعطى نصف المائتين لصاحب المائتين ، ونصف المائة لصاحب المائة ولا يجمع بينهما ثم ينصف ، لان ذلك قد يوجب اخذ احدهما ازيد مما هو تمام مهر المسمى فتدبر جيدا .

المسألة ٤٤ - لو اقترن عقد الاختين... بطلامعاً... وربما يقال بكونه مخيراً

* «ولكن القول بالتخيير ضعيف» وذلك لان الرواية المذكورة (الحديث

٢٥١ من الباب ٢٥ من ابواب المصاهرة) مروية فى الكافى والتهذيب والفقيه

ولكنها في الاولين مرسله وفي الاخير مسندة باسناد صحيحة كلها تنتهي الى الجميل والظاهر انها رواية واحدة ومن المستبعد جدا ان يكون جميل سمعها تارة بلا واسطة عن المعصوم (ع) واخرى مع الواسطة بعبارة واحدة بعينها فالظاهر وقوع الاشتباه في احد الكتابين اما الفقيه، واما الكافي ، ولو اخذ باصالة عدم الزيادة ورجح على اصالة عدم النقيصة كان الاقوى ارسال الرواية ، هذا مضافا الى فتوى المشهور بخلافها لاسيما بالنسبة الى ما ورد في ذيلها من العقد على خمس زوجات فتأمل والانصاف انه مع ذلك يشكل الاعتماد عليها والفتوى بها مع مخالفتها للقواعد، والعجب ان الكليني ره رواها في باب الجمع بين الاختين مرسله (الحديث ٣) و في الباب الذي عنده اربع نسوة مسندة (الحديث ٥)

مسألة ٤٤- ولو تزوجها وشك في السبق والاقتران حكم ببطلانها ايضاً
«اذا جهل تاريخهما ، واما لو علم تاريخ احدهما جهل الاخرى حكم بصحة معلوم التاريخ» .

المسألة ٤٨- نعم لو كان له عنده احدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت
المدة لايجوز له على الاحوط نكاح اختها في عدتها ،

*«الحق جواز ترك هذا الاحتياط» وذلك لان النص الصحيح الدال عليه (الحديث ١ من الباب ٢٧ - من ابواب المصاهرة) معرض عنه عند اكثر الاصحاب ، مضافا الى معارضته بما يستفاد من ادلة الجواز في العقد الدائم فان قوله اذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب اختها (الحديث ١ من الباب ٢٨ من ابواب المصاهرة) الذي هو كالتعليل يدل على الجواز في المتعة ايضاً ، بعد انقضاء الاجل ، وتخصيص مثل هذا التعليل بحديث يونس و ابن سعيد ليس باولى من حمله على الكراهة ، كما مال اليه في الجواهر في بعض كلماته ، لاسيما مع معارضة للاصول كما ذكره في السرائر، نعم لا ينبغي ترك الاحتياط في امثال المقام ، وقد يتوهم في المقام جواز التمسك بالاولوية فانه اذا جاز ذلك في العقد الدائم بعد الطلاق

يجوز في المتعة بعد تمام المدة بطريق اولى ، و لكن الانصاف ان الاولوية غير ثابتة بل الامر على العكس .

المسألة ٤٩ - نعم الاحوط اعتبار الخروج عن عدة من جهة الخبر

* «فيه اشكال» والمراد من الخبر هو خبر بريد العجلي (الحديث ١ من الباب ٩ من ابواب التدليس) لادخل له بما نحن بصدده ، فان الكلام انما هو فى التزويج بعد و طى الشبهة بالاخت ، و فى مورد الخبر التزويج وقع قبله ، وانما نهى عن وطئها قبل تمام عدة الاخرى اللهم الا ان يتمسك بالاولوية و لكن العمدة ان الرواية معرض عنها عند الاصحاب كما قيل ، والاولوية غير ثابتة .

المسألة ٥٠ - الاقوى جواز الجمع بين فاطميتين على كراهة .

* ومما يبعد الحرمة انه لم يقل بها احد من اصحابنا المتقدمين ولا المتأخرين منهم بل لم يفت بالكراهة ايضا (كما ذكره فى الجواهر) وانما نشأ القول بالحرمة من زمن بعض متأخرى المحدثين، هذا مع ان المسئلة كانت موضعا للابتلاء فى الصدر الاول لاسيما بين الهاشميين، هذا مضافا الى ان دليلها وهو مصححة حماد (الحديث ١ من الباب ٤٠ من ابواب المصاهرة) وان كانت عن طريق الشيخ مرسله مضمرة و لكن الظاهر انها من طريق الصدوق صحيحة ، و لكن الكلام فى دلالتها ، فان قوله «ان ذلك يبالغها فيشق عليها» يناسب الكراهة فليس كلما يشق عليهم (صلوات الله عليهم اجمعين) حراما فان رسول الله ﷺ كان يشق عليه حرمان الجار جاره المسلم، وعدم عيادة مرضاهم ، وعدم الحضور لجماعتهم ، و ترك مساعدتهم ، مع ان ذلك كله يكون غالباً من قبيل ترك المستحبات او فعل المكروهات ، نعم اذا كان مصداقاً للابتداء حرم قطعاً و لكن المقام ليس منه قطعاً هذا ، ولو فرض القول بالحرمة لكانت الحرمة تكليفية بلا اشكال كما صرح به بعض .

المسألة ٥٠ - ولو جمع بينهما فالاحوط طلاق الثانية او طلاق الاولى .

* «هذا الحكم مشكل جدا ، لان طلاقها قد يشق عليها (سلام الله عليها) اكثر مما

يحصل من بقائها على زوجتها كما لا يخفى وهذا الاحتياط مما لا ينبغي العمل به،
الافى موارد خاصة»

المسألة ٥١- الاحوط ترك تزويج الامة دواماً مع عدم شرطين .

* «قد صرفنا النظر عن التعليق على هذه المسئلة الى الفصل الآتى فى العقد واحكامه
نظرا الى عدم الابتلاء باحكام العبيد والاماء فى ايامنا هذه فكان تركها والاشتغال
بما هو اهم ، اولى .

فصل (٩)

فى العقد واحكامه

المسألة ١ - يشترط فى النكاح ، الصيغة ... فلايكفى التراضى الباطنى

* عدم جوز المعاطاة فى النكاح مع عموم ادلة المعاطاة ليس الا لظهور الاجماع،
لاجماع الاصحاب فقط بل اجماع المسلمين ، ولما يظهر من روايات عديدة
الواردة فى ابواب احكام عقد النكاح من كون ذلك امراً مقطوعاً به فى الصدر
الاول ، وفيما بين الرواة ، ولكن الاستدلال له بان مرجع المعاطاة فيه الى الزنا
فسد جدا ، لان الزنا وان كان فيه التراضى كثيراً ولكن ليس فيه قصد انشاء النكاح
بالفعل قطعاً والفرق بينهما واضح جداً

المسألة ١ - فلا يكفى بلفظ المتعة فى النكاح الدائم .

* «بل يكفى اذا احتف بقرائن يوجب ظهورها فى عقد الدائم» لعدم الدليل على
اعتبار ازيد من الظهور العرفى فى الصيغة ، مضافاً الى ما ورد فى مورد ترك ذكر
الاجل فى المتعة وانه ان تركه كان نكاحاً دائماً (فتأمل)

المسألة ١ - يشترط فيه العربية .

* «لادليل على وجوبها ولكن لاينبغي ترك الاحتياط فيها» وعمدة ما استدلوا
عليه اصالة الفساد ، ونوقفية عقد النكاح ، ولزوم الاحتياط فى الفروج ، وانصراف
الاطلاقات الى المتعارف وهو العربى ، وشبه ذلك ، ولكن جميع ذلك قابل للدفع

بعد ظهور العمومات ، وكون المتعارف لكل قوم العقد بلسانهم ، نعم يمكن ان يقال ان كثرة الاسئلة و ذكر القيود في احكام عقد النكاح ربما توجب الحاقه بالامور التوقيفية فلا يجوز التمسك فيه باطلاق ادله العقود ، و لكن الانصاف انه لا تطمئن النفس بذلك بعدمراجعة الروايات ، فلما منع من الرجوع الى الاطلاقات

المسألة ١ - ولو بالتوكيل على الاحوط .

* «الاقوى كفاية غير العربية هنا وعدم وجوب التوكيل» لعدم الدليل دليل عليه بعدما عرفت من الاشكال في اصل المسئلة وعدم وجود اجماع هنا ولو سلمناه هناك

المسألة ١ - كما ان الاحوط تقديم الايجاب على القبول وان كان الاقوى

جواز العكس

* «تقديم القبول بلفظ قبلت غير كاف قطعاً ، نعم يصح بلفظ اترزوجك ، اترزوجتك سواء سميته قبولا مقدما او ايجابا من ناحية الزوج» كل ذلك لعدم الدليل على اكثر منه ولاطلاق الادلة ، ولورود جوازها في خصوص بعض الروايات .

المسألة ١ - وكذا الاحوط ان يكون الايجاب من جانب الزوجة . . .

وان كان الاقوى جواز العكس .

* «انما يجوز العكس اذا كان بصيغة تزوجتك او اترزوجك وشبهها مما فيه معنى المطاوعة ، واما لو كان بصيغة «زوجتك او انكحتك» مما ليس فيه المطاوعة فمشكل جداً» لان الذى يكثر في اذهان اهل الشرع في مفهوم النكاح ان المرأة تبذل نفسها والرجل يقبلها ، كما في البايع والمشتري ، واما غير ذلك فلا دليل على صحته .

المسألة ١ - والاقوى كفاية الاتيان بلفظ الامر .

* «مشكل جداً» - لان الامر لا ظهور له في انشاء العقد ، بل هو طلب واستدعاء ، واما ما روى من قصة السهل الساعدي او غيره ، فليس فيها دلالة اصلا ، لان الظاهر ان الامر فيها استدعاء عن النبي ﷺ لا ايجاب صيغة العقد ، لانه لم يكن واثقا بقبول النبي ﷺ وما كان يدري مقدار المهر فكان من قبيل الخطبة التي تكون

قبل النكاح والمقاولة التي تكون قبل البيع .

المسألة ٢ - الاخرس يكفيه الايجاب والقبول بالاشارة ... وان تمكن من التوكيل .

* « والاحوط للمقار على الكتابة انشائه بها ايضاً واما اصل المسألة فيدل عليه عمومات العقود ، وفحوى جوازها في الطلاق ، مضافاً الى كونه مجعماً عليه ، اصف الى ذلك ان التوكيل ايضاً عقد يحتاج الى الانشاء والايجاب ، فلو جاز بالاشارة لم لا يجوز عقد النكاح بذلك ؟ هذا ولا يترك الاحتياط في المقار على الكتابة بانشائه كتباً لانها اصرح واقوى من الاشارة بلسانه .

المسألة ٣ - لا يكفي في الايجاب والقبول الكتابة .

* « لا يبعد الاكتفاء بالكتابة في مقام الانشاء حتى للمقار على اللفظ وان كان مخالفاً للاحتياط » - وذلك لان العمدة في دليلهم على عدم الجواز عدم صراحة الكتابة وكونها من قبيل الكناية ، ولكن الانصاف ان الامر ليس كذلك « توضيحه » : انه لم يكن للكتابة في الصدر الاول قيمة في البيوع والعقود والنكاح والطلاق لعدم تداوله ولو كان هناك كتابة - مثل ماورد في الدين في الكتاب العزيز - فانما كان لكونها سنداً على حصول القبض والاقباض في الدين وشبهه ، لامن جهة كونها انشاء لعقد الدين وغيره ، وهكذا كان الامر في عصر الائمة الهداة المهديين ^{عليهم السلام} ومن يعرف الكتابة وان كان كثيراً في عهدهم ، ولكن لم يتداول الانشاء بها ، الى ان انتهى الامر الى عصرنا فصارت الكتابة هي الاصل في الانشاء ، بحيث لا يقبل في الامور المهمة الا الكتابة والتوقيع عليها فالعقود المتداولة بين الحكومات والشركات والافراد في المسائل الخطيرة لاتمضى الا بعد التوقيع عليها ، وهكذا انما يتم الانشاء في كل عقد وعهد عالمي بالتوقيع والامضاء عليها فهي الاصل في الانشاء ولا يعنى بغيرها في هذه الامور ، وان شئت قلت : في سابق الازمنة كان البناء على الالفاظ فقط ، وانقلب الامر في زماننا وصار البناء في كثير من العقود

على الكتابة فقط الا في الامور اليسيرة الساذجة التي تقبل فيها الالفاظ ، فكيف يصح انكار الكتابة في عصرنا وليعلم ان هذا البناء العقلاني في هذه الموارد اوجب تبدل الموضوع الحكم فكيف يصح لنا الحكم ببطلان عقد بيع او نكاح لم يكن فيه انشاء الامن طريق الكتابة ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه على كل حال .

نعم عدم فتوى الفقهاء به اوجب الجرئة على انكار ذلك ، ولكن قد عرفت ان الموضوع قد تغير ، فلا اقل من ان يقال نجتزي بالالفاظ او الكتابة ويصح العقد بكل واحد منهما ، ولكن مع ذلك كله الاكتفاء بالكتابة في عقد النكاح مع اهتمام الشارع بامر الفروج والاحتياط فيها مخالف للاحتياط ، ولا ينبغي ترك الاحتياط هنا فان وحشة الافراد في الفتوى قد تمنع عن ذلك .

المسألة ٥ - يكفى - على الاقوى - في الايجاب لفظ «نعم» بعد الاستفهام

* «لا قوة فيه بل الاقوى عدمه» لان لفظ «نعم» بعد الاستفهام ظاهر فى الاخبار، واردة الانشاء منه مخالف للظاهر ، وغير مانوس بالقرينة فلا يصح الاكتفاء به ، وماورد فى رواية ابان بن تغلب (١) . لادخل له بما نحن فيه .

المسألة ٦ - اذا لحن فى الصيغة فان كان مغيراً للمعنى ...

* «المدار على ظهور اللفظ ظهوراً عرفياً وان كان غلطاً مشهوراً او غير مشهور ، سواء كان فى المتعلقة او فى نفس العقد» - فعلى هذا مجرد عدم كونه مغيراً للمعنى اولم يكن كذلك لاثاره ، ولعل التعبير بجوزئك بدل زوجتك فى بعض بلاد العرب من قبيل الغلط المشهور كما يظهر ذلك من تعليقات بعض الاعلام ، من اهل اللغة .

المسألة ٩ - يشترط الموالاة ... بحيث يصدق معه ان هذا قبول لذلك

الايجاب .

* وبعبارة اخرى المدار على عدم خروج الايجاب عن قابلية تركه مع القبول وصيرورتهما عقداً واحداً ، فلا عبرة بمضى الزمان قليلاً كان او كثيراً فلو قلنا

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب المتعة الحديث ١ .

بجواز الانشاء بالكتابة فادرج العقد فى كتاب ، وارسله الى بلد آخر فلما وصل اليه بعد اسبوع مثلاً امضاء ووقع عليه كفى وان كان بينهما فصل طويل ولكنه غير مضر بالموالاة .

المسألة ١٠ - انه لادليل على اعتباره (اتحاد مجلس الايجاب والقبول)

* «فعلى هذا يجوز اجراء صيغة العقد بالهاتف وشبهه وان كان المتعاقدان فى بلدين مختلفين» - والدليل عليه اطلاقات الصحة مع صدق عنوان العقد عليه ، مضافا الى تداوله بين العقلاء من اهل العرف فى امر البيع والشراء وغيره .

المسألة ١١ - ويشترط فيه التنجيز... نعم لو علقه على امر محقق... صح

* الاقوى بطلان العقد سواء علقه على امر محقق او مجهول والعمدة فيه عدم تعارفه بين العقلاء فانهم لا يرون لمثل هذا العقد معلق على شئى قيمة فلا يشمله ادلة وجوب الوفاء بالعقد اما كون الانشاء من قبيل الايجاد ، والايجاد المعلق غير ممكن او انه ممكن ففيه كلام ذكرناه فى محله فى الواجب المشروط والمعلق

المسألة ١٢ - اذا وقع العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم... .

يمكن التمسك باصالة عدم التأثير فى الزوجية .

* «الاقوى عدم امكان التمسك بها ، بل اللازم الاحتياط بالطلاق فى فرض المسئلة» وذلك لان المفروض بمقتضى الاحتياط الوجوبى انه لا فتوى للمجتهد فيها ، والاخذ باصالة عدم التأثير من قبيل الفتوى ، فكيف يجتمعان ؟ فلو اخذ بهذا الاصل - اى اصالة الفساد التى هى المرجع عند الشك فى جميع ابواب العقود - كان الاحتياط من قبيل الاحتياط الاستحبابى لا الوجوبى كما لا يخفى .

المسألة ١٣ - لكنه فى الصبى الوكيل عن الغير محل تأمل .

* «الاقوى صحة عقده اذا كان مرافقا و كان وكيلا فى مجرد اجراء الصيغة ، وذلك لعين ما ذكره فى المتن ، والعجب انه استدل على الجواز ، ولكنه صرح انه محل تأمل ، مع ان المناسب الاستدلال على طرفى المسئلة .

المسألة ١٣ - وكذا اذا كان لنفسه باذن الولى او اجازته او اجاز هو

بعد البلوغ

* «مشكل جدا» وذلك لان العمدة فى جواز عقد الصغير هو سيرة العقلاء على جواز معاملاته فى الجملة والسيرة وان كان محققة الا ان الظاهر انها فى الامور اليسيرة لافى الامور الخطيرة مثل النكاح واما ما روى عن ابراهيم بن يحيى عن ابي عبدالله عليه السلام (١) تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ام سلمة ، زوجها اياه عمر بن ابي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم ، فالظاهر انه كان من باب الوكالة ، مضافا الى ضعف الرواية لجهالة ابراهيم بن ابي يحيى .

المسألة ١٣ - واما عقد السكرى اذا اجازت بعد الافاقة ففيه قولان ...

* «الاقوى بطلان عقدها» كما ذهب اليه المشهور ، ولو قلنا بالصحة لافرق بين السكرى و السكر ان ، وذلك لان محل الكلام ما اذا كان السكر منافيا للقصد (والمراد من القصد هى الارادة الناشئة عن عقل وشعور ودرك المصالح والمفاسد و حينئذ لا يبقى مورد للاجازة وما ورد فى صحيحة ابن بزيع يمكن حملها على صورة توكيل غيرها باجراء الصيغة كما هو الغالب ، و حينئذ تبطل الوكالة ويكون من قبيل الفضولى ويصح بعد اجازتها ، «وانكار المرئىة وفزعها» لا يكون من قبيل الرد كما ان «بقائها مع الزوج بظن انه يلزمها العقد» يمكن ان يكون من قبيل الدواعى ، وحينئذ ينطبق على موازين الفضولى ، هذا مضافا الى اعراض المشهور عنها ، ولو فرض القول به فى السكرى يجب القول به للسكران ايضا للتعليل الوارد فى نفس الرواية (٢) .

المسألة ١٤ - يشترط بقاء المتعاقدين على الاهمية الى تمام العقد

* والعمدة فى هذا الشرط عدم صدق العقد بدونه ، فلذا لم يحك الخلاف فيه

(١) وسائل الشيعه ج ١٤ باب ١٦ من ابواب عقد النكاح ح ١٠ .

(٢) وسائل الشيعه ج ١٤ باب ١٤ من ابواب عقد النكاح ح ١٠ .

عن احد ، كما قيل ، ولكن لو قلنا بجواز انشائه بالكتابة تفاوت الحال لان الموجب اذا اوقع على الانشاء ثم ذهب الى بيته فنام وجاء القابل فامضى السند كان معتبرا عند العقلاء بلا اشكال ، نعم في الموت والجنون وشبههما باطل .

المسألة ١٧ - يشترط تعيين الزوج والزوجة . . .

* والاصل فيه وان قيل انه الاجتماع المتضافرة نقلها ولكن ، الانصاف ان الاجماع هنا ايضا متخذ من بناء العقلاء فان تعيين الزوج والزوجة من اركان العقد وليست الزوجية من قبيل البيع الذي قد يقوم بالكلى في الذمة او الكلى في المعين بل قوامها عند العقلاء دائما بالجزئي الحقيقي المعين ، واما ماورد في مصححة «ابى عبيدة» مما يوهم جواز العقد على احدى البنات فالظاهر كما يعلم بعد الدقة في متنها ان العاقد نوى جزئيا حقيقيا ورضى الزوج بما نواه مع مشاهدتهن جمعا قبل ذلك ثم بداله غير ذلك فراجع .

المسألة ١٧ - واما لو كان ذلك مع المعاهدة . . . فلا يبعد الصحة

* «ان كان المعاهدة في تعيين الزوج والزوجة من قبيل الشرائط المبني عليها العقد بحيث يكون قرينة لظهور العقد عرفاً فلا اشكال في الصحة عندنا والا فلا اشكال في البطلان» - وذلك لان المدار على الظهور العرفي في باب صيغ العقود كما عرفت .

المسألة ١٧ - ولا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد بل يكفي

التمييز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك . . .

* «مشكل جدا» - لخروجه من عنوان العقد المعتبر بين العقلاء وذلك كما اذا زوجه بنته الكبرى ثم وقع الخلاف في تعيينها حتى رجعوا الى تاريخ ولادتهن فمجرد «التعيين الواقعي غير كاف في مثل ذلك واظهر منه الصورة التالية التي لا يمكن تعيين ماهو المعين في الواقع، والاصل في جميع ذلك الفساد، والرجوع

الى الاطلاقات بعد خروجها عن المتعارف بين العقلاء مشكل .

المسألة ١٨ - لو اختلف الاسم والوصف ، او احدهما مع الاشارة اخذ بما هو المقصود ، والغى ما وقع غلطاً . . .

* «مجرد كونه مقصوداً غير كاف بل ولا ذكره اولاً في الكلام ، بل المدار على ظهور اللفظ مع القرائن في كون احدهما مقصوداً بالانشأ والاخر غلطاً» - وذلك لما عرفت ان المدار في جميع صيغ العقود على الظهور العرفي دون مجرد النية والقصد ، والعجب من بعضهم انه بنى المسألة على تعدد المطلوب ووحدته مع ان النكاح قائم بشخص معين دائماً ولا معنى لوحدة المطلوب وتعدد فيه ، فليس من قبيل اشتراء مقدار من الحنطة بان يكون اصل الحنطة مطلوباً وكونها عشرين مثلاً مطلوباً آخر .

المسألة ١٩ - اذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتى يكون العقد صحيحاً او باطلا فالقول قول مدعى الصحة . . .

* هذا اذا كان الزوج والزوجة معينين بحسب القصد ، وكان النزاع في ظهور اللفظ وعدمها ، واما اذا رجع النزاع الى التعيين وعدمه فاصالة الصحة غير جارية لان التعيين من المقومات لعقد النكاح وهو مشكوك ، فيكون الشك في اصل وقوع العقد لافي صحته وقياسه على سائر الشروط قياس مع الفارق .

المسألة ١٩ - نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها ، وهي ما اذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد . . .

* «يمكن القول ببطلان العقد هنا من غير حاجة الى التحالف وان كان الاحوط التحالف بل الاحوط بعده طلاق الزوجة الواقعية» - وذلك لان مفروض الكلام عدم تعيين الزوجة في ظاهر اللفظ عند الانشاء وقد عرفت انه من الشرائط اللازمة في الصيغة فالنكاح باطل رأساً ، هذا مضافاً الى ما عرفت من امكان حمل الصحيحة على ما اذا وكل الزوج الاب في تعيين الزوجة لانه رأى هن ورضى بهن ، وبالجملة

لا يمكن رفع اليد عن القواعد بمثل هذه الرواية ، وقد ذكرنا في محله من بحث حجبية خبر الواحد ان الاكتفاء برواية واحدة صحيحة فسي رفع اليد عن القواعد المسلمة قد يكون مشكلا كما لا يخفى على من راجع سيرة العقلاء في حجبية خبر الثقة التي هي الاصل في حجبية خبر الواحد .

المسألة ٢٠ - لا يصح نكاح الحمل وانكاحه .

* « لا انصراف الاداة فقط كما ذكره ، بل لان الزوجية اعتبار عقلائي لا يجري بين الحمل وغيره كما هو ظاهر .

المسألة ٢١ - لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة باوصاف

الآخر .

* « الاولى علمهما بذلك ليكون النكاح مطمئناً لا يؤول الى الطلاق ، بل لا يترك الاحتياط في الاوصاف التي لا يتعارف النكاح بدون العلم بها في ما بين العقلاء مثل ما اذا لم يعلم انها شابة حديث السن او عجوزة في الغابرين وما ادعاه في الجواهر من الضرورة على عدم اعتبار العلم بالاوصاف بعد عدم تعرض كثير منهم لذلك غير مفيد بعد ما عرفت .

(فصل)

في مسائل متفرقة

الاولى - عن ابن ادريس انه لا يبطل (النكاح) ببطلان الشرط المذكور

(اي شرط الخيار) ولا يخلو عن قوة . . .

* «مشكل جدا» بل الاظهر ببطلان العقد به كما هو المشهور» - والعمدة في ذلك ان الرضا بالعقد مشروط بهذا الشرط وعند فقدانه يفقد ، نعم قد يقال في البيع ونحوه ان فقدان بعض الشروط او الاوصاف التي لا تعدر كذا لا يوجب ارتفاع الرضا باصل العقد كما في العقد على المعيب ، او بيع ما يملك وما لا يملك ولكن الفرق بين المقامين

واضح ، فانه يجبر بخيار العيب وتبعض الصفقة وغيرها بل صرح الشيخ الاعظم في مكاسبه بامكان الالتزام بالخيار عند فساد الشرط في البيع ايضاً وقد عرفت ان الخيار لايجرى فى النكاح ، للاجماع ، فاذا لامناس الا عن بطلان العقد ببطلان الشرط .

الاولى - واما اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه . . .

* « ولا يخلو ايضاً عن اشكال فانه مبنى على كون المهر عقداً مستقلاً او من قبيل الالتزام فى الالتزام ، لا قيدياً لعقد النكاح ، لكن الظاهر ان المهر جزء لعقد النكاح وعدم بطلان العقد بترك ذكر المهر انما هو لانصرافه الى مهر المثل ، لا لخلو عنه مطلقاً .

الثانية - . . . وعلى المنكر ترتيب آثاره (آثار العقد) فى الظاهر .

* « يعنى بمقدار يجبر عليه او فى خصوص الآثار المحللة ، كالانفاق على الزوجة وترك خروج الزوجة بدون اذن الزوج ، واما فى الآثار المحرمة اذا قدر على التخلص يتخلص منه ، وذلك كله لان حكم الحاكم من قبيل الاحكام الظاهرية ولا يتغير معه الحكم الواقعى .

الثالثة - . . . نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار

* « الاولى ان يقال لنشوزها بعدم التمكين » لان مجرد الانكار ليس نشوزاً ، لكن عدم التمكين نشوز وما قديقال من ان النشوز لابد ان يكون عن تمرد لاعتذار ، والمفروض انه هنا قد يكون معذوراً لعدم علمها بالزوجة ، فليست ناشزة ، كما ترى ، وقياسه على ترك التمكين فى حال الحيض او الصوم الواجب او الحج الواجب قياس مع الفارق ، بل الانصاف ان اطلاقات ادلة الانفاق على الزوجة غير شاملة لمانحن فيه كما لا يخفى على من راجعها فى ابواب الانفاق (راجع الوسائل باب ١ من ابواب النفقات ج ١٥) .

الثانية - . . . وان كانت هى المدعية لايجوز لها التزويج بغيره

* « لكن لو كان الزوج مصرا على عدم الزوجية ولكنها تعلم انها زوجة له ،
جازلها الرجوع الى الحاكم الشرعى حتى يأمره بالطلاق على فرض كونها زوجته
او يطلقها هو ان لم يقبل الزوج ذلك لان فى بقائها على هذه الحالة مضرة عظيمة
عليها فيجوز الطلاق دفعا للمضرر .

الثانية - . . . ولا يجوز لها السفر من دون اذنه

* بل يجوز لها ذلك على الاقوى ، فان ادلة الاستيذان من الزوج لا تشمل
محل الكلام قطعا .

الثانية - . . . ولورجع المنكر الى الاقرار هل يسمع منه ؟

* « فيه كلام يأتى فى محله من كتاب القضاء ان شاء الله و كذا ما قبله » .

الثالثة - اذا تزوج امرأة تدعى خلوها عن الزوج ... نعم له (للمدعى)

مع عدمها (عدم البينة) على كل منهما اليمين

* « لا يخلو عن اشكال » لعدم الاثر هنا للاقرار فلا ينفع الحلف والانكار ، لانه
فى حق غيره ، اللهم الا ان يقال بان الاثر قد يظهر بعدموت المدعى ، او بعد اقرارهما
معاً ، اوفى الحال بالنسبة الى تفويت حق الزوج الاول من المهر بناء على كونه
من باب التفويت فتأمل .

الثالثة - وان اخبر ثقة واحد بصدق المدعى وان كان الاحوط حينئذ

طلاقها .

* « لا يترك هذا الاحتياط » لما ورد فى موثق سماعة من انه اذا كان المدعى ثقة
فعلى الزوج ان لا يقربها . وهو موافق لما ذكرنا فى محله من حجية خبر الواحد
الثقة فى الموضوعات فسى غير باب القضاء ، ولكن قد يناقش فيه هنا بعدم ظهور
الفتوى به ، وعلى كل حال كان الاولى ان يقول « وان كان المدعى ثقة » فان مورد
الرواية وثيقة المدعى لا مخبر آخر .

الثالثة - وان نكل اورد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجية

* الظاهر ان قوله فحلف قيد للنكول اورد اليمين ، فحينئذ لا يرد عليه ما في بعض الحواشي من ان مجرد النكول غير كاف في الحكم ، بل الحاكم يرد الحلف على المدعى حينئذ كما يظهر مما سيأتى فى كلامه فى هذه المسألة .

الرابعة - اذا ادعى رجل زوجية امرأة وانكرت فهل يجوز لها ان تزوج

من غيره قبل تمامية الدعوى . . . وجهان .

* « يمكن ان يقال ان الملاك فى جميع موارد الدعوى ان التصرفات التى يوجب افناء موضوع الدعوى غير جائز واما ما لا ينتفى معه الموضوع فهو جائز نعم لو طالت المدة وتضر المدعى عليه امكن القول بالجواز ولو مع انتفاء الموضوع دفعا للضرر اذا كان ضرره اقوى ، وذلك لان دليل السلطنة مأخوذة من بناء العقلا ، وعمومها وشمولها لما اذا اوجب فناء موضوع حق المدعى اول الكلام ، واطلاقات الروايات ايضا منصرفه الى ما ذكرناه ، سواء ذلك فى باب الاموال والنفوس والنكاح وغيره يؤيده انه لولا ذلك حصل ضرر عظيم فى كثير من الدعاوى ، فان المدعى عليه اذا علم ان الدعوى تنتهى الى محكوميته يتشبت بافناء الموضوع كيلا يتسلط المدعى على حقه ، ومن سبر الدعاوى المطروحة بين الناس حقها ، تيقن ما ذكرناه ، ومنه يظهر الحال فى ما نحن فيه ، فان اقدام المرأة على التزويج المنافى لحق المدعى مشكل جدا ، فانه قد لا يثبت الادعاء الا من طريق اليمين المردودة ، وحينئذ لا يجوز الاخذ به لوقلنا انه بمنزلة الاقرار فان اقرار العقلاء فى حق غيرهم غير جائز ثم ان الانصاف ان هذه مسائل سيالة ، والاولى ايكال امرها الى ابواب القضاء ، لاعنوانها فى كل كتاب فقهي من النكاح والبيع وغيرهما الذى يوجب التطويل بغير طائل

الخامسة - اذا ادعى رجل زوجية امرأة فانكرت ، وادعت زوجية امرأة

اخرى ، لا يصح شرعا زوجيتها لذلك الرجل مع الامراة الاولى ... فان حلفا سقطت الدعويان . . . وكذا ان نكلا

* «اماسقوط الدعويين عندحلف المنكر في المقامين فظاهر، فانه نتيجة الحلفين، واما في فرض النكول فلتعارض الزوجين، ومن هنا يمكن التفصيل بينما اذا كانت الدعويان متقارنتين فيحكم بالتساقط، واما اذا كانتا مختلفتين بحسب الزمان، فاقامت احديهما ونبتت الزوجية بحكم الشرع لاحدى الاختين، وحينئذ لائتر للدعوى الثانية ولليمين المرودة بعد ان كان متعلقا لحق الغير»، وما في كلمات غير واحد منهم من التفصيل بينما اذا دخل باحديهما وعدمه، نظر الى تكذيب الفعل للقول وتعارض الاصل والظاهر غير جيد لان فعل الدخول اعم من الزوجية فتأمل .

الخامسة ... لكن لايبعد تقوية الوجه الاول لان البينة حجة شرعية

* «يمكن ان يقال حجية اللوازم الشرعية اوالعقلية في الامارات ومنها البينة انما هي في غير مقام الدعوى، ولاقل من الشك، والاصل عدم حجيتها، فالمدارعلى المعنى المطابقى للبينة بل هو معنى الشهادة» وحينئذ لاتصل النوبة الى ان البينة بالنسبة الى اللازم في المقام من قبيل بينة المنكر، وقد وقع الخلاف في محله في جوازاقامة البينة من المنكرام لا .

الخامسة و على الثالث ترجيح الاسبق اذا كانت تشهد بالزوجية من

ذلك التاريخ الى زمان الثانية .

* «انما ترجح الاسبق اذا شهدت بوقوع العقد من قبل، وشهدت الثانية بوقوع العقد بعده، واما اذا شهدتا بالزوجية في الحال، فلا محالة يقع التعارض بينهما» وان كانت شهادة احدهما اسبق وعبرة المصنف مبهمة يظهر من بعضها ان النزاع في وقوع العقد ومن بعضهان النزاع في وقوع الزوجية ولكن الحكم ما عرفت

الخامسة .. وحينئذ ففي الترجيح الثانية اوالتساقط وجهان :

* «لاوجه لترجيح الثانية، ولا التساقط بل يعمل بكليهما وان كانت النتيجة في الحال زوجية الثانية» وذلك لان محتوى البينة الاولى كون الام والاخت زوجة

له من قبل فيؤخذ به ويرتب عليه آثاره بالنسبة الى الزمان الماضي ، و مفهوم
اليينة الثانية كونها زوجة له في الحال فيؤخذ به ، نعم مقتضى الاستصحاب بعد
ثبوت الزوجية السابقة بقائها الى الحال ، و لكن لا ربط له بمفهوم اليينة ، و من
الواضح انه لاقيمة للاستصحاب في قبال اليينة الثانية .

الخامسة : ولكن وردت رواية على تقديم بينة الرجل .:

* هذه الرواية وان عمل بها المشهور كما حكى ، ويمكن رفع اليد عن القواعد
بمثل هذا الدليل الخاص ، ولكن في كلامه ^{التلا} تعبير يوهم كون المورد من موارد
التهمة فان قوله وتريد اختها فساد النكاح يشعر بذلك ، فلو عمل بها اختص بهذه
الصورة ، ولا بأس به و لكن التعدى منه الى غيره مشكل جداً هذا و ذكر في
الجواهر في المقام اثني عشرة صورة ولكن يمكن انهاؤها الى ثمانية عشر اواربعة
وعشرين ، والعمدة ما عرفت من الصور الخمسة المذكورة في كلام المصنف .

السابعة : يجوز تزويج امرأة تدعى انها خلية من الزوج

* « ويستثنى من ذلك صورتان : احديهما ما اذا كان الفحص سهلاً جداً بحيث يعلم
حالتها بادنى فحص ، وثانيتهما ما اذا كانت متهمة في دعواها لشهادة بعض القرائن
الظنية بكذبها ، وذلك لان العمدة في المسئلة بعد ظاهر بعض الروايات الواردة
في المسئلة في الباب ٢٥ من ابواب عقد النكاح ، والباب ١٠ و ٦٠ من ابواب المتعة
الى الشهرة و الاجماع المحكى ، الاصل وهو اصاله عدم المانع بالنسبة الى من
لم يعلم لها زوج من قبل ، و اصاله قبول قولها في امثال هذه الامور ، و اما استثناء
الصورة الاولى فواضح لانصراف الادلة عنها وبناء العقلاء على الفحص فيها ، و كذا
الثانية ، فعلى هذا في زماننا هذا الذي يمكن العلم بحال المرأة بمراجعة ما
عندها من الجنسية او غير ذلك من الاسباب المعمولة الدارجة يشكل نكاحها من
غير فحص .

التاسعة : اذا وكل وكيلا في اجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما

المقاربة الا اذا حصل لهما العلم بايقاعه ، ولا يكفي الظن بذلك وان حصل من اخبار مخبر بذلك وان كان ثقة

* «الاقوى قبول قول الثقة لما مر مرارا من حجية خبر العدل الواحد بل الثقة في الموضوعات عندنا» كما حررناه في كتابنا القواعد الفقهية في الجزء الرابع منها

التاسعة : نعم لو اخبر الوكيل بالاجراء كفى ان كان ثقة بل مطلقا

* «حجية قول الوكيل في مثل هذا اذا لم يكن ثقة محل اشكال ، لعدم دليل يعتد به عليه لان المقام ليس مقام اجراء اصالة الصحة ، للشك في وقوع الفعل كما انه ليس مما يقبل الامن قبله ، وكذلك كون الوكيل امينا اجنبى عن المقام ، وما ذكره في المتن من الدليل من ان قول الوكيل حجة فيما وكل به مصادرة على المطلوب ، الا ان يكون اشارة الى استمرار سيرة العقلاء على ذلك ، وهو ايضا غير ثابت (وقد تعرض القوم له في كتاب الوكالة في مبحث التنازع فراجع وتدبر) هذا مضافا الى ان الغالب في الوكلاء في مثل هذه الامور كون الوكيل موثوقا به فالتمسك باطلاقات ادلة الوكالة مشكل ايضا ، كما ان شمول قاعدة « من ملك » لما نحن فيه قابل للاشكال كما لا يخفى.

فصل (١٢)

في اولياء العقد

وهم الاب والجد ... والوصى ... والحاكم

* «ثبوت الولاية لهم جميعا في الجملة معلوم ، ولكن سيأتي الكلام في المسئلة ١٣ و١٢ في حدود ولاية الوصى والحاكم والاشكال فيها الا في مواضع الضرورة»

المسئلة ١- واختلفوا في ثبوتها (ولاية الاب والجد) على البكر الرشيدة

على اقوال

* «الاقوى استقلال البالغة الرشيدة ولكن لا ينبغي ترك الاحتياط في تشريك الولي ولا سيما ان البالغة كثيراً ما لا تكون رشيدة في امر نكاحها» والمسئلة معركة

الاراء بين فقهاء الخاصة والعامه وقد حكى فيه خمسة اقوال كما ان الروايات متعارضة ومتضاربة وردت فيها ما يقرب من اربعين حديثاً ، متفرقة في ابواب مختلفة منها الباب الثالث والرابع والسادس والثامن من ابواب عقد النكاح ، والباب الحادي عشر من المتعة ، وهي على طوائف طائفة تدل على استقلالها ، وطائفة تدل على استقلال الاب والجد ، وطائفة ثالثة تدل على التشريك ، او قابلية للحمل عليه ، الا ان روايات استقلال البكر اصرح دلالة ، وهي موافقة للمشهور بين الاصحاب ، بل ومخالفة للمشهور بين العامة (راجع المغنى لابن قدامة ج ٧ كتاب النكاح ص ٣٣٧) بل يمكن الجمع الدلالي بينها اما بحمل ما دل على التشريك على الاستحباب والارشاد ، وحمل ما دل على استقلال الاب على صورة عدم رشدهن في امر النكاح كما علمه الغالب فيهن ، لاسيما في تلك الاعصار ، او يحتمل على تبعية رضاهن لرضا اوليائهن كما هو الغالب ، ومع الغض عن جميع ذلك مقتضى الاصل الاولي استقلالها ، وعدم ولاية احد عليها ، ولكن ينبغي عدم ترك الاحتياط لهن كما عرفت .

المسألة ١ - اما اذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعا

* هذا خارج عن محل الكلام فان التزويج بالكافر باطل ، والكلام في الولاية انما هو فيما يصح شرعا .

المسألة ٢ - اذا ذهبت بكارتها بغير الوطى

* « الانصاف انه اذا كان لعارض مثل الوثبة صدق البكر عليها ، وكذا اذا طلقت قبل الدخول ، كما انه لا ينبغي الاشكال في عدم صدق البكر عليها اذا ذهبت بكارتها بالزنا وشبهه » وذلك كله للتبادر عرفا ، ولكن في غير واحد من روايات الباب ما يدل على دوران الحكم مدار الزواج ويظهر من بعضها دورانها مدار الدخول ، والانصاف انهما محمولان على المعنى العرفي بحكم الغلبة .

المسألة ٤ - لا خيار للصغيرة اذا زوجها الاب او الجلد بعد بلوغها ...

وكذا الصغير

* « لا يترك الاحتياط لاسيما فى الصغير » وذلك لما ورد فى غير واحد من روايات الباب من كونها بالخيار اذا ادركا ، وقد عمل بها جمع من قدماء الاصحاب فى خصوص الصغير ، وان لم يعمل بها فى الصغيرة ، ولكن الظاهر ان ترك العمل بها فى الصغيرة ليس للاعراض عنها بل لترجيح ما دل على الجواز فى الصغيرة ، عليها ، اذ ان ذلك ان صحة نكاح الولى مشروط بوجود المصلحة كما سيأتى فى مسألة الاثنية ان شاء الله ووجود المصلحة فى مثل هذا النكاح لاسيما فى اعصارنا مشكل جدا ، وان كانت معمولة فى الازمنة السابقة كانت فيها المصلحة .

المسألة ٥ - يشترط فى صحة تزويج الاب والجد ونفوذه عدم المفسدة ...

بل الاحوط مراعاة المصلحة

* « بل الاقوى ذلك » والمسئلة وان كانت مجعما عليها بالنسبة الى عدم المفسدة كما قيل ، وادلة لاضرر وان كانت حاكمة على عمومات الولاية ، ولكن العمدة فى المقام امر آخر وهو ما يستفاد من حقيقة الولاية واعتبارها عند العقلا ، وقد امضاها الشرع ، وهى ان منصب الاب والجد لولاية الصغار انما هو من باب الحسبة والدفاع عن حقوقهم ، وكونهما اقرب من غيرهما كما ورد فى روايات الباب « هو انظر لها » لان الصغار من قبيل الملك لهما يتصرفان فيهم كيف شاءا فعلى هذا لا بد من اجتناب المفسدة بل مراعاة المصلحة واما ما ورد فى بعض الروايات من ان « الولد وماله لايه » فهو حكم اخلاقى ولذا يشمل الصغير والكبير ، وقد اجمع الاصحاب على عدم جواز التصرف فى اموال الصغار اذا كان مشتملا على المفسدة ، ولا اقل من الشك فى ان حقيقة الولاية هى الاول والاخير والاصل يقتضى عدم الابل بالنسبة الى القدر المتيقن .

المسألة ٥ - بالنسبة الى الصغير

* « المراد به الصغيرة اما لان الامر فى التذكير والتأنيث سهل ، او هو من سهو

القلم فلا يرد عليها ما في بعض الشروح .

المسألة ٦ - لو زوجها الولي بدون مهر المثل او زوج الصغير بازيد منه
ففي صحة العقد وبطلان المهر... او بطلان العقد ايضاً قولان اقواهما الثاني
* اختار هذا القول جماعة من اصحابنا الاقدمين، ولكن خالفهم المشهور، والعمدة
هنا كون العقد والمهر شيئاً واحداً او من قبيل تعدد المطلوب، فلو كان شيئاً واحداً
كان الحكم بالفساد اقوى، نعم في البيع وامثاله قد يحصل التفكيك في العقد
الواحد اذا باع ما يملك مع ما لا يملك مثلاً ولكن يجبر بالخيار وحيث ان الخيار
لا يجري في النكاح يشكل الامر فيه، وقياس المسئلة على ما اذا عقد بدون المهر
قياس مع الفارق كما هو الظاهر.

المسألة ٧ - لا يجوز نكاح الصبي المبذر الا باذن الولي وعليه ان يعين
المهر والمرأة .

* اما تعيين المهر فمعلوم بعد كونه سفيهاً في الاموال، واما تعيين المرءة فلا وجه
له الا ان يكون المراد منه تعيين الصنف بان يقول لاتزوج من بنات التجار مثلاً
لما فيهن من المهر الكثير . هذا كله في السفيه المالي اما لو كان سفيهاً بالنسبة
الى عقد النكاح فاجازة الولي بالنسبة الى المرءة ايضاً شرط كما سيأتي ، ولا
فرق بين من كان زمان سفهه متصلاً بزمان الصغرام لا .

المسألة ٨ - اذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات لكن لا رشده
بالنسبة الى امر التزويج .

* والعمدة فيه ان السفه مهما كان يوجب ولاية الولي وقد عرفت ان حكم الولاية
امر عقلائي قد امضاها الشرع، وليس امراً تعبدياً يختص بمورده، والعجب من
جمع من اعلام المحشين حيث قصروا الحكم على السفه في الاموال، مع ان الملاك
فيهما واحد، بل قد يكون النكاح اولي، فلو ان ابناً او بنتاً له خمسة عشرة،
سنة، رضى بالتزويج بزواج اوزوجه له سبعون سنة مع عدم الكفاية العرفية وعدم

المصلحة فى شئى من الجهات ، وكان ذلك لسفاهة فى امر النكاح فهل يرضى فقيه فى الحكم بلزوم هذا العقد ، ولاسيما فى البنات ، واما عدم تعرضهم للسفه فى غير الاموال لا يضر بالمقصود ، فان الظاهر انهم تبعوا فى ذلك القرآن المجيد حيث تعرض لخصوص السفه فى باب الاموال والاستغناء عنه باسئراط اذن الولى فى البكر وغير ذلك .

المسألة ٩ - كل من الاب والجد مستقل فى الولاية ... وكذا ان جهل التاريخان (اى قدم عقد الجد) .

* «فيه اشكال ظاهر، بل يكون من قبيل العلم الاجمالى الذى لا بد فيه الاحتياط بطلاق المرءة من ناحية الرجلين المعلوم زوجية احدهما، وذلك لان عقد الجد لو كان سابقا او مقارنا كان مؤثرا قطعاً فى فرض تقدمه ، و حيث جهل الامر ان لم يبق مناص عن الاحتياط ، اللهم الا ان يقال ان اصالة عدم التقدم من الطرفين يثبت المقارنة فيقدم عقد الجد وفيه انه من اوضح مصاديق الاصل المثبت، ويحتمل الرجوع الى القرعة ايضا اذا لم يرض واحد منهما بالطلاق .

المسألة ٩ - وان كان المعلوم تاريخ عقد الاب احتتمل تقدمه .

* «بل المتعين تقدمه» بناء على جريان اصالة عدم عقد الجد الى زمان وقوع عقد الاب، واما رواية «عبيد بن زرارة» وغيرها (مما ورد فى الباب ١١ من ابواب عقد النكاح) فلا دلالة لها على صورة الشك وانما هى ناظرة الى مقام الثبوت او صورة القطع

المسألة ٩ - ولو بادر الاب فعقد فهل يكون باطلا او يصح ؟ وجهان

* «والاقوى بطلان عقد الاب هنا» لان صريح غير واحد من روايات الباب انه لو هوى الاب رجلا والجد رجلا آخر، كان الجد اولى ، وظاهر الاولوية هنا الاولوية الوضعية لا التكليفية ، و بعبارة اخرى لاولوية للاب فى مفروض الكلام فكيف يصح عقده .

المسألة ٩ - ولو تشاح الجد الاسفل والاعلى هل يجرى عليهما حكم

الاب والجد اولا ؟

* «الاقوى جريان حكم الاب والجد عليهما» لعموم التعليل الوارد في خبر عبيد بن زرارة و خبر قرب الاسناد (المرولين في الباب ١١ من ابواب عقد النكاح) ولاسيما ان على بن جعفر رواه ايضا في كتابه والاشكال في عموم التعليل كما عن بعض لادجه له .

المسألة ١٠ - لايجوز للمولى تزويج المولى عليه بمن به عيب ... ففي

ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه... وجهان .

* «الوجه عدم الخيار بعد فرض علم الولي ووجود المصلحة في ذلك» والتمسك باطلاق ادلة الخيار ممنوع لكون ادلة الولاية حاكمة عليها ، وقوله قصور الصغير بمنزلة جهله ممنوع ، بل الاولى ان يقال علم الولي بمنزلة علمه وبالجملة لامناص عن القول بفساد العقد لعدم شمول ادلة الولاية له ، او القول بصحته مع عدم الخيار ، كما ذكره في الجواهر ، و ان هو الا كعقد البيع على المعيب مع علم الولي به واقتضاء المصلحة له ، كان يكون بقيمة رخيصة جدا ولاظن احدًا يلتزم بثبوت خيار العيب هنا للصغير اذا بلغ .

المسألة ١٠ - بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للمولى ايضا .

* «يظهر ضعفه مما تقدم ولاسيما ان ظاهر عبارة المصنف حصول الخيار بعد البلوغ وحينئذ لامعنى لولاية الولي قبله» .

المسألة ١٠ - و اما اذا كان الولي جاهلا بالعيب فلا اشكال في ثبوت

الخيار له

* «هذا اذا كان نفس العقد ولومع الخيار مصلحة للصغير والافيشكل صحة العقد .

المسألة ١٠ - وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان

«ان كان العقد مع العيب مصلحة للصغير فلا خيار له ولا للمولى ، وان لم يكن مصلحة فصحة العقد محل اشكال فلا تصل النوبة الى الخيار على كل تقدير» .

المسألة ١٢ - للوصى ان يزوج المجنون

* «اذا كان هناك ضرورة ، ولا فرق بين الجنون المتصل بالصغر وغيره ، ولكن لا يترك الاحتياط في غير المتصل باستيدان الوصى ، الحاكم الشرعى وهذا كله اذا كانت الوصية مطلقة شاملة للزواج ايضا او مع نص الوصى عليه» .

المسألة ١٢ - بل الصغير ايضا

* «فيما اذا كان هناك مصلحة ملزمة وقد عرفت ان المصلحة مفقودة في زواج الصغير فى اعصارنا غالباً» .

المسألة ١٣ - للحاكم الشرعى تزويج من لاولى له

* وقد يفصل بين الصغير وغيره فيقال بعدم تزويج الحاكم الصغير وقد يدعى الاجماع عليه ، ولكن من الواضح انه قد تكون هناك ضرورة لازمة ترتبط بحيات الصغير ولا تحصل الا بالنكاح ، والمفروض ان الحاكم ولى من لاولى له بمقتضى الروايات نعم لولم تكن هناك ضرورة فلا وجه لولايته لعدم المصلحة فيه فينتفى موضوع الولاية .

المسألة ١٤ - وكذا مع فساد عقلهما

* اى فساد عقل المولود والمولاة اذا كانا كبيرين ، فانه اذا كانا صغيرين لم يحتج الى فساد العقل ، بل كان الصغر مانعا ولذا اورد بعضهم على العبارة بانها زائدة لكن يمكن توجيهها بما عرفت .

المسألة ١٤ - او اغماء

* «فى حالة الاغماء لا يمكن اعمال الولاية فالاولى حملة على بعض مراتب الاغماء الذى يشبه السكر مما يمكن معه العمل» .

المسألة ١٤ - والاقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر

* «سواء كان جده مسلما ام لا» والعمدة فى ذلك عمومات ادلة الولاية وشمولها لمحل الكلام .

المسألة ١٧ - لا يجوز له ان يزوجه من نفسه للانصراف .

* والانصراف غير ثابت في بعض الموارد بل يختلف باختلاف الالفاظ والاشخاص والاعداد فالحكم على اطلاقه ممنوع .

المسألة ١٧ - بل قد يقال بعدمه (بعدم جواز تزويجها من نفسه) حتى

مع التصريح بتزويجها من نفسه لرواية عمار المحمولة على الكراهة .

* « حمل الرواية على الكراهة مشكل لعدم قرينة ظاهرة عليها ، لكن يمكن حملها على وجوب الاشهاد واستحبابه ، او حملها على عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وقد ذكرنا في محله عدم جوازه على الاحوط .

المسألة ١٨ - الاقوى صحة النكاح الواقع فضولا . . . سواء كان قريبا

. . . او اجنبيا .

* « جواز عقد الاجنبى له فضولا انما هو في فرض مناسبة عقلائية تسمح له بالعقد ولو فضولا ، اما لو زوج من كان اجنبيا بالمرّة من دون اية مناسبة مع المرأة واهلها ، ومن دون اى كلام فى ذلك فهو مشكل ، لانه بالهزل اشبه من الجد ، فهل يصح عقد كل من نراه بالاسواق والشوارع من كل من يريد ولو فضولا ، من دون مناسبة توجب ذلك ، ولعل ما يحكى عن ابن حمزة من اختصاص الصحة بالموارد التسعة الواردة فى النصوص ايضا يشير الى ذلك لا ما يتر اى من ظاهره من حصر الصحة بموارد النصوص ، وقد ذكرنا هذا الاشكال فى جميع مباحث الفضولى .

المسألة ١٨ - نعم لا تصح الاجازة بعد الرد كما لا يجوز الرد بعد الاجازة .

* « عدم جواز الرد بعد الاجازة واضح ، واما عدم صحة الاجازة بعد الرد ففيه اشكال لعدم دليل ظاهر عليه » اما الاجماع المدعى فى كلام غير واحد منهم فهو كما ترى فى امثال المقام ، واما القول بان لمالك الامر حق قطع العلقه الحاصل بعقد الفضولى عن ملكه ممنوع لعدم حصول عقله بمجرد عقد الفضولى ، ولا يعد ذلك تصرفا حتى ينفى بدليل سلطة المالك ، وكذا الاستدلال بانه يشبه الرد

المتخلل بين الايجاب والقبول ، فانه قياس مع الفارق ، لتحقق العقد هنا دونه ، هذا مضافا الى دلالة صحيحة محمد بن قيس (١) الواردة في بيع الفضولي الظاهرة في نفوذ الاجازة بعد الرد فعلا وقولا ، ولاوجه لظروها من هذه الجهة ، ويؤيده اويدل عليه مارواه علي بن جعفر عن اخيه (ع) (٢) في نكاح العبيد والاماء ، هذا كله مضافا الى انه موافق لبناء العقلاء في ابواب العقود ، فكم من معاملة فضولية لايرضى مالمالكه اولا بل يرده ، ثم يتكلم معه الدلال وغيره حتى يقبل ويجيز ويكون صحيحا عندهم ولم يمنع عنه الشرع .

المسألة ٢٠ - يشترط في المجيز علمه بان له ان لا يلتزم

* في المسئلة ثلاث صور: الاولى - اعتقاده بلزوم العقد ولاشك ان الرضا بعدهذا الاعتقاد غير كاف ، فانه ليس رضا بانشاء العقد حتى يقوم مقامه بل رضا بما هو نتيجته ، «الثانية» ان يعتمد لزوم الاجازة فيجيز علي وجه التقييد بان يقول ان كان اجازته لازمة فاجزت فهذا ايضا باطل «والثالثة» : ان يكون علي وجه الداعي فان كان المراد منه ان هذا الاعتقاد كان مشوقا له بالرضا فرضي مختاراً فلا شك في صحته وتأثيره ، وان كان بمعنى العلة (يعنى الاعتقاد بوجود الاجازة) صارعلة للرضا ولا ينبغي الشك في بطلانه ، لانه ايضا في حكم التقييد واما ما ورد في رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع (الحديث ١ من الباب ١٤ من ابواب عقداالنكاح) فيمكن حمله على الفرض الاخير.

المسألة ٢١ - الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه .

* «لايبعد التفصيل : فان كان العقد مقيداً بتاريخ معين كما هو المعمول في اسناد المعاملات في عصرنا هذا ، فالاجازة كاشفة لكن كشافاً حكيميا ، وان كان العقد مطلقاً عن الزمان فهي ناقلة من حينها» اما الاول فلانه اجازالعقدالمقيد بذالكالزمان ،

(١) الوسائل ج ١٤ من ابواب النكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ الحديث ١ .

(٢) الوسائل ج ١٤ من ابواب النكاح العبيد والاماء الباب ٢٧ الحديث ١ .

والكشف الحكمي ممكن عقلا وشرعا ، بمعنى ترتيب آثار العقد من حين الاجازة ، وان كان الكشف الحقيقي باطلا ، سواء كان بمعنى عدم دخل الاجازة مطلقا ، او كون الاجازة شرطا متأخرا ، او كون تحقق العقد بالرضا شرطا مقارنا ، او كون الرضا التقديري حاصلًا مقارنا للعقد فان شيئًا من هذه الوجوه الاربعة لا يوافق ظواهر ادلة الشرع ، بل بعضها مخالف صريح لها ، كما ان الكشف الانقلابي بمعنى تأثير الاجازة فيما مضى وانقلاب العدم الى الوجود فيما سبق غير معقول رأسا ، واما الثانية اعني صحة العقد المطلق من حين وقوع الاجازة فلانها ظاهر ادلة تأثير الرضا

المسألة ٢٢ - الرضا الباطني التقديري لا يكفي

* « اللهم الا ان يكون بمعنى رضاه بعنوان كلي لا يرى انطباقه على المورد ، فان ذلك كاف اذا تم الانشاء به وذلك كما اذا رضى بصلاة ابن عمه في بيته ولكن لا يعرف الوارد انه ابن عمه فيظهر عدم الرضاء مع انه راض بعنوانه الواقعي »

المسألة ٢٢ - الا انه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه .

* والعمدة فيه ان العقد يحتاج الى الانشاء والتنفيذ من قبل المالك ، فمجرد الرضا الباطني غير كاف بل لو اظهره بعنوان الاخبار لتنفيذ العقد غير كاف ايضا

المسألة ٢٣ - لو استؤذن فنهى ولم يأذن ... يشكل صحته بالاجازة .

* « الاقوى انه صحيح لاشكال فيه » لما قد عرفت ان عدم جواز الاجازة بعد الرد قابل للمنع ، فكيف بالنهي قبل العقد ، مضافا الى الفرق بين المقامين ، بل هو اشبه شييء بعقد المكره الذي لاشكال في صحته بعد لحوق الرضا ، والقول بان عقد المكره انشائه من نفس المالك دون الفضولي لا يدخل له بما هو المهم في المسألة

المسألة ٢٤ - كان يقول زوجته موكلتي و كان من قصده امرأة معينة

مع عدم كونه وكيلا عنها يشكل صحته بالاجازة

* « والاحسن ان يفصل بينما اذا كان للفظ ظهور عرفي في ارادة امرأة معينة ولو بمعونة القرائن فيصح بالاجازة وبينما اذا لم يكن كذلك فيبطل » والوجه فيه ظاهر

المسألة ٢٦ - لو وقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز اجازة العقد دون المهر... فيه اشكال .

* « لا ينبغي الاشكال في البطلان في جميع صور المسألة » و ذلك لان الاجازة قائمة مقام الايجاب او القبول ، و من الواضح لزوم التطابق بينهما ، لعدم صدق العقد بدونه وما يترأى من التفكيك في بيع ما يملك وما لا يملك ، و بين الشرط الفاسد واصل العقد ، لادخل له بالمقام ، لان العقد هناك تام كامل ، و انما منعه المانع الشرعى او العقلمن . من نفوذ بعض مدلوله .

المسألة ٢٧ - اذا وقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه و كمالا فالظاهر صحته و لزومه

* « لا يخلو عن اشكال » و ذلك لان عقد الوكيل لا بد ان يكون عقد للموكل من طريق التسبيب و ان لم يكن مباشراً وهذا المعنى انما يتم اذا كان الوكيل عالماً و قاصداً للوكالة و بعبارة اخرى صدر العقد منه بسبب ماله من الوكالة و الا لم يرتبط العقد بالموكل و لا يكون فعلاً تسببياً له .

المسألة ٢٧ - واما لو وقع بعنوان الفضولية فتبين كونه و ليا ...

* « مشكل جدا الا ان يجيز الولى بعد علمه بالولاية » و العمدة في ذلك انصراف ادلة ولاية الاولياء الى صورة علمهم بالولاية و تصرفهم بهذا العنوان ، فلو ان الانسان باع شيئاً من الاموال بتصور انه مال نفسه ، ولكن تبين كونه مال ولده الصغير و صادف الغبطة فلورضى بعد هذا العلم و اجاز فلا اشكال و الا يمكن منع شمول اطلاقات الولاية له فتأمل .

المسألة ٢٨ - اذا كان عالماً بانه وكيل او ولى ومع ذلك وقع العقد بعنوان الفضولية ...

* « هذا فرض نادر قلماً يتفق و اذا اتفق فالاقوى صحته مع الاجازة اللاحقة اما من الوكيل او الموكل » و ذلك لما عرفت من ان اللزوم كون العقد منتسباً الى مالكه

اما بمباشرة نفسه او بتسبيبه من طريق الوكيل ، ولكن فعل الوكيل انما يكون فعله اذا صدر منه بعنوان الوكالة ، فلو تخلى نفسه من الوكالة ببعض الجهات ، لم ينتسب العقد الى الموكل ، وكذلك الامر في ساير موارد التسبيب .

المسألة ٢٩ - اذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر ان العقد لازم عليهما * قد مر ان الاحتياط ثبوت الخيار لهما اذا بلغا ولكن هذا لا يمنع التوراث بينهما *
المسألة ٢٩ - ويترتب عليها احكامها من حين العقد لما مر من كون الاجازة كاشفة

* قد عرفت في المسئلة ٢١ التفصيل في المسئلة .

المسألة ٢٩ - وان بلغ احدهما واجاز ثم مات قبل بلوغ الاخر

* «المسألة لا تخلو عن اشكال ، وان كانت مشهورة ومعروفة بين الاصحاب ، والاحوط في هذه الموارد التصالح» وذلك لان الحكم فيها مخالف للقواعد فان القاعدة تقتضى فساد العقد هنا ، فان المفروض عدم وجود طرف العقد عند اجازة الاخر ، وهذا يشبه قبول المشتري بعد ايجاب البايع وموته ، بل المقام اولى بالفساد لان الثمن والمثمن باقيان بعد موت البايع ، ولكن طرف العقد في النكاح الذى بحكم المثلن او الثمن غير باق هنا ، وتأثير العقد فيما سبق ولومع موت احد الطرفين وان كان ممكنا ذاتاً ولكنه مخالف لما نعرفه من بناء العقلاء ، وقد صرح بكون المسئلة مخالفة للقواعد غير واحد من الاكابر ، منهم الشهيد الثانى فى المسالك ، والمحقق الماهر صاحب الجواهر والنص وان كان دالاً على هذا الحكم الا ان الحكم بتصنيف الموت للمهر مع ما هو المشهور بين الاصحاب من ان الطلاق منصف لا غير ، ربما يمنع عن الاخذ به ، والتفكيك بين جملة الحديث وان كان ممكنا ولكنه مخالف لمبنى العقلاء فى حجية خبر الواحد والمسئلة تحتاج الى مزيد تأمل والحاصل ان الحكم مخالف للقواعد الثابتة من الشرع وبناء العقلاء فى ابواب العقود واثباته بمثل هذا الخبر الواحد المشتمل على بعض ما يخالف المشهور من تصنيف المهر بالموت مشكل

مضافا الى ان الامر بالحلف هنا ايضا تعبد محض لان اجازة العقد طمعا في الميراث لاما نفع له كما نشاهد الاقدام على العقد غير الفضولى في البالغين جمعا في مال الاخر اوفى ميراثه كل ذلك يكون من قبيل الداعى ، ولاما نفع فيه ، ولكن مع ذلك اعتبار سند الحديث وذهاب المشهور الى العمل بمحتواه وكون تنصيف المهر بالموت هو الارجح فى النظر ، وان كان مخالفا للمشهور لكنه مخالف لما ذهب اليه العامة كما يظهر من المغنى لابن قدامة (ج ٨ ص ٥٩) مع احتمال كون الحلف لاثبات الجدي فى اجازة النكاح يؤيد الفتوى بهذا الحكم فتأمل .

المسألة ٣٠- ويترتب على تقدير الاجازة والحلف جميع الاثار المترتبة

على الزوجية من المهر وحرمة الام والبنت

* ذكر البنت من قبيل سهو القلم بعد عدم كون الام مدخولا بها هذا ، واصل الحكم ايضا قابل للاشكال، لما عرفت من ان الحكم فى المسئلة مخالف للقواعد وليس الامن باب التعبد وعلى هذا يمكن القول بالاختصاص بمورد ورد فيه النص فتأمل .

المسألة ٣٠ - بل الظاهر ترتب هذه الاثار بمجرد الاجازة .

* « فيه اشكال ظاهر بعد كون الحكم مخالفا للقاعدة ووجوب الاختصار على القدر المتيقن » .

المسألة ٣١ - الاقوى جريان الحكم المذكور فى المجنونين ...

* « لا قوة فيه وفيما بعده من الفروض بل الاقوى عدم اللاحق » كما حكاه صاحب الحدائق عن المشهور واليه ذهب جمع من اساطين الفقه وذلك لما عرفت من ان الحكم مخالف للقواعد يؤخذ به فى خصوص مورد النص (على القول به) ولا يجوز التعدى عنه ، وليس هنا مورد الغاء الخصوصية او الاخذ بالاولوية ، وان هو الا مثل قبول القابل بعد موت الموجب ، وما يقال من ان قياسه على موت الموجب قبل قبول القابل مع الفارق ليس كذلك ، فان العقد الصادر عن الفضولى

ليس شيئاً يعتد به قبل اضافته الى المالكين، فاذا اضيف الى احد المالكين ومات قبل اضافته الى المالك الاخر لم يكن عقدا عرفاً، ولا يشمل ادلة وجوب الوفاء بالعقد، وكان هؤلاء يعتقدون ان العمدة هو العقد الصادر عن الفضولين، واما الاجازة فهي من شرائط التأخير، ولكن الامر ليس كذلك بل العمدة هي اجازة التي تقوم مقام انشاء العقد واما العقد الفضولي فليس عقداً واقعا بل هو شبهه بالعقد

المسألة ٣٢- اذا كان العقد لازماً على احد الطرفين من حيث كونه اصيلاً...

* «لا معنى للزوم العقد على احد الطرفين بعد كونه امراً قائماً بهما» فعلى هذا لا اثر لاجاب الاصيل او قبوله قبل لحوق اجازة الاخر، ولا يترتب عليه حكم اصلاً وذلك كله لان العقد امر واحد غير مركب ينشأ من الايجاب والقبول، وقد عرفت آنفاً ان تلقى جمع من الاصحاب من العقد الفضولي وانه عقد تام والاجازة شرط لتأثيره غير صحيح قطعاً، بل العمدة هي اجازة من المالكين وبها يكون العقد عقداً وبدونها يكون انشاءً صادراً عن من ليس اهلاً للعقد على ذلك المورد، وفي الحقيقة عقد الفضولي كالخريطة للبناء وليس نفس البناء، والدليل عليه ان العقد انما يكون عقداً اذا صدر عن اهله وعن هوماً مور بوجوب الوفاء لقوله تعالى اوفوا بالعقود واما ما صدر عن الفضولي فهو شيئاً يمكن ان يكون عقداً في المستقبل، ولا فرق بين البيع والنكاح وغيرهما، نعم لو قلنا بالكشف الحقيقي وعلمنا بان الطرف الاخر يجيز قطعاً في المستقبل اثر العقد اثره قطعاً، ولم يجز للاصيل العدول من قوله ولكن الكشف الحقيقي غير صحيح كما عرفت.

المسألة ٣٣- نعم الاحوط الاول (اي وجوب ترتيب جميع آثار الزوجية على الاصيل) لكونه في معرض ذلك بمجيب الاجازة.

* «هذا الاحتياط ضعيف» لان الاجازة على القول بالكشف انما تؤثر اذا كان العقد باقياً على حاله وتزويج الام وشبهها يمنع عن صحة وقوع الاجازة - اللهم الا ان يقال ان الاجازة على مبنى الكشف تؤثر اثره من حين العقد وحينئذ تكون التصرفات المنافية باطلة.

المسألة ٣٥- اذا زوجها احدا الوكيلين من رجل وزوجها الوكيل الاخر
من آخر... وان شك في السبق والاقتران (بطلا)

«الظاهر الحكم بالصحة في معلوم التاريخ اذا علم تاريخ احدهما» - وذلك لجريان
الاصل فيه بلا معارض وهو حاكم على اصالة الفساد لانه اصل موضوعي بالنسبة اليها

المسألة ٣٥- وان جهل التاريخان وفي المسألة وجوه ...

«الاقوى امرهما بالطلاق، فان ابيا، فالحاكم يطلقها عن زوجها الواقعي» - وذلك
للزوم الضرر فان اندفع بطلاق من ناحية الزوج فهو، والا فعلى الحاكم الشرعي
الطلاق دفعا للضرر، لما ذكرنا في محله من شمول قاعدة لاضرر لابواب النكاح
وغيرها، واما الرجوع الى القرعة فهو على فرض عدم طريق آخر لحل المشكلة
والطريق هنا موجود بعد وجود موضوع الضرر وحكومة قاعدة لاضرر، والقول
بان القرعة تدفع الضرر كما ترى فان جريانها فرع وجود موضوعها وهو الامر
المشكك والمفروض عدمه واما القول بلزوم التوقيف حتى يحصل العلم وهو ظاهر
الفساد، لانه قد لا يحصل العلم ابدا، او يحصل بعد عشرات سنين، وكذا الكلام
في الفروع الاتية .

تم الكلام في كتاب النكاح في يوم الخميس ٢٩ ذى الحجة (١٣٤٦)
والحمد لله اولاً و آخر .

قيمة ما يترك

كتاب الوصية

كتاب الوصية

وهي اما مصدر وصى يصى بمعنى «الوصل» . . . واما اسم مصدر
بمعنى «العهد»

* وهنا احتمال ثالث - لعله الاظهر - من كتب اهل اللغة ومن موارد استعمال هذه
الكلمة وهو انها ان كانت من الثلاثى المجرد فهى بمعنى الوصل لاغير، وان
استعملت من المزيد (اما من باب الافعال او التفعيل) فهو بمعنى «العهد» لاغير،
لكن الظاهر ان الوصية اسم مصدر من الثلاثى المزيد فقط وبمعنى العهد كما
يظهر من موارد استعمالها فى كتاب الله العزيز سواء كان العهد بالنسبة الى حال
الحياة او بعدها ، ولكن لا يستعمل هذه الكلمة فى عرف الفقهاء الا فى «العهد لما
بعد الحياة» ويعادله فى الفارسية «سفارش كردن» ولكنه عام لكل عهد من دون
تفاوت بين الحيات والممات .

كتاب الوصية ويحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها

* «وهذا هو الاقوى بل لادليل على كون الرد مانعا» - لاطلاق الاية الشريفة
ولظهور غير واحد من الروايات المرورية هنا (راجع الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥
من الباب ٢٩ من ابواب احكام الوصايا من المجلد ١٣ من الوسائل) وما قديدى من
الاجماع على اعتبار القبول ، او كون الرد مانعا ، مما لا اعتبار به فى امثال المقام ،
كما ان القول بكون الملك القهرى تصرف فى سلطان الغير فلايجوز الاباذنه

كما ترى ، فان مجرد التملك ليس تصرفا فى سلطان ، وهكذا القول بكون التملك مما يحتاج الى ايجاب وقبول دائما ، فانه دعوى بلا برهان ، وكذا القول بكون الوصية من العقود ، كل ذلك مردود بعد اطلاق الاية وظهور الروايات نعم للموصى له عدم القبول بمعنى الاعراض عما ملكه وهذا لادخل له بما نحن بصدده .

المسألة ٢ - بناء على اعتبار القبول فى الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصى بلا اشكال وقبل وفاته على الاقوى .

* والعجب ممن اورد بعض الايرادات على القبول هنا مع ورودها بعينها على الايجاب ايضا فلو كان انفكاك الاثر عن المؤثر ، اعنى انفكاك الملكية عن القبول ، اشكالا كان هذا الاشكال متوجها الى ايجاب الوصية بعينها ايضا وهكذا مسألة التعليق فى الانشاء بل مسألة الكشف والنقل كما لا يخفى على المتأمل الخبير

المسألة ٣ - تنضيق الواجبات الموسعة بظهور امارات الموت... ومع عدمه (عدم امكان الاتيان بها) تجب الوصية بها .

* «بناء على جواز الاستيجار للصلوة والصيام ونحوهما ، وقد عرفت الاشكال فيه فى محله فى كتاب الصلوة ولكن لا يترك الاحتياط بالوصية هنا»

المسألة ٣ - وكذا يجب رد اعيان اموال الناس التى كانت عنده... ومع عدم الامكان تجب الوصية بها .

* «قد لا تكفى مجرد الوصية لعدم الاعتماد على عمل الورثة بها فيجب الاشهاد ايضا بان هذا المال لفلان ، وقد لا يكفى الاشهاد ايضا لعدم الثقة لاوصياء فيجب ايداعها عند ثقة ، فالمقامات مختلفة ،» وقد تكون الوصية اقرب الى اداء الحقوق واخرى يكون الاشهاد مع الوصية وثالثة مع الابداع ، وقد تساوى الجميع فتخير بينها فالحكم بوجوب الوصية دائما مما لا دليل عليه .

المسألة ٣ - وكذا يجب اداء ديون الناس الحالة .

* لاشك في ان الديون المؤجلة تصير معجلة بالموت ؟ كما صرح به جمع من الاصحاب في احكام موت المفلس بل ادعى عليه الاجماع (فراجع المسالك كتاب المفلس والجواهر ج ٢٥ ص ٣٢٣) ويدل عليه روايات متعددة (رواها الوسائل في الباب ١٢ من ابواب الدين من كتاب التجارة ج ١٣) ولكن المفروض ظهور امارات الموت لا الموت نفسه ، ولادليل على حلول الدين بظهور امارات الموت ، وانما المقطوع والمسلم حلوله بنفس الموت والقياس باطل عندنا .

المسألة ٣ - اذا احتمل وجود متبرع .

* وهذا الاحتمال قريب شايح بين الناس ، فاذا اوصوا بدين ولم يكن لهم مال واطلع عليه اولادهم واقاربهم كثيراً ما لا يرضون ببقاء الميث على دينه ، ويؤدون عنه تبرعا ومع هذا الاحتمال لم لا يوصى الميث بدينونه ؟ اليس مقدمة الواجب واجبة ؟ ومن الواضح ان الشك هنا من قبيل الشك في القدرة التي تجب الاحتياط فيها ولا يكون مجرى للبراءة.

المسألة ٤ - رد الموصى له للوصية مبطل لها اذا كان قبل حصول الملكية

* قد عرفت ان ظاهر الادلة كون الوصية من الايقاعات فلا تحتاج الى القبول كما لا تبطل بالرد ، وعليه لامجال لما ذكره من التفصيل لكن لا يترك الاحتياط اذا رد في حال الحياة ، والعمدة فيه ان الوصية من هذه الجهة كالوقف العام مثل وقف شىء على العلماء والطلاب او السادات فانه غير محتاج الى القبول ، لا من ناحيتهم ، ولا من ناحية الحاكم الشرعى ، ودعوى الاجماع على لزوم القبول في الوصية في الجملة اجماعا كما ترى ، لامكان استناد المجمعين الى ما عرفت سابقا مما لا يمكن الاعتماد عليها .

المسألة ٤ - فعلى هذا اذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول او

بعد القبول الواقع حال حياة الموصى ... يكون مبطلاتها لعدم حصول الملكية * ولا اثر لحصول الملكية وعدمها ، بل المعيار كون الرد بعد القبول او قبله ، بناء

على كون الوصية من العقود» فان كان بعد القبول فلا ينفذ الرد ، سواء في حال الحياة او في حال ممات الموصى ، وان كان قبل القبول فالرد موجب للبطلان في الحالين ، وبالجملة المدار على كمال العقد وعدمه لاعلى حصول الملكية وعدمها

المسألة ٤ - ظاهر كلمات العلماء ... عدم صحة القبول بعده (بعد الرد)

* «الظاهر ان الموجب اذا لم يرجع عن ايجابه فالعقد من ناحيته باق على حاله ، فيصح القبول ولو بعد الرد ، ويشهد له ماورد في باب الفضولي فان الاجازة قائمة مقام الايجاب او القبول ، والظاهر ان بناء العقلاء في عقودهم ايضا على ذلك ، فاذا وقع الايجاب من ناحية الموجب بالكتابة (كما هو المعمول عندهم اليوم) فما دام الموجب باقيا على ايجابه للقابل امضائه ولو كان بعد الرد ، نعم يمكن ان يقال بانه اذا مات الموصى ورد الموصى له لا يصح القبول بعده ، لعدم بقاء ايجابه حينئذ ، بخلاف حال حياته واستمراره على الايجاب ، ولعل هذا هو الوجه في ما ذكره من الفرق بين حال حياة الموصى ومماته ، ولعل ما ادعاه في الجواهر من الاجماع ايضا ناظر الى ذلك ، ومنه يظهر الاشكال فيما ذكره المصنف من عدم الفرق بين حال الحياة والموت .

المسألة ٥ - لو اوصى له بشيئين بايجاب واحد . . . صح فيما قبل و

بطل فيما رد .

* والعمدة فيه انه لو لم نقل باشتراط القبول وتأثير الرد في البطلان كما قويناه سابقا فلا كلام ، وكذا لو قلنا بتأثير الرد فقط ، واما لو قلنا باشتراط القبول فمقتضى القاعدة وان كان وجوب التطابق بين الايجاب والقبول في العقود كلها لدخله في مفهوم العقد وماهيته عرفا ، ولكن اذا كانت القرائن قائمة على تعدد المطلوب وكون العقد بمنزلة عقود متعددة فلا ينبغي الشك في جواز قبول بعضها دون بعض ، والانصاف ان عقد الوصية حينئذ كعقد الهبة المجانية من قبيل تعدد المطلوب غالبا ، فقد انقلب الاصل فيها الى صحة قبول البعض دون بعض ، نعم

هناك موارد نادرة يعلم فيها وحدة المطلوب او يشك ، ولا اصل فيها الا الفساد و لكنها قليلة جدا .

المسألة ٦- لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له احد الامرين من القبول او الرد .

* اذا قلنا باعتبار القبول في الوصية و كونها من العقود لاوجه لمنع الورثة لانه من قبيل تصرف الاصيل قبل اجازة المالك . من طرف الفضولي ، فانه جائز على المختار لعدم تحقق عقد هناك ، نعم قد يقال بان نفس الوصية مشتملة على اشتراط بقاء العين حتى يختار الموصى له كما هو كذلك في باب النذر المعلق ، فانه لايجوز التصرف في العين المنذورة وان كان قبل حصول شرطه ، وهذا ليس ببعيد وبناء عليه يكون لاجبار الحاكم وجه ولكن بناء على المختار من كون الوصية ايقاعا فلا مجال لشيء من هذه الاحكام .

المسألة ٧- اذا مات الموصى له قبل القبول او الرد فالمشهور قيام و ارثه مقامه ...

* «وهو الاقوى لما ذكره قدس سره وان كانت المسئلة مخالفة للقواعد في خصوص صورة موت الموصى له قبل الموصى ، لانه تبطل الوصية حينئذ على القاعدة وتخصيص القاعدة بالنص الخاص المعتبر غير نادر في طيات كتب الفقه واما قوله لصحيحة محمد بن قيس الصريحة في ذلك المؤيدة بخبر الساباطي وصحيح المثنى (عباس بن عامر) ففيه اولا انه لاوجه لقوله حتى فان الصحيحة مختصة بهذا المورد لا يشمل غيره هذا مضافاً الى ان روايتي الساباطي والمثنى ظاهران او صريحتان في موت الموصى له بعد الموصى فلا تشملان صورة موت الموصى له قبل الموصى كما لا يخفى على من راجعهما .

بقي هنا امور : «احدها» هل الحكم يشمل ورثة الوارث ؟

* «الاقوى هو الشمول» لاطلاق صحيحة محمد بن قيس التي هي العمدة في المقام ،

ولاقل من فهم الملاك عنها ، و ان الحكم يدور مدار الورثة لانه تعبد خاص ،
والارث هنا وان لم يكن ارثا حقيقياً لعدم دخول المال في الملك الموصى له ، الا
انه بعد حكم الشارع بتحقيق عنوان الارث هنا يعم جميع طبقات الارث ووارث الارث
المسألة ٧ - الثاني اذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم .

* «الاقوى صحة الوصية في مقدار حصة القابل فقط» وذلك لما عرفت في المسئلة
الخامسة من ان الوصية من قبيل تعدد المطلوب فتقبل التجزئية فتصح في سهم
القابل ، وتبطل في سهم الراد ، نعم لو كان من باب وحدة المطلوب تبطل في الجميع
بلاشكال هذا كله بناء على اعتبار القبول او مانعية الرد في الوصية، اما على المختار
من عدم اعتبار شيئى من ذلك فالامر واضح .

**المسألة ٧ - الثالث هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث الى الميت ثم
اليه ، او اليه ابتداء من الموصى وجهان : اوجههما الثاني .**

* «ولكن يقسم حسب سهام الارث ، والدليل على ذلك كله ظهور صحيحة محمد
بن قيس ، فان ظاهره انتقال المال الى الوارث ابتداء كما ان جعل الحكم على
عنوان الورثة شاهد على ان التقسيم على نحو سهام الارث ، والتمرة تظهر في اخذ
الديون والوصايا منه لوقلنا بانتقاله ابتداء الى ملك الميت ثم منه الى وارثه ، هذا
ولكن اطلاق الرواية بنفى ذلك كله ، وهو شاهد آخر على انتقال الوصية الى الوارث
بلا واسطة .

**المسألة ٧ - الرابع هل المدار على الوارث حين موت الموصى له اذا
كان قبل موت الموصى او الوارث حين موت الموصى ؟**

* «الاقوى هو الثاني ، لان ظاهر عنوان الوارث هو الوارث الحي حين انتقال المال
اليه ، و العجب من عدة من الاعلام حيث اختاروا الوجه الاول مع ان اطلاق
عنوان الوارث على الوارث الميت غير مانوس في العرف قطعاً ، نعم لوقلنا بالكشف
وانه بعد موت الموصى ينكشف ان الموصى له كان مالكا له حال حياته ورثه كل

من كان حياً عند موت الموصى له ولكن هذا المبنى مخالف للتحقيق ، ومنه يظهر بطلان القول بالتفصيل ايضاً .

المسألة ٧ - الخامس : اذا اوصى له بارض فمات قبل القبول فهل تثر

زوجته منها او لا ؟

* « الاحوط ان يصلح مع الزوجة » و ذلك لاجمال الادلة من هذه الجهة وفي المسئلة وجوه احدها ما ذكره قدس سره في المتن ، والثاني ان لا تكون الزوجة محرومة على كل تقدير لان ملكية الموصى له ملكية تقديرية مصححة لانتقال الملك الى الورثة فلا يترتب عليه شيئ سوى تصحيح الانتقال ، والثالث ان تكون محرومة على كل تقدير ، لان الملك وان انتقل اليها مستقلاً ولكن ظاهر اطلاق الادلة انه يكون ارثاً فيأتي فيه كل ما يأتي في الارث ، ومنه حرمان الزوجة عن الارض على المشهور ولهذا لا يترك الاحتياط فيما ذكرنا .

المسألة ٧ - الخامس ... كما انه يبني على الوجهين اخراج الديون والوصايا

* « الاقوى هنا عدم اخراج الديون والوصايا مطلقاً » وذلك لان اطلاق النص (وهو صحيحة محمد بن قيس) من هذه الجهة قوى فان ابتلاء كثير من الناس بامر الدين والوصية مستلزم لتقييد النص غالباً وحيث اطلق الامام عليه السلام يعلم منه عدم اخراج الديون والوصايا هنا فتفترق المسئلة عن المسئلة السابقة لاسيما وقد عرفت ان الانتقال الى ورثة الموصى له انما يكون من الموصى لامنه .

المسألة ٧ - السابع - لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين

التمليكية والعهدية

* « و المراد بالعهدية هنا خصوص ما امر الوصى باعطاء مال للموصى له لا كل وصية عهدية » و اما الدليل على عدم الفرق فلان إلغاء الخصوصية عن التمليلية هنا بحسب متفاهم العرف ، ورواية عمار الساباطي (الحديث ٣ من الباب ١٣ من احكام الوصايا) مؤيدة للمراد .

المسألة ٨ - اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكية كما عرفت

فلا يعتبر فى العهدية .

* يعنى لا يعتبر قبول الموصى له لو اوصى فى الوصية العهدية باعطاء شىء لآخر
ففى هذا المقام لا يعتبر فى صحة الوصية قبول الموصى له لانها ليست تمليكا نعم
للموصى له قبوله ورده ولا يحصل الملكية له بدون القبول والوجه فيه ظاهر .

المسألة ٨ - ويختص (وجوب القبول على القول به) بما اذا كان لشخص

معين او اشخاص معينين اما اذا كان للنوع ... فلا يعتبر قبولهم .

* وهذا استثناء ثان من شرطية القبول - اى تختص شرطية القبول فى الوصية
التمليكية بما اذا كان لشخص معين - ولكن الانصاف ان هذا من الشواهد الظاهرة
ولا اقل من المؤيدات القوية لكون الوصية من الايقاعات مطلقا ، و الا فكيف
يمكن ان يكون عنوان واحد كالوصية تارة من العقود واخرى من الايقاعات وذلك
باختلاف المتعلقات ؟

المسألة ٨ - وانما يكون الرد مانعا .

* «قد مر ان الرد ايضا ليس بمانع لظهور روايات الباب فى هذا المعنى ، نعم للموصى
له الاعراض عنه فيخرج عن ملكه بهذا كما هو كذلك فى ساير الاملاك .

المسألة ٩ - الاقوى فى تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها ... حتى

الاشارة والكتابة ولو فى حال الاختيار .

* «اما الاشارة ففى كفايتها فى حال الاختيار اشكال ظاهر واما الكتابة فالاقوى
كفايتها فى جميع العقود والايقاعات اذا كانت بعنوان الانشاء» والدليل عليه شمول
اطلاقات ادلة صحة العقود والايقاعات لها ، بل المعروف فى زماننا كون الكتابة
اقوى واظهر من الالفاظ فى مقام الانشاء بل لا يعتمدون فى الامور المهمة الاعلى
امضاء اسناده من طريق الكتابة ، ولا يعتمدون على مجرد الالفاظ فيها ، فكيف
لا يعتمدون على الكتابة مع ان العقد امر عرفى عقلائى يتخذ منهم ، و ليس من

الاحكام الذى يؤخذ من الشارع المقدس ، و لعل ما حكى عن المشهور فى عدم الاكتفاء بالكتابة فى انشاء العقود والايقاعات كان مختصا باعصار لا يتداول فيها الانشاء بالكتابة ولكن الانصاف ان الوصية مستثناة من هذه الجهة حتى فى الاعصار القديمة فان الوصايا حيث كانت متعلقة بامور مستقبلية كان انشائها غالبا بالكتابة وما يقال من انهم كانوا يكتبون ثم ينشرون بالالفاظ على طبقها او بالعكس دعوى بلا دليل بل يظهر من الروايات الكثيرة المرورية من طرق الخاصة والعامه ان كتابة الوصية كانت متداولة من اقدم الاعصار الاسلامية وكانت حجة لاثباتها (فراجع سنن البيهقى ج ٦ ص ٢٧١ من كتاب الوصايا فقد روى فيه روايات عديدة من صحاحهم عنه عليه السلام فى ذلك فى ان المسلم اذا بات تكون وصيته مكتوبة عنده او ما يقرب من هذا ، وراجع الوسائل ج ١٣ كتاب الوصايا الباب ١ حديث ٥ و ٧ والباب ٤٨ الحديث ٢٦١ ، والمستدرک كتاب الوصايا الباب ١ و ضعف اسنادها لا يضر بعد تضافرها وتكاثرها) بل يظهر من حديث القرطاس والقلم المشهور عن النبى صلى الله عليه وآله كفاية الكتابة حتى فى الوصية بامر الخلافة بل كونها اظهر واقوى من اللفظ ، ولذا انهم منعه عليه السلام من الكتابة ، وبالجملة لا ينبغى الاشكال فى الاكتفاء بالكتابة بقصد الانشاء مع التوقيع عليها فى ابواب المعاملات والايقاعات كلها وفى الوصية بالخصوص .

المسألة ١٠ - الاقوى... صحة وصية البالغ عشرين... للارحام او غيرهم

* «بل يختص ذلك بالارحام ، ووجه البر » لورود هذا القيد فى صحيحة محمد بن مسلم المقيدة للاطلاقات، ولاسيما ان الغالب الوصية للارحام وعدم وجود القائل به بين القدماء لا يضرنا بعد عدم اعتبار الاجماع المركب فى امثال هذه المسائل ومنه يعلم ان اللازم كون وصاياه عقلائية وفى حدود معقولة لما ورد فى جملة من روايات الباب .

المسألة ١٠ - الرابع : الرشد فلا تصح وصية السفیه .

* والعمدة فيه عدم كون عقده وايقاعه معتبراً عند العقلاء اذا كان فى الامور المالية فلا تشمل ادلة وجوب الوفاء بالعقود لانصرافها اليه فاذا لاحتاج الى مايدل على التخصيص فى ادلة جواز الوصية كما توهمه غير واحد من الاعلام وبعبارة اخرى المقتضى للصحة هنا مفقود ولانحتاج الى اثبات وجود المانع ،

المسألة ١٠ - سواء كانت قبل حجر الحاكم او بعده .

* «الظاهر عدم حاجة السفية الى حجر الحاكم بعد ما عرفت من عدم اعتبار عقده» عند العقلاء فلا تشمل العمومات .

المسألة ١٠ - السادس ان لا يكون قاتل نفسه بان اوصى بعد ما احدث

فى نفسه .

* «لا ينبغي الشك فى ان مقتضى العمومات صحة الوصية فى هذا الحال وان يقن بالموت وكان حياته غير مستقرة بل كثير من الوصايا لولم نقل اكثرها وقعت فى حال ظهور امارات الموت، مع بقاء العقل والرشد، كما يظهر من الوصية المعروفة عن النبى (ص) وانه وان منع منه الجبارون ، وكذا وصايا امير المؤمنين (ع) بعد ما ضربه ابن ملجم ، ووصية الحسن (ع) بعد ان صار مسموما ، وغير ذلك من وصايا الائمة (ع) والعلماء وغيرهم، لكن تخصص فى القاتل لنفسه للنص الصحيح الصريح مع فتوى المشهور به فاذا جرح نفسه ثم اوصى لا تقبل وصيته وفتوى ابن ادريس انما تصح على مبناء لاعلى المباني المعروفة فى اصول الفقه من حجية خبر الواحد .

المسألة هل تصح وصيته قبل المعافاة (اى بعد ما جرح نفسه وقبل البرء

اشكال) .

* «لا اشكال فى صحته - لان النص ظاهر او صريح فى فرض الموت بذاك الجرح او شبهه لاما اذا لم يمت به ، بل عوفى الا اذا قيد وصيته بفرض موته بذاك السبب اى الجرح لنفسه وشبهه .

المسألة ١١ - يصح لكل من الاب والجد الوصية بالولاية على الاطفال

مع فقد الاخر ولا تصح مع وجوده

* وفيه اشكال قوى - فانه لادليل على منع احدهما من الوصية بعد ثبوت ولايته وبعد اطلاق ادلة صحة الوصية، ولا مزاحمة بين ولاية الوصى وولاية الولي الاخر، كما انه لا مزاحمة بين ولاية الاب والجد فاذا اقدم احدهما اعنى الوصى والولي آخر على امر صح اقدامه، واذا اقدموا معا مختلفين بطلا او يقدم تصرف الولي الاصيل لرجحانه، وعلى كل حال لم نجد دليلا عاما ولا خاصا يمنع الاولياء عن الوصية بالنسبة الى الصغار والولاية عليهم .

المسئلة ١١- وليس له (اى للحاكم الشرعى) ان يوصى بها (اى الولاية

على الصغير) لغيره بعد موته فحاله حال كل من الاب والجد .

* اصل الحكم صحيح ولكن قياس الحاكمين على الاب والجد قياس مع الفارق فان الحاكم ليس له الولاية بالنسبة الى ما بعد وفاته لا لوجود الحاكم الاخر بل لعدم اقتضاء حكومته اكثر من ذلك، حيث ان ادلة الوصية لا تشمل من هذه الجهة و بعبارة اخرى عدم جواز الوصية فى الحاكم لعدم وجود المقضى وفى الاب والجد لوجود المانع (لوقلنا به) .

المسئلة ١١- فلو اوصى للاطفال واحدا من ارحامهم ، او غيرهم ، بمال

وجعل امره الى غير الاب لم يصح ،

* «يعنى لم يصح جعل الولاية لغير الاب والجد واما الوصية بالمال فهى صحيحة ، كما صرح بذلك فى الحدائق .

المسئلة ١١- نعم اوصى لهم على ان يصرفه عليهم من غير ان يملكهم

يمكن ان يقال بصحته .

* «لا يخلو عن اشكال» لان جواز تصرف الاجنبى فى امر الصغير حتى يصرف ما لا فى اموزه ولو من اموال نفسه او ثالث غير ثابت الا فى اشياء طفيفة جرت السيرة عليها مثل سقيه اذا كان عطشانا مما يعلم عادة برضى الولي به .

فصل في الموصى به

فصل - تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي ... موجودة فعلا
اوقوة .

* «بل ولو كانت معدومة في بعض الصور كما اذا اوصى بثلث ماله و كان له اموال بالفعل ثم حصل له اموال في المستقبل فان الوصية تشمل الجميع» نعم اذا لم يكن له مال موجود مطلقا يشكل الوصية بالمعدوم فقط و ذلك لعدم معرفته بين العقلاء وانصراف الاطلاقات الى غيره وفي الحقيقة تجوز الوصية بمجموعة اموال بعضها موجود وبعضها معدوم .

فصل - اذ يكفي وجود الفائدة فيها ...

* المراد هي الفائدة المقصودة المعتمد بها ، والا فلذلك شيء فائدة نادرة مع انه لا تصح الوصية بها .

فصل - ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمير ... لان الكفار ايضا مكلفون
بالفروع .

* وفي تعليقات بعض الاعلام ان الحكم ببطلان الوصية بالخمير والخنزير ولومن الكافر للكافر لا يتوقف على تكليفهم بالفروع (انتهى) ولعل نظره الى ان البطلان من آثار عدم المالية وعدم الملكية التي هي من الاحكام الوضعية ولكن يمكن الجواب عنه بان عدم مالية الخمر و الخنزير انما نشأ من حرمة منافعهما ، فلو لم يكن الكفار مكلفين بالفروع كانتا من الاموال عندهم وتصح الوصية بها .

فصل - نعم هم يقرون على مذهبهم وان لم يكن عملهم صحيحا .

* «واى معنى لاقرارهم على مذهبهم بعد الاعتراف ببطلان عملهم» .

فصل - نعم لو اوصى فضولا عن الغير احتمل صحته اذا اجاز .

* «مشكل بناء على ما عرفت من كونها من الايقاعات وعدم اشتراط القبول

فيها، « لما هو المعروف بينهم من دعوى الاجماع على بطلان الفضولي في الايقاعات .

المسألة ١- ولو كانت زائدة (على الثلث) واجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة المجيز .

* « وكذا اذا اجاز جميع الورثة بعض الوصية او البعض ، بعضها لاطلاق الادلة في جميع ذلك .

المسألة ٢- ولو قصد كونها (الوصية) من الاصل او من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليما . . . بطلت .

* « اما اذا اوصى بالثلث سابقاً فالبطلان واضح ، واما في صورة عدم الوصية سابقاً فبطلانه غير معلوم لانه يمكن ان يقال ان الوصية تؤدي من الثلث ، وقصد كونها من الاصل لغو لا اثر له ، ولكن لا يخلو عن اشكال في فرض تقييد قصده بكونها من الاصل ، او من ثلثي الورثة ، والاحوط التصالح بين الورثة والموصى له .

المسألة ٣- نعم لو كانت في واجب نفذت .

* « مراده الواجبات التي تخرج من الاصل »

المسألة ٣- اذا اوصى بالازيد او تمام تركته ولم يعلم كونها في واجب . . . لكن الاظهر الثاني (اي عدم النفوذ فيما زاد على الثلث الاباذن الورثة) .

* استدلاله قدس سره بعمومات عدم صحة الوصية اذا كانت بالازيد مخدوش ، لان الخارج منه كونها بالواجب في مقام الثبوت ، فالتمسك بعموم العام هنا من قبيل التمسك به في الشبهات المصدقية ، وكون الواجب غير معلوم لا يفيد لانه لم يؤخذ العلم في موضوع الحكم ، كما ان التمسك باصالة عدم نفوذها في الازيد من الثلث الامع الامضاء (كما ذكره بعض اعظم المحشين) ايضا يرجع الى ذلك ، والاولى الاستدلال عليه باطلاق ادلة نفي الزائد على الثلث فان احتمال الوصية بالواجب قائم في كثير من الوصايا الزائدة على الثلث مع انه لم يرد اشارة اليه في تلك العمومات

على كثرتها ، مضافا الى جريان الاصل الموضوعى اعنى اصاله عدم حق واجب على الميت فى كثير من الموارد .

المسألة ٣ - اوندرا اوندو ذلك .

* «بناء على اخراج النذرو مثله من الواجبات المالية التى ليست من حقوق الناس عن الاصل» .

المسألة ٤ - المؤيدة باحتمال كونه ذاحق فى الثلثين

* اصل المسألة اعنى جواز امضاء الورثة للزائد على الثلث حال حياة الموصى مما لا ينبغى الشك فيها بعد ورود الروايات المعتبرة وفتوى المشهور بها ولكن تأييدها بهذا الاحتمال غير متين ، لعدم كون الورثة ذاحق فى الثلثين حال الحياة ، كما ان الاخبار الدالة على ان ليس للميت من ماله الا الثلث ايضا خارجة عن محل الكلام .

المسألة ٥ - والاجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصى وليست ابتداء

عطيته من الوارث

* «هذا بالنسبة الى الاجازة قبل الموت واضح ، واما بالنسبة الى ما بعد الموت ففى غاية الاشكال لان التركة بحسب ظاهر ادلة الارث تنتقل الى ملك الورثة» ولا تبقى على ملك الميت ما لم يكن هناك دين او وصية نافذة وحينئذ تكون الاجازة ابتداء عطية او شبهه ، اللهم الا ان يقال عند صدور الوصية يبقى مقدارها على ملك الميت حتى ينفذ الوارث الوصية ، او يردها ، او يقال بالكشف اعنى اجازة الورثة يكشف عن انتقال الملك الى الموصى له من حين الوفاة ، ولكن كلا الوجهين محل اشكال وعلى كل حال تظهر الثمرة بين القولين فى الاحكام الخاصة للهبة كالقبض وجواز الرجوع وغيرهما والاحكام الخاصة بالمفلس وشبهه

المسألة ٥- ذكر بعضهم انه لو اوصى بنصف ماله مثلا فاجاز الورثة ثم

قالوا ظننا انه قليل قضى عليهم بما ظنوه

* «الاقوى فى مسألة، التفصيل فان كان هذا الظن من قبيل الدواعى والمقارنات

فالوصية نافذة فيما وقع تحت عنوان النصف، وان كان من المقيدات فالحق ما ذكره من عدم نفوذ الوصية فيما زاد على ظنهم» هذا بحسب مقام الثبوت اما بحسب مقام الاثبات لو كان ظاهر الكلام الاطلاق يؤخذ به ولا تسمع هذه الدعوى ، وكذا لو كان ظاهره التقييد يؤخذ به ، نعم لو كان ظاهره مبهماً يؤخذ بالاقل ولا يحتاج الى الحلف في شئ من ذلك فما ذكره البعض على اطلاقه ممنوع .

المسألة ٥ - ومعها يشكل السماع فيما ظنوه ايضا

* « كان نظره في ذلك الى ان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد ، فليست العبارة من سهوالقلم كما ذكره بعض الاعاظم وقال «ان صحيحه يشكل القضاء» ولكن هذا الاشكال على كل حال غير وارد، لعدم المانع من السماع فيما ظنوه كما لا يخفى.

المسألة ٦ - المدار في اعتبار الثلث على حال وفات الموصى لاحال

الوصية بل على حال حصول قبض الوارث للتركة

* « لا يعلم وجه صحيح لحال حصول قبض الوارث» لان التركة تنتقل الى الوارث حين الموت وان كان متعلقا لحق الموصى له ايضا ، حتى ان الدية ان قلنا بكونها من جملة التركة ويتعلق بها حق الموصى له لا اثر للقبض فيها وبالجملة ذكر حال القبض مما لا يدل عليه دليل ولا يساعده القواعد المعروفة في الارث والوصية .

المسألة ٦ - نعم لو كان هناك قرينة قطعية على عدم ارادته الزيادة

المتجدده صح ما ذكر لكن عليه لافرق بين كثرة الزيادة وقتلتها

* « الانصاف ان كثرة الزيادة بنفسها قرينة قطعية في كثير من الاوقات على ارادة الحصة حال الوصية فلو اوصى لاجنبي بثلث ماله وكان الف درهم ثم تجدد له ملايين درهم ادا اكثر يشكل الحكم بملكية الموصى له لثلثها» .

المسألة ٨ - اذا حصل للموصى مال بعد الموت كما اذا نصب شبكة فوقع

فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية

* « المسألة لا تخلو عن اشكال - لان الحيابة يعتبر فيها القصد ولو اجمالا في

اعماق النفس ، وهذا منتف بعد الموت ، والفرض ان الورثة ايضا لم يقصدوا
الحيازة ومجرد كون الاثر تابعا للمؤثر تبعية النماء لذى النماء كما فى المستمسك
وغيره غير مفيد ، بعد قبول اشتراط النية فسى الحيازة ولو اجمالا ، نعم يمكن
ان يقال بان الشبكة تنتقل الى ملك الورثة والموصى له ، اذا كانت الوصية بالمشاع ،
فتنتقل اليهما ما وقع فى الشبكة وان كان هو ايضا لا يخلو عن اشكال على فرض
اشتراط القصد فى الحيازة ، مضافا الى انه لايجرى فى غير المشاع فالاحوط التصالح
فيما هو محل للاشكال .

تمت كتاب الوصية فى تاريخ ٢٤ صفر ١٤٠٧ من الهجرة النبوية على
هاجرها آلاف السلام والتحية والحمد لله على توفيقه وله الشكر على مننه
وآلائه .

* * *

رسالة

في جواز الانشاء بالكتابة

في العقود والايقاعات (١)

(١) او ردها بما نسبة المسألة التاسعة من مسائل كتاب الوصية التي ذكرها

بسم الله الرحمن الرحيم

جواز الانشاء بالكتابة في جميع العقود والايقاعات

المشهور بين الاصحاب بل ادعى الاجماع عليه غير واحد منهم عدم جواز الانشاء بالكتابة حتى جعلوها في عداد اشارة الاخرس بل اهون منه ، مع ان المتعارف في اعصارنا بين اهل العرف والعقلاء انشاء العقود الخطيرة بالكتابة والتوقيع على الاسناد المكتوبة بل لا يقبلون ما عداها في بعض هذه العقود، وطريق الانشاء فيها منحصر في الكتابة .

وقد شاع هذا الامر حتى صار من الواضحات لاسيما في العقود الخطيرة الدارجة بين الدول فلا يعتنون بعقد لفظي مطلقا حتى يثبت بالكتابة والتوقيع عليها فانشائها لا يكون الا بهذا التوقيع وفي غيرها يقبلون العقود اللفظية والكتابة فكل واحد منهما معتبر عندهم ، مع ان ظاهر كلمات الاصحاب لا يساعد عليها والاقوى جواز الانشاء بها مطلقا في الامور اليسيرة والخطيرة وليس من قبيل اشارة الاخرس ولا من قبيل بيع المعاطاة وتحقيق الحال فيها يحتاج الى رسم امور :

١ - بيان الاقوال في المسألة

٢ - حقيقة الانشاء ماذا ؟

٣ - ما الدليل على لزوم الانشاء في العقد .

- ٤ - هل يتحقق الانشاء بالكتابة
 - ٥ - دليل القائلين بعدم الجواز وجوابه
 - ٦ - دليل القول بالجواز
 - ٧ - تنبيهات المسألة
- فنقول - ومنه جل ثنائه نستمد التوفيق والهداية .

* * *

المقام الاول

في الاقوال في المسألة وهي خمسة

«اولها» - عدم كفاية الكتابة مطلقاً لافي التمكيك، ولافي الاباحة من جهة اندراجه في المعاطاة، كما ذكره السيد السند والحبر المعتمد بحر العلوم (قدس الله سره الشريف) في «المصاييح» حيث قال :

«لاينعقد البيع بالاشارة ولا الكتابة، ولاالصفقة، ولايمثل الملامسة والمنابذة والحصاة، وان قرنت بما لايقضى تعليقاً ولاجهالة، فلايفيد شىءمنها ملكاً ولااباحة، بالاصل والاجماع، وقصور الافعال عن المقاصد الباطنية ... وغايتها الظن، ولايغنى، لعموم المنع منه في الكتاب والسنة، وللاتفاق على توقف الاسباب الشرعية على العلم او الظن المعتبر شرعاً، فلايكفى مطلق الظن، ولان المعاملات شرعت لنظام امر المعاش المطلوب لذاته، ولتوقف امر المعاد عليه، وهي مثارالاختلاف، ومنشأالنزاع والتراجع، فوجب ضبطها بالامر الظاهر الكاشف عن المعاش المقصودة بها ... والاكان نقضالغرض» (انتهى محل الحاجة) وهو كما ترى صريح في عدم افادة الكتابة شيئاً، وكونها في عداد بيع الملامسة والمنابذة .

ومثله ما في «القواعد» في كتاب «الوصية» بعد فرض عجز الموصى عن

النطق بها «انه لا تكفى الكتابة بدون الاشارة او اللفظ» ، وقد حكى الاجماع فى الايضاح على ذلك .

وفى التنقيح «انه لا خلاف فيه»

وفى جامع المقاصد «نفى الشك فيه»

وصرح بعدم الكفاية فى الجامع والتذكرة فى موضعين منها
وفى التحرير والتبصرة وايضاح النافع وغيرها .

وقال فى السرائر فى باب «القضاء» : «لو اوصى بوصية وادرج الكتاب وقال
قد اوصيت بما اردت فى هذا الكتاب . . . وقد اشهدتكما على بما فيه لم يصح
بلاخلاف» .

وذكر فى «مفتاح الكرامة» بعد نقل عبارة السرائر كلاماً نصه : «لعممة
الاموال وعدم الدليل ، مع ان مالا احتمال فيه وهو اللفظ ممكن» .
وظاهر كلام العلامة فى «التذكرة» ايضاً ذلك حيث قال : «لا تكفى الكتابة
ولا الاشارة لامكان العبث» .

* * *

«الثانى» - افادتها للإباحة دون الملك كما عن الروضة : «ان الكتابة
والاشارة تفيدان الإباحة كالمعاطاة» .

* * *

«الثالث» - كفاية الكتابة فى حال العجز دون القدرة كما قال الشهيد
الثانى (قدس سره الشريف) فى «المسالك» بعد قول المحقق : «ويقوم مقام اللفظ
الاشارة مع العذر كما فى الاخرس» مانصه : «وفى حكمها الكتابة على ورق
او لوح او خشب او تراب ونحوها» ثم قال : «واعتبر العلامة بالكتابة انضمام قرينة
تدل على رضاه» .

وقال شيخنا الاعظم فى مكاسبه : «والظاهر ايضاً كفاية الكتابة مع العجز

عن الاشارة ، لفحوى ما ورد من النص على جوازها فى الطلاق ، مع ان الظاهر عدم الخلاف فيه ، واما مع القدرة على الاشارة فقد رجح بعض الاشارة ، ولعله لانها اصرح فى الانشاء من الكتابة ، وفى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس واليه ذهب الحلى هناك» (انتهى) .

* * *

«الثالث» جواز الاكتفاء بالكتابة فى بعض الابواب مثل ما عن ابن حمزة وابن البراج تبعاً للشيخ فى النهاية من القول بكفاية الكتابة فى الطلاق ، اذا كان الزوج غائباً عن الزوجة .

وان رماه فى الجواهر (فى كتاب الطلاق) بالشذوذ ، بل حكى الاجماع فى مقابله ، كما رمى الرواية المعتبرة الدالة على جواز ذلك طلاق الغائب (١) ايضاً بالشذوذ .

ولكن صرح فى «المسالك» بالعمل بهذه الرواية الصحيحة وعدم جواز حملها على حالة الاضطرار ، وبانها اخص من الروايات المطلقة الدالة على عدم الجواز ثم قال : «ومما يؤيد الصحة ان المقصود بالعبارة الدالة على ما فى النفس والكتابة احد الخطابين كالكلام ، والانسان يعبر عما فى نفسه بالكتابة كما يعبر بالعبارة» .

ثم قال : «نعم هى اقصر مرتبة من اللفظ واقرب الى الاحتمال ومن ثم منع من وقوع الطلاق بها للحاضر ، لانه مع الحضور لا حاجة الى الكتابة بخلاف الغيبة للعادة الغالبة بها فيها» انتهى محل الحاجة من كلام المسالك .

وحكى فى «مفتاح الكرامة» عن بعضهم (من دون تسميته بعينه) الاكتفاء بالكتابة فى ايجاب الوكالة .

ويظهر من جماعة من اعلام العصر كفاية الكتابة فى ابواب الوصية بل بكل

فعل دال عليها ، وحكاه في «المستمسك» ايضا عن «المناهل» و«الرياض» وفي «الجواهر» لعله الظاهر من «النافع»

لكن المشهور عدم جوازه ، بل عن رسالة شيخنا الاعظم ظهور عدم الخلاف فيه وعن الجواهر بعد اختيار الجواز انه قال : «الا انه ليس عقداً لها - اى للوصية - فهو شبه المعاطاة فى العقود اللازمة التى تندرج فى الاسم ولايجرى عليها حكم العقد .

* * *

«الخامس» - جواز العقد بالكتابة عند الاختيار مطلقا ، وقد ذكر ذلك بصورة الاحتمال فى «التذكرة» فى بعض كلماته من كفاية الكتابة مع القدرة على النطق ، كما حكاه عنه فى «مفتاح الكرامة» فى كتاب الوصية ، بل استظهره من عبارة «النافع» .

واستدل فى التذكرة لما ذكره من احتمال الجواز بان الكتابة بمشابهة كنيات الالفاظ ، وقد قدمنا جواز الوصية بالكناية التى ليست صريحة فى دلالتها عليها مع القرينة . ولكن جزم فى التذكرة بعد الاحتمال المذكور بعدم كفايتها مع القدرة والاختيار .

هذا ما يظهر من كلماتهم «قدس الله اسرارهم» فى ابواب «البيع» و«الوصية» و«الطلاق» و«الوكالة» وغيرها وهى كما ترى لا تخلو عن تشويش واضطراب كما ان ادلتهم على نفي الجواز قد تكون خارجة عن محل الكلام كما سيأتى الاشارة اليها تفصيلا عند ذكر الادلة بعون الله تعالى فليكن على ذكر منك حتى نتلو عليك منه ذكراً .

المقام الثاني

في حقيقة الانشاء

المعروف بين ارباب التحقيق ان الانشاء هو ايجاد المعنى باللفظ، ولكن اورد عليه «بعض اعظم العصر» بما حاصله : «ان الابداد ان كان بمعنى الابداد الخارجى فهو ضرورى البطلان، بدهة ان الموجودات الخارجية مستندة الى عللها الخاصة التكوينية فالنار لا تكون الا بعلتها، وكذا الماء والشجر والحجر وان كان المراد الابداد الاعتبارى فى نفس المتكلم فهو ايضا واضح الفساد لان الاعتبار النفسانى من افعال النفس لا حاجة له الى الالفاظ مطلقا، وانما يحتاج الى الالفاظ لابرز ما فى النفس.

وان كان المراد منه اعتبار العقلاء فهو موقوف على تحقق الانشاء اولا من المنشئ حتى يعتبر العقلاء ويمضيه الشرع .

وبالجمله لا يعقل معنى محصل لتعريف الانشاء بايجاد المعنى باللفظ بل الحق انه ابراز الاعتبار النفسانى بمرز خارجى كما ان الخبر ابراز قصد الحكاية انتهى ملخصاً (١) .

اقول: «اولاً» كون الانشاء امرأ ايجاديا فهو امر وجدانى لا ينبغى الشك فيه، سواء فى البيع والهبة والنكاح بل وفى مثل النداء والتمنى والترجى واشباهها،

(١) مصباح الفقاهه ج ٢ ص ٥٠

يجد ذلك كل من اختبر نفسه عند انشاء شيء .

فالوجدان صدق شاهد على انه عند ذكر هذه الصيغ بقصد الانشاء يوجد امر ، اعتباري ، فقول القاضي «حكمت وقضيت بان هذا المال لفلان» وكذلك قول العاقد «انكحت وزوجت فلانة من فلان» وهكذا قول الشاعر .

«فياليت الشباب يعود يوماً» يوجد امراً اعتبارياً لم يكن من قبل لانها كاشفات عن امور اعتبارية حصلت من قبل فسي نفس المتكلم ، ثم يخبر عنها بهذه الامور ، ويكشف عن وجودها بهذه الالفاظ ، وان شئت اختبر نفسك عند انشاء بعض العقود تجد ما ذكرناه امراً ظاهراً بينا .

و«ثانياً» لو كان الانشاء ابراز الاعتبار النفساني كان كالخبر يحتمل الصدق والكذب ، فان القائلون بان الانشاء لا يحتمل الصدق والكذب انما ذكروا ذلك لكونه امراً ايجادياً ، ومن الواضح ان اليجاد ليس حكاية عن شيء حتى يقبل الصدق والكذب ، واما اذا قلنا انه ابراز مافي الضمير والاخبار عن وجود الاعتبار في النفس ، فهو كالخبر يحتمل الصدق والكذب ، مع انه خلاف المتفق عليه بينهم «ان قلت» : بين الخبر والانشاء فرق واضح فانه ليس في الانشاء وراء الاعتبار النفساني شيء في الخارج ولكن في الاخبار ورائه شيء آخر .

قلت : هذا الفرق غير فارق فانه اذا ذكر المبرز ولم يطابق الامر الثابت في النفس كان كذباً في ابرازه واظهاره لا محالة فكان المعجى للصيغة بقوله «بعث» يقول اني اعتبرت في نفسي كون هذا المال لفلان في مقابل ذاك الثمن ومن الظاهر ان هذا امر يحتمل الصدق والكذب ، فان كان الاعتبار موجوداً في نفسه كان صدقاً والا كان كذباً .

و«ثالثاً» - وهو العمدة - ان حقيقة الانشاء ليست مجرد الاعتبار النفساني ولا مجرد الالفاظ ، بل هو اعتبار عقلائي يوجد باسبابه المعدة له وبما دل عليه من الالفاظ او غيرها مع النية والقصد .

توضيح ذلك: ان حقيقة الملكية مثلا كانت في بدأ الامر هي السلطة الخارجية على شيء ، وكان تملك الغير شيئا هو تسليطه عليه في الخارج .

ثم لما اخذت المجتمعات البشرية تتسع نطاقها تبدلت هذه السلطة التكوينية الخارجية الى شكل اعتباري قانوني ، وقام الأتشاء مقام الاعطاء الفعلي الخارجي ، فمجرد الاعتبار النفساني لا اثر له عند العقلاء ، ولا يوجد السلطة الاعتبارية القانونية وانما توجد هذه السلطة بالفاظ او افعال وضعت لها مع قصد ايجادها بها ، فانشاء الملكية هو ايجاد اعتبار عقلائي قانوني باسبابه ، لا ايجاد امر تكويني ، بل ولا ايجاد اعتبار نفساني حتى لا يحتاج الى الالفاظ ، بل هي ايجاد سلطة قانونية عقلائية على شيء وهذا المعنى يحتاج عندهم الى اسباب خاصة مع قصد ايجادها وكذلك الطلاق مثلا هو ايجاد الفرقة القانونية العقلائية بين الزوج والزوجة باسبابها ، وهكذا في سائر الامور الانشائية من العقود والايقاعات .

فما ذكره (دام علاه) انه لا معنى محصل لتعريف الانشاء بايجاد المعنى باللفظ غير موافق للتحقيق ، فان الوجود الخارجي والنفساني لا يحتاجان الى الالفاظ ولكن الاعتبار العقلائية تابعة لاسبابها والالفاظ وشبهها انما هي اسباب لايجاد الاعتبار العقلائية .

لا اقول ان حقيقة الانشاء هي ذكر الالفاظ وشبهها ، بل اقول انها ايجاد اعتبارات عقلائية بهذه الاسباب مع النية والقصد فتدبر فانه حقيق به .

المقام الثالث

في بيان الدليل على لزوم الانشاء في العقود والايقاعات

والظاهر انه امر واضح لا يحتاج الى مزيد بيان ومؤنة برهان بعد ما عرفت لان الوجودات على ثلاثة اقسام : وجودات خارجية تكوينية مرهونة باسبابها الخارجية لا تنالها يد الجعل ولا مجال له فيها .

ووجودات ذهنية يخلقها الذهن بقوتها الالهية .

ووجودات اعتبارية وهي وان كانت بالحمل الشايح من الوجودات الذهنية فانها موجودة في صقع الذهن، ولكنها من جهة اخرى امور فرضية يفرضها الذهن على حدو نظائرها الخارجية ، فالرأس له وجود خارجي تكويني ، واما الرئيس الذي له رئاسة على قوم فهو بمنزلة الرأس للقوم (الذي يكون وجوده الجمعي امراً اعتبارياً ، وان كان اشخاصهم اموراً تكوينية) فيفرضونه رأساً لهم ، ولكن هذا الفرض ليس مجرد خيال او وهم ، بل له آثار عقلائية خارجية عندهم .

وكذا «الزوج» له مصداق خارجي تكويني ، وهو من يكون قريناً لشيء آخر في الخارج وعدلا له ، وله مصداق اعتباري يعتبرها المعبر على وزان المصداق الخارجي فيجعل «فاطمة» مثلاً زوجة لزيد ، «وزيداً» زوجاً لها ، وهذا الفرض له آثار كثيرة من ناحية القوانين العقلائية ، وهكذا بالنسبة الى «الملكية» فان لها مصداق حقيقي تكويني ، وهو ما كان مشتملاً على سلطة واحاطة خارجية كسلطة

الانسان على اعضائه ، والنفس على تصوراته وتصديقاته ، ولها مصداق اعتباري يفرضها الفارض ، وهذا الفرض اذا كان مقارناً لشرائط خاصة يكون منشاءً لآثار كثيرة عند العقلاء .

ومن هنا يظهر ان الامور الاعتبارية لا تتحقق بدون الانشاء ، اى اليجاد في عالم الاعتبار ، وهذا من قبيل القضايا التي قياساتها معها ، فان الزوجية الاعتبارية القانونية ليست من الامور التكوينية ، ولا من الوجودات الذهنية المتخذة من الخارج ، بل له وجود اعتباري يكون امره بيد المعتبر ، فالانشاء قوام لها ، وهكذا سائر الامور الاعتبارية من «الحرية» و«الرقية» و«الملكية» و«الحجبة» وغير ذلك والانشاء لا يكون الا بسببه التي تكون عند العقلاء ، فلو اشترطوا في انشاء الملكية الالفاظ خاصة دون الكتابة والفعل ، فلا بد من اقتفاء آثارهم ، ولولم يشترطوا ذلك بل اجازوا الانشاءات بكل ما يكون ظاهراً فيه ، من القول والفعل والكتابة ، كان له آثاره .

ومن المعلوم ان الامور الاعتبارية الانشائية كانت دائرة بين العقلاء واهل العرف قبل الاسلام وظهور نبينا ﷺ بل من اقدم العصور الانسانية بل لانعرف زماناً كان الانسان فيه موجوداً ولم تكن هناك الامور الاعتبارية ولو بشكل بسيط. فبناء الشارع المقدس فيها على الامضاء ، لا التأسيس ، نعم لو ورد في الشرع اعتبار اسباب خاصة كاللفظ مثلا ، والغي اعتبار غيرها ، لا بد من اقتفائه ، كما علمه كذلك في بابي الطلاق والنكاح ، واما لولم يرد منع عن شيء منها فهذا دليل على امضاءه ، وسنتكلم ان شاء الله عن ورود منع بالنسبة الى الانشاء بالكتابة وعدمه في بعض المقامات .

المقام الرابع

هل يتحقق الانشاء بالكتابة ؟

قد عرفت ان تحققه بها في اعصارنا من الواضحات ، بل الفرد الاصيل من الانشاء عندهم هو هذه ، بل لا يمضى بعض المعاملات الخطيرة والعهود المهمة الدولية الا بها اى بالتوقيع على اسنادها ، ولا يكتفى فيها بمجرد اللفظ ، ولو كان بقصد الانشاء ، وكذا في مثل جعل مقام الرئاسة فلا يكون الرئيس رئيساً سياسياً على قوم حتى يمضى حكمه من ناحية من يكون الانشاء بيده بطريق الكتابة ، فرئيس الجمهورية لا يرتقى هذا المقام بمجرد الانشاء اللفظي ، بل لابد من انفاذ حكمه في خطاب خاص به عن طريق الكتابة ، الى غير ذلك من الامور الانشائية الاعتبارية في ابواب المعاملات وغيرها فان نطاق الانشاء وسيع جداً .

وبالجملة امر الانشاء متسع عندهم قد يكون باسباب لفظية ، واخرى بالافعال كما في ابواب المعاطاة ، وثالثة بالكتابة ، وهى العمدة في الامور الجلية والخطيرة اليوم .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا انه من الممكن تبديل هذه الاسباب العقلانية بمرور الزمان ، ففي الازمنة السابقة التى لم تكن الكناية رابحة بين الناس وكان الاميون هم الاكثرون في الجوامع البشرية لم يكن للانشاء بالكتابة عندهم قيمة الا في موارد نادرة .

واما الآن فهي امر رائج في جميع الجوامع البشرية والانشاء بالكتابة لها قيمة كثيرة عندهم وحيث انها اضبط وامتن من الالفاظ لا يدور رحى المعاملات الخطيرة عندهم الاعليها .

ومن الواضح ان الموضوعات امرها بيد العرف وانما تؤخذ الاحكام من الشرع فلو رتب الشارع المقدس وجوب الوفاء على العقد وكان هناك عقد معتبر عند العقلاء كان داخلا في عموم هذا الحكم ، وان كان عقداً مستحدثاً لم يكن في سابق الازمنة وهكذا اسباب الانشاء ، وهذا امر ظاهر لا ستره عليه ولا يعتريه الشك . ان قلت - ان عناية العقلاء بامر الكتابة ليست لانشاء العقود بنفس الكتابة بل لضبط نتيجة الانشاء اللفظي وثبتت حاصل العقود التي اجريت صيغها بالالفاظ نظير ماورد في كتابة الديون في آية البقرة في كتاب الله .

قلت : كلا بل الانشاء يقع بنفس ذاك التوقيع والامضاء ، والشاهد عليه انه قبل الامضاء في سند البيع والاجارة وغيرهما يمكنه اى تغيير في المعاملة ، بل تركها من اصلها ولكن بمجرد الامضاء من الجانبين يتم امرها ولا يبقى للعدول والتغيير والابطال والفسخ مجال اصلا الا باسبابها الخاصة وهذا اوضح شاهد على ان الانشاء لا يكون الا بالتوقيع والامضاء .

هذا مضافاً الى ما نجد بالوجدان فيما هو المتعارف في الخارج انه لا يكون هناك صيغة كلامية وانشاء لفظي في هذه المعاملات غالباً بل لا يكون قبل امضاء الاسناد والتوقيع عليها الامقاولات غير رسمية ، وهذا امر ظاهر لكل من راجع ديدنهم في هذه الابواب .

فالقول بان الانشاء في هذه الاسناد يقع باللفظ قبل الكتابة امر مخالف للوجدان ومباين للمحسوس والمقطوع .

المقام الخامس

ادلة القائلين بعدم جواز الانشاء بالكتابة

وهي امور كثيرة يطلع عليها المتتبع في مطاوي كلمات الاصحاب (زاد الله في شرفهم وعلو مقامهم) غير مجموعة في شيء من مصنفاتهم ، منها :

١ - «الاصل» والمراد به اصالة الفساد المعروفة في ابواب المعاملات ذكره المحقق الطباطبائي ما عرفت من كلامه في «المصاييح» .

٢ - «الاجماع» المدعى في كلمات القوم وقد عرفت في المقام الاول دعواه من ناحية كثير منهم بعبارات مختلفة ، تارة بلفظ الاجماع - كما في المصاييح - واخرى بعدم الخلاف فيه - كما في التنقيح - وثالثة الشك فيه - كما في جامع المقاصد وغيره .

٣ - ما اشار اليه في «المصاييح» ايضا من ان الافعال - ومنها الكتابة - قاصرة عن افادة المقاصد الباطنية وغايتها الظن ، وهو لا يغنى من الحق شيئاً للعموم المنع منه في الكتاب والسنة ، واليه يرجع ما في كلام شيخنا الاعظم من عدم الصراحة فيها .

٤ - ما افاده المحقق المذكور ايضا ، من ان الركون الى الكتابة مخالف لمقاصد الشارع المقدس في هذا الباب ، لان من مقاصده حفظ النظام ، والمعاملات انما شرعت لنظام امر المعاش المطلوب لذاته ولا امر المعاد ، وهي مثار الخلاف

ومنشأ النزاع فالواجب ضبطها بالامر الظاهر الواضح الكاشف عن المعاني المقصودة
لايمثل الكتابة ، حتى لا يكون نقضاً للغرض .

٥ - ما اشار اليه في «مفتاح الكرامة» والظاهر انه مقتبس من كلمات
استاده السيد السند بحر العلوم ، وحاصله ان الاسباب الشرعية توقيفية انما تثبت
بالتلقى من الشارع وحيث لم يثبت جواز الانشاء بالكتابة فلا بد من الحكم بعدمه
وهكذا الحال في جميع الامور التوقيفية .

٦ - ما استفاد من كلام «العلامة» (قدس سره الشريف) في ما عرفت منه
عند نقل الاقوال وهو امكان العبث في الكتابة ، وعدم كونها صادرة عن جد ،
ولا يجوز الانشاء بمثل ذلك .

٧ - ما يظهر من بعض كلمات الفقيه الماهر صاحب الجواهر انه لا يصدق
عليها عنوان «العقد» فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة التي تندرج في الاسم ،
ولا يجري عليها حكم العقد ، فلا يشمل ادلة وجوب الوفاء بالعقود .

٨ - ما استفاد من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «انما يحلل الكلام ويحرم الكلام» ومفهوم
الحصر هنا عدم صحة العقد بغير الالفاظ ، وقد استدل به على بطلان المعاطاة ايضا
في مختلف ابواب العقود .

وبهذا المضمون روايات كثيرة ولكن عمدتها ما رواه يحيى بن الحجاج
(او يحيى بن نجيب) عن خالد بن الحجاج عن ابي عبدالله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: قلت لابي عبدالله
عَلَيْهِ السَّلَامُ الرجل يجيء فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا ، قال : «أليس
ان شاء ترك وان شاء اخذ؟ قلت : بلى ، قال : لا بأس به انما يحل الكلام ويحرم
الكلام» (١) .

وقد صرح بعضها بان فيه دلالة على عدم انعقاد البيع بغير الصيغة فلا يكون
بيع المعاطاة معتبراً .

هذا وقد ذكر شيخنا الاعظم فيها احتمالات اربعة .

١- ان المراد حصر المحلل والمحرم في الكلام (وحيث تدل على المطلوب فيما نحن فيه وفي ابواب المعاطاة) .

٢- ان المراد كون بعض التعابير موجبا للحلية وبعضها موجبا للحرمة كعقد النكاح ، لو انشأ بلفظ النكاح كان حلالا ، ولو انشأ بلفظ التمليك كان حراما .

٣- المراد ان كلاماً واحداً يكون في مقام محللا وفي مقام آخر محرماً كانشاء بيع ما لا يملك قبل تملكه وانشائه بعده .

٤- المراد ان المقابلة في بيع ما ليس عنده محلل ولكن ايجاب البيع محرّم فلو قلنا بظهورها في الاحتمال الاول امكن التمسك بها في المقام ٢ .

٩- الروايات الخاصة الواردة في بعض الابواب مثل ابواب الطلاق الظاهرة في انحصار الصيغة في الالفاظ والاقوال ، ومفهومها عدم صحة الانشاء بالكتابة ، مثل ما رواه في الوسائل في ابواب مقدمات الطلاق عن الحسن بن زياد عن ابي عبدالله عليه السلام قال الطلاق : ان يقول الرجل لامرأته اختارى ، فان اختارت نفسها فقد بانت منه ، وان اختارت زوجها فليس بشيء ، او يقول انت طالق فإى ذلك فعل فقد حرمت عليه (١) .

وما رواه بسند صحيح عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال : والطلاق ان يقول لها اعتدى او يقول لها انت طالق ، (٢) .

الى غير ذلك مما يدل على حصر انشاء الطلاق بالالفاظ والاقوال مما ورد في ذلك الباب بعينه ، او سائر ابواب الطلاق .

هذا غاية ما يمكن ان يستدل به للقول بالبطلان ، ولكن الانصاف ان

(١) الوسائل ج ١٥ كتاب الطلاق ابواب مقدماته الباب ١٦ الحديث ٧

(٢) نفس المصدر الحديث ٤ .

كلها وجوه ضعيفة قاصرة ، عن افادة المقصود ، وربما يرجع بعضها الى بعض ، ولكن اوردناها بعينها لذكرها من كلمات القوم في كتاب التجارة والوصية والطلاق وغيرها

* * *

وعلى كل حال يمكن الجواب عن الجميع .

اما عن الاول فبان التمسك بالاصل انما يصح اذا لم يكن هناك دليل اجتهادي دال على المطلوب ، والظاهر ان عمومات صحة العقود ، وكذلك اطلاقات ادلة حلية البيع وغيره ، تشمل العقود والايقاعات التي انشئت بالكتابة ، لما عرفت من امكان الانشاء بها بل وتعارفها واشتهارها في اعصارنا ، حتى ان الكتابة من اظهر مصاديق الانشاء اليوم ، ولعلها لم تكن بهذه المثابة في الاعصار السابقة ، لعدم معرفة اكثر الناس بها ، والموضوعات العرفية تابعة لما يتعارف ويتداول بين اهل العرف ، وانما يؤخذ احكامها من الشرع .

وعلى كل حال ، هي من اظهر ما يتم به انشاء العقود في العصر الحاضر لما عرفت من ان اسناد المعاملات الخطيرة انما تتم بالتوقيع عليها ، بل قد لا يعد مجرد الانشاء اللفظي في مثل هذه الامور ازيد من المقابلة ، والانشاء الحقيقي في بعض المقامات انما هو بالكتابة والتوقيع عندهم ، ولا اقل من ان الانشاء بالكتابة في حد الانشاء بالالفاظ والاقوال وحينئذ تكون داخلا في العمومات والاطلاقات ومعه كيف يصح التمسك باصالة الفساد .

وعن الثاني :

بان دعوى الاجماع في هذه المسألة التي يعلم مستند فتاوي المجمعين من الادلة ولا اقل من احتمال استنادهم اليها ، بعيدة جداً ، لعدم امكان كشف قول المعصوم عليه السلام من هذه الفتاوى ، مضافاً الى ما عرفت من التشويش والاضطراب في اقوال المجمعين ، وفتوى جمع من اعلام العصر بجواز الاكتفاء بالكتابة في باب الوصية ، بل وفتوى بعضهم بجوازها في الوكالة ، وما عرفت من كلام العلامة

(قدس سره الشريف) في التذكرة من احتمال جواز الاكتفاء به في جميع ابواب العقود
و بالجمله حال الاجماع في هذه المسائل معلوم لا يمكن الركون اليها
لا ثبات حكم شرعي .

وعن الثالث :

بانه لا تصور في الكتابة اذا كانت بالفاظ صريحة او ظاهرة في افادة المراد ،
وقد ثبت في محله حجة ظواهر الالفاظ سواء كانت مسموعة او مكتوبة ، ولذا نعتمد
على ظواهر كتاب الله والسنة بغير اشكال ، و لانزال نستدل بالايات و الاحاديث
الواردة من الطرق المعتمدة ، فاي قصور في ظهور الكتابة عن افادة المراد ؟ بل قد
تكون الكتابة اظهر و اصرح من الالفاظ المسموعة .

نعم لا بد من ثبوت كون الكاتب في مقام الانشاء و الجهد و يثبت ذلك بالقرائن
الموجودة كما هو كذلك بالنسبة الى الانشاء اللفظي فانه لا بد من احراز كون
المتكلم في مقام الجهد اما بقرائن خاصة او بالاصل .

والامر سهل في اعصارنا بعد وجود الدفاتر المعدة لضبط الاسناد و القبالات ،
و الحضور عند هذه الدفاتر و التوقيع عليها من اقوى القرائن على ارادة الانشاء بالكتابة ،
بل لا يضاهاها شيء من القرائن اللفظية ، بحيث لا تقبل دعوى المنكر و قوله بانه كان
هازلا او شبه ذلك .

ومن هنا يعلم ان ظهور الكتابة ليس من الظنون الممنوعة كما اشار اليه السيد
الطباطبائي (قدس سره الشريف) في بعض كلماته ، بل هو من الظنون المعتمدة عند
العقلاء طراً ، من جميع الامم و في جميع الامصار و البلاد كما هو ظاهر و بالجمله
الكتابة اضبط و امتن من التكلم ، و ادق و اوضح منه ، فكيف جعله شيخنا الاعظم
في عداد اشارة الاخرس ، بل احتمل ان تكون الاشارة اصرح منها ، وهذا من
غرائب الكلام .

وعن الرابع :

بان الانشاء بالكتابة لا يكون مخلاً للنظام ، ومثاراً للخلاف ومنشأ للنزاع بل الامر بالعكس ، فان الذى هو قاطع للججاج ، وحاصم لمادة النزاع ، هو ضبط الانشاء آت بالكتابة فانها قوية البرهان ، ظاهرة الدلالة ، باقية ببقاء الدهر ، لا يمكن انكارها ونفيها بخلاف الالفاظ والعبارات التى ، لابقاء لها ولادوام . فمن وقع على سند من اسناد البيع والشراء و اعضاء بقصد انشاء التملك ، فقد انشأ البيع باوضح البيان من غير حاجة الى بيان لفظى ، ولذا يكون المدار الاصلى اليوم عليها لاعلى غيرها ، لا اقول لا يكتفى بالانشاء اللفظى بل اقول الانشاء بالكتابة اوضح واصرح واضبط وامتن .

وعن الخامس :

بان كون الاسباب الشرعية توقيفية ، الذى اشار اليه صاحب المفتاح ، واستاذه الجليل المحقق الطباطبائى ، دعوى بلا دليل ، وكلام بلا برهان ، بل الامر فى المعاملات على عكس ذلك ، فان امر الشارع فيها على الامضاء لا التأسيس ، وقدامضى الشارع المقدس جميع المعاملات العقلائية بقوله « اوفوا بالعقود » والمؤمنون عند شروطهم ، وغير ذلك ، فما صدق عليه عنوان العقد والشرط والبيع والصلح والوصية والهبة وغير ذلك من عناوين المعاملات عند اهل العرف دخل تحت عمومها او اطلاقها ، الا ما خرج بالدليل الخاص او قام دليل لفظى او ليس على بطلانه عند الشرع .

فليست المعاملات كالعبادات اموراً توقيفية ولذا فتى الاصحاب بصحتها مالم يرد فى الشرع منع منها ، واستدل لهم بالعمومات و الاطلاقات ظاهرة لكل من راجع كلماتهم فى هذه الابواب .

هذا مضافاً الى ما سيمر عليك من ورود التصريح بجواز الانشاء بالكتابة فى الاحاديث الخاصة فى بعض ابواب الفقه فانتظروا .

وعن السادس :

بما قد عرفت في الجواب عن الدليل الثالث ، من ان احتمال العبث وعدم الجد في الكتابة منفي بعد قيام القرائن بانها في مقام الانشاء جداً ، كما عرفته في امضاء الاسناد والتوقيع عليها بهذا القصد والعنوان في اما كونها المعدة لذلك او غيرها ، بل قد عرفت ان نفى هذه الاحتمالات من الكتابة اوضح واظهر . وان شئت قلت احتمال العبث قائم في الالفاظ ايضاً و انما ينفي بالقرائن ، وكذلك في الكتابة من دون اى فرق .

وعن السابع :

بان دعوى عدم صدق عنوان العقد عليه ، وانه شبه المعاطاة كما عرفت من كلام صاحب الجواهر (قدس الله نفسه الزكية) دعوى بلا برهان بل الكتابة احق بهذا العنوان من الالفاظ المنطوقة ، فان العقد ليس الا العهد المؤكد ، مع اننا نعلم بان المعاهدات المهمة بين الاشخاص والاقوام والدول تكون بالكتابة ، فلولم يصدق العقد والعهد عليها لم يصدق على غيرها .

هذا مضافاً الى ان المعاطاة كما ذكرناه في محله - ايضاً من العقود اللازمة ، بل قد ذكرنا ان الاصل في البيع وشبهها في اول الامر كان بصورة المعاطاة ، فهي البيع حقيقة وانما نشأ البيع بالصيغة بعد ذلك ، وبعد اخذ الجوامع البشرية في التوسعة ، فليست المعاطاة فرعاً والبيع بالصيغة اصلاً ، بل الامر بالعكس ، فالمعاطاة اصل ، والبيع بالصيغة فرع لها قد نشأ بعدها (وتمام الكلام من ذلك مو كول الى محله من كتاب البيع) .

فشمول اطلاقات وجوب الوفاء بالعقود والشروط وشبهها لما انشأ بالكتابة مما لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه .

وعن الثامن

بان الاستدلال بالرؤية المعروفة «انما يحلل الكلام ويحرم الكلام» مشكل

جداً ، فانها مع صغف سندها لجهالة «ابن الحجاج» او «ابن نجيح» (كليهما) لادلالة لها على المطلوب اصلا لاهنا ولا في باب المعاطاة ، بل هي اجنبية عما نحن بصدده ، والمراد منها - كما يظهر من سياقها ، ويظهر من ساير ماورد في هذا الباب ، هو الاحتمال الرابع من الاحتمالات الاربعة السابقة ، لاسيما بقرينة قوله «ليس ان شاء ترك وان شاء اخذ» فانه كالصريح في ان بعض انواع الكلام (وهو المقابلة) يحلل وبعضها (وهو انشاء بيع ماليس عنده) يحرم فمن باع ماليس عنده كان حراماً ، ومن تكلم من دون انشاء البيع ، بل انشأ بعد التملك كان حلالاً ، فراجع الباب ٨ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة من الوسائل تجده شاهد صدق على ما ذكرنا . نعم قد يستدل بها بطريق آخر وهو ان مفادها على كل حال حصر البيع الحلال فيها ينشأ بالصيغة اللفظية لعدم ذكر غير اللفظ فيها .

ولكن الانصاف ان الحصر فيها اضافي ناظر الى ما يكون الانشاء فيها بالصيغة اللفظية ، من جهة عدم حضور المتاع عنده (كما في بيع ماليس عنده) حتى تجوز المعاطاة ، وعدم تحقق البيع بالكتابة لعدم تعارفها في تلك الايام . هذا مضافاً الى امكان التشكيك في ظهور عنوان الكلام في الملفوظ بل الكلام يشمل الملفوظ والمكتوب ، ولذا يطلق هذا العنوان على ماورد في كتاب الله وغيره ، ولانزال نقول هذا كلام صاحب الجواهر وهذا كلام العلامة وكلام المحقق مع ان جميعها مكتوبة لاملفوظة .

وعن التاسع

بان الروايات الخاصة الواردة في ابواب الطلاق لا ظهور لها في انحصار الطلاق بما ينشأ بالالفاظ بل الظاهر انها ناظرة الى لزوم الصراحة او الظهور في صيغة الطلاق ، وان الالفاظ الكنائية والمشكوك غير كافية في هذا المقام ولذا صرح في رواية ابن سماعة بانه ليس الطلاق الا كما روى بكير بن اعين ان يقول لها وهي طاهر من غير جماع «انت طالق» ويشهد شاهدي عدل ، وكل ما

سوى ذلك فهي ملغى (١)

وقد سأل محمد بن مسلم ابا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته انت على حرام او بائنة او بته ، او برة او خلية ، قال : هذا كله ليس بشيء انما الطلاق ان يقول لها قبل العدة بعد ما تطهر من محيضها قبل ان يجامعها انت طالق او اعتدى ، يريد ، بذلك الطلاق ، ويشهد على ذلك رجلين عدلين (٢)

وهذه كالصريح في انها في مقام بيان لزوم الالفاظ الصريحة او الظاهرة ، ونفى الكتابات والعبارات غير الظاهرة ، وليست في مقام بيان اعتبار الالفاظ في مقابل الكناية ، والاستدلال بهذا الغرض غير تام فقد تحصل من جميع ما ذكرنا انه لا دليل للقائلين باعتبار اللفظ في انشاء العقود ونفى جواز الانشاء بالكتابة ، وان ما ذكروها في هذا الباب استحسانات او ما يكون خارجاً عن محل الكلام او دعوى بلاينة ولا برهان ، ولعلها نشأت من عدم تعارف الانشاء بالكتابة في تلك الايام لعدم معرفة اكثر الناس بها ، وعدم كونها مما يتبلى به عامة الناس ، واما مثل زماننا هذا الذي يعرفها الكبير والصغير والعالم والجاهل فلامجال لهذه الدعوى

(١) الوسائل الحديث ١ من الباب ١٦ من ابواب مقدمات الطلاق

(٢) نفس المصدر الحديث ٣ من نفس الباب

المقام السادس

ادلة القول بالجواز

اظنك بعد الاحاطة بما ذكرناه في اجوبة ادلة القائلين بعدم الصحة خبيراً على ادلة جواز انشاء العقود والايقاعات بالكتابة ، وتزيدك بياناً انه يدل على الجواز امور :

« اولها » وهو العمدة شمول العمومات الدالة على صحة العقود ووجوب الوفاء بها . وصحة البيع والاجارة والهبة وغيرها ، لما اذا انشأت بالكتابة ، بعد ما عرفت من جواز الانشاء بها ومعرفتها عند العقلاء بل كونها محوراً اصيلاً للانشاء لاسيما في الامور الخطيرة ، فاخراج الانشاء بالكتابة عنها ممنوع جدا ، لعدم قيام دليل على الاستثناء والاعراج .

ومن هنا يظهر ان جعلها في عداد اشارة الاخرس او اوهون منها وكذلك جعلها في عداد المعاطاة - بناءً على القول بافادتها الاباحة لوجه له بل قد عرفت ان الانشاء بالكتابة اظهر واضبط من الانشاء بالالفاظ ولا نحتاج الى التكرار .
« ثانيها » : ما يظهر من روايات الوصية انها تجوز بالكتابة وهي روايات كثيرة :

« منها » مارواه شيخنا المفيد في المقنعة قال قال رسول الله ﷺ « ما ينبغي لامراً

مسلم ان يبیت الاوصيته تحت رأسه» (١) .

و«منها» مارواه في «مصباح المتهدج» قال روى «أنه لا ينبغي ان يبیت الا
ووصيته تحت رأسه» (٢) .

وما اعتذر عنها في مفتاح الكرامة في كتاب الوصية من ان الاخبار الناهية
عن المبيت من دون الوصية ناظرة الى الوصية الجامعة للشرائط كما ترى .
والظاهر ان مراده كون الوصية منشأة بالصيغة اللفظية ، مضافاً الى الكتابة ،
مع ان الروايات مطلقة خالية عنها ، ظاهرة في نفي هذه القيود ، مع ان المتعارف
في الوصية الاكتفاء بالكتابة والانشاء بها عن غيرها .

و «منها» مارواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام
رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا انه
كتب كتاباً فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب علي ورثته القيام بما في الكتاب
بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه
في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره» (٣) .

واستدل بها جماعة من اعلام العصر لجواز انشاء الوصية بالكتابة فقد عرفت
في المسألة التاسعة من كتاب الوصية في العروة استدلاله بذلك لهذا المقصود .
هذا وقد اشتهر بين الفريقين ما اراد ان يوصي النبي صلى الله عليه وآله وسلم امته حين وفاته
بكتاب لن يضلوا بعده فاختلف القوم ، وقالوا ما قالوا ، مما ينبغي ان تذر عليه
الدموع ويبكى الباكون ويضح الضاحجون واليك نص الرواية الموحشة من
صحيح البخاري :

عن ابن عباس قال : «لما حضر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وفي البيت رجال ، فيهم عمر
بن الخطاب ، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم هلم اكتب لكم كتاباً لا تضلوا بعده فقال عمر : ان النبي

(٢١) الوسائل ج ١٣ كتاب الوصية ابواب احكام الوصايا الحديث ٥٧٥

(٣) الوسائل ج ١٣ كتاب الوصايا ابواب احكام الوصايا الباب ٤٨ الحديث ٢

ﷺ قد غلب عليه الوجع ! وعندكم القرآن ، حسبنا كتاب الله ! ، فاختلف اهل البيت فاختصموا ، منهم من يقول : قربوا يكتب لكم النبي ﷺ كتاباً لن تصلوا بعده ، ومنهم من يقول ما قال عمر ! ، فلما اكثروا اللغو والاختلاف عند النبي ﷺ قال رسول الله ﷺ قوموا . . . فكان ابن عباس يقول ان الرزية كل الرزية ما حال بين رسول الله ﷺ وبين ان يكتب لهم ذلك الكتاب من اختلافهم ولغظهم . (١) والرواية من الروايات العجيبة التي تستفاد منها حقايق كثيرة في باب الخلافة وغيرها ، فيالله ولهذه الجرأة على النبي الاعظم الذي لا ينطق عن الهوى ، ويجب الاخذ بما يقوله ﷺ بنص الكتاب العزيز : ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا (٢) اولى هذا ايداء للرسول ﷺ والله تعالى يقول : «والذين يؤذون رسول الله لهم عذاب اليم» (٣) وللكلام مقام آخر ، فدع عنك نهياً صحيح في حيراته .

والمقصود هنا ان ظاهر الرواية جواز الوصية وانشائها بالكتابة .

«ثالثها» ماورد في ابواب الطلاق مثل ما رواه ابو حمزة الثمالي في رواية صحيحة قال سألت ابا جعفر ﷺ عن رجل قال لرجل اكتب يا فلان الى امرأتى بطلاقها او اكتب الى عبدى بعتقه ، يكون ذلك طلاقاً او عتقاً ؟ .

قال : «لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه ، او يخطه بيده ، وهو يريد الطلاق او العتق ، ويكون ذلك منه بالاهلة والشهود (والشهود) يكون غائباً عن اهله» (٤) .

وهي كالصريح في جواز الانشاء بالكتابة ، لكنها مقيدة بحالة الغيبة عن

(١) صحيح البخارى الجزء السابع ص ١٥٦ (طبعة دارالجيل بيروت) باب قول

المريض «قوموا عنى» .

(٢) الحشر - ٥

(٣) التوبة - ٦١

(٤) الوسائل ج ١٥ ابواب مقدمات الطلاق الباب ١٤ الحديث ٣ .

الاهل، ولكن ظاهرها اعم من القدرة على النطق وعدمها ، فحملها على صورة العجز
كالآخرس كما اشار اليه في الوسائل بعيد جداً .

وفي مقابلها روايتان في ذاك الباب بعينه مصرحتان بان مجرد الكتابة
لا يكون طلاقاً ولاعتاقاً حتى ينطق به ، وقد جمع بينهما بالتقييد في «المسالك»
ولكن «صاحب الجواهر» (قدس سره) لم يقبل هذا الجمع ، ورمى الرواية الاولى
بالشذوذ ، واستغرب ما ذكره في المسالك بل قال باختلاله طريقته في الاستنباط
ثم سأل الله العفوله ولنفسه من امثال ذلك ! .

اقول : الجمع بين المطلق والمقيد من القواعد المعروفة في ابواب الفقه
ولا يرى اختلال في طريقة استنباط الشهيد الثاني (قدس الله نفسه الزكية) في هذا
الباب وهو من امتن الفقهاء طريقة فللمجال لسؤال العفو عن الله لخصوص هذا الامر
وكذا استغرابه ، وان كان سؤال العفو عن الله حسناً في كل حال ، كما ان روى
الرواية بالشذوذ بعد صحة سندها وعدم حجية الشهرة بل الاجماع في هذه الابواب
بعيد عن الصواب فالافتاء بما ورد في الصحيح المزبور غير بعيد عن مبادئ الفقاهة
وان كان نفس المسألة تحتاج الى مزيد تأمل ، والمقصود هنا دلالة الرواية المعتمدة
على جواز الانشاء بالكتابة في الجملة .

ولا ينافي ذلك النهي عنها بالنسبة الى الحاضر لما عرفت من ان الحكم بجواز
الانشاء بالكتابة انما هو فيما لم يرد فيه نص خاص على النهي عنه ، وهنا قد ورد
روايتان فيها احدهما معتبرة والاخر مضمرة وعمل الاصحاب بمضمونها فلا بد من
الفتوى بعدم جواز خصوص الطلاق للحاضر بغير الالفاظ ولكن اين ذلك من
القول بعدم الجواز مطلقاً .

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا ان الحكم بصحة الانشاء بالكتابة في جميع
ابواب المعاملات - الا ما خرج بدليل خاص - مما لا ينبغي الشك فيه لاسيما مع
تداوله بين اهل العرف والعقلاء واعتمادهم عليها بعنوان عقد عقلائي بل عدم
اعتمادهم على غيره في كثير من المقامات .

تنبيهان

الاول - استثناء حكم النكاح والطلاق

قد عرفت ظهور بعض الروايات المعتبرة في عدم جوازه الا بالنطق (١) وقد عمل بها الاصحاب . بل ادعى الاجماع عليه بالنسبة الى الحاضر ، واما الغائب فقد عرفت وجود القول بجوازه بالكتابة ، وورود نص صحيح به ، وان كان المشهور عدم جوازه ، وقد مضى الكلام فيه اجمالاً .

واما النكاح فالظاهر عدم وجود قول بجوازه بالكتابة ، قال في الجواهر في احكام الصيغة في النكاح : « وكذا لا ينعقد بالكتابة للقادر على النطق ، بل ولا للعاجز عنه ، الا ان يضم اليها قرينة تدل على القصد ، فانها حينئذ من اقوى الاشارات والله العالم » انتهى .

فقد ارسله ارسال المسلمات بحيث لم ير نفسه محتاجاً الى اقامة دليل عليه وعن جامع المقاصد « انه لا ريب عندنا في ان الكتابة لا تكفي في ايقاع عقد النكاح للمختار » وقد ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ فيه والعجب انه استدل في جامع المقاصد على هذا الحكم : « بان الكتابة كناية ولا يقع النكاح بالكتابات » ! .

وليت شعري لما ذا نزلوا الكتابة منزلة الكناية ، مع انه قد يكون بعين

(١) راجع الباب ١٤ من ابواب مقدمات الطلاق .

الالفاظ التى يتكلم بها ، بل اوضح واصرح ، ولعل ذلك منهم بسبب عدم الاعتماد على كون الكتابة بداعى الانشاء فقد يكون بدواع اخرى كما ورد فى بعض كلمات العلامة فيما قد عرفت عندنقل الاقوال ، ولكن هذا الايراد بعينه وارد فى التكلم بالصيغة ، والعمدة انه لا بد من احراز كون المتكلم او الكاتب فى مقام الانشاء ، وهذا المعنى يعرف بالقرائن الحاففة بها ، والامر فى زماننا سهل جداً بعد وجود المكاتب والدفاتر المعدة لضبط هذه الامور فبالتوقيع على البيع وشبهه فى هذه الدفاتر يتم امر الانشاء من دون اجراء صيغة لفظية ولكن المتعارف بين اهل الشرع عدم الاكتفاء فى النكاح بمجرد ذلك ، بل يتبعدون باجراء الصيغة اللفظية نظراً الى الفتاوى الموجودة .

ولكن قد عرفت عدم قيام دليل على هذا الحكم وعدم حجية مثل هذه الاجماع لاسيما مع ما عرفت من تعليلاتهم بعدم صراحتهم الكتابة بل وعدم ظهورها فى اداء المقصود .

هذا ولكن الانصاف ان امر النكاح يتفاوت مع سائر المعاملات بل لا يبعد كون النكاح من الامور التوقيفية التى لا يمكن الرجوع فيها الى عمومات وجوب الوفاء بالعقود ، ولعل الوجه فيه هو التصرفات الكثيرة من ناحية الشارع المقدس فيه ، وعدم اعتناؤه بمادار بين العقلاء فى هذا الباب ، وكثرة التخصيصات الواردة فيه ، وكأنه قد تبدل ماهية النكاح فى الشرع وكذا اسبابه مما استقر عليه ديدن العقلاء واهل العرف ، فلا يمكن الرجوع اليهم والاخذ بعدم ردع الشارع عنه .

ولذا قد يقال ان فيه شائبة العبادة ، فان من الواضح انه ليس هذا من جهة احتمال اعتبار قصد القرية فيه ، لعدم التفوه به من ناحية احد من الفقهاء رضوان الله عليهم بل ولا غيرهم ، بل الظاهر ان تشبيهه بالعبادات انما هو من جهة كونه توقيفية .

وحينئذ لا بد من الاخذ بالاحتياط فى جميع موارد الشك الذى لم يقم فيه

دليل شرعى على الجواز ، ولا اقل من احتمال كون النكاح كذلك ، ولذا بنينا على رعاية الاحتياط فى ابواب النكاح وفى اجراء الصيغة ايضا .
ومنه يظهر الحال فى الطلاق ايضا لتلازم احكامهما من هذه الجهة كما لا يخفى

* * *

الثانى - اهتمام الشارع بامر الكتابة .

اهتمام الشارع المقدس بامر الكتابة فى ابواب المعاملات مما لا يكاد يخفى على الناظر فى كتاب الله ، ان القرآن قد اهتم بشأن الكتابة اهتماماً شديداً كيف واطول آية فى كتاب الله هى آية الكتابة ، وهى وان كانت واردة فى امر الدين وكتابه ، واستشهاد شهيد من الرجال عليه ، اورجل وامرأتين ، وليست ناظرة الى ما كان فى مقام الانشاء بل هى ناظرة الى ما كانت سنداً على حصول القبض والقبض فى الدين وشبهه ، ولكن الناظر فيها يرى اعتماد الشارع عليها وتأكيده بالنسبة اليها ويمكن ان يكون جواباً متيناً لما عرفت من جامع المقاصد والمصايح وشبههما من كون الكتابة بحكم الكناية او اشارة الاخرس او اهون منها وانه لاصراحة فيها ولا ظهور .

وكيف لاتكون ظاهرة فى افادة المراد مع ما صرح به كتاب الله من كونها مدر كاً شرعياً للدين كثيره وقليله .

وقد وردت فى هذه الاية احكام كثيرة حول هذا المعنى ربما تروى على ثمانية عشر حكماً ! كلها تدور حول مسألة الكتابة والاستشهاد للديون ، ولم يرد بالنسبة الى حكم من احكام الله فى القرآن الكريم ماورد فى هذا الباب من الخصوصيات والجزئيات ، ومع ذلك كله لاندرى لماذا اهملها الاصحاب ولم يعتن بشأنها وجعلوها من الكنايات او من قبيل اشارة الاخرس او اهون منها (ولا فرق بين الانشاء والاخبار من هذه الناحية) .

ولعل السر فى جميع ذلك ما امر عليك غير مرة من عدم تداول الكتابة فى تلك

الاعصار ، مضافاً الى ما قد يظهر من بعض الروايات بادی الامر من الاعتناء بشأن الالفاظ فقط ، ولكن قد عرفت الجواب عن الجميع .

* * *

وبذلك كله ارتفع النقاب في هذا الباب عن وجه المطلوب ولم يبق شك في جواز الاعتناء بشأن الكتابة والاكتفاء بالانشاء بها في جميع ابواب العقود الا ماورد النص بعدم جوازه ومع ذلك لا تغتر بدعوى الاجماع على خلافه ، وكم ترك الاول للآخر .

ولكن طريق الاحتياط واضح ، وهو سبيل النجاة وان لم يكن واجبا في المقام والحمد لله على كل حال وهو العالم بحقائق الاحكام .

تم يوم العاشوراء من سنة ١٣٠٩ من الهجرة النبوية

على هاجرها آلاف السلام والتحية

وانا العبد الفقير المحتاج الى رحمة ربه الغني

«ناصر مكارم الشيرازي»

من هذا المؤلف

القواعد الفقهية

في أربع مجلدات :

«المجلد الاول» : قاعدة لاضرر - قاعدة الصحة - قاعدة لاجرح

«المجلد الثاني» : قاعدة التجاوز والفراغ - قاعدة اليد - قاعدة القرعة

«المجلد الثالث» : قاعدة التقية - قاعدة لاتعاد - قاعدة الميسور

«المجلد الرابع» : في عشرين قاعدة اخرى فقهية ، اولها قاعدة التسلط ،

وآخرها قاعدة الطهارة .

وقد نشر «المجلد الاول» المشتمل على ابواب التقليد والطهارة
الى ابواب الزكاة منذ سنين (سنة ١٣٠٢)



Princeton University Lib.



32101 060160973

019.